«DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES EN EL PERÚ»

PRIMER CONGRESO NACIONAL
DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - 2004

Cuidado de la edición: Guillermo Boza Pró, Daniel Ulloa Millares y Raúl Saco Barrios

Diagramación: Juan Carlos García Miguel (226-1568

Impresión: Ali Arte Gráfico publicaciones srl.
Américo Vespucio 110 Covima, La Molina
(349-6636 / aliarte@terra.com.pe

© 2004 por Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Octubre del 2004

Contenido

Comité Organizador del Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 9

Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 10

Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 10

Presentación de Libro. Jaime Zavala Costa 13

Programa del Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 15

Organización del Congreso. Pedro G. Morales Corrales. Presidente del Comité Organizador del Congreso 21

Conferencia Magistral 25

- "Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo". *Emilio Morgado Valenzuela* 27

TEMA I: Formalidad, Informalidad y el Derecho del Trabajo 37

Ponencia oficial

- "Informalidad y relaciones laborales" *Guillermo Boza Pró* 39

Ponencias libres

- "Informalidad, Derecho y Derecho Social". *Elmer Guillermo Arce Ortíz* 69

- "Cumplimiento Laboral y Comercio Internacional: A Propósito del tratado de libre comercio".
Fernando García Granara 89
- "Régimen Laboral de las Microempresas y el Proyecto de la Ley General del Trabajo.- Viabilidad de la Formalización Laboral".
Pedro G. Morales Corrales 103
- "La informalidad en las relaciones laborales: limitaciones al empleo formal".
Iván Parédez Neyra 125
- "Informalidad, Sub-empleo y Mypes".
Mario Pasco Cosmópolis 141
- "Formalidad e informalidad en las relaciones laborales: La amnistía a empleadores informales".
Mario Pasco Lizárraga 153
- "Evolución reciente de la calidad del empleo en Lima Metropolitana".
Tatiana Velazco 167

TEMA II: Relaciones Laborales y Comercio Internacional 179

Ponencias oficiales

- "La regulación del trabajo en la globalización, la integración regional y en los tratados de libre comercio"
Alfredo Villavicencio Ríos 181
- "Buenas prácticas laborales y libre comercio"
Luis Vinatea Recoba 223

Ponencias libres

- "Un Núcleo duro de derechos humanos laborales para el comercio internacional".
Miguel Canessa 243
- "Los sindicatos en el contexto de la globalización y de los tratados de libre comercio y las reformas laborales".
Raúl Saco Barrios 275
- "Derechos Fundamentales en el trabajo y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos".
Liliana Tsuboyama Shiohama / César A. Puntriano Rosas 291

TEMA III: Futuro de las pensiones en el Perú: Sistema Privado y Sistema Público 317

Ponencias oficiales

- "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?
  César Gonzáles Hunt 319
- "Futuro de los Regímenes Pensionarios en el Perú. Sistema Estatal de Pensiones".
  Orlando Gonzáles Nieves 349

Ponencias libres:

- "La Crisis de los Regímenes de Pensiones administrados por el Estado y el futuro de la Seguridad Social en el Perú".
  César Abanto Revilla 389
- "Futuro de la Seguridad Social en el Perú: Los nuevos aspectos sensibles en los cambios y reformas que se están dando en la Seguridad Social".
  Alfredo Chienda Quiroz / Dorila Valverde Lozano 405
- «Realidad y Perspectivas del Sistema Privado de Pensiones».
  Alfonso de los Heros Pérez Albela 415
- "Futuro de la Seguridad Social en el Perú: Régimen Pensionario el Decreto Ley 20530".
  Leopoldo Gamarra Vilchez 425

Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Ponencias libres

- "El Despido arbitrario por vulneración de derechos constitucionales del Trabajador en el Perú, desde la visión de los derechos humanos".
  Adolfo Cayra-Quispe 441
- "El Camino hacia la distribución flexible del tiempo de trabajo en el Perú".
  Cecilia Guzmán-Barrón 465
- "Comentarios al Proyecto de Ley General de Trabajo.
- Principios del Ordenamiento Laboral, Relación Individual de Trabajo, Desenvolvimiento de la Relación Laboral, Remuneración y Beneficios Sociales y Condiciones Generales de Trabajo".
  Alfonso de los Heros Pérez Albela 473

- “El Contrato de Trabajo a distancia en el anteproyecto de la Ley General de Trabajo”.
Carlos Jiménez Silva 487
- “La Discriminación del empleo entre parientes”.
Roger Zavaleta Cruzado 497

Homenaje a los Precursores del Derecho Laboral Peruano

“Elogio a cinco Precursores de la Legislación del Trabajo en el Perú”.
Luis Aparicio Valdez 513

Semblanza de Luis Miró Quesada de la Guerra.
Luis Aparicio Valdez 519

Semblanza de Matías Manzanilla Barrientos.
Alfonso de los Heros Pérez Albela 523

Semblanza de José Pardo y Barreda.
Jaime Zavala Costa 527

Semblanza de Jorge M. Angulo Argomedo.
Roger Zavaleta Cruzado 533

Semblanza de José Montenegro Baca.
Orlando González Nieves 537

PRIMER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
(Trujillo, 27, 28 y 29 de octubre 2004)

«DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES EN EL PERÚ»

Comité Organizador

Jaime Zavala Costa: Presidente de la SPDTSS
Pedro G. Morales Corrales: Presidente del Comité Organizador
Fernando García Granara: Coordinador General

Comisión Norte
Presidente
Roger Zavaleta Cruzado
Orlando Gonzáles Nieves
(Comisión Académica y de Concurso)
Anabel Burgos Caramantín
(Comisión de Presupuesto)
Ana María Avendaño Delgado
(Comisión de Logística)
Jorge de la Rosa Gonzalez Otoya
(Comisión de Difusión)
Juan Manuel Fiestas Chunga
(Comisión de Difusión)

Comisión Centro
Presidente
Carlos Guillermo Morales Morante
Eliana Araujo Sánchez

Comisión Sur
Presidente
Víctor Mayorga Miranda
Hugo Salas Ortíz
José Butrón Fuentes
Héctor Luque Mogrovejo

Comisión Académica
Alfonso de los Heros Pérez Albela
Luis Aparicio Valdez
Mario Pasco Cosmópolis
Fernando Elías Mantero
Víctor Ferro Delgado

Comisión de Presupuesto y Economía
Luis Vinatea Recoba
Liliana Tsuboyama Shiohama

Comisión de Logística
César González Hunt
Luigino Pilotto

Comisión «Concurso Nacional»
Jorge Toyama Miyagusuku
Juan Carlos Cortés Carcelén
Leopoldo Gamarra Vilchez
Carlos Blancas Bustamante

Comisión de Publicaciones
Guillermo Boza Pró
Raul Saco Barrios
Daniel Ulloa Millares

Comisión de Difusión y Apoyo
Martín Carrillo Calle
Elmer Arce Ortiz

Secretaria Ejecutiva
Cecilia Monteverde Migliori
Teresa Carrasco de Vargas
Giugliana Mandriotti Flores
Ariana Fernandez-Stoll Melzi

Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Período 2003-2004)

Presidente:	*Dr. Jaime Zavala Costa*
Vicepresidente:	*Dr. Fernando García Granara*
Secretario:	*Dr. Martín Carrillo Calle*
Pro Secretario:	*Dr. Víctor Mayorga Miranda*
Tesorero:	*Dr. Luis Vinatea Recoba*
Pro Tesorero:	*Dr. Roger Zavaleta Cruzado*
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	*Dr. Guillermo Boza Pró*
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas:	*Dr. Alfredo Chienda Quiroz*
Secretaria de Relaciones Internacionales:	*Dra. Beatriz Alva Hart*

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

Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes
Luis Aparicio Valdez
Elmer Arce Ortiz
Luis Arbulú Alva
Julio César Barrenechea Calderón
Luis Felipe Barrientos Guizado
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
Martín Fajardo Cribillero
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 Sanguinetti Raymond
Raúl Saco
Jorge Toyama Miyagusuku
Luis Vinatea Recoba
Aldo Vértiz Iriarte
Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos
Jaime Zavala Costa
Roger Zavaleta Cruzado

Agradecemos a:

PRESENTACIÓN

Hace poco más de un año estuvimos en estas tierras liberteñas para dictar algunas conferencias en materia laboral y pensionaria, comentando pronunciamientos del Tribunal Constitucional en esos temas; y fue justamente en el Ilustre Colegio de Abogados de La Libertad, que anunciamos que llevaríamos adelante hacia fines del 2004, el Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Así lo comunicamos, también, como parte de nuestro plan de trabajo, a todos los miembros de la Sociedad, al iniciar nuestra gestión

Esta promesa se ha convertido en realidad. Cumplimos así con el objeto de nuestra asociación que es de carácter científico y persigue promover en el Perú, el estudio multidisciplinario y el conocimiento, difusión e investigación del derecho del trabajo y la seguridad social y que, a la fecha, tiene 16 años de vida institucional.

Es honroso realizar este Primer Congreso Nacional en la ciudad de Trujillo, baluarte emancipador y actualmente principal eje económico del norte, fértil zona dedicada al cultivo de la caña de azúcar, el espárrago y los cereales; ciudad de grandes y lujosas casonas, palacetes virreinales, y solariegas mansiones decoradas con elegantes balcones, magníficas portadas y amplios zagüanes; capital de la marinera, el tondero y la resbalosa; donde se encuentra los vestigios de la inmensa ciudadela de barro de Chan Chan, capital de los chimúes, y las huacas del Dragón, el Sol y la Luna; costa liberteña de los caballitos de totora, de prodigas iglesias, y también donde la gastronomía local destaca en platos de origen marino, como los cebiches, jaleas y parihuelas. Y uno de los grandes centros culturales del Perú, lugar de nacimiento de importantes escritores e intelectuales como Antenor Orrego y Victor Raúl Haya de la Torre.

A más de lo expuesto, la elección de Trujillo como sede de este Congreso constituye un reconocimiento a los notables laboralistas trujillanos y a su labor en el desarrollo del derecho del trabajo en el Perú.

La agenda de este Congreso es de significativa trascendencia y mucho interés en el ámbito académico, social, político y económico y ello se aprecia en las páginas de esta publicación.

Por otro lado, resulta significativo destacar que en este Congreso se brinda la oportunidad a los estudiantes de Derecho, Ciencias Sociales y Relaciones Laborales de las universidades nacionales, para que participen en un concurso laboral universitario a fin de fomentar y premiar la investigación de los jóvenes. Así también contribuimos a los fines institucionales.

Esta publicación se suma a otras de nuestra Sociedad: la Revista Laborem Nº 4, que es la revista de la Sociedad que sirve como espacio de reflexión sobre la problemática jurídica de los temas laborales y previsionales de nuestro país y que, en este número, trata sobre la globalización y los derechos laborales, la integración y los tratados de libre comercio y otra publicación "Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en materia Laboral y Previsional" que refleja la coincidencia de intereses y actividades de la Academia de la Magistratura y de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Contiene artículos de doce especialistas que realizan un análisis jurídico de los pronunciamientos más actuales e importantes del Tribunal Constitucional en los temas de despido y pensiones. Estos temas fueron discutidos en los diferentes talleres de Análisis de Jurisprudencia Constitucional organizados por la Academia de la Magistratura con la colaboración de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en las ciudades de Lima, Ica, Trujillo y Arequipa en el año 2003.

Mención especial para expresar gratitud sincera y sentida a mi querido amigo Pedro Morales Corrales por asumir la Presidencia del Comité Organizador de este evento académico, así como a mi otro dilecto amigo y Vice – Presidente de la Sociedad, Fernando García Granara, Coordinador General. A ambos muchísimas gracias por su esfuerzo, dedicación y entrega para el éxito del Congreso, que hago extensivo a los demás miembros de mi Junta Directiva y de la Sociedad que nos han apoyado.

Por último y no menos importante, expresamos nuestro reconocimiento a las ilustres personalidades invitadas a participar como expositores y a abogados, magistrados, alumnos de las facultades y demás personas vinculadas cotidianamente al ámbito de las relaciones laborales, por su asistencia.

Estamos convencidos que este Congreso y esta publicación constituyen un valioso aporte al desarrollo del derecho del trabajo y la seguridad social en nuestro país.

Jaime Zavala Costa
Presidente de la Sociedad Peruana
De Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

PRIMER CONGRESO NACIONAL DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

"DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES EN EL PERU"
Trujillo, Perú
27, 28 y 29 de octubre de 2004

PROGRAMA

PRIMER DIA

MIERCOLES 27 DE OCTUBRE DE 2004

10 a.m. a 6:00 p.m.	Registro de participantes Anfiteatro del Colegio de Abogados de La Libertad - Jr. Independencia 791, Trujillo Cámara de Comercio y Producción de La Libertad - Jr. Junín 454, Trujillo
	Sesión de apertura
7:00 p.m.	**Inauguración** - Palabras del Presidente del Comité Organizador del Congreso Dr. Pedro G. Morales Corrales - Palabras de bienvenida del Decano del Colegio de Abogados de La Libertad Dr. Manuel Montoya Hernández - Palabras del Presidente de la Cámara de Comercio y la Producción de La Libertad - Inauguración a cargo del Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dr. Jaime Zavala Costa
7:45 p.m. - 8:15 p.m.	**Conferencia Magistral**
	"Desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo" Dr. Emilio Morgado Valenzuela Ex Director de la Oficina Regional de la OIT
8:30 p.m.	**Cóctel de Inauguración** Casa Baanante - Jr. Ayacucho 426, Trujillo

SEGUNDO DIA
JUEVES 28 DE OCTUBRE DE 2004

Sesión de la mañana

9 :00 a.m. a 12:30 p.m. **Primer tema: «Formalidad, informalidad y el Derecho del Trabajo»**
Contenido: 1) Concepto jurídico-laboral de la formalidad e informalidad. 2) Cumplimiento de la ley laboral. 3) Efectos laborales de la informalidad

Ponencias oficiales

9:00 a.m. a 9:30 a.m. Dr. Guillermo Boza Pró
Pontificia Universidad Católica del Perú

9:30 a.m. a 10:00 a.m. Dr. Juan Carlos Cortés Carcelén
Pontificia Universidad Católica del Perú

10.00 a.m. a 11.00 a.m. **Ponencias libres**

Director de Sesión: Dr. Fernando García Granara
Pontificia Universidad Católica del Perú

11:00 a.m. a 11:15 a.m. **PAUSA CAFÉ**

Coloquio

11:15 a.m. a 12: 30 p.m.
1. Sr. Diógenes Alva Alvarado
   Representante de la Micro Empresa ante el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo
2. Sra. Susan Kolodin
   Especialista en Desarrollo Social del Banco Interamericano de Desarrollo
3. Ing. Fernando Villarán de la Puente
   Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

Moderadora: Dra. Beatriz Alva Hart
Universidad de Lima

Relator: Dr. Martín Carrillo Calle
Pontificia Universidad Católica del Perú
Sesión de la Tarde

4:00 p.m. a 8:00 p.m. **Segundo tema: "Relaciones laborales y comercio internacional»**
Contenido: 1) Tratado de libre comercio 2) Responsabilidad social 3) Buenas prácticas laborales

	Ponencias oficiales
4:00 p.m. a 4:30 p.m.	Dr. Alfredo Villavicencio Ríos Vice Ministro de Trabajo
4:30 p.m. a 5:00 p.m.	Dr. Luis Vinatea Recoba Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas
5:00 p.m. a 6:00 p.m.	**Ponencias libres** **Director de Sesión**: Dr. Víctor Mayorga Miranda Ex Vocal de la Corte Superior del Cusco
6:00 p.m. a 6:15 p.m.	**PAUSA CAFE**
	Coloquio:
6:15 p.m. – 7:30 p.m.	1. Dr. Ignacio Basombrío Zender Presidente del Centro Peruano de Estudios Internacionales CEPEI 2. Dr. Adolfo Ciudad Reynaud OIT. Universidad Nacional Mayor de San Marcos 3. Dr. Víctor Ferro Delgado Pontificia Universidad Católica del Perú **Moderador:** Dr. Alfonso de los Heros Pérez-Albela Universidad de Lima **Relator**: Dr. Ricardo Herrera Vásquez Pontificia Universidad Católica del Perú
	HOMENAJE
7:30 p.m. a 8:00 p.m.	**«Homenaje a los precursores del Derecho Laboral Peruano»** Dr. Luis Aparicio Valdez Director del Grupo AELE que edita Análisis Laboral

TERCER DÍA
VIERNES 29 DE OCTUBRE DE 2004

	Sesión de la mañana
9:00 a.m. a 12:30 p.m.	**Tercer Tema: "Futuro de las Pensiones en el Perú: Sistema privado y sistema público".** Contenido: 1) Sistema Nacional de Pensiones 2) Sistema Privado de Pensiones 3) Complementariedad y otros regímenes pensionarios.
	Ponencias Oficiales
9:00 a.m. – 9:30 a.m.	Dr. Orlando Gonzáles Nieves Universidad Nacional de Trujillo

9:30 a.m. – 10:00 a.m.	Dr. César Gonzáles Hunt Pontificia Universidad Católica del Perú
10:00 a.m. – 11:00 a.m.	**Ponencias libres**
	Director de Sesión: Dr. Raúl Saco Barrios Pontificia Universidad Católica del Perú
11:00 a.m. a 11:15 a.m.	**PAUSA CAFE**
	Coloquio
11:15 a.m. a 12:30 p.m.	1. Sra. Marisol Guiulfo Suárez-Durand Ex Jefa de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) 2. Ing. Mariano Paz Soldán. Representante de las Administradoras de Fondos Privados de Pensiones 3. Dr. Francisco Javier Romero Montes Universidad Nacional Mayor de San Marcos
	Moderador: Dr. Carlos Guillermo Morales Morante Ex Asesor de la Presidencia de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República
	Relator : Dr. Hugo Salas Salas Ex Decano del Colegio de Abogados de Arequipa Sesión de la tarde
4:00 p.m.– 6:00 p.m.	**Mesa Redonda: « Ley General del Trabajo»**
	1. Carlos Blancas Bustamante Pontificia Universidad Católica del Perú 2. Guillermo Boza Pro Pontificia Universidad Católica del Perú 3. Fernando Elías Mantero Universidad San Martín de Porres 4. Mario Pasco Cosmópolis Pontificia Universidad Católica del Perú 5. Jorge Toyama Miyagusuku Pontificia Universidad Católica del Perú 6. Edmundo Villacorta Ramírez Vocal de la Corte Suprema de l a República
	Moderador: Dr. Roger Zavaleta Cruzado Universidad Nacional de Trujillo
6:00 p.m. – 6: 15 p.m.	**PAUSA CAFE**

	Resumen del Congreso a cargo de los Relatores
6:15 p.m. – 6: 45 p.m.	Primer Tema: Dr. Martín Carrrillo Calle Segundo Tema: Dr. Ricardo Herrera Vásquez Tercer Tema: Dr. Hugo Salas Salas
	CONCURSO JURÍDICO NACIONAL
6:45 p.m. a 7:15 p.m.	Presentación de ponencias ganadoras y premiación
7:15 p.m. - 7:45 p.m.	**Conferencia de Clausura** **«Hacia un nuevo sistema de pensiones en el Perú»** Dr. Javier Neves Mujica Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo
	Clausura
7:45 p.m. - 8:00 p.m.	Dr. Eduardo Pacheco Yépez Presidente de la Corte Superior de La Libertad
9:00 p.m.	**CENA** Club Central - Jr. Pizarro 688, Trujillo

ORGANIZACIÓN DEL CONGRESO

Hace diez meses que el Presidente de la Sociedad Peruana del Trabajo y de la Seguridad Social, Dr. Jaime Zavala Costa, por decisión de su Junta Directiva, me confirió el alto honor y la gran responsabilidad de organizar el Primer Congreso Nacional de nuestra Sociedad.

Para un reto de tal envergadura resultaba imprescindible constituir un Comité Organizador, como en efecto lo hicimos y que, como puede apreciarse de su conformación, que ha sido incluida en este libro, se encuentra integrado por las Comisiones Norte, Centro y Sur, a fin de abarcar todo el territorio nacional. Indudablemente la mayor responsabilidad ha recaído en la Comisión Norte, presidida por el Dr. Roger Zavaleta Cruzado, al haberse decidido llevar a cabo el Congreso en la ciudad de Trujillo. Además se ha contado con el apoyo de las Comisiones Académica, de Presupuesto y Economía, de Logística, Publicaciones; y Difusión y Apoyo, a la que se le agregó una de especial importancia, la de Concurso Nacional que ha tenido por objeto convocar a los estudiantes de Derecho y carreras afines, de todas las universidades para que participen con temas vinculados al Congreso a fin de fomentar y premiar la investigación académica.

Asimismo el Comité Organizador ha contado con el apoyo decidido de su Coordinador General Dr. Fernando García Granara, e invalorable, de la Secretaría Ejecutiva a cargo de la señora Cecilia Monteverde Migliori. Naturalmente que el Presidente de la Sociedad ha prestado con denuedo y dedicación su más amplia colaboración para el éxito de este evento académico.

Una vez constituido el Comité Organizador y determinadas las funciones de cada uno de sus Comisiones a través del documento denominado “Descripción de Funcio-

nes del Comité Organizador del Congreso", nos abocamos a la delicada labor de identificar los temas que serían materia del mismo y el título que lo identificaría.

Llegamos a la conclusión de que el Congreso debía abocarse al estudio y debate de los temas más trascendentes en materia de trabajo y de seguridad social en nuestro país. De ahí el título del Congreso: "Desafíos Actuales y Perspectivas del Derecho del Trabajo y de los Regímenes de Pensiones en el Perú", habiéndose decidido en concordancia con él, tres temas relevantes y vigentes: (i) "Formalidad, informalidad y el Derecho del Trabajo; (ii) Relaciones laborales y comercio internacional; (iii) Futuro de las pensiones en el Perú: sistema privado y sistema público".

Sin duda alguna, el fenómeno agobiante de la informalidad, trasciende el ámbito estrictamente laboral, pero lo ataca de tal forma que los derechos y beneficios sociales resultan inexistentes para la mayoría de los trabajadores dependientes de nuestro país, razón más que suficiente para que los laboralistas nos preocupemos y aportemos soluciones a este gravísimo problema nacional. El segundo tema resulta fundamental por encontrarse nuestro país en plena negociaciones del Tratado de Libre Comercio con el Gobierno de los Estados Unidos de América y porque en un mundo globalizado, los aspectos sobre responsabilidad social y buenas prácticas laborales que deben asumir las empresas, cobran singular vigencia en las transacciones comerciales internacionales; y respecto del tercer tema, de carácter previsional, nadie puede dudar de su actualidad porque justamente se viene discutiendo el futuro del sistema público de pensiones, fundamentalmente por la reforma constitucional de su Primera Disposición Final, que hará posible la modificación legislativa que deba dictarse y el inicio de una verdadera reforma del Estado.

Estas tres materias estarán acompañadas y enriquecidas por sendos coloquios que contarán con el concurso de especialistas de diversas disciplinas y también de actores sociales, lo cual constituye una de las novedades de este Congreso, pues lo que se pretende con los coloquios es que la teoría se contraste con la realidad, a través de las intervenciones de dichos especialistas y actores sociales.

Sin embargo existe un cuarto tema también muy importante: el Proyecto de la Ley General del Trabajo, en actual debate en la Comisión de Trabajo del Congreso y en el Consejo Nacional de Trabajo. Por ello es que decidimos que se analizaran sus principales aspectos en una gran mesa redonda, en el tercer día del Congreso.

Como una novedad adicional, se consideró de singular relevancia rendir homenaje a los precursores del Derecho Laboral peruano en las personas del ex Presidente José Pardo y Barreda, y de los doctores Luis Miró Quesada de la Guerra, Matías Manzanilla Barriento, José Montenegro Baca y Jorge M. Angulo Argomedo.

Todo este programa esta precedido por la Conferencia Magistral de inauguración del Congreso: «Desafíos y Perspectivas del Derecho del Trabajo» a cargo del Dr. Emilio Morgado Valenzuela, Ex Director de la Oficina Regional de la OIT, culminando el evento con la conferencia de clausura a cargo del Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Dr. Javier Neves Mujica, titulada: "Hacia un Nuevo Sistema de Pensiones en el Perú".

Si se revisa la estructura del programa, que igualmente aparece publicado en este libro se podrá observar otra peculiaridad: su agilidad, pues las ponencias oficiales tendrán una duración de 30 minutos a fin de dar cabida a la exposición de las ponencias libres y al debate y aporte de quienes participarán en los coloquios de cada uno de los temas, habiéndose previsto la participación de relatores de cada uno de ellos cuyo resumen será expuesto el último día del Congreso, en el que igualmente se hará la presentación de los trabajos de investigación ganadores del Concurso Laboral Universitario y de su respectiva premiación.

Cabe destacar que uno de los objetivos por el que especialmente se trabajó, fue que participen la mayor parte de los miembros de la Sociedad, lo que se ha cumplido, bien sea integrando el Comité Organizador o interviniendo de una u otra forma en el evento académico, habiendo tenido todos la oportunidad de presentar ponencias libres para su exposición.

Debo agradecer de manera especial a la Junta Directiva de la Sociedad y de forma singular a su Presidente doctor Jaime Zavala Costa por la confianza depositada en el suscrito para éxito de este Congreso, cuyos aportes académicos constituyen materia de este libro.

Finalmente, deseo expresar mi más grande reconocimiento a las instituciones y empresas auspiciadoras que con su aporte económico y material, han contribuido eficazmente al resultado de nuestro evento.

Pedro G. Morales Corrales
Presidente de la Comisión Organizadora del
Primer Congreso Nacional del la SPDTSS
06-10-2004

Conferencia Magistral

DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO DEL TRABAJO

*EMILIO MORGADO VALENZUELA**

Sumario:

I. El trabajo objeto del derecho del trabajo. II. Los sujetos de las relaciones de trabajo. III. Las materias objeto de las relaciones de trabajo. IV. Los niveles de las relaciones colectivas de trabajo. V. Desafíos. 1. Naturaleza de la relación de trabajo. 2. Diversidad y heterogeneidad de las relaciones de trabajo. 3. Segmentación de la trama normativa. 4. Regulación heterónoma y regulación autónoma. 5. Contenidos temáticos y niveles de actuación. 6. Los operadores privados y públicos. VI. Perspectivas.

En un libro editado en mayo de 1997, en homenaje al gran juslaboralista uruguayo Héctor-Hugo Barbagelata, se publicó un breve ensayo sobre "La nueva cuestión social en Latinoamérica", en el que sostuve que "la cuestión social" instalada en nuestros países hacia fines del siglo XIX, no ha desaparecido del todo sino que se ha transformado y ahora presenta nuevas causas, expresiones y modalidades, que requieren de nuevos enfoques e instrumentos de acción para atenderla. En efecto, los problemas sociales derivados de la implantación del industrialismo han cedido paso a los problemas sociales nacidos del intenso, veloz y extendido proceso de cambios que hoy vivimos, especialmente en lo referido a las transformaciones de los modelos y estilos de desarrollo e intercambios comerciales en un mundo cada vez más globalizado, con los

(*) 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. Asesor internacional y nacional. Presidente de Honor y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Director Adjunto de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Doctor Honoris Causa (Université de Bordeaux).

consiguientes cambios en la organización y sistemas de producción, las innovaciones tecnológicas y la organización del trabajo.

Los cambios tienen lugar en ordenamientos políticos internacionales que se reacomodan en torno a un modelo esencialmente unipolar. A la vez, los cambios se dan en entornos políticos nacionales en los que disminuye el tamaño y presencia del Estado, incluyendo lo vinculado a las políticas sociales. También, en esos entornos se ha extendido la presencia de sistemas democráticos de gobierno que, en muchos casos, enfrentan la necesidad de atender con urgencia y eficacia lo concerniente a la eliminación de exclusiones y marginaciones, especialmente las derivadas de la pobreza, la indigencia y la discriminación.

Asimismo los cambios han acelerado la ampliación del campo de las inseguridades e incertezas, y - en cierta medida- han dado cabida a confusiones entre lo que son principios y medios, así como al creciente reemplazo de lo social por lo individual y al abandono de ciertos valores éticos. Paradigmas de justicia, solidaridad y fraternidad tienden a ser reemplazados por inequidades, intolerancias, dogmatismos y fundamentalismos de todo tipo.

Al mismo tiempo los cambios tienen lugar en un medio de creciente fortalecimiento de la sociedad civil, en el que la gobernabilidad y la "imagen-país" reconocen como referentes protagónicos a la participación y el diálogo social.

¿Cuáles son, en este contexto, los desafíos y perspectivas del Derecho del Trabajo? Intentar una respuesta exige tratar de identificar, primero, cuales son las grandes interrogantes actuales acerca del trabajo objeto del derecho del trabajo, de los sujetos de las relaciones de trabajo y del contenido temático y nivel de esas relaciones. El examen de esas interrogantes nos permitirá precisar los caracteres de los principales desafíos ahora existentes, a la vez que posibilitará configurar algunos elementos necesarios para delinear las perspectivas del Derecho del Trabajo.

I. EL TRABAJO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Parte del actual debate radica en el cuestionamiento de la clásica concepción del trabajo objeto de nuestro Derecho como aquél realizado por el hombre en condiciones de subordinación o dependencia,y en ajenidad.

Si bien no se pone en duda que el Derecho del Trabajo regula el trabajo humano, se afirma que el tránsito desde las relaciones de trabajo típicas hacia las atípicas, suele conducir a la disminución de la presencia y nitidez de los tradicional componentes de la clásica concepción del trabajo subordinado y dependiente, dificultando así la percepción de la efectiva presencia de subordinación y dependencia. En otros términos, la línea demarcatoria entre trabajo dependiente e independiente no tiene ya la precisión que poseía antes de los actuales cambios. A esa afirmación se agrega que la ausencia

o insuficiencia de factores indiciarios que permitan definir con precisión la presencia de relaciones de trabajo, hace aumentar el campo de las llamadas zonas grises. Ello ocurre, por ejemplo, en el trabajo que tiene lugar en nuevas estructuraciones productivas en las que la subordinación -y la correspondiente supervisión- resultan muy atenuadas, como es el caso de los equipos autónomos de trabajo, el trabajo realizado fuera de los centros productivos de la empresa, los esquemas remuneracionales basados la productividad alcanzada mediante aumentos del rendimiento, ahorro de insumos y oportunidad y calidad del trabajo efectuado.

Ambas afirmaciones se refieren a dificultades objetivas para configurar lo que constituye subordinación y dependencia, derivadas de la multiplicidad, variedad y plasticidad que asume la prestación de trabajo en el actual proceso de cambios, también caracterizado e influido por el tránsito de la actividad económica desde el sector de la industria al de los servicios.

A ellas cabe agregar la constatación de un número creciente de modalidades -generalmente dolosas y fraudulentas- en las que relaciones de trabajo son artificialmente desplazadas hacia el campo de aplicación de otros ordenamientos jurídicos, de tal modo que la legítima presencia de casos dudosos es reemplazada por encubrimientos y deslizamientos. Su número crece en proporción directa a los niveles de desempleo y subempleo, que magnifican la necesidad de procurarse ingresos aunque ellos provengan de trabajos desprotegidos o hipoprotegidos.

Íntimamente relacionado con esas manifestaciones deslaboralizadoras de lo laboral en el sector formal de la economía, se debe recordar que en el creciente sector informal generalmente existe una absoluta desvinculación laboral de quienes laboran en tal segmento del mercado de trabajo, incluyendo a los que en verdad tienen el carácter de trabajadores dependientes. Por ello, si se tiene presente que estudios de la OIT revelan la alta incidencia que en América Latina, tienen los empleos informales en el total de puestos de trabajo creados en los años recientes, crece aún más el número de trabajadores que de hecho quedan marginados del Derecho del Trabajo aumentando así las serias c**o**nsecuencias de la "huida" desde la normatividad reguladora del relación subordinada y dependiente hacia el campo de las relaciones inciertas y desprotegidas.

II. LOS SUJETOS DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.

Al determinar las características del sujeto trabajador en las relaciones de trabajo en los comienzos del siglo 21, se pueden anotar que existe una creciente participación femenina, incluso en trabajos y niveles jerárquicos históricamente reservados a los hombres, así como una también creciente participación de jóvenes con mejorados niveles de formación y capacitación. De otra parte, su vínculo laboral tiende a ser de plazo determinado o por obra o servicio, y generalmente tiene las características correspondientes

a lo que antes era considerado atípico en una relación de trabajo. La precariedad derivada de esa relación crea inseguridades y, a la vez, la certeza de que debe estar permanentemente en búsqueda de nuevas y mejores oportunidades de trabajo. También es común el trabajo objeto de ése vínculo cambie de naturaleza o contenidos, lo que exige poseer destrezas y capacidades diferentes de las iniciales, naciendo así necesidades de capacitación y formación profesionales permanentes que no resultan armónicas con el carácter temporal de la relación de trabajo

Del sujeto trabajador se espera que tenga un alto nivel de adaptabilidad a los cambios incesantes en la forma de producir y organizar el trabajo, para lo cual se requiere que sea potencialmente polivalente, y que asuma activamente los cambios que legítimamente ocurran en la descripción de sus funciones, asignación de tareas, determinación del lugar y del tiempo de su trabajo. Al mismo tiempo se espera que sea partícipe de las políticas y programas de aumento de competitividad de la empresa, que suelen incluir la fijación de remuneraciones estrechamente vinculadas a logros en la productividad y calidad de los bienes y servicios generados con su trabajo.

También son notables los efectos de los cambios en el sujeto empleador de las actuales relaciones de trabajo. De una parte, tal calidad suele desdibujarse como resultado de los frecuentes cambios de propiedad de la empresa, principalmente como efecto de ventas, fusiones o desmembramientos, especialmente si existen manifestaciones demostrativas de la existencia de unidad económica o jerárquica en un grupo de empresas, no obstante que legalmente son entes separados e independientes. De otra parte, nacen serias dificultades para determinar quién es empleador real y cual es la naturaleza de las responsabilidades -directas, solidarias y subsidiarias- de los diferentes empleadores en los casos en que existen contratistas, subcontratistas o relaciones triangulares en las que el que recibe el trabajo no es el empleador formal. También la condición jurídica de empleador suele transformarse en una vinculación contractual ajena al Derecho del Trabajo como consecuencia del nacimiento de relaciones que pueden tener ese carácter o pueden traducir maniobras de encubrimiento de relaciones de trabajo verdaderas.

Los cambios habidos en los sujetos individuales de la relación de trabajo han repercutido en los actuales perfiles, desafíos y funciones de los correspondientes sujetos colectivos. En general se puede señalar que asistimos a un fortalecimiento de las relaciones individuales de trabajo en desmedro de la relaciones colectivas, por lo que el protagonismo de los sujetos tiende a expresarse en niveles descentralizados como la empresa, el establecimiento, el lugar de trabajo y el trabajador individualmente considerado. Las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores, de hecho desprovistas de parte o gran parte de sus funciones originales, suelen orientarse hacia funciones de asesoramiento y orientación de las organizaciones de base y de los trabajadores interesados; de movilización; de vinculación y articulación con otras organiza-

ciones de la sociedad civil y, de copartícipes en procesos de diálogo macrosocial, cuando existen.

Severas reducciones se observan en lo atinente al número y nivel de compromiso de los afiliados sindicales, así como en lo referido a la presencia, cobertura y contenidos de la negociación colectiva. Además ella suele aumentar la frecuencia y profundidad de concesiones peyorativas o "congeladoras" a cambio de la mantención del nivel de empleo o de la desaceleración de su caída. La huelga en el sector privado tiende a perder efectividad. La participación tiende a ser substituida por modalidades de cooptación y de integración.

III. LAS MATERIAS OBJETO DE LAS RELACIONES DE TRABAJO.

Diversos autores han señalado que la construcción normativa del Derecho del Trabajo corresponde al trabajo industrial, especialmente en sus manifestaciones "fordistas" y "tayloristas", lo que tiende a ser inarmónico e incoherente con los principales perfiles que ahora presenta el trabajo principalmente en el sector terciario, y crecientemente en el secundario.

En ese contorno, el antiguo paradigma de la relación típica de trabajo adquiere singularidades de muy diferente orientación. La profundidad de esas singularidades ha dado fuerza a postulaciones doctrinarias referidas al surgimiento de relaciones de trabajo "parasubordinadas", lo que podría justificar -o tornar necesario- el establecimiento de estatutos normativos diferenciados.

A la vez, el trabajo "en ajenidad" tiende a ser adjetivizado como cooperativo, concepto en torno al cual se desarrollan múltiples y renovadas técnicas de gestión de recursos humanos, que asignan a la relación de trabajo unos contenidos adicionales al de las contraprestaciones de trabajo y remuneraciones. Objetivos de competitividad, productividad y calidad informan tanto al trabajo dado como a la remuneración debida.

Esos contenidos, y los prestacionales, ya no se dan exclusivamente en la escala de lo local sino que resultan influidos por los efectos de los procesos de globalización y, a la vez, tienen proyecciones en la calidad y condiciones en que lo producido se inserta en los mercados nacionales e internacionales.

La flexibilidad laboral es una de las materias centrales del debate en torno a la funcionalidad del Derecho del Trabajo en los tiempos actuales. ¿Para qué se flexibiliza?, ¿cuánta flexibilización es necesaria?, ¿cómo se flexibiliza?, ¿quién flexibiliza?. La respuesta a cada una de esas interrogantes exige considerar al conjunto de ellas. En tal empeño hay quienes auguran la desaparición del Derecho del Trabajo, otros su reemplazo por uno nuevo, y otros su "aggiornamiento" vitalizador.

No cabe duda de que la velocidad y plasticidad de los cambios y de las requerimientos que ellos plantean a la normatividad laboral, tornan indispensable armonizar

las necesidades de la protección con las de la producción. En ese contexto, al concepto de flexibilización desreguladora se opone el de flexibilización re-reguladora, en sus dos variantes: la que no afecta la protección pero cambia su expresión, y la que tiene un carácter peyorativo pero no desregulador. A la vez, a la llamada flexibilización "salvaje" se opone la regulada, distinguiéndose entre la regulación emanada de la ley y la convenida colectiva o individualmente entre las partes. En ese caso, se discute en torno a la preeminancia jerárquica de la fuente heterónoma y se indican mecanismos de articulación con la regulación autónoma, señalándose resguardos que favorecen a la de carácter colectivo.

IV. LOS NIVELES DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO.

La descentralización de las relaciones colectivas de trabajo, a menudo excesiva y desprotectora al no considerar los desequilibrios existentes entre las partes, resulta disfuncional y paradójica con los caracteres mundializantes de la globalización. Por ello crece la incoherencia entre enfoques minimalistas y localistas frente a desafíos y oportunidades globalmente extendidas.

Parece aconsejable que en la determinación de los niveles de las relaciones de trabajo prime la consideración de las materias que comprenden. Respecto de algunas será apropiado establecer alguna nivel centralizado y respecto de otras será preferible un nivel descentralizado. Al respecto debe tenerse presente que en sistemas de pluralidad de niveles es recomendable contemplar mecanismos de articulación que eviten la reiteración "en casada" de una misma materia.

Atendida la naturaleza de los cambios y de la velocidad con la que se manifiestan sus efectos, la determinación de los niveles de las relaciones colectivas debería corresponder a las partes y no ser determinada heterónomamente. Tal fijación autónoma facilitaría la oportuna revisión de los niveles fijados

V. DESAFÍOS.

Múltiples 1y variados son los desafíos vinculados con las materias ya presentadas. Sin restar importancia ni protagonismo a todos ellos, creo útil centrar mi análisis en torno a ciertos desafíos derivados de la naturaleza de la relación de trabajo, la diversidad y heterogeneidad de las relaciones de trabajo, la posibilidad de segmentar la trama normativa y sus elementos condicionantes, el recurso a la regulación heterónoma y a la autónoma, los contenidos temáticos y los niveles de actuación, y los operadores privados y públicos.

1. Naturaleza de la relación de trabajo.

A los indicadores y referentes determinadores de la relación subordinada, dependiente y en ajenidad, vinculados al arquetipo de la relación de trabajo que era típica antes de los cambios, se debe adicionar a los que resulten más apropiados para definir la existencia y niveles de subordinación, dependencia y ajenidad en las nuevas formas contractuales y relaciones de hecho que coexisten con las clásicas.

2. Diversidad y heterogeneidad de las relaciones de trabajo.

De ese examen resultarán más acentuadas que antaño las peculiaridades que presenta la relación de trabajo según el sector de actividad económica y tamaño de la empresa, el sector de actividad profesional de los trabajadores y las diversas manifestaciones que, en esos entornos, asuman las relaciones subordinadas, dependientes y en ajenidad, incluyendo en ese repertorio de diversidades a las llamadas relaciones parasubodinadas y paradependientes.

3. Segmentación de la trama normativa.

La pluralidad de realidades diversas invita a pensar en la existencia de un Derecho del Trabajo básico, nuclear, conformado por principios y derechos fundamentales en el trabajo, que contenga ramas normativas diferenciadas para atender las especificidades que adquiera el trabajo humano en los diferentes ambientes productivos de bienes y servicios. Así, el Derecho del Trabajo central sería acompañado -no reemplazado-, por ejemplo, por ramas normativas propias del trabajo en el sector privado y en el sector público; el trabajo en la grande, mediana, pequeña y microempresa, el trabajo realizado por categorías de trabajadores con mayor o menor presencia de subordinación, dependencia y ajenidad, y el trabajo efectuado para empleadores directos e indirectos y co-empleadores.

Tal segmentación presenta no pocas dificultades. En primer término, se expresa que generaría categorías decrecientes de protección. En segundo lugar, se argumenta que alentaría deslizamientos, carentes de buena fe, hacia las categorías menos protegidas. De otra parte, tal segmentación tendría que ser fijada mediante normas legales, las que difícilmente podrían atender las múltiples y cambiantes complejidades propias del florecimiento de lo atípico.

4. Regulación heterónoma y regulación autónoma.

Junto con repensar lo concerniente a los campos de actuación y coexistencia de la heteronomía y la autonomía, se tiene que adoptar las medidas necesarias para que lo resultante del ejercicio de la autonomía colectiva tenga la idoneidad legitimante que asegure su eficacia social. Además, es necesario dotar de atributos de equilibrio al ejercicio de la autonomía individual. En uno y otro caso se debe regular con gran cuidado lo referido a la disponibilidad de derechos, especialmente de los establecidos mediante ley o en desarrollo de la autonomía colectiva.

5. Contenidos temáticos y niveles de actuación.

Como las posibles segmentaciones y la conjunción de decisiones heterónomas y autónomas deben ser precedidas y presididas por la determinación de los campos temáticos y niveles de actuación en cada segmento y tipo de decisiones, cabe señalar que se debería preestablecer un mecanismo que permita evaluar sus resultados y, de ser necesario, adoptar los cambios que resulten más apropiados

6. Los operadores privados y públicos.

El contenido del Derecho del Trabajo es, en parte, determinado por las orientaciones y aceleraciones que a sus normas imprimen sus operadores privados y públicos.

Ello obliga a considerar lo concerniente al grado de libertad, independencia y equilibrio de poderes de los operadores privados, individuales y colectivos. En otros términos, la tarea es construir o reconstruir, en su caso, la capacidad de actuación de los sujetos individuales y colectivos de las relaciones de trabajo.

También obliga a reevaluar lo concerniente al papel del Estado en las relaciones de trabajo, tanto en lo concerniente a la formulación de la política pública de trabajo como en lo atinente a la actuación de la administración del trabajo y la justicia del trabajo.

Al respecto se pone de relieve que a las funciones fiscalizadoras y sancionadoras de la administración pública del trabajo, se deben agregar y fortalecer las funciones preventivas, asesoras, de estudio y de difusión y formación en materias laborales, sea directamente o en asociación con entidades privadas o públicas. A su vez, en lo correspondiente a la justicia del trabajo, se debe revisar las normas procesales que garanticen la celeridad de los procedimientos y el respeto al debido proceso. También se estima conveniente articular los procedimientos judiciales y administrativos, y contemplar el recurso a procedimientos alternativos.de prevención y solución de conflictos.

VI. PERSPECTIVAS.

La representación y visión de las perspectivas del Derecho del Trabajo, que atienda los desafíos que ahora enfrenta, torna recomendable formular tres consideraciones preliminares.

Primeramente se debe entender que estamos viviendo un proceso no acabado de cambios, por lo que es necesario que toda propuesta que se formule ha de contener objetivos de largo y mediano plazo, y no limitarse a recomendar soluciones que hoy parecen apropiadas pero que más tarde pueden generar efectos diferentes y hasta contradictorios con los esperados. Preparémonos para vivir futuros cambios de los cambios actuales.

En segundo lugar, habida cuenta de las dimensiones nacionales e internacionales de los cambios y de sus interacciones con las instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe admitir que toda propuesta tiene que considerar su viabilidad, eficacia, pertinencia y coherencia en esos ámbitos. Especial atención ha de darse al papel que en el derecho nacional tienen las normas internacionales del trabajo de la OIT, las adoptadas en otros niveles internacionales universales (la ONU) o regionales (la OEA, por ejemplo), así como las derivadas de otras convenciones internacionales -bilaterales o multilaterales- como es el caso de los acuerdos de integración y los tratados de libre comercio. A ellos deben agregarse los contenidos de declaraciones unilaterales, como los códigos de conducta y normas de responsabilidad social asumidas por las empresas.

También se debe comprender que las causas y contenidos de la actual cuestión social son diferentes de lo que fueron propios de la habida en el pasado, por lo que ahora no procede repetir mecánicamente las recetas y los discursos de ayer, sino que ellas deben ser funcionales con las necesidades nacidas de los problemas de hoy.

Formuladas estas consideraciones cabe identificar algunos objetivos conducentes a encimar los actuales desafíos. Entre ellos destacamos los siguientes:

1. Reconocer que el Derecho del Trabajo comprende la existencia de un ámbito general de cobertura y de ámbitos especiales que incluyen a personas cuyos vínculos de dependencia y subordinación no siempre tienen la misma intensidad o nitidez, o que trabajan en sectores de actividad o profesionales que requieren un tratamiento diferenciado, como los del sector público, la pequeña y microempresa, los profesionales y técnicos, y los empleados en la alta dirección de la empresa. En consecuencia es previsible y aconsejable facilitar la incorporación de nuevos colectivos de trabajadores al campo de cobertura del Derecho del Trabajo.
2. Redimensionar y revalorizar la función protagónica del trabajo humano “en ajenidad” y su normativa, en el logro de objetivos como la paz social, la

gobernabilidad, la consolidación de la democracia y la participación en la economía globalizada mediante la elevación de los niveles de competitividad basada en aumentos de productividad y calidad, y no en el deterioro de los niveles de protección y de activo respecto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En otros términos, se debe entender que los objetivos del Derecho del Trabajo y los de los actuales procesos de cambio no sólo son compatibles sino que además son interrelacionados y recíprocamente necesarios.

3. Repotenciar los sujetos e instituciones de derecho colectivo del trabajo en todos los niveles de los sectores económicos y profesionales, mediante acuerdos sociales y normas legales que garanticen la libertad sindical y el derecho de sindicación, la negociación colectiva, la solución y prevención de conflictos, la huelga, y la participación en todas sus manifestaciones y niveles. Especial atención requiere lo concerniente a la presencia de los elementos objetivos y sustantivos que aseguren la idoneidad de la autonomía colectiva, y al papel que en ello corresponde a los sujetos sociales y al Estado.
4. Evitar la deslaboralización de lo laboral habida en casos fronterizos de trabajos supuestamente independientes o regulados por otros sistemas normativos, así como resultado directo o indirecto de externalizaciones, subcontrataciones e intermediaciones.
5. Establecer ecuaciones sociales idóneas entre la flexibilización y la protección laboral, eliminando efectos desreguladores y desprotectores, a la vez que promoviendo que su implantación sea concertada.

Pensamos que en la obtención de esos objetivos se debe asignar especial protagonismo formas idóneas de diálogo y acuerdos sociales, que agreguen mayor legitimidad a las decisiones que se adopten heterónomamente, evitando así los inconvenientes derivados de la imposición unilateral o de estrategias cooptadoras.

Al terminar preguntémonos ¿cuál es el principio que informa esta presentación de desafíos y perspectivas?

La creencia de que el Derecho del Trabajo, si bien enfrenta una crisis existencial, perdurará ya que a través de él se plasma el ideario humano de alcanzar una justa redistribución de lo logrado con la participación del trabajo, a la vez que una ecuánime redistribución de las oportunidades para mantener esperanzas, para soñar con un futuro mejor, para alcanzar la felicidad, la paz, la justicia y el amor fraternal al realizarnos y expresarnos en el trabajo que hacemos.

TEMA I

FORMALIDAD, INFORMALIDAD Y EL DERECHO DEL TRABAJO

Ponencia oficial

Guillermo Boza Pró

Ponencias libres

Elmer Guillermo Arce Ortíz

Fernando García Granara

Pedro G. Morales Corrales

Iván Parédez Neyra

Mario Pasco Cosmópolis

Mario Pasco Lizárraga

Tatiana Velazco

INFORMALIDAD Y RELACIONES LABORALES

GUILLERMO BOZA PRÓ*

Sumario:

I. Ordenamiento constitucional e informalidad.- II. Algunas precisiones importantes. la informalidad: un fenómeno transversal de difícil conceptualización.- III Características del trabajo informal.- IV. Posibles causas y efectos de la informalidad.- V. Posibles propuestas y acciones para afrontar el empleo informal. VI. ¿Acercar la formalidad a la informalidad? El régimen laboral especial de la microempresa.- VII. A modo de conclusión.- Bibliografía.

"El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (…).
El estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"
(Constitución Política del Perú, artículo 23°)

I. ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL E INFORMALIDAD.

El precepto constitucional citado con el que se inicia el presente trabajo es elocuente: establece el compromiso ineludible del Estado peruano de atender las diversas for-

(*) Doctor en Derecho. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

mas de empleo que incluye, sin duda, al trabajo informal. No debe perderse de vista que el constituyente señala, igualmente, que el trabajo es un deber y un derecho, que es concebido como base del bienestar social y como medio de realización de la persona humana (artículo 22°) y que el trabajador, sin distinción alguna, tiene derecho a una retribución equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual (artículo 24°).

Por otro lado, el propio ordenamiento constitucional concibe al Estado peruano como un Estado social y democrático de derecho (artículo 43º), cuyo fin supremo es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (artículo 1º), por lo que tiene, entre otros deberes primordiales, los de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y la promoción del bienestar general (artículo 44°). En este contexto normativo, especial consideración merece la consagración del principio de igualdad de oportunidades (artículo 26º, inciso 1), que no supone otra cosa que la búsqueda de la igualdad sustancial y consiguiente remoción de aquellos obstáculos –por parte de los poderes públicos- que impidan una igualación efectiva a favor de los colectivos desprotegidos[1]. Obviamente, no estamos pensando sólo en aquellos colectivos tradicionalmente disminuidos por consideraciones de sexo (mujeres), edad (menores) o minusvalía (discapacitados), en los que la Constitución pone especial énfasis, sino –en la coyuntura actual- en esa masa de sub empleados excluidos de la protección de la legislación laboral y de seguridad social.

Lo que se acaba de señalar tiene también sustento en la normativa internacional. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona a elegir libremente su trabajo, en condiciones equitativas y satisfactorias y a la protección frente al desempleo (artículo 23º), así como a una remuneración igualmente equitativa y satisfactoria, que le asegure al trabajador y su familia una vida digna.

El Pacto Interamericano de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, por su parte, recoge preceptos de similar naturaleza. Establece la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas adecuadas para garantizar el derecho de toda persona a ganarse la vida, mediante un trabajo libremente elegido o aceptado que le procure condiciones de existencia dignas. Entre las medidas que habrán de implementarse, de cara a lograr la plena efectividad de este derecho, están la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante, así como la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana (artículo 7º).

En el ámbito regional, el Protocolo Adicional de San Salvador, en la misma línea de los instrumentos anteriores, consagra el derecho al trabajo, precisando que el mismo

1) NEVES MUJICA, 2004, pp. 112-113.

incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida, para lo cual los Estados Parte se comprometen a establecer políticas destinadas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y a la capacitación técnico-profesional (artículo 6º). Se reconoce, igualmente, que el derecho al trabajo supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7º).

Dos son, sin embargo, los instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) –aunque sin fuerza vinculante- que afrontan directamente el tema en estudio: la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998 y la Resolución relativa al Trabajo Decente y la Economía Informal, de 2002.

Como se sabe, la Declaración de la OIT de 1998, postula que todos los Estados tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los siguientes principios y derechos fundamentales, consagrados en las normas internacionales de trabajo: libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; proscripción de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; y, finalmente, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. La indicada Declaración no distingue entre los sectores informal y formal de la economía, no obstante, en la medida "que los trabajadores del sector informal suelen ser lo más débiles, en términos de fuerza laboral y política, sería perfectamente lógico que fuesen también los principales beneficiarios de la legislación laboral"[2]. Por tanto, la puesta en práctica de la Declaración, debería suponer que se lleven a cabo las modificaciones que resulten necesarias -tanto en la legislación como en la práctica laboral-, con el fin de garantizar que los trabajadores que forman parte del sector informal puedan ejercer libremente, al menos, los derechos laborales fundamentales ante citados; y que lo hagan en los mismos términos en que normalmente son ejercidos por los trabajadores de los distintos sectores de la economía formal[3]. Conviene precisar, en cualquier caso, que el compromiso de respetar y promover la vigencia efectiva de los derechos fundamentales laborales y de los convenios internacionales de trabajo que los regulan[4], se deriva de la sola pertenencia de un Estado a la OIT, independientemente de que haya ratificado o no dichos convenios.

---

2) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2004, p. 75.

3) Ibidem, p. 75.

4) Dichos convenios son: el Convenio 29, relativo al trabajo forzoso y obligatorio; el Convenio 105, relativo a la abolición del trabajo forzoso; el Convenio 138, relativo a la edad mínima de admisión al empleo; el Convenio 182, relativo a la abolición de las peores formas de trabajo infantil; el Convenio 87, relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicación; el Convenio 98, relativo al derecho de sindicación y negociación colectiva; el Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y mano de obra femenina; el Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Todos ellos han sido ratificados por el Perú.

No obstante, la pregunta clave en este tema es, como nos recuerda Rodríguez-Piñero, no tanto la de si deben o no establecerse unos principios laborales fundamentales de carácter universal, sino la forma cómo pueden ser establecidos y, sobre todo, cómo asegurar su aplicación, teniendo en cuenta la naturaleza esencialmente promocional que posee la Declaración[5]. A tal efecto, coincidimos con Moreno Valero en la necesidad de mejorar la eficacia de los instrumentos de la OIT[6], a través de una serie de mecanismos que podemos resumir en los tres siguientes: *difusión* del contenido de los convenios sobre derechos laborales fundamentales y de la interpretación que de los mismos han realizado los órganos correspondientes de la OIT (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Comité de Libertad Sindical), así como de los mecanismos de supervisión; *cooperación técnica* en aquellos países que lo requieran para favorecer el cumplimiento de los convenios; y *control*, mejorando los mecanismos de denuncia ante el incumplimiento de los convenios y otorgando mayor peso a los informes y recomendaciones de los órganos de control de la OIT. Habría que pensar incluso en la conveniencia de hacer preceptivas las observaciones o recomendaciones formuladas por dichos órganos con la consiguiente sanción frente a su incumplimiento. Todo esto debería venir aparejado de evaluaciones periódicas de la política social general de todos los Miembros de la Organización[7].

En el caso de la Resolución sobre Trabajo Decente y Economía Informal, de 2002, se establece expresamente que "a fin de promover el trabajo decente, es necesario eliminar los aspectos negativos de la informalidad, al tiempo que se vela porque las oportunidades de susbsistencia y capacidad empresarial no se destruyan y se fomenta la protección e incorporación de los trabajadores y las unidades económicas de la economía informal en la formal". Por ello, el objetivo es mantener un equilibrio, incentivando la creación de nuevas empresas, incorporando a las más pequeñas en la economía formal y generando nuevos empleos sin debilitar las normas de trabajo, al mismo tiempo que disuadir a las empresas de la economía formal de pasar a la informal.

En consecuencia, conforme a lo que se acaba de exponer, no resulta aceptable soslayar -ya no sólo desde una perspectiva social o política, sino también jurídica- el problema de la informalidad y pretender que la protección o tutela estatal se quede en la periferia de lo formal. Entendemos que existe, con absoluta claridad, un mandato constitucional que -interpretado a la luz de la normativa internacional correspondiente ratificada por nuestro país- exige encarar el problema de la informalidad; pero, al mismo tiempo, atendiendo a las dimensiones que ha cobrado en nuestro medio dicho problema, convierte esa tarea en prioritaria e impostergable. Según datos del Programa de Estadísticas y Estudios Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

5) RODRIGUEZ-PIÑERO, 2000, p. 10.
6) MORENO VALERO, 2002.
7) Ibidem.

(MTPE), la economía informal alcanzaba en el año 2002 al 56.7% de la PEA ocupada, cifra que podría subir a un 61.8% si le sumamos el sector de los trabajadores del hogar, que algunas propuestas metodológicas incluyen dentro de la economía informal.

Ahora bien, consideramos, igualmente, que el mandato constitucional no impide distinguir entre quienes actúan en la informalidad por una cuestión de subsistencia[8] de quienes lo hacen con ánimo fraudulento, pues el tratamiento a seguirse en ambas situaciones no debería ser el mismo. En el segundo de los casos señalados estamos ante una clara conducta evasiva, respecto de la que no existe una base legal que justifique la inaplicación de la legislación laboral[9].

II. ALGUNAS PRECISIONES IMPORTANTES. LA INFORMALIDAD: UN FENÓMENO TRANSVERSAL DE DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN.

La informalidad es un fenómeno complejo, que duda cabe: conceptualizarlo, identificar sus causas, alcances, efectos y posibles soluciones no es una tarea que resulte pacífica. No existen consensos ni definiciones unívocas sobre un problema que ni es nuevo ni privativo de un determinado tipo de sociedad. Es cierto que dicho fenómeno tendrá explicaciones y alcances diferentes dependiendo del país, y del desarrollo de su economía, en el que se presente, pero también lo es que se trata de un problema que, en un contexto de economía globalizada, se torna expansivo, planteando múltiples interrogantes sobre la eficacia del Derecho del Trabajo.

Desde una perspectiva terminológica se habla indistintamente –para referirse al mismo fenómeno- de economía sumergida, subterránea, informal, oculta, no declarada, paralela, sólo para mencionar algunos de los términos de mayor uso. Como resulta evidente, hemos adoptado el de economía –y consecuentemente, empleo- informal, por su arraigo indiscutible y generalizado en nuestro medio, y que, además, es el término utilizado por la OIT[10].

Pero independientemente de la denominación utilizada, consideramos más importante, para los fines del presente trabajo, realizar, de un lado, una delimitación conceptual del fenómeno que abordaremos en las líneas siguientes y, de otro, precisar que, partiendo del concepto de la economía informal, nuestra atención se centrará en las

---

8) Aquellos que, como señala ARCE ORTIZ, 2004, p. 13, "si no inventan su empleo o si no trabajan en el marco de la economía sumergida, estarían desempleadas". También YBARRA, 1995, p. 270.

9) En tales casos, que en su momento fue señalado como un supuesto típico tradicional de fuga o "huida" del Derecho del Trabajo, debieran actuar en forma reactiva los mecanismos garantistas y sancionadores del propio ordenamiento laboral. En ese sentido RODRIGUEZ-PIÑERO, 1992, p. 2. Más recientemente, y sobre las nuevas tendencias de ese fenómeno, véase: BAYLOS, 2000, pp. 35 y ss.

10) Como señala GRZETICH 1992, p. 28, tal vez no sea el término más representativo, pero sí el más difundido en el ámbito latinoamericano. Sobre los orígenes y evolución del término puede verse: RENDON y SALAS (2000).

implicancias que el tema objeto de estudio tiene en el ámbito estricto de las relación de trabajo.

En una concepción amplia, la economía informal abarca aquellas actividades económicas –producción de bienes y servicios- que en su práctica vulneran o no reflejan algún tipo de norma establecida para su regulación[11]. Ahora bien, una concepción así de amplia comprende tanto a actividades ilegales como legales. En el primer caso, estamos ante actividades que, por mandato expreso del ordenamiento, quedan al margen de la ley y que, por contrariarla expresamente, son pasibles de sanción penal (contrabando, comercialización de drogas, comercio de bienes robados, juegos de azar prohibidos). Por el contrario, en el segundo caso nos encontramos ante ingresos provenientes de actividades legales pero no declaradas, que suponen un fraude o una elusión de la normativa fiscal, laboral y de seguridad social[12]. En consecuencia, en este último supuesto el objeto de la actividad es lícito, pero la forma como se realiza, al margen de mecanismos de control y fiscalización de los poderes públicos, es irregular[13]. Es esta clase de actividades –y nos las primeras- las que califican en estricto como prácticas informales y las que interesan, por tanto, al presente análisis. Ahora bien, como señala Tokman, en la práctica no suele presentarse una actividad puramente formal o puramente informal, sino que las situaciones son más bien matizadas: "Ni el sector informal opera absolutamente 'en negro', ni su opuesto, el sector moderno, lo hace con un irrestricto apego a la legalidad"[14]. Esto permite plantear una variedad de situaciones que pasan por el trabajo legal no declarado, absolutamente clandestino, porque que infringe abiertamente no sólo las normas de laborales y de seguridad social, sino también las de orden administrativo o municipal (no se cotiza ni al fisco ni a la seguridad social, no se cumplen las obligaciones laborales, el centro de trabajo no cuenta con licencia de funcionamiento); el trabajo legal no declarado, parcialmente oculto, que incumple con cotizar a la seguridad social, pero que sí respeta -en parte o en todo- las condiciones salariales y de trabajo impuestas por la normativa laboral; o el trabajo legal y registrado, pero que no declara el íntegro de los beneficios pagados a sus trabajadores (pagos fuera de planilla) a fin de tributar menos[15].

Señala Rodríguez-Piñero que "uno de los problemas con los que desde su nacimiento se ha enfrentado el Derecho del Trabajo, es el de la reacción contra las tendencias elusivas que han tratado de escapar de la aplicación de su normativa"[16]. Y es que desde los albores mismos del Derecho del Trabajo se ha presenciado una suerte de tensión

11) RUESGA, 2000, p. 14.
12) RAMIREZ, 1986, p. 63.
13) DE LEON, 1996, p. 103.
14) TOKMAN, 2001, p. 25.
15) Cfr. RAMIREZ, pp. 64-65. También TOKMAN, p. 25.
16) RODRIGUEZ PIÑERO, 1985, p. 43.

dialéctica entre la regulación heterónoma y colectiva -limitadora y en ocasiones prohibitiva de la autonomía individual-, y la voluntad de los sujetos laborales de sustraerse de la aplicación de dicha normativa y de recuperar sus espacios de actuación. En ese sentido, añade el citado autor que, cada vez que el Derecho el Trabajo "gana en extensión o en intensidad en su propio interior, corre el riesgo de perder su efectividad, de acentuar la resistencia al cumplimiento, de fomentar trucos y maquinaciones por parte de quienes tienen que cumplirlo"[17].

No estamos, por tanto, ante un fenómeno nuevo. Sin embargo, lo novedoso del tema radica -a partir de la crisis de los setenta- en su progresiva expansión e institucionalización, en diversos ámbitos y en todos los países, independientemente del desarrollo de sus economías. Como señala Ruesga[18], el hecho nuevo radica "en la enorme ampliación de su espacio potencial en el período más reciente de nuestra historia económica y, por tanto, su mayor trascendencia económica y social para la vida de las personas". Pero además, es a partir de este momento que "lo que había constituido un espacio relativamente acotado del mundo laboral se ha ampliado espectacularmente y se ha convertido en una situación habitual para muchas personas que anteriormente ocupan empleos que garantizaban niveles de vida y condiciones de trabajo más dignas"[19]. Queda claro, pues, que la informalidad comienza a convertirse en un fenómeno de masas que torna más complejo el problema y que se conecta con factores de orden ético o sicológico, al mismo tiempo que estructurales, pues afecta el propio funcionamiento de los procesos económicos y productivos[20].

Pero como se ha adelantado, junto a ese ensachamiento o carácter expansivo del fenómeno tratado se resalta el carácter institucional que viene tomando el empleo informal. Es decir, presenciamos un fenómeno que, en cierta medida, empieza a echar raíces, que cuenta con arraigo social o que, cuando menos, cuenta con la complicidad de muchos "que lo hacen posible y dificultan su regulación"[21]. Hay una suerte de conciencia colectiva del "mal menor", de que es preferible el empleo informal que el des-

---

17) Ibidem, p. 43.
18) RUESGA, p. 14.
19) Ibidem, p. 14
20) RODRIGUEZ-PIÑERO, 1985, p. 44. Como explica RUESGA , pp. 56-57, existen una serie de condiciones internas y externas que abonan el campo de la informalidad y que hacen posible la difusión e implantación de las empresas y del empleo no registrados. En primer lugar, están las condiciones de carácter físico, relativas al tamaño de las instalaciones o centros de trabajo. Resulta evidente que es más fácil operar en la informalidad cuando se trata de unidades productivas de escasa dimensión, con pocos empleados y con una producción de poco volumen. Ligado a lo anterior se encuentran los condicionamientos del propio proceso productivo, lo que se vincula directamente con las decisiones empresariales que puedan adoptarse con relación a dicho proceso. Concretamente, la descentralización o atomización de la cadena de producción podrían facilitar el ocultamiento de parte del proceso. En tercer lugar, está el entorno económico, a partir del cual se generan redes y mecanismos de autoprotección que facilitan el ocultamiento y la permanencia en dicha situación. También juega un rol determinante el entorno institucional, es decir, la normativa que regula actividad empresarial y económica, así como el funcionamiento de los mecanismos de inspección y sanción. Finalmente, está el entorno sociocultural referido a la visión que los distintos actores puedan tener del problema y de la tolerancia que puedan tener sobre el mismo.
21) RODRIGUEZ-PIÑERO, 1985, p. 44.

empleo absoluto[22]. Y es dentro de esa lógica que muchos colaboran: el trabajador que se presta al juego y es cómplice y víctima a la vez de una práctica vedada; el empresario formal, "respetuoso de la legalidad", pero que subcontrata o descentraliza parte de su cadena productiva con terceros que sí hacen uso del empleo informal; o los propios poderes públicos que toleran ese comportamiento, prestándose a un dejar hacer – dejar pasar que linda con la abdicación del Estado de Derecho[23].

La suma de ambos caracteres se antoja perniciosa para el objeto mismo del Derecho del Trabajo, porque supone marginar de su ámbito de aplicación a un colectivo importante de trabajadores y excluirlos, en buena cuenta, "de todo el aparato institucional que trata de proteger al trabajo subordinado", mediante el reconocimiento de ciertos derechos mínimos, el ejercicio de derechos colectivos para la acción sindical y la posibilidad de acudir a la administración de trabajo y los tribunales laborales[24].

Estamos, por tanto, ante fenómeno de naturaleza transversal que involucra aspectos que desbordan el plano estrictamente jurídico y que va a requerir –desde nuestro punto de vista- de una respuesta de la misma índole, si se quiere afrontar el problema con seriedad eficacia.

III. CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO INFORMAL.

Consideramos importante realizar una aproximación al perfil del trabajo informal, precisar en qué condiciones se presta y en qué sectores se desarrolla, porque no necesariamente será una sola respuesta la que deba darse en todos los casos, de cara a afrontar el fenómeno en cuestión.

Conforme a lo establecido en la 90° Conferencia Internacional del Trabajo de 2002, se entiende que el concepto de economía informal abarca un número amplio de situaciones productivas, y ello a partir de la combinación de dos factores: unidad productiva (informalidad productiva) y ocupación (trabajo informal)[25]. La conjunción de ambos factores permitirá identificar el perfil del trabajo informal.

---

22) Cfr. GOÑI SEIN, 1993, p. 72.

23) RODRIGUEZ-PIÑERO, 1985, P. 44. Este comportamiento parecería acentuarse como consecuencia de la globalización de la economía. En efecto, la globalización de la economía ha supuesto, en buena cuenta, un crecimiento del intercambio comercial –de bienes y servicios-, entre países en vías de desarrollo y países desarrollados. En gran medida, ello se deriva de la descentralización de parte de la actividad productiva en estos últimos hacia los primeros, en busca de los menores costos de producción que las condiciones de informalidad (por su menor regulación y fiscalización) brinda en la mayoría de las economías subdesarrolladas. En esa medida, podría sostenerse que no sólo habría un menor interés gubernamental por atender el fenómeno de la economía informal, al haber pasado de políticas de inserción de las actividades informales a la economía formal, a otra de signo contrario, orientadas a desregular el mercado formal, y acercando por esa vía sus condiciones a las vigentes en la economía informal (Cfr. RUESGA, 2000, pp. 41-42).

24) RODRIGUEZ-PIÑERO, 1985, p. 44.

25) ORSATTI y CALLE, 2004, p. 14.

Respecto a la *informalidad productiva*, ésta alude al sector no estructurado, compuesto por pequeñas unidades de producción y distribución de bienes y servicios, cuyas características centrales serían las siguientes[26]: i) se ubican en zonas urbanas; ii) pertenecen por lo general a productores independientes y trabajadores por cuenta propia; iii) su productividad es reducida al disponer de poco o ningún capital y utilizar técnicas rudimentarias y mano de obra escasamente calificada; iv) el personal empleado es inestable y percibe bajos ingresos e irregulares; v) son unidades no estructuradas, porque no están declaradas ni figuran en las estadísticas oficiales, no están, por tanto, reconocidas ni apoyadas por el Estado, y tienen dificultad en acceder a mercados organizados y a instituciones de crédito. En definitiva, suelen actuar al margen de la ley, pero aún en los casos en que observen ciertas disposiciones jurídicas, quedan casi siempre excluidas de la legislación laboral, de seguridad social, de salud ocupacional o de cualquier otra medida de protección social que alcance a los trabajadores.

Con relación al *trabajo informal* propiamente, la Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV) esbozó en 1999 un perfil que alcanzaba a determinados grupos de trabajadores. Son tres, concretamente, los segmentos establecidos: trabajadores por cuenta propia, trabajadores dependientes y microempresarios.

Los trabajadores independientes o por cuenta propia:

Constituyen el mayor segmento de la informalidad. Se trata de trabajadores independientes que crean su propio negocio unipersonal (microempresarios familiares) y que trabajan bien solos o con trabajadores no remunerados, generalmente miembros de la familia o aprendices. Forman parte de este segmento los socios de cooperativas de trabajo o producción y los trabajadores a domicilio por cuenta propia, que son aquellos trabajadores autónomos que tienen el propio domicilio como lugar de trabajo y que suelen un número importante de profesionales liberales[27].

En este segmento debe deslindarse con los "falsos independientes", que acuden formas de contratación civil o comercial para ocultar relaciones de dependencia con el objeto de que el verdadero empleador reduzca sus costos laborales. En estos casos estamos existe una evidente situación de fraude a la ley.

Trabajadores dependientes, ocupados en microempresas:

Constituye el caso típico de trabajo informal asalariado, que suele no estar registrado y logra permanecer oculto en la medida que se presenta en unidades económicas de

26) Ibidem, p. 14. GRZETICH, 1992, p. 32 y ss., engloba las características señaladas en las cuatro siguientes: a) la facilidad de entrada en el sector, por no requerirse de mayores capitales; b) el tamaño pequeño de la unidad prouctiva; c) la baja productividad; y d) la ausencia de organización. (ORSATTI y CALLE, 2004, p. 15). Véase también, DE LEON (1996, pp. 225 y ss.).

27) Ibidem, p. 15.

escaso tamaño y cuentan en ocasiones con el consentimiento de los propios trabajadores, en la medida que prefieren que las contribuciones y aportes a su cargo les sean entregados directamente, a fin de obtener una mayor renta neta.

No incluimos en este segmento a los trabajadores a tiempo parcial y a los temporales, a tiempo determinado o por obra, por cuanto se trata de formas atípicas de trabajo dependiente por cuenta ajena y operan dentro del marco de la normativa fiscal, laboral y de seguridad social –salvo que se trate de actividades no registradas, en cuyo caso sí habría que incluirlas-. En cualquier caso, el nivel de ingresos, así como la carencia de determinados beneficios y condiciones de trabajo que muchas veces suelen acompañar a este tipo de trabajadores, los coloca más en una situación de empleo precario que de informalidad.

El caso de los trabajadores domésticos (del hogar) y de los trabajadores a domicilio (que incluye a los teletrabajadores, como una modalidad del trabajo a distancia) merece una reflexión particular. En nuestro ordenamiento ambos supuestos están sometidos a regímenes especiales, que considera dichas actividades como trabajo atípico asalariado por cuenta ajena. En el caso del trabajo a domicilio, éste se encuentra regulado dentro de un título específico de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículos 87 a 96). El trabajo doméstico, por su parte, está regulado por la Ley 27986 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 015-2003-TR. Por tanto, no estamos aquí, propiamente, ante un trabajo oculto, por lo que su tratamiento debería ser similar al de las actividades registradas.

Sucede, sin embargo, en el caso del trabajo doméstico (actividades de limpieza, cocina, lavado, cuidado de niños y de personas mayores o enfermas), que por las características en que se presta este trabajo, que suele ser el peor remunerado, sin cobertura de seguridad social, con jornadas largas de trabajo y sin organización colectiva, que suele ser incluida dentro de una concepción amplia de informalidad[28]. Aunque, como en el caso anterior, estamos más ante una situación de precariedad que de informalidad. Nuestra legislación califica como laboral tanto el trabajo en la modalidad de “cama adentro”, como la de “cama afuera” o por horas, asumiendo en este último supuesto que no califica como un trabajo por cuenta propia, sino como una modalidad del trabajo asalariado a tiempo parcial.

Por su parte, en el caso del trabajo a domicilio, como ya se adelantó, también tiene en nuestro ordenamiento la consideración de trabajo asalariado por cuenta ajena, sujeto a reglas especiales dentro de la legislación laboral, pero vinculado en la práctica a la falsa subcontratación por cuenta propia, fuera, por tanto, del marco de la legislación laboral. En esa medida, estaríamos aquí también ante un supuesto de fraude a la ley.

---

28) ORSATTI y CALLE, p. 20.

Finalmente, una reflexión final sobre informalidad y trabajo infantil, puesto que su vinculación –directa o indirecta- con este fenómeno es amplia y acuciante y requiere, por tanto, un tratamiento claro y decidido para su erradicación. Recordemos que la abolición del trabajo infantil constituye un principio laboral fundamental y que nuestro país ha ratificado los dos convenios internacionales sobre la materia (el 138, sobre edad mínima y el 182, sobre la erradicación de las peores formas de trabajo infantil). En efecto, dejando de lado actividades penosas e ilícitas (como la producción y comercialización de drogas, el contrabando y la prostitución y pornografía infantil), el trabajo infantil se encuentra presente en prácticamente todas las formas de trabajo informal, como una opción de supervivencia personal o familiar: el trabajo en la "calle"; en empresas familiares; en la subcontratación formal, pero utilizado como una lógica de abaratamiento de los costos laborales; el trabajo doméstico.

El trabajo infantil es una necesidad en los países subdesarrollados, y hasta una cuestión de supervivencia, como se ha señalado. Pero ello no puede llevarnos a perder de vista que a los factores negativos que resultan comunes a todo trabajo informal se agudizan en este ámbito y se suman otros de naturaleza extra-laboral. Efectivamente, en el trabajo infantil cobra mayor fuerza el problema de la explotación laboral, con excesivas jornadas de trabajo y remuneraciones subvaluadas, con mayores riesgos de contraer enfermedades profesionales, derivados de un déficit nutricional, de la exposición del menor a cargas físicas o a que los implementos de seguridad –cuando los hay- están diseñados para personas adultas, situaciones que ponen en peligro la salud y la vida del niño que trabaja. Pero el tema se agrava, sin duda, por las consecuencias que tiene el trabajo infantil desde una perspectiva personal, familiar y cultural (cambio de hábitos, abuso sexual, desarraigo familiar, dificultad de acceder a la educación)[29].

Microempresarios típicos:

Estamos aquí ante los propietarios y/o empleadores de microempresas, que emplean a un número reducido de trabajadores y aprendices, generalmente entre uno y cinco, y que suelen trabajar directamente con éstos[30].

Es la conjunción de los factores señalados la que nos permitirá identificar con mayor precisión el tipo de trabajador (tanto al autónomo como al dependiente) y las condiciones –comunes en la mayor parte de los casos- en las que presta sus servicios. En síntesis, podríamos concluir que el trabajo informal es aquella actividad que se presta (por cuenta propia o por cuenta ajena) en pequeñas unidades de producción y

29) Ibidem, pp. 28-29.

30) TOKMAN, p. 42, clasifica a las microempresas en: empresas familiares, microempresas competitivas y microempresas integradas en consorcios, en relación a su tamañoo y su grado de competitividad.

que suele enfrentar una serie de dificultades para su realización. Al escaso capital con la que se cuenta se suma la falta de crédito para realizar pequeñas inversiones, la carencia de competencias técnicas (tecnología, capacitación), la falta de materias primas y –en ocasiones- las dificultades de acceso a servicios básicos (abastecimiento de agua y desagüe agua y suministro de energía eléctrica, principalmente). A ello habría que agregar que se trata de actividades "caracterizadas por la precariedad y la vulnerabilidad, en la medida que se desarrollan fuera del ámbito de la protección jurídica y social"[31].

IV. POSIBLES CAUSAS Y EFECTOS DE LA INFORMALIDAD.

Causas

Es casi un lugar común señalar que los elevados costos laborales y de la seguridad social y la rigidez del mercado de trabajo son las causas o factores que explican la existencia y paulatino crecimiento de la economía y empleo informales[32].

Como señala Ruesga[33], la discusión sobre las posibles causas de la economía informal no es un debate baladí, en tanto que su identificación permitirá aconsejar determinado tipo de políticas para hacer frente al problema. Al respecto, es necesario partir de un par algunas constataciones[34]. De un lado, que la economía informal no es uniforme en todas partes: aún con puntos de coincidencia, este fenómeno muestra perfiles distintos según países y regiones, a partir de diferentes estructuras institucionales, culturales e, incluso, demográficas. De otro, que, a la fecha, no ha resultado posible eliminar las prácticas ilícitas o irregulares, exclusivamente con políticas represoras a cargo de las autoridades administrativas.

En este contexto, conviene repasar los factores o causas que buscan explicar el fenómeno de la informalidad. Siguiendo a Ruesga, podemos citar las siguientes:

---

31) ORSATTI y CALLE, 2004, p. 15. A partir de los dos factores anotados, podemos agrupar el empleo informal en el caso peruano en tres sectores de la actividad económica urbana. Siguiendo a DE LEÓN, pp. 226-234, esos sectores son la industria, el comercio y otros servicios. La Industria informal se caracteriza por la precariedad económica (poco capital) y tecnológica (maquinas o herramientas rudimentarias) con la que opera, lo que requiere, necesariamente, de procesos de producción simples e intensivos en mano de obra. Entre las principales actividades se encuentran: la confección de prendas de vestir; la carpintería; la fabricación de calzado; la preparación de alimentos; la imprenta y encuadernación; la fabricación de productos metálicos; la joyería. El comercio informal, por su parte, es la rama de actividad que mayor número de trabajadores comprende (autónomos, principalmente), siendo considerada como una "actividad refugio", donde recalan los trabajadores desplazados de otros sectores: venta ambulatoria, en kioskos o en pequeñas bodegas en barrios populares de artículos diversos (comida, ropa, libros, útiles de oficina, aparatos electrodomésticos y un largo etcétera). Por último, el sector servicios comprende diversas actividades, tanto las prestadas en forma personal (taxistas, pintores, albañiles, reparación de calzado y ropa, lustrabotas, lavacarros, etcétera), como las realizadas a través de pequeños negocios informales (reparto de volantes, gestión de documentos, limpieza, vigilancia). A los tres sectores señalados podríamos agregar, trasladándonos al ámbito rural, el sector agrícola con una fuerte presencia, tradicionalmente, de empleo informal.

32) Cfr. CARRASCO GARCIA, 1987, pp. 40-41; RODRIGUEZ-PIÑERO, 1985; RAMIREZ, 1986, pp. 66-67. En el caso peruano véase JARAMILLO BAANANTE, 2004.

33) RUESGA, 2000, p. 28.

34) Ibidem, p. 29.

- La carga impositiva y el crecimiento de la presión fiscal (incremento de impuestos y contribuciones sociales).
- El establecimiento de restricciones legislativas que regulan la actividad económica (sistema arancelario, políticas monetarias y de control sobre el tipo de cambio)
- La prohibición de determinadas actividades basada en principios morales, usos y costumbres.
- La reducción forzada de jornada semanal de trabajo para reparto de empleo, jubilación anticipada, incremento del desempleo[35].
- La tendencia descendente –a largo plazo- de virtudes cívicas y compromiso con instituciones públicas. Caída en la moralidad fiscal de la población.

Como se aprecia, en realidad las causas señaladas son de diverso orden y no vinculadas exclusivamente al Derecho del Trabajo, a cuya atribuida rigidez se ha culpabilizado en ocasiones como factor determinado de la existencia del trabajo informal, pero también a la denominada "tendencia expansiva" de la disciplina laboral, esto es, a la propensión de "acoger en su seno el mayor número de manifestaciones de prestación de servicios"[36].

En cualquier caso, como señalan Schneider y Enste[37], se hace necesario un análisis interdisciplinario, en tanto que los factores económicos sólo pueden explicar parcialmente un fenómeno tan complejo, lo que exigirá, seguramente, recurrir a aproximaciones sociológicas e incluso sicológicas.

En definitiva, "el origen de las actividades sumergidas se situaría en el intento de eludir los costes de regulación derivados de operar en la esfera oficial de la economía, con el fin de maximizar (o, más sencillamente, incrementar) el beneficio obtenido de la actividad económica correspondiente"[38].

Hay, en realidad, junto a los factores que pretenden explicar la existencia y expansión de la informalidad determinadas motivaciones que suelen –o pueden- influir en la decisión de los sujetos de moverse en la informalidad. Partiendo de la premisa puramente "economicista" de que el comportamiento de los agentes –empresarios, trabajadores independientes- en el mercado es la búsqueda del máximo beneficio posible, éstos habrán de hacer un análisis de los costos y beneficios que podría suponer su inmersión en la economía informal[39]. En ese sentido, las variables que podrían empujar a los agentes a tomar dicha decisión podrían ser las siguientes[40].

---

35) Este tipo de situaciones podría lleva a la necesidad de obtener una renta suplementaria, pero la imposición fiscal progresiva conduce a no declarar las rentas del segundo trabajo (RAMIREZ, pp. 67-68).
36) GONZALEZ ORTEGA, p. 278.
37) Citados por RUESGA, 2000, p. 31.
38) RUESGA, 2000, p. 31.
39) YBARRA, 1995, p. 270.
40) Cfr. RUESGA, pp. 31 y ss.

Como costos podrían señalarse: i) el régimen sancionador derivado del incumplimiento de normas, tanto económicas como penales; ii) la menor accesibilidad a beneficios sociales; iii) la probable menor productividad; iv) la mayor dificultad de acceso a mercados extra-locales; v) el mayor acceso a la financiación externa; vi) en el caso de los trabajadores autónomos se presentan peores condiciones laborales (en materia de seguridad y salud ocupacional).

Por su parte, como beneficios de la inmersión podrían señalarse. i) la menor o nula carga fiscal respecto de las transacciones o rentas generadas; ii) se mantiene el beneficio o acceso de ciertos bienes públicos y de algunas prestaciones sociales de carácter universal (sanidad, educación); iii) la mayor flexibilidad organizativa y productiva; iv) los menores costos laborales; v) en el caso de los trabajadores autónomos supone en algunos casos la obtención de algún tipo de renta (que en el ámbito regular podría no ser posible, pero además, la renta neta percibida resulta mayor, considerando el ahorro que supone el fraude fiscal).

Aunque no debería de perderse de vista que, en ese análisis también podría haber un razonamiento tan simple como el de la necesaria subsistencia. Es decir, en el análisis no influye sólo o no tanto una lógica de maximización de beneficios, sino fundamentalmente la necesidad de generar el mayor ingreso posible para generar los medidos requeridos para sobrevivir.

En cualquier caso, la informalidad podría verse como un fenómeno que resulta funcional al desarrollo de la economía capitalista. Se percibe como una reacción defensiva ante los efectos de la crisis y que es auspiciada por ciertos ámbitos empresariales que optan por una estrategia de costos, particularmente los laborales. En el marco de un tejido empresarial rígido, poco dinámico y con capacidad de innovación tecnológica restringida, el camino de la inmersión en la informalidad se presenta como más cómoda y sencilla. En ese contexto, la desregulación que ofrece el espacio de la informalidad sirve de alciente para los procesos de flexibiliación o desregulación que se propugnan en el terreno de la economía regular[41].

Efectos

Es evidente que la economía y empleo informales generan problemas de diversa índole para todos los actores sociales. Con la informalidad pierde el Estado, pero también las empresas y los trabajadores.

El Estado deja de recaudar importantes ingresos provenientes de la renta generada por empresas y trabajadores, destinados a financiar los presupuestos públicos y que se requieren, entre otras cosas, para implementar políticas de empleo, sani-

41) RUESGA, pp. 40-42.

dad y seguridad social, y que terminan soportando los trabajadores y empresarios del sector formal[42].

En el caso de las empresas involucradas directamente en la informalidad el efecto más claro es que suele afectarse negativamente su productividad (por la dificultad de acceso a los mercados financieros, por las condiciones de trabajo que ofrecen, por las escasas posibilidades de capacitación y de innovar en tecnología). Pero además, en la medida que dichas empresas tengan una posición subordinada en la cadena productiva dicha situación se traslada también a la toma de decisiones estratégicas de alcance sectorial, limitando el beneficio obtenido, el que se diluye hacia las empresas más grandes o con posición dominante en la cadena productiva[43].

En el caso de las empresas no tienen una vinculación directa con las prácticas informales, éstas quedan sometidas a condiciones de competencia desleal, lo que podría afectar su mantenimiento en el mercado[44], lo que además resta competitividad y distorsiona el funcionamiento de las empresas[45].

Por último, los efectos de la informalidad se evidencia con mayor nitidez para los trabajadores, que suelen llevar la peor parte: i) no desarrollan su actividad en buenas condiciones laborales y de seguridad ocupacional; ii) carecen de prestaciones sociales; iii) resulta difícil el acceso a la sindicación y, por consiguiente, son escasas sus posibilidades reivindicativas o defensa de derechos laborales; iv) sus niveles retributivos son inferiores en términos absolutos (por hora de trabajo) que los de los trabajadores formales; v) no obstante, la renta neta percibida resulta mayor y permite en determinados ámbitos (por ejemplo, estudiantes, jubilados, personas dedicadas a labores del hogar), obtener una renta complementaria para la economía familiar. En síntesis, se trabaja en situaciones de precariedad y sin protección legal[46´].

V. POSIBLES PROPUESTAS Y ACCIONES FRENTE AL EMPLEO INFORMAL.

Las ventajas de las prácticas informales suelen ir disminuyendo con el aumento de los mecanismos de represión del fraude y de las reformas laborales flexibilizadoras que reducen los costos de la contratación, aunque, como ya se ha advertido, resultaría simplista sostener que la sola mejora de los mecanismos represores es el único medio –o el más eficaz– de lucha para afrontar esta problema[47]. No obstante, resulta impor-

42) CARRASCO GARCIA, p. 41.
43) RUESGA, pp. 74-75.
44) CARRASCO, p. 41.
45) GOÑI SEIN, p. 73, señala
46) CARRASCO, p. 41.
47) RODRIGUEZ-PIÑERO, 1985, P. 45; GONZALEZ ORTEGA, p. 277.

tante tener en cuenta cuáles son las posibles actitudes que puedan tener los diferentes agentes económicos y sociales[48]:

Gobiernos y administraciones públicas:

Las actitudes de éstas suelen moverse entre la tolerancia –en los términos ya indicados- y la necesidad de hacer frente al problema entendido como un mecanismos de fraude. La tolerancia lleva consigo el riesgo de la extensión del problema. Por su parte, si bien la represión del fraude es consustancial a la propia existencia de un estado (de derecho) moderno, no puede perderse de vista que toda forma de represión es impopular, más aún cuando se trata de hacer frente a una situación que implica, al menos en una de sus caras, a personas de bajos ingresos o que están inmersas en la informalidad por una razón de subsistencia. No hay que olvidar que en alguna medida la economía informal ha jugado una suerte de colchón o amortiguador de los efectos sociales en situaciones de crisis económicas más o menos agudas.

Empresarios y sus organizaciones: sus actitudes podrían resultar contradictorias:

Como se ha indicado, la actividad informal supone una práctica de competencia desleal para las empresas operan en la economía formal. No obstante, en ocasiones se adopta un discurso exculpatorio del fenómeno, interpretando su existencia como resultado de políticas fiscales que resultan excesivas y opresivas. Al mismo tiempo, se solicita una intervención decidida de la administración pública, así como diversas formas de ayuda para hacer frente al problema[49].

Trabajadores y organizaciones sindicales:

Los trabajadores, más propiamente sus organizaciones representativas, suelen tener un rechazo rotundo de toda forma de ocultación de la actividad económica, en la medida que, por lo general, el empleo informal supone un empeoramiento de las condiciones laborales y de seguridad en el trabajo. No obstante, y aquí también hay una actitud que resulta contradictoria de parte de este sector, no les resulta fácil aceptar que la represión del empleo informal pueda pasar por el cierre de instalaciones ilegales, con la consiguiente pérdida de empleos que ello puede suponer. Las denuncias por incumplimiento de la legislación laboral le ha significado a los sindicatos –en ocasiones- el enfrentamiento con los propios trabajadores[50].

---

48) RUESGA, 2000, pp. 77 y ss.
49) Véase GOÑI SEIN, pp. 72-73.
50) RUESGA, p. 80; YBARRA, 1995, p. 269.

¿Qué hacer?

Establecido el mandato constitucional de combatir la informalidad, e identificadas las características, causas y efectos de dicho fenómeno, así como las actitudes que los actores suelen adoptar frente al mismo, corresponde en este momento formular propuestas que permitan alguna salida al problema en cuestión. Si como hemos sostenido, la informalidad es un fenómeno de naturaleza transversal, la repuesta tendrá que darse, necesariamente, en diferentes frentes.

La solución del problema pasa, aunque no exclusivamente, como ya se sugirió, por acciones de carácter fiscalizador y sancionador. Pero será necesario también atender las condiciones internas de las empresas y de los mercados donde éstas se mueven. De lo que se trata, entonces es de apostar por estrategias de competitividad, desterrando comportamientos puramente defensivos.

Conforme a lo anterior, Ruesga[51] propone la puesta en marcha de políticas públicas destinadas a un triple objetivo: i) incrementar los costos derivados de ocultación, lo que pasa necesariamente por el mejoramiento de los mecanismos de detección de las prácticas ilegales y el aumento de las sanciones[52]; ii) disminuir los beneficios derivados de la ocultación, lo que supone un acercamiento de las condiciones de regulación de la economía formal a las de la economía informal, a través de la simplificación de mecanismos reguladores y la desregulación de las situaciones que no conlleven singular trascendencia[53]; iii) la modificación de las condiciones del tejido productivo, mediante la intervención en aquellos mercados sometidos a condiciones de competencia que perjudiquen la producción nacional por situaciones de *dumping* social o circunstancias similares. Pero, al mismo tiempo de adoptar medidas que hagan frente a situaciones de competencia desleal, resulta indispensable establecer las políticas que posibiliten modificar las condiciones productivas que permitan aumentar significativamente el nivel de competitividad de las empresa, mediante la adopción de medidas de orden tecnológico y financiero, entre otras.

Se trata, en definitiva de adoptar medida destinadas, "a fomentar y estimular la transición hacia la economía regular" y, simultáneamente, "desestimular, a través de la efectividad del control y de la aplicación del régimen sancionador a las empresas sumergidas, las ventajas de orden objetivo y subjetivo de estar en la sombra"[54]. Para ello puede acudirse a tres tipos de medidas:

---

51) RUESGA, 2000, pp. 80 y ss.
52) En el mismo sentido RAMIREZ, p. 69.
53) Véase TOKMAN, pp. 32-33.
54) RUESGA, p. 83.

a) Reformas institucionales:

Se refiere al conjunto de cambios de orden normativo para que las distintas variables socio-economícas y subjetivas que propician la entrada y funcionamiento de la economía informal pierda valor. En este bloque se ubica las reformas en el ámbito laboral, "partiendo de la hipótesis de que la falta de flexibilidad del mercado de trabajo ha sido tradicionalmente una de las causas que ha favorecido la aparición y mantenimiento de las más conocidas formas de trabajo clandestino"[55].

Pero la reforma en el ámbito laboral no sólo pasa por cambios que doten al mercado de trabajo de una nueva flexibilidad, mediante la admisión, por ejemplo, de ciertas formas de trabajo atípico (modalidades de contratación temporal y a tiempo parcial), la facilitación de la movilidad geográfica y funcional de los trabajadores, o la flexibilidad en el tiempo de trabajo. No obstante, como señala Ramírez, estas formulas fueron diseñadas con la finalidad de combatir el desempleo y no directamente la economía sumergida y que cuando fueron implementadas, no siempre consiguieron su objetivo[56].

Por ello, en la necesidad de cubrir otros frentes habría que adoptar medidas tendentes a reducir el costo derivados de la creación y funcionamiento de empresas (arbitrios, tasas, impuestos en general, demora en el pago cuando la administración pública contrata con las empresas).

La doctrina[57] sugiere también una delimitación más clara del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo desde una doble perspectiva: de un lado, "la recuperación de un concepto más estricto de trabajador por cuenta ajena que excluya todos aquellos que, al gozar de autonomía, de control sobre su propia organización de servicios, no podrían ya recibir esa calificación" y, de otro, "articular un sistema de protección que, tomando constancia de su condición de trabajador autónomo, aunque dependiente desde el punto de vista económico, le permita utilizar medios de defensa semejantes a los del trabajador por cuenta ajena en sentido genuino"[58] (por ejemplo, acceso a la jurisdicción laboral, a la seguridad social, libertad sindical).

b)Medidas económicas:

Se trata de optimizar los niveles de competitividad de los sectores que pueden verse afectados por los efectos de la globalización de la economía y aperturas de mercados. Esto significa la adopción de acciones que permitan la reestructuración de los sectores especialmente afectados por la competencia externa, a través de ayudas públicas y la

55) Ibidem, p. 84.
56) RAMIREZ, p. 70.
57) RODRIGUEZ PIÑERO, 1985, p. 47; GONZALEZ ORTEGA, pp. 278-279; Véase también BAYLOS GRAU, pp. 35 y ss.
58) RAMIREZ, p. 279.

ordenación de los respectivos mercados: estimular la innovación tecnológica necesaria, la capacitación de los trabajadores y la profesionalización de los empresarios, para mejorar los niveles de competitividad. Dirigido particularmente a los pequeños empresarios, que presentan mayores dificultades para acceder a los mercados financieros[59].

c) Medidas de control y sanción:

Finalmente, están las medidas represivas. Lo que se requiere es una acción investigadora (inspectiva) y un control eficaz para luchar contra la economía informal. Pero, al mismo tiempo, se requiere de un régimen sancionador que resulte también efectivo. Como señala con nitidez Ruesga, el infractor "de una norma en general, y el defraudador en particular, obtendrá beneficios en relación a sus competidores en tanto exista una probabilidad de que su conducta quede impune"[60]. Debe tenerse en cuenta que muchas veces la lbor de fiscalización se ve dificultadas por una mal entendida solidaridad entre el trabajador y su empleador, por lo que será necesario romper esa "políticas de alianzas"[61]. En esa medida, se hace necesario reforzar los mecanismos de control y sanción.

Acciones de control e investigación:

Por lo general los planes de inspección y la metodología de trabajo en la acción de la investigación de la economía informal suelen tener en cuenta únicamente los ámbitos laboral y fiscal, no obstante que el fenómeno abordado tiene una trascendencia mayor, por lo que circunscribirlo a dichos ámbitos resulta una estrategia parcial y le resta eficacia a la acción investigadora.

Por tanto, señala Ruesga[62], que parece "imponerse la necesidad de una mayor coordinación entre las actuaciones de investigación y control a llevar a cabo por la administraciones como si se tratara de una administración única", de cara a "producir unos resultados de máxima eficacia":

- Poner a disposición de toda la administración la información existente en sus diversos departamentos e instancias, a fin de facilita el cruce de información entre las múltiples bases de datos existentes en las distintas instituciones públicas (ahora no sólo de ámbito nacional, sino también regional o local).

---

59) Para YBARRA, 1995, p. 269, este tipo de políticas sectoriales tienen por finalidad incentivar, a través de instrumentos de carácter formativo, financiero y fiscal, un cambio del modelo productivo de determinados sectores en los que la economía informa puede tener una presencia considerable.
60) RUESGA, p. 87.
61) RAMIREZ, p. 69.
62) RUESGA, p. 88.

- Mejorar el proceso de captación e identificación informática de los titulares de movimientos bancarios significativos.
- Corresponsabilizar al Estado en su papel de empresario.
- Promover la actuación conjunta de unidades especiales de inspección, integradas por inspectores de trabajo y de hacienda, así como de otras administraciones públicas (Salud, Energía y Minas), a fin de llevar a cabo las inspecciones conjuntas que sean necesarias.
- Racionalizar, fijando prioridades, las actuaciones de las unidades especiales, atendiendo a razones de máxima eficacia: establecer un orden de prioridades de sectores a ser investigados y de ser necesario recurrir al auxilio de la fuerza pública.
- Incluir en a las organizaciones sindicales en determinadas funciones de control, por ejemplo, estableciendo la obligación de suministrarles información en materia de intermediación laboral y descentralización productiva[63].

Acciones de carácter sancionador y de recaudación:

Cualquier sistema de control y detección de infracciones resulta ineficaz sino viene acompañado de un régimen sancionador que debería ser, en el caso de la lucha contra la economía informal, particularmente elevado o gravoso. El régimen sancionador debería extenderse a los procesos concursales o de quiebra, en la medida que se acuda a ellos en forma fraudulenta con el objeto de eludir las responsabilidades correspondientes. Lo anterior supone, igualmente, la necesidad de establecer mecanismos procesales ágiles que permitan hacer efectivas las sanciones impuestas.

La reciente reforma del Decreto Legislativo 910, Ley General de Inspección del Trabajo y de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2003-TR, así como el convenio suscrito entre el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), parecen ser un primer avance en la dirección señalada.

VI. ¿ACERCAR LA FORMALIDAD A LA INFORMALIDAD? EL RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL DE LA MICROEMPRESA.

En el acápite anterior se han esbozado un conjunto de propuestas como parte de una estrategia integral para enfrentar el fenómeno de la informalidad. No obstante, hay quienes plantean que la solución sigue estando, fundamentalmente, en una revisión a la baja de la legislación laboral que, en el caso peruano, seguiría siendo rígida y con costos laborales elevados en comparación con otros países del concierto latinoamericano. Por tanto, se exige (nuevamente) flexibilizar el mercado de trabajo y acercar los niveles de protección del empleo formal a los estándares del empleo informal o, cuando

63) En el mismo sentido, RAMIREZ, p. 69.

menos, establecer una regulación dual o diferenciada para cada uno, como ha ocurrido finalmente en nuestro país, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 28015, de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa. El debate, lejos de estar cerrado (probablemente nunca lo esté), se ha reavivado como consecuencia de la elaboración y posterior discusión del Anteproyecto de Ley General de Trabajo (ALGT) en el Consejo Nacional de Trabajo y en la Comisión de Trabajo del Congreso, así como del inicio de las negociaciones para celebración de un tratado de libre comercio (TLC) con Estados Unidos de América.

Precisamente, con ocasión del ALGT Jaramillo Baanante ha presentado una propuesta que apunta en la dirección antes señalada. Se plantea, en buena cuenta, que los problemas centrales del mercado peruano son la alta tasa de informalidad en las relaciones laborales y la baja productividad de la mano de obra, y que para combatirlas es necesario –junto con otras medidas- una reforma laboral. Dicha reforma pasaría por modificar el sistema de protección del empleo y lo que el autor denomina el alineamiento de los costos no salariales[64]. En el primer caso propone recuperar la compensación por tiempo de servicios (CTS) como instrumento de protección efectiva de los eventos del desempleo, a través de la intangibilidad de los depósitos de CTS[65], y reducir sustancialmente la indemnización por despido arbitrario a medio sueldo por año trabajado, sin tope alguno. Adicionalmente se propone rebajar el plazo máximo de los contratos temporales de cinco a dos años. Por su parte, el alineamiento de los costos no salariales pasaría por la eliminación del Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES)[66]. A partir de estas dos ideas se articulan tres posibles tipos de reforma[67].

La primera es establecer un piso (mínimo) similar al régimen laboral de la microempresa consagrado en la Ley 28015, a lo que se adiciona la CTS como mecanismo de salvaguarda contra el desempleo. Paralelamente se incentivaría la negociación colectiva para que por esa vía se pueda establecer mejoras remunerativas y no remunerativas.

La segunda vía apostaría por un mayor espacio de la negociación colectiva. Se plantea mantener un régimen general con ciertos derechos básicos –no se precisan cuáles- y el resto de derechos (como vacaciones, indemnización por despido, gratificaciones y asignación familiar) sería susceptibles de ser modificados por convenio colectivo. Sólo a falta de acuerdo regirían los mínimos legales.

---

64) JARAMILLO BAANANTE, 2004, pp. 58-59.

65) Recordemos que en virtud de una medida extraordinaria se dejó en suspenso, desde el mes de diciembre de 2000, el régimen ordinario de CTS, de depósitos semestrales y disponibilidad parcial de los mismos (intangibilidad del 50%), siendo reemplazado por un régimen de depósitos mensuales de total disponibilidad. Se trató inicialmente de una medida temporal –de dudosa constitucionalidad- que ha terminado rigiendo –debido a sucesivas prorrogas- por cerca de cuatro años y que, finalmente, llegará a su fin el 31 de octubre de 2004.

66) Se trata de un impuesto calificado por todos de antitécnico. El Poder Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley para dejarlo sin efecto a partir del 1 de diciembre de 2004.

67) Ibidem, pp. 60-61.

Por último, la tercera vía se concentra en reformar únicamente aquellos aspectos en los cuales nuestra legislación resulta menos competitiva con relación a otras legislaciones de la región, concretamente, el régimen vacacional (régimen progresivo de 7 a 30 días) y protección frente al desempleo en los términos descritos en la primera vía.

Aun cuando pudiera resultar indispensable realizar algún tipo de ajuste a la legislación laboral –dentro de una estrategia global de lucha contra la informalidad- no compartimos las tesis centrales de las que parte la indicada propuesta de reforma y sus posibles vías para implementarla.

Habría que empezar recordando que en la década pasada ya hubo en nuestro país una reforma laboral importante, bastante drástica, y que fue calificada como la más radical en América Latina, en la medida que supuso una revisión integral de las instituciones centrales de nuestro ordenamiento laboral –e incluso de seguridad social-. En el ámbito de las relaciones individuales no hubo, prácticamente, derecho que no fuera afectado. En algunos casos hubo desregulación y en otros una nueva regulación a la baja. En el ámbito de las relaciones colectivas, por su parte, se consolidó el sistema restrictivo y reglamentarista que había sido heredado de los años sesenta y setenta. Por tanto, la conjunción de ambas medidas supuso la vuelta a un régimen "individualizado" de relaciones laborales[68]. Como nos recuerda Gamero[69] en un enfoque neoclásico los salarios mínimos, las leyes protectoras, las organizaciones sindicales, suelen señalarse como los factores que traban el funcionamiento libre del mercado laboral, segmentándolo. No obstante, según el propio autor, la segmentación del mercado de trabajo (de Lima Metropolitana) se mantendría, "no obstante (haberse producido) la remoción de los elementos de índole institucional que se señalaban como explicativos del funcionamiento poco competitivo y flexible de dicho mercado"[70]. Mas bien, la reforma, habría contribuido a precarizar el empleo, actuando como un factor contrario al incremento de la productividad y competitividad deseada[71].

De otro lado, y en parte como consecuencia de la reforma laboral señalada, debe decirse que nuestra legislación laboral –en un análisis de conjunto y no por instituciones aisladas- no es necesariamente más protectora que otras de la región. En ese sentido, debe resaltarse que el ALGT supone, básicamente, una sistematización de la normativa actual y no crea nuevos beneficios de tipo económico. Es cierto que se produciría un incremento en el sistema de indemnización por despido arbitrario propuesto, el mismo

---

68) Para el caso peruano véase en particular: AUTORES VARIOS, Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú, 2000; TOYAMA y CARO, 2004; MEJIA y CARO, 2004.

69) GAMERO REQUENA, 2004, p. 4.

70) Ibidem, p. 6.

71) En el mismo sentido MEJIA y CARO, 2004, p. 10, para quienes la experiencia de flexibilización que se vivió en los 90, que se centró en el abaratamiento de los costos laborales, permite constatar que ello no impidió el aumento del sector informal ni el crecimiento de los trabajadores en negro, lo que consiguió fue una mayor rotación de la mano de obra que no ha permitido a mediano y largo plazo el incremento de la productividad y competitividad de las empresas".

que operaría, fudamentalmente, en el último tramo del sistema escalonado propuesto. No obstante, parece más justo y equilibrado la opción por un sistema escalonado de indemnización por despido, atendiendo a la naturaleza resarcitoria que tiene dicho pago. Resulta razonable que el trabajador con mayor antigüedad que es despedido en forma injustificada tenga una indemnización proporcionalmente mayor al trabajador despedido con menos antigüedad. En cualquier caso, podrían discutirse la base de cálculo o los montos de cada tramo dentro del indicado sistema escalonado, pero el modelo en sí mismo lo encontramos correcto[72].

De otro lado, según informes de la OIT, los salarios por hora y por unidad de producto en la industria manufacturera serían de los más bajos en el ámbito regional[73], con lo que considerar a los costos laborales como elevados en comparación con otros países de la región, o como un factor determinante de la baja competitividad de nuestro país, resulta discutible. Esto al margen de la falta de consenso en la literatura especializada sobre su delimitación conceptual y su forma de medición[74].

Una mención especial merece el tema de la negociación colectiva. Debe resaltarse positivamente, en primer lugar, que se considere a ésta como un mecanismo de regulación de los intereses de trabajadores y empresarios –esa es su función esencial- y compensador en un eventual proceso de flexibilización o desregulación del mercado de trabajo, que no tuvo en la década pasada. Pero esa constatación no es suficiente. Será necesario contar con un sistema solvente de negociación que en la actualidad no existe en nuestro país. Se requieren organizaciones sindicales representativas, que cuenten con medios eficaces para negociar y mecanismos de conflicto adecuados. Se requiere, igualmente, crear –recuperar- espacios reales de diálogo (que se perdieron luego de una década y un régimen que apostó por el desmantelamiento de sus instituciones en todos los ámbitos). Sin un contexto como ese, y con un sistema individualizado y descentralizado de relaciones laborales, resulta prácticamente inviable apostar por la negociación colectiva como mecanismo de flexibilización del ordenamiento laboral, ya que equivaldría, en la mayoría de los casos, a dejar en manos del empleador el resultado de la negociación. Al menos en un principio, y como una forma de promover la negociación colectiva y de que sus efectos puedan alcanzar a la micro y pequeña empresa, la negociación tendría que darse a nivel de rama de actividad.

Ahora bien, cómo afrontar entonces, desde el Derecho del Trabajo, el fenómeno de la informalidad. Creemos que el Derecho del Trabajo, a lo largo de su andadura, ha

---

72) Pero aún en el supuesto que se mantuviese intacta la propuesta del ALGT, conforme a la antigüedad promedio de los trabajadores en las empresas y a su mantenimiento en las mismas, el impacto de la reforma en el tramo más alto (trabajadores con más de ocho años) no sería significativo. Cfr. MEJÍA Y CARO, pp. 8-9.

73) Cfr. GAMERO REQUENA, PP. 34-35.

74) En cualquier caso, lo que sí puede afirmarse es que "si el costo conlleva a un incremento de los costos para el empleador y a la vez una reducción de los ingresos del trabajador, se trata de un sobrecosto" (GAMERO REQUENA, p. 12), y estos son lo que deben reducirse o eliminarse. Sobre el tema véase AGUINAGA, 2004.

dado muestras suficientes de su capacidad de modificación y adaptación, pero queda claro que no puede actuar en forma aislada, que cualquier intento de solución tiene que darse necesariamente, como ya se ha adelantado y propuesto a lo largo del presente trabajo, en el marco de una estrategia general, que va trasciende lo laboral, incluso lo jurídico.

En ese orden de ideas, no somos partidarios de rebajar el régimen laboral general para acercarlo a la informalidad, por que eso sólo contribuiría a incrementar la precariedad en el empleo. La propuesta es más bien de signo contrario, de aproximación e inclusión del empleo informal al campo de la formalidad. La disyuntiva que aquí se plantea es la de un régimen único o la de uno de naturaleza dual.

La Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (LMPE), que entró en vigor el 4 de julio de 2003, arroja luces sobre el particular, porque es el primero que, con carácter general, ha establecido un régimen laboral especial para las micro empresas, definidas en la LMPE como aquellas unidades económicas conducidas por persona natural o jurídica que emplean de 1 a 10 trabajadores y cuyas ventas anuales no superan las 150 unidades impositivas tributarias (S/. 480,000). Sobre la base –cierta- de que la mayor parte de microempresas operan en la informalidad y que sus trabajadores carecen de derechos laborales, se establece un régimen laboral transitorio de cinco años con el objeto –se sostiene- de reducir la tasa de informalidad y garantizar al menos ciertos derechos laborales a los trabajadores comprendidos en el sector.

La LMPE contempla para las microempresas un régimen laboral y previsional a la baja. En efecto, con relación al régimen general a los trabajadores de dichas empresas sólo se les reconoce determinados derechos básicos y algunos de ellos incluso reducidos. De esta manera, en sede legal se consagran únicamente dos derechos en similares condiciones al régimen general: remuneración mínima y descanso semanal obligatorio. Otros derechos, como ocurre con el descanso vacacional y la indemnización por despido arbitrario, se reducen a la mitad. En el caso de la jornada de trabajo, que en principio se rige por el régimen general, no rige la sobretasa del 35% para aquellas empresas que cuyas jornada de trabajo se desarrolle habitualmente en horario nocturno. El resto de derechos laborales, como la compensación por tiempo de servicios, la asignación familiar o las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, para señalar sólo algunos de ellos, no tiene reconocimiento legal.

Por su parte, en materia de seguridad social la protección resulta parcial, puesto que si bien a los trabajadores de la micro empresas se les consideran como asegurados obligatorios del régimen de salud (Essalud), su afiliación y permanencia en el sistema de pensiones es absolutamente facultativa.

Es cierto que, tanto en el plano laboral como previsional, estamos ante derechos mínimos, lo que supone que podrían ser ampliados o mejorados por acuerdo de partes,

pero resulta poco probable que ello ocurra por la falta de organización sindical y la prácticamente inexistente capacidad de negociación de los trabajadores en este ámbito.

De otro lado, si bien se plantea el régimen como transitorio, no es poco frecuente en nuestro medio que lo transitorio termina convirtiéndose en permanente (al respecto, habría que recordar que la Comisión de Producción y Pymes del Congreso propuso ampliar la temporalidad del régimen a diez años).

El estableciemiento de un régimen laboral especial para dar una marco de protección al trabajo informal no deja de ser un tema controversial, Y la discusión se ha centrado siempre entre tener un régimen único o un sistema dual. En general –y ea es la posición asumida por la OIT- se tiende a rechazar una regulación dual, porque ello supondría aceptar un tratamiento diferenciado de los trabajadores ante la ley [75], por lo que, al menos desde una perspectiva jurídica, y aunque la vocación de la LMPE sea transitoria, termina contrariando el derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución, así como en diversos tratados internacionales del que nuestro país es parte[76].

Por tanto, la preferencia es por un sistema único de regulación. No obstante, admitiendo la imposibilidad, "cuando menos transitoria, de cumplir con la totalidad de los requisitos legales establecidos"[77], se ha planteado, como una opción dentro del régimen único, el reconocimiento de ciertos derechos laborales básicos, cuya vigencia resulta indiscutible en toda circunstancia, "independientemente del tipo de actividad o relación laboral que se trate"[78], mientras que el resto de requisitos legales pasarían a constituirse en metas a alcanzar, sometidas a un proceso de seguimiento, promoción y fiscalización"[79]. Se está pensando, obviamente, en los derechos laborales fundamentales, y otros derechos humanos trasladables al mundo del trabajo, como la remuneración mínima o las disposiciones sobre tiempo de trabajo (jornada, descansos) o las relativas a la seguridad y salud en el trabajo. Esta opción que ha sido denominada como de "régimen único con tolerancia calificada y pisos mínimos", pero supone, en estricto -no nos engañemos-, un régimen mixto, que establece un tránsito definido de un régimen inicialmente diferenciado a uno único.

---

75) Cfr. TOKMAN, p. 31, OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2004, 61.

76) Con relación al tratamiento diferenciado en el ámbito laboral entre la pequeña y la gran empresa, señalan LOPEZ GANDÍA y DOMINGUEZ GONZALEZ, pp. 112-113, que "Tal diversificación del régimen jurídico y las razones la fundamentan nunca han dejado de suscitar problemas; de constitucionalidad y de política laboral. Por lo que se refiere a los primeros, porque los trabajadores no gozarían de los mismos derechos y de igualdad ante la ley en función de su pertenencia a una grande o pequeña empresa. En cuanto a los segundos porque, paradójicamente, el sector de la pequeña empresa es el que emplea más mano de obra dentro de la economía, el que utiliza mayor número de trabajadores, con lo que ello significa en orden de una expansión del Derecho del Trabajo, a la eficacia real, mensurable, de la propia legislación laboral y de algunas de sus conquistas".

77) TOKMAN, p. 31.

78) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2004, 61.

79) Ibidem, p. 61.

En cualquier caso, independientemente de la opción escogida, resulta absolutamente necesario contar con mecanismos adecuados de promoción y control. En esa medida, y volviendo a la LMPE, es indispensable poner en práctica los mecanismos de garantías previsto en dicha norma para evitar un uso fraudulento de la misma y evitar, igualmente, que los micro regímenes laboral y previsional previstos en la norma se expandan indebidamente a otros sectores.

En ese sentido, resulta fundamental la consagración del derecho a mantener los mayores derechos de los que venían gozando los trabajadores de las micro empresas al momento de entrada en vigor de la LMPE. En esa misma línea apunta la mayor indemnización (dos remuneraciones por cada año de servicios, sin tope) establecida para los casos de despido cuya finalidad sea la de reemplazar al trabajador despedido por otro dentro del régimen especial. Aunque lo coherente hubiese sido –dentro de la supuesta lógica de salvaguarda de la norma- sancionar el despido con la reposición. No obstante, no resulta improbable que el Tribunal Constitucional, dentro de la nueva tendencia jurisprudencial mostrada, califique de nulos o de fraudulentos esta clase de despidos.

Igualmente importante resulta el rol fiscalizador que debe cumplir el Ministerio de Trabajo, cuya tarea, con una norma de esta naturaleza, debería multiplicarse. A este respecto, merecen resaltarse los esfuerzos en materia inspectiva se han venido realizando recientemente (incorporación de los inspectores al régimen laboral, nivelación de remuneraciones, capacitación, etcétera) y en los que se debe seguir caminando.

No puede dejar de mencionarse, sin embargo, el escaso impacto que, a la fecha, ha tenido la LMPE en la formalización de la microempresa. Como requisito para acogerse al régimen especial establecido en la norma se requiere inscribirse en el registro correspondiente. Según datos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, son 1,243 a nivel nacional (953 corresponden a Lima y Callao y 290 al resto del país) las microempresas que se han registrado y acogido al régimen laboral especial. Si consideramos que existen en nuestro país algunos centenares de miles de microempresas informales, resulta ínfimo (muy por debajo del 1%) el número empresarios –y trabajadores- que se han formalizado. Lo que reafirma que el problema y su solución no están sólo –ni necesariamente- en la legislación laboral.

En cualquier caso, una posible flexibilización o reforma del mercado de trabajo en la lógica inclusiva del empleo informal al sistema formal, tendría que articularse sobre los tres ejes siguientes:

- Reconocimiento y fortalecimiento de los derechos laborales de libertad sindical sindical y de negociación colectiva, así como de los otros principios y derechos laborales fundamentales (abolición del trabajo forzoso; eliminación de las peores formas de trabajo infantil; no discriminación en el empleo y ocupación). A ello habría que agregar otros derechos humanos laborales, relativos al salario

mínimo, tiempo de trabajo (jornada de trabajo y descansos), seguridad y salud en el trabajo. Todos ellos deberían considerarse como mínimos inderogables y aplicarse conforme a los instrumentos internacionales ratificados por Perú y a las observaciones y los criterios de interpretación establecidos por los órganos correspondientes de la OIT.

- Fortalecimiento del diálogo social en los distintos niveles, a fin de que sea en este espacio –y en el de la negociación colectiva- en el que se produzca el debate sobre la conveniencia de una reforma y se fijen –de aprobarse ésta- los mecanismos para implementarla.
- Mejoramiento de los mecanismos de cumplimiento de la legislación laboral. Lo que puede lograrse mediante:
- La difusión de la normativa correspondiente y de los derechos y obligaciones que se derivan para empleadores y trabajadores.
- El establecimiento de mecanismos de control y sanción eficaces, lo que pasa por tener un cuerpo inspectivo debidamente capacitado y entrenado, y que cuente con las herramientas adecuadas (normativas y de trabajo) para el desempeño de sus funciones. En el caso concreto de las actividades informales, y sobre todo en los aspectos relacionados a la seguridad y salud, más que una política represiva, debería ser de información y orientación sobre las medidas que pudieran adoptarse para reducir los riesgos[80].
- El establecimiento de incentivos a los empleadores para el cumplimiento de la normativa laboral, mediante el reconocimiento o el premio de las buenas prácticas empresariales.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Hemos expuesto a lo largo de este trabajo las características más señaladas de un fenómeno cuyas dimensiones demuestran que sus causas y soluciones desbordan el plano estrictamente jurídico. Hemos planteado por eso una tratamiento multidisciplinario, en varios frentes que sea capaz de entender y atender la complejidad del trabajo informal. Por cierto que el Derecho del Trabajo juega un papel importante en esa tarea. Debe marchar atento y actuar con prontitud a los problemas que la globalización de la economía, con cada vez más frecuencia, plantea al mercado, pero no sucumbir frente a éste.

Para decirlo en palabras de Rodríguez-Piñero "la nueva estación del Derecho del Trabajo nos imparte, como lección de humildad, la imposibilidad de desconocer las

80) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2004, p. 62.

enseñanzas de un sistema económico que responde a la lógica del mercado, pero al mismo tiempo, nos da una señal de esperanza: la esperanza que los valores y los principios que vieron nacer el Derecho del Trabajo permanecen y que nuestra disciplina ha demostrado su inagotable capacidad de adaptarse a los cambios, manteniendo intacta su función de instrumento de justicia social"[81].

BIBLIOGRAFIA

AGUINAGA MEZA, Ernesto. Sobrecostos laborales: mito y realidad, inédito, Lima, 2004.

ARCE ORTIZ, Elmer. Informalidad, derecho y derecho social, Inédito, Lima, 2004.

AUTORES VARIOS. Las Organizaciones Gremiales del Sector Informal Urbano, Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo N° 71, Lima, 1998.

AUTORES VARIOS. Le travail Illégal. Rapport présenté au secrétarie d'Etat auprès du ministre du Travail et de la Participation p'ar le groupe de lutte contre le travail effectué dans des consitions illégales, présidé par Jean Fau, en Droit Social, n. 7-8, 1981.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. "El advenimiento del neoliberalismo y los posibles cambios estructurales del Derecho del Trabajo", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 54, 1992.

BAYLOS GRAU, Antonio. "La 'huida' del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización", en Manuel ramón Alarcón Caracuel y María del Merón (Coordinadores). El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Marcial Pons, Madrid, 2000.

CARR, Marilyn y CHEN, Martha Alter. La globalización y la economía informal: las repercusiones de la globalización del comercio y la inversión en los trabajadores pobres, Oficina Internacional del Trabajo, Sector de Empleo, Ginebra, 2001.

CARRASCO GARCIA, Nicolás. "El empleo irregular en el mercado de trabajo español", en Revista Treball, Número Extraordinario, Valencia, 1987.

DE LEON, Omar. Economía informal y desarrollo. Teoría y análisis del caso peruano. Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, Madrid, 1996.

DE SOTO, Hernando. El otro sendero. La revolución industrial, Instituto Libertad y Democracia, Lima, 1986.

GAMERO REQUENA, Julio. Reforma laboral y costos laborales: por una agenda de eficiencia con equidad, inédito, Lima, 2004.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. "La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo", Relaciones Laborales, 1987, T. II.

81) RODRIGUEZ-PIÑERO, 1995, p. 50.

HURTADO, Montserrat. Las organizaciones sindicales y el sector informal: reflexiones para la formación y la acción, Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo N° 133, Lima, 2000.

JARAMILLO BAANANTE, Miguel. La Regulación del Mercado Laboral en Perú, Informe de Consultoría, GRADE, Lima, abril de 2004.

LOPEZ GANDIA, Juan y DOMINGUEZ GONZALEZ, Aurora. "Régimen jurídico laboral vigente para las pyme", en Autores Varios, Régimen jurídico laboral de las pymes en España, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa, Madrid, 1985.

MEJIA, Renato y CARO, Eliana. "El Anteproyecto de Ley General del Trabajo: ¿mayor rigidez y elevación de los costos laborales?", inédito, Lima, 2004.

NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo, tercera. edición, PUCP, Fondo Editorial, Lima, 2004.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El trabajo decente y la economía informal, Conferencia Internacional del Trabajo, 90 reunión, Ginebra, 2002.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Sindicatos y la economía informal. Educación Obrera N° 127, Ginebra, 2002.

MATTEUZZI, Maurizio. "L'altro setiero", Nuova Rassegna Sindacale, núm. 40, 1990.

MORENO VALERO, Pablo Antonio. "La gobernanza social en el contexto de la mundialización", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 36, 2002.

ORSATTI, Alvaro y CALLE, Rosario. La situación de los trabajadores de la economía informal en el Cono Sur y el Área Andina, Oficina Internacional del Trabajo, Documento de Trabajo N° 179, Lima, 2004.

RAMIREZ MARTINEZ, Juan. "Reflexiones en torno a la problemática jurídica-laboral de la economía sumergida", en Revista Treball, Valencia, 1986, N° 2.

RENDÓN, Teresa y SALAS, Carlos. "Vendaval sin rumbo. La evolución del término Sector Informal, Urbano", en El Mercado de Valores, núm. 8, México, agosto de 2000.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. "Derecho del Trabajo y empleo", en Relaciones Laborales, 1994, núm. 11.

- "Diritto del lavoro e mercato", en Lavoro e Diritto, a. IX, n. 1, 1995.
- "Economía sumergida y empleo irregular", en Relaciones Laborales, Madrid, 1985, T. I.
- "La huida del Derecho del Trabajo", en Relaciones Laborales, 1992, núm. 12.
- "Política, globalización y condiciones de trabajo", en Relaciones Laborales, 2000, núm. 11.

RUESGA, Santos M. La economía sumergida. Acento Editorial, Madrid, 2000.

TOKMAN, Víctor (Director). De la informalidad a la modernidad, Oficina Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2001.

TOMEI, Manuela. El trabajo a domicilio en países seleccionados de América Latina: una visión comparativa, Oficina Internacional del Trabajo, Documento de discusión N° 29, Ginebra, 1999.

YBARRA, Joseph-Antoni. "La informalidad en España: un viaje hacia la institucionalización de la economía oculta", en Boletín de Estudios económicos, Vol. I., N° 155, Madrid, agosto de 1995.

YBARRA, Joseph-Antoni, HURTADO, Jorge y SAN KIGUEL, Begoña. La economía sumergida en España: un viaje sin retorno. Editorial Sistema, Madrid, 2002.

INFORMALIDAD, DERECHO Y DERECHO SOCIAL

ELMER GUILLERMO ARCE ORTIZ[*]

Sumario:

I. Intentando explicar un fenómeno complejo. II. La informalidad y su efecto en la sociedad peruana. 1. Concepto. 2. Actividades que ingresan a la informalidad. 3. Efectos de la informalidad. III. La informalidad y el sistema de fuentes del derecho. VI. Funcionalidad del derecho social.

De un fenómeno tan relevante en nuestra sociedad como es la «Informalidad», poco o nada se ha dicho desde el ámbito jurídico. Es cierto que cada vez son más las investigaciones hechas desde la perspectiva sociológica y/o económica, sin embargo, se percibe una impresionante omisión por parte de los juristas. Y digo impresionante, porque debido a su incuestionable presencia, la informalidad viene a alterar el tratamiento clásico, entre otros, de dos temas fundamentales del derecho: la organización e interrelación de las normas en el sistema jurídico peruano y la funcionalidad del derecho social.

Conociendo, además, la complejidad del fenómeno de la «informalidad» no es mi intención abordar cada una de sus proyecciones en la vida real. No entraré, por ello, en un análisis pormenorizado ni del comercio informal, ni del transporte público (combis), ni de los asentamientos humanos no registrados, ni de las unidades productivas que funcionan al margen de la legalidad como ocurre en el caso de las micro empresas. La intención es, vuelvo a repetir, extraer los elementos básicos del concep-

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España. Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

to de informalidad, para luego analizar el impacto de éstos sobre instituciones tradicionales del derecho que a la fecha tienen la etiqueta de «incuestionables».

I. INTENTANDO EXPLICAR UN FENOMENO COMPLEJO

Para empezar, la condición de informal no se puede aplicar a los individuos, sino sólo a sus actos o actividades. Ninguna persona puede ser completamente informal[1], esto es, actuar en todos los ámbitos de su vida al margen de reglas o normas, pues lo que usualmente sucede es que podrá ser informal en determinados aspectos, pero en otros no (por ejemplo, un ambulante que es informal en la actividad comercial en tanto no paga impuestos al fisco, puede ser formal respecto al pago del impuesto predial por su vivienda). También, en algunos casos la persona que actúa en una determinada actividad dentro de márgenes formales, puede ser formal sólo en unos actos e informal en otros (por ejemplo, el empleador que tiene una empresa con registro mercantil y que paga sus tributos legales, puede tener una parte de sus trabajadores contratados verbalmente, sin dar cuenta de ellos al Ministerio de Trabajo). E incluso, en otros casos la persona puede dar apariencia de formalidad, cuando en verdad vive al margen de la ley (es el supuesto, por ejemplo, de un empresario que consigue una licencia para el funcionamiento de su empresa, pero para una actividad distinta de la que desempeña en la vida real).

En uno de los principales esfuerzos por explicar el tema de la informalidad, Hernando DE SOTO ha dejado entrever que este fenómeno abarca todos los incumplimientos de las normas y principios que las rigen. Sin embargo, se hace un matiz fundamental, ya que no serán consideradas conductas informales las que infrinjan reglas estructuralmente no tolerables en la sociedad[2]. Por ejemplo, un narcotraficante o un contrabandista al incumplir reglas del ordenamiento penal no sólo es un informal, sino además será un delincuente[3]. De este modo, extrayendo los comportamientos delictivos del ámbito de la informalidad, se puede admitir que es tan informal un ambulante que vende golosinas en una caja de cartón sin constituir una empresa, pues de hacerlo el pago de impuestos serían superiores a sus ingresos, como el ambulante que tiene cuatro puestos de venta diferentes y que no tributa porque prefiere aumentar sus ganancias.

Ahora bien, este concepto de informalidad deja pendiente un análisis más profundo del fenómeno, pues la informalidad como tal no es un concepto unitario. Al

---

1 DE SOTO, Hernando, El Otro sendero, 1987, p.12.

2 En el mismo sentido, Alberto Bustamante señala que el parámetro para medir la transgresión al tejido institucional es el delito (BUSTAMANTE, Alberto, Informalidad: superando las viejas tesis, En, AAVV, De marginales a informales, Lima, 1990, p. 18).

3 RUBIO CORREA, Marcial, Introducción al sistema jurídico, Lima, 1991, pp. 251-252.

contrario, es «poliforme». Desde nuestro punto de vista, quizá la explicación de la actividad informal, en principio, debe centrarse en dos razones fundamentales: las circunstancias económicas que empujan a las personas a actuar al margen de la ley, de un lado, y la voluntad de no regirse por las normas existentes con el objeto de aumentar las utilidades en una determinada actividad productiva, de otro.

Respecto a la primera razón, el hecho de que las personas actúen al margen de las normas existentes, es sólo un efecto reflejo de lo que ocurre en la realidad económica. La economía peruana al estar posicionada en la periferia del capitalismo contemporáneo, no tiene ni logra captar suficiente capital como para crear muchos puestos de alta productividad y alta inversión por trabajador. En un mundo globalizado, donde el principio de acumulación de capital ha permitido a las potencias económicas mundiales (EEUU, Unión Europea y Japón) concentrar gran parte de los medios de producción y sus insumos, los países en vías de desarrollo sólo pueden mantener inversiones importantes en contados rubros del mercado. Entonces, países como el Perú que cuentan con una pequeña masa de capital y un limitado ritmo de acumulación del mismo, no hacen otra cosa que excluir del sector formal a una gran masa de mano de obra[4]. Se crea, pues, un ejército permanente de trabajadores excedentes[5].

Es decir, el capitalismo globalizado va creando una nueva composición entre los países del mundo que se traduce en una del tipo: «núcleo y periferia». Pero, eso no es todo, dentro de los países de la periferia se reproduce la misma relación entre los trabajadores insertos en la formalidad y los que no lo están[6].

Este ejército de trabajadores excedentes, no pertenecientes al núcleo o a la formalidad, para no quedar en el «desempleo total» se ve obligado a buscar su propio trabajo para poder sobrevivir. Obviamente, sus utilidades no son tan altas, como ocurre en el sector formal, porque su inversión también es reducida[7]. Sin embargo, de esta premisa es importante resaltar dos conclusiones. Primero, el sector informal no es un sector marginal en la economía, pues, al contrario, coexiste con el sector formal. Ambos integran la economía nacional y sus «vasos comunicantes» son múltiples. Por

4) A ello, hay que agregar también otro fenómeno estructural que agrava la situación, cual es el veloz crecimiento demográfico de nuestra sociedad. Básicamente, la modificaciones operadas en el campo de la salud a mediados de este siglo, han traído desequilibrios en la relación tasa de natalidad y tasa de mortalidad. Antes, tanto la tasa de natalidad como la de mortalidad eran muy elevadas en los países latinoamericanos, sin embargo esta última se ha reducido abruptamente a partir de la introducción de antibióticos y vacunas.

5) PALMA, Diego, La informalidad, lo popular y el cambio social, Lima, 1987, p. 25 ss.

6) Es importante señalar que esta teoría del conflicto social que aparentemente nos explica el origen del excedente de mano de obra en países periféricos, no es la única que se ha trabajado. Desde un perfil más cercano a la realidad latinoamericana, Daniel Carbonetto ha intentado explicar el fenómeno como un efecto de las «economías coloniales» de la región. El modelo de producción subordinado a los intereses industriales de las grandes potencias, y que se traduce en el suministro de materias primas (guano, salitre, algodón, etc.), no sólo retrasó por ejemplo el desarrollo industrial peruano, sino que además incentivó la concentración de capital en oligarquías domésticas con limitada proyección mercantil (CARBONETTO, Daniel, HOYLE, Jenny, TUEROS, Mario, Lima: sector informal, Lima, 1988, tomo I, pp. 37 ss).

7) PALMA, Diego, La informalidad, lo popular y el cambio social, Lima, 1987, pp. 37 ss.

ejemplo, muchos trabajadores del sector formal compran CD´s en comercios informales al ser más baratos, razón por la cual su nivel de compra también aumenta. De esta forma, la informalidad no tiene presencia en un solo sector marginal de la población, sino por el contrario se aplica a todos los ciudadanos. Segundo, el sector informal es sólo un efecto de la incapacidad del sistema capitalista (actualmente en crisis) para ofrecer empleos decentes a todos los ciudadanos que asegure su sobrevivencia. No es, como sugiere DE SOTO, un simple problema de «costo excesivo de la formalidad», sino un problema estructural del capitalismo que excluye a un segmento de la población. Aún si se bajaran los llamados «costos de la formalidad», es muy difícil exigir la formalización a un colectivo que pugna meramente por sobrevivir.

En cuanto a la segunda razón que contiene esta explicación de la informalidad, hay que resaltar su radical diferencia con las ideas ya planteadas. Si bien, la primera causa la hemos relacionado con una característica del capitalismo contemporáneo que empuja a las personas a desarrollar actividades por su propia cuenta para sobrevivir (y no subordinados a otro, como ocurre por regla general en la relación capital/trabajo), la segunda causa de la informalidad se expresa en función de la voluntad del agente de querer autoexcluirse del ámbito de aplicación de la legalidad. En este último caso, la autoexclusión puede producirse respecto de toda la formalidad o sólo en parte de ella. Puede que alguien quiera desempeñar una actividad productiva y no quiera formalizarse con el objeto de aumentar su utilidad empresarial al no pagar impuestos ni beneficios laborales a sus trabajadores (por ejemplo, un empresario, dueño de otras entidades empresariales, que desiste en cumplir con todas las formalidades legales de registro de su empresa porque le resta capital de inversión o el empleador que contrata a sus trabajadores por la vía de contratos civiles, locación de servicios o de obra, cuando lo que corresponde es un contrato laboral). Es más, los motivos para trabajar al margen de la legalidad pueden ser diversos y siempre alejados del fin de la sobrevivencia, sin embargo aquí hay una conducta fraudulenta que no debe ser admitida por la ley. Este tipo de informalidad debe ser desmantelada y como sanción se debe aplicar la ley que corresponde[8].

De cara a este segunda perspectiva, hay que tener en cuenta que muchas veces el infractor realiza un análisis costo/beneficio ante la eventual imposición de sanción. Es decir, si ante una eventual multa, su balance de pérdidas y ganancias es positivo o negativo. Si impuesta la multa, su nivel de ganancia es mayor a pagar impuestos y

8) Aquí tenemos una nueva discrepancia con Hernando De Soto, pues el autor de "El Otro Sendero" considera que los únicos incumplimientos de la ley que han de estar prohibidos, son aquellos que «persiguen fines antisociales, como en el caso del narcotráfico, el robo o el secuestro» (DE SOTO, Hernando, El Otro Sendero, Lima, 1987, p. 12). Es decir, los incumplimientos de legalidad que la sociedad no los tolera por ningún motivo. Sin embargo, ello quiere decir que no importa la motivación de quien incumple la norma, pues todo incumplimiento de la ley convertirá al sujeto infractor en un informal. Esto es, claramente, una exageración, por cuanto no es lo mismo la informalidad que tiene por motivo el sobrevivir que la que tiene por motivo el fraude.

beneficios sociales, entonces preferirá evadir la legalidad. Incluso, en este análisis habrá que atender a otras variables como son la eficacia de la administración estatal para fiscalizar el cumplimiento de las normas o la imposibilidad de pagar sobornos a los funcionarios públicos.

Finalmente, ambos sectores de informalidad no se pueden confundir, a riesgo de desnaturalizar el propio concepto. Son dos ámbitos distintos, frente a los cuales el derecho debe reaccionar de distinta forma. Es cierto que, aunque en teoría puede resultar fácil distinguir un tipo de informalidad de otra, en la práctica las fronteras suelen ser bastante difusas. ¿Cómo saber si alguien incumple la ley porque necesita hacerlo para sobrevivir o porque tiene una voluntad fraudulenta?. Es imposible captar la subjetividad de la persona que incumple la ley. Lo que sí se puede hacer, es operar a través de indicios que permitan deducir la intencionalidad del agente. La administración pública debería llevar un registro de informales con ciertos datos, que permitan conocer su real posición económica. Así, quien no está en la informalidad por sobrevivencia sino por otro motivo, deberá ser transferido a la formalidad. Y por otro lado, hay que reforzar los sistemas de control de la administración[9], sobre todo para detectar comportamientos fraudulentos en el sector formal. Hay que evitar que la informalidad sea un pretexto para eludir las normas.

II. LA INFORMALIDAD Y SU EFECTO EN LA SOCIEDAD PERUANA

1. Concepto

Al ser un fenómeno social y económico, el concepto de informalidad es muy difícil de aprehender. Su heterogeneidad y los límites movibles de sus fronteras complican cualquier ensayo de definición. Sin embargo, a pesar de lo dicho, pensamos que la actividad informal debe concebirse como «un proceso de generación de beneficios, patrimoniales o no, caracterizado por un hecho central: su desviación de la regulación jurídica existente, ya aplicando nuevas regulaciones o ya aplicando regulaciones existentes que no corresponden al caso». Nótese, que el énfasis de la definición se pone en

9) En esta línea, hay que destacar las novedosas modificaciones a la actual Ley de Inspecciones que ha dispuesto la Ley 28292, publicada el 21 de Julio de 2004 en el Diario Oficial El Peruano. Con la intención de fortalecer la labor inspectiva que desarrolla el Ministerio de Trabajo, el nuevo marco formativo, básicamente, de un lado, amplía el ámbito de fiscalización de los inspectores y, de otro, refuerza la función coercitiva de las multas. En cuanto al primer tema, se admite a partir de la vigencia de la Ley 28292 que el acto de inspección puede realizarse a iniciativa del propio inspector, sin necesidad de orden de visita otorgada por la Autoridad de Trabajo, siempre que los hechos a inspeccionar pongan en peligro la integridad física, la salud o la seguridad de los trabajadores (artículo 16.4). En cuanto al segundo tema, el empleador que comete una infracción de normas laborales se hará acreedor de una multa desde el momento que se levanta el acta de inspección. Es decir, si antes había que verificar la infracción y, después de treinta (30) días, realizar una visita de reinspección, para recién en ese momento imponer la multa; con el nuevo procedimiento, la multa se aplica al tiempo que se verifica por primera vez el incumplimiento (artículo 19.2).

la «desviación de la regulación». No es sólo un incumplimiento de la normativa actual sin más, sino a dicho incumplimiento le sigue otra regulación[10].

Respecto a la definición mencionada, resta hacer dos consideraciones. Primero, el paso a la informalidad no es equivalente al paso a un «ámbito de la vida» no regulado o exento de toda regulación. Al contrario, en ciertos casos, el paso a la informalidad constituye un salto a una nueva regulación, pues la normativa existente o bien no tiene aplicación real a un segmento de la población (recuérdese la exclusión que impone el capitalismo) o bien no se cumple por propia voluntad de quien debiera cumplirla; mientras, en otros, la informalidad no crea una nueva normativa, sino utiliza fórmulas jurídicas dirigidas a supuestos de hecho distintos.

Segundo, la sucesión de regulaciones o normativas, supone que las normas o reglas de contenido jurídico emitidas por el Estado van a ser sustituidas por la regulación proveniente de la autonomía privada. Algunas veces, sobre todo cuando existe un grupo organizado de personas que practican la informalidad, la autonomía privada creará reglas insertas en un «sistema de coacción jurídicamente institucionalizado». Para BOBBIO, la presencia de un sistema de coacción jurídicamente institucionalizado implica la existencia de una sanción como efecto a la desobediencia de una regla, la medida predeterminada de dicha sanción y las personas encargadas de cumplir la ejecución[11]. Es decir, todo un sistema abocado a la eficacia real de la regulación, esto es, al respeto de un orden. Mientras en otras, cuando no hay grupos organizados, la regulación proveniente de la autonomía privada se traducirá en costumbres jurídicas, directivas unilaterales dirigidas a sujetos determinados y acuerdos de voluntad.

Repito, la regulación a variar por las reglas «informales», proviene de poderes normativos estatales (por ejemplo, como ocurre en el caso de la Ley con el Congreso o con el ejecutivo en el caso del Decreto Supremo). Mientras las regulaciones que emergen de la propia sociedad (regulación extra-estatal o social), pueden tener un marco organizado (por ejemplo, estatutos o reglas de las juntas o comités vecinales que se forman luego de las invasiones, con el propósito de negociar con las autoridades el respeto a la nueva propiedad, defender el orden público, tratar de proveer servicios, registrar las propiedades existentes en el asentamiento y administrar justicia por su cuenta[12]) o un marco no organizado (por ejemplo, entre los ambulantes apos-

---

10) Debe anotarse que el concepto de «incumplimiento» habrá de ser utilizado de una manera amplia. En primer lugar, incumplimiento supone contradicción con una prohibición expresa del ordenamiento. Por ejemplo, el no pago por el empleador de la remuneración mínima vital. Y, en segundo lugar, incumplimiento también supone contradicción con una prohibición implícita del ordenamiento. Por ejemplo, la ley puede decir que los vehículos de transporte público sólo circularán con una licencia municipal y ello debe entenderse como una prohibición para los vehículos que no hayan adquirido la mencionada licencia. En este último caso, si bien es cierto que no hay una prohibición expresa dirigida a los vehículos sin licencia, sería ilógico concebir que la prohibición no juega en relación a ellos.

11) BOBBIO, Norberto, Teoría General del derecho, 1997, p. 112.

12) Al respecto, es interesante el análisis que De Soto hace respecto de las competencias de las llamadas «organizaciones informales» (El Otro Sendero, Lima, 1987, p. 27)

tados en las calles tiene que existir alguna costumbre que regule la forma cómo se van a dividir la vía pública o en una microempresa informal el empresario aunque remunere por debajo de los mínimos legales tiene que acordar con su trabajador un monto que retribuya la fuerza de trabajo puesta a su disposición).

Es importante aclarar que el paso a la informalidad puede tener distintos niveles, según la periodicidad con que se produzcan las rotaciones de regulaciones. Así por ejemplo, los primeros informales, llamémosle «pioneros», desvían el cumplimiento de normas oficiales o estatales, hacia normas que organizadamente se impongan ellos mismos. Sin embargo, establecidas las normas jurídicas creadas por los pioneros, es posible que posteriormente lleguen otros informales que busquen imponer sus nuevas reglas (sería el caso de una futura organización de las combis "piratas", las cuales circulan sin estar afiliadas a ningún comité). En este último supuesto, la sucesión de regulaciones no sería del tipo estatal/poder social, sino poder social/poder social.

2. Actividades que ingresan en la informalidad

Dentro del concepto de informalidad no sólo ingresan actividades productivas o comerciales que se podrían derivar de la necesidad de sobreviviencia, sino también otras que tienen que ver con mejores condiciones de vida. Tal es el caso de las invasiones de asentamientos humanos, por ejemplo. Los «excluidos» del sistema formal tienen que asegurar la propiedad de una vivienda donde subsistir, de alguna manera alternativa a la compraventa. Otro caso, sería el de la existencia eventual de «universidades populares», donde nuevamente los «excluidos» del sistema formal, tendrían derecho a educación sin la necesidad de un pago de matrícula ni mensualidad.

¿Qué categorías podrían ser calificadas como informales? ¿Qué actividades son informales? Es muy difícil, establecer una tipología con parámetros predeterminados, ya que la informalidad es un fenómeno cambiante e infinito. Sin embargo, entre las más conocidas, están: las personas que realizan sus actividades en microempresas, pues normalmente se ubican al margen de la legalidad a efectos de sobrevivir, los llamados trabajadores independientes, esto es, las personas que crean su propio empleo (sobre todo, ambulantes), los pobladores de asentamientos humanos sin registro, las personas que lavan carros en la vía pública, etc. Aquí, los informales crean una nueva normativa que sucede a la anterior, con el objeto de superar un problema de subsistencia social. Este es el sentido de la informalidad que debe protegerse y apoyarse.

Asimismo, informalidad no es sólo un sector articulado al formal que ha surgido en los países de la periferia capitalista, sino también expresiones de «economía sumergida». Como ya se dijo, incumplimientos de la legalidad sólo con el fin de aumentar las utilidades de la actividad. En este rubro se pueden citar: contratación de fuerza laboral sin contrato o en condiciones inferiores a lo que disponen normas imperati-

vas, empresas formales que buscan evadir el pago de impuestos, el empresario que tiene una flota de diez "combis" y encubre su calidad de empleador alquilándola a otras personas, el despliegue de actividades expresamente prohibidas por el ordenamiento (vg. prostíbulos clandestinos), etc.. Esta es una informalidad que, con un control debido, hay que transferirla al sector formal.

En cuanto a cifras de informalidad en el Perú, hay que señalar que la mayoría de datos estadísticos no discriminan estos dos ámbitos (informalidad por sobrevivencia y economía sumergida). Quizá aparentemente la única excepción la constituyen los trabajadores independientes, que según la Organización Internacional del Trabajo, en el año 2001 equivale al 34% de la población que trabaja en Perú (Fuente: revista panorama laboral, 2002). Sin embargo, hay que decir «aparentemente», porque dentro de esta categoría se incluye tanto a las personas que crean su empleo por necesidad, como a los sujetos que lo hacen porque prefieren trabajar por su propia cuenta (abogados o profesionales en general que ejercen su labor en oficinas o estudios privados)[13]. Y el mismo problema salta a la vista, cuando la propia OIT señala que cerca del 19% de los trabajadores peruanos laboran en pequeñas empresas al margen de la formalidad (Fuente: revista panorama laboral, 2002). La pregunta es, entonces: ¿cuántos de este 19% son parte de la llamada «economía sumergida»?.

En 1985, por cada 100 casas levantadas en Lima, los informales eran propietarios de 69 y los formales sólo de 31. Es más, ya en 1984, el transporte público estuvo integrado por 91% de vehículos informales y sólo el 9% estaba en la formalidad. Es evidente que en estos dos últimos casos, la informalidad es asumida como un bloque que bien agrupa a quienes necesitan la informalidad para sobrevivir y a quienes la toman como pretexto para defraudar el ordenamiento jurídico. Por eso, es necesario inventar mecanismos que permitan diferenciar ambos ámbitos de informalidad.

Finalmente, un ámbito poco explorado de la informalidad y donde existen pocos datos es el relativo a infracciones de la legalidad en actividades aparentemente formales. Hay que tener en cuenta que aunque la mayoría de los informales sean ilegales, también los hay legales. Es el caso de quienes solicitan permisos para operar como comercios y después instalan una industria. E incluso, según ciertos estudios, tienen una fuerte presencia en sociedades en vías de desarrollo[14].

---

13) Otro factor de distorsión de estos datos estadísticos, es el que tiene que ver con la edad de los trabajadores por cuenta propia. Por ejemplo, este 34% no incluye a los menores de edad que se «ganan la vida» en trabajos independientes. No es que estemos de acuerdo con el trabajo infantil, sino que sólo queremos dejar sentado que las mencionadas cifras no demuestran la real dimensión del problema.

14) Sobre el particular, ver el interesante estudio de TOKMAN, La informalidad en los años noventa, en De Igual a Igual, (comp. Jorge Carpio e Irene Novacovsky), Buenos Aires, 1999, p. 88.

3. Efectos de la informalidad

Mucho se habla de los informales como un grupo de personas emprendedoras que con su paso a la formalidad y el acceso a crédito, traerían progreso al país. Es cierto, esta idea, vista a futuro, no debe descartarse sin más. Ya se ha visto que los comportamientos informales han solucionado muchos problemas sociales. Ahí está el problema de la vivienda, pues sin invasiones los distritos de las ciudades peruanas estarían hoy por hoy completamente tugurizados. Ahí está el problema del transporte público, pues son una respuesta a la incapacidad del sector formal para darse abasto a la demanda de una ciudad tan extensa como Lima.

Sin embargo, pese a lo alentador de esta perspectiva, hay que plantear por lo menos dos reflexiones. Primero, si el sector formal capitalista colapsó, por cuanto es incapaz de generar más trabajo, y no hay una reproducción del capital peruano suficiente para recibir más personas en este sector formal, ¿para qué formalizar?. En otras palabras, al recargar impuestos al sector informal, por ejemplo, se estaría quitando ingresos a un colectivo de personas que gana dinero para sobrevivir. Exceptuando a los informales fraudulentos, el sector informal tiene como características: empresas de tamaño pequeño, utilizan tecnologías simples y poco competitivas con las del sector formal, se invierte poco capital, el empresario casi siempre es trabajador de la misma, etc.[15]. De esta manera, si no hay políticas de creación de nuevos mercados la inserción al sector formal de estas actividades, resulta ser una mentira[16]. Ello, sería sin duda el fin de los actuales informales, sin embargo es difícil pensar que el efecto sea el fin de la informalidad, ya que lo normal será que un nuevo grupo de personas venga a desplazar a aquéllos e instauren nuevas normas.

Segundo, atendiendo al hecho de que la informalidad es un fenómeno estructural e inherente al capitalismo actual en países como Perú, y que como tal no va a desaparecer, hay que analizar sus efectos sociales con el fin de reducir sus efectos perniciosos. Tanto la informalidad de sobreviviencia como la economía sumergida, excluyen a los sujetos que la conforman, del mundo de la formalidad, de la alta producción, de los altos sueldos, es decir, del núcleo productivo. Pero, esta exclusión tiene un efecto todavía mayor respecto al goce de determinados derechos sociales. Por ejemplo, los

---

15) CARBONETTO, Daniel, HOYLE, Jenny, TUEROS, Mario, Lima: sector informal, Lima, 1988, tomo I, pp. 50- 51

16) Es así que entendiendo esta idea, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que: «En muchos países, la enorme escala en que se desarrolla la economía informal ha contribuido a crear conciencia de que hay empresas que no pueden sobrellevar el costo económico de ajustarse a ley, lo cual explica en parte que se compruebe con cierta frecuencia que las empresas de la economía informal están entre las que más infringen las disposiciones de la legislación del trabajo, puesto que el cumplimiento cabal de los requisitos legales está fuera de sus posibilidades. Este hecho sugiere, además, que es preciso apoyar a tales empresas, centros y talleres de trabajo con miras a que progresivamente lleguen a estar en condiciones de cumplir sus obligaciones respecto de los trabajadores». (Vid. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, El ámbito de la relación de trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del trabajo, 2003, p. 10).

bajos sueldos constituyen un límite a la integración social, esto es, al goce democrático de la salud, de la educación, etc.. Es decir, la permanencia de la informalidad y su análisis como un tema marginal de la sociedad peruana, no hacen otra cosa que segmentar la vida social, profundizar los niveles de precariedad de un sector e incentivar la desintegración social.

III. LA INFORMALIDAD Y EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

Aunque se ha tratado de dar una visión omnicomprensiva de la informalidad, es obvio que cuando nos referimos a sus efectos jurídicos interesa sobre todo la informalidad que es, y debe ser, admitida por el conjunto del sistema jurídico. Y ella será sólo la informalidad que permite asegurar la sobrevivencia de un grupo excluido en el marco de una sociedad capitalista poco desarrollada. De este modo, el que se aparta de la legalidad estatal para aumentar sus utilidades será un «informal ilegal o fraudulento». No es posible, por ejemplo, que el ordenamiento no reaccione frente al sujeto que autodenominándose «informal» tiene una flota de autos «tico», que se los alquila a otras personas, a quienes en realidad debiera contratar mediante un contrato laboral (normalmente, estas personas cumplen un horario, una jornada, laboran con un medio de producción «de otro», etc.), y que, además, tiene un taller de mecánica para el mantenimiento de los carros y la superación de cualquier siniestro. A este informal, sin duda, hay que reconducirlo a la formalidad.

Como se sabe, el sistema jurídico formalista defendido por Kelsen se ha implantado en gran parte de los Estados positivistas contemporáneos, como el peruano[17]. Ahora bien, este sistema fundamenta su actuación, básicamente, en dos grandes características: la jerarquía interna de las reglas del propio sistema y su unidad. Una y otra característica van de la mano. Es decir, para establecer una jerarquía en cualquier sistema hace falta que todo se concentre en una unidad[18]. Si existieran varios siste-

---

17) Para el sistema formalista o positivista la validez de una norma jurídica depende únicamente de que el órgano que la emite sea el legitimado y haya respetado el procedimiento previsto en una norma fundamental previa (la Constitución, que es donde reside en última instancia el poder soberano del pueblo). Esta teoría de validez del derecho, repara sólo en el aspecto formal de las normas, sin importar su contenido ético-político y menos una idea teleológica del mismo. Por el contrario, aunque destronado por el sistema formalista, hay que aclarar que el sistema iusnaturalista defiende la validez de una norma siempre que ésta cumpla con el ideal de justicia, es decir, con un imperativo ético. Sobre los fundamentos del derecho, Vid, el interesante y didáctico texto de REALE, Miguel, Fundamentos del derecho, Buenos Aires, Depalma, 1976.

18) Esta unidad se va a construir a partir del monopolio de la fuerza normativa que ha de ejercer el Estado. Sin embargo, dado que el Estado cuenta con diversos órganos que emiten diferentes normas jurídicas sería caótico que no exista un orden de aplicación de las mismas. No se puede imaginar un sistema en el que no existe una subordinación jerárquica de unas normas respecto de otras, salvo que se quieran admitir problemas de concurrencia conflictiva (regulan el mismo supuesto de hecho de modo incompatible) sin solución. Precisamente, el ordenamiento jurídico estatal se autoregula mediante el principio de jerarquía, según el cual una norma de rango inferior no puede contradecir a una de rango superior. En estos términos, Vid. DE OTTO, Ignacio, Derecho Constitucional, sistema de fuentes, Barcelona, 1999, pp. 88 y 89. RUBIO CORREA, Marcial, El sistema jurídico, Lima, 1991, pp. 143 ss. A pesar de lo dicho, hay que añadir que para algunos autores la concurrencia conflictiva.../

mas, a parte del sistema gobernado desde las normas que emanan del Estado, es imposible pensar que desde uno de ellos se pueda imponer una determinada jerarquía, pues todos tendrían en teoría igual valor.

Producto de este sistema unitario y jerárquico donde conviven las normas, el Estado ha dado siempre mayor valor a sus reglas jurídicas y se ha encargado de marginar a un segundo plano a las regulaciones provenientes de la autonomía privada que él mismo autoriza[19]. De ahí que, sobre estos pilares se haya construido la famosa «pirámide kelseniana». La Constitución ocupa el primer escalón de la jerarquía, convirtiéndose en el fundamento por excelencia de todo el orden jurídico del Estado. Y según el artículo 51 de la misma, luego le siguen las normas de rango de ley (Leyes del Congreso, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, etc.) y al final siguen los reglamentos generales (básicamente, Decretos Supremos que reglamentan las normas con rango de Ley). Ahora bien, por debajo de estas reglas estatales se ubican las regulaciones provenientes de la autonomía privada. Así, estas regulaciones que tienen su origen en la sociedad, por ser incorporadas al sistema unitario estatal tienen que pagar un «alto precio», cual es la pérdida de libertad. Entiéndase, la autonomía privada no puede regular todos los aspectos de la vida, como sí lo hace por ejemplo la Ley del Congreso, sino sólo los aspectos que la normativa estatal declara como «dispositivos» o «no imperativos». Es decir, donde la norma estatal proscriba la actuación de la regulación privada, esta última no podrá regular.

Esta concepción jerárquica y unitaria del sistema jurídico estatal, pretende, de un lado, eliminar cualquier arbitrariedad en el uso del poder, y de otro, dotar de mayor fuerza al interés colectivo, que supuestamente protege el Estado, respecto del interés particular o de los ciudadanos. Ahora bien, desde la caída de los monarcas absolutistas y durante mucho tiempo, esta idea de unidad del derecho fue un reflejo básicamente de una pretensión revolucionaria de la burguesía liberal. El ideal de libertad que abandera la revolución francesa es prueba de que los revolucionarios soñaban con una sociedad igualitaria y con intereses comunes. Sin embargo, la realidad exigía una lectura distinta, no era unitaria, sino plural, y no era pacífica en la existencia de un solo interés social, sino era conflictiva[20].

/... de dos normas de rangos diferentes no genera un conflicto propiamente dicho, en la medida que el conflicto sólo se puede generar respecto de dos normas válidas. ¿Cómo se va a admitir la validez de una norma que transgrede lo dispuesto en una norma de mayor jerarquía?. Automáticamente, la norma infractora del principio deberá declararse inválida y, por ende, se elimina el conflicto. Sobre el particular, Vid. NINO, Carlos Santiago, La validez del derecho, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 30-31.

19) Según el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, «es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público....». De esta forma, ninguna manifestación de voluntad podrá afectar una prescripción jurídica de carácter imperativo.

20) Sobre la concepción «homogénea» del derecho legislativo en el Estado Liberal se ha hablado mucho, aunque se ha puesto énfasis también en que la «unidad» no era producto de una concepción unitaria del mundo, sino que las fuerzas antagonistas (por ejemplo, el proletariado y sus movimientos sindicales) aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley. Gustavo ZAGREBELSKI señala que «Respecto a la legislación, en cambio, no surgía un problema análogo de unidad .../

A pesar del pluralismo de intereses sociales que emerge como dato de la realidad, por mucho tiempo la unidad del sistema jurídico fue incuestionable. Quizá porque la imposición de la creencia de unidad estuvo promocionada por una fuerza social, como fue la burguesía proveniente del capitalismo, que quiso negar las diferencias. Por ello, la creencia duró mientras la fuerza social de la burguesía liberal tuvo suficiente peso para imponer sus intereses con exclusión de otros (por ejemplo, el interés social de los obreros a finales del siglo XIX), pero ni bien fue perdiendo prevalencia social por el «empuje» de otras fuerzas sociales, en el marco de la institucionalización democrática, empieza a cuestionarse la idea unitaria del sistema jurídico estatal. Es más, producto de esta realidad social diversa, la tradicional generalidad de las normas, como efecto lógico de un sistema jurídico unitario, se ve afectada cada vez más en la actualidad con normas especiales[21] o incumplimientos por fenómenos impulsados por fuerzas sociales de reacción al poder único.

Desde la perspectiva de los incumplimientos de normas que se producen en el fenómeno de la informalidad, no creo que el cuestionamiento a la unidad del sistema afecte de la misma manera a todas las fuentes del derecho. La Constitución debería ser un límite infranqueable frente a estos comportamientos, no sólo por ser la norma-base del sistema jurídico sobre la que se construye su unidad, sino además porque representa la voluntad general de la sociedad. La Constitución debe ser una norma con nivel de evasión o incumplimiento, cero. Esto es, al ser el extracto de principios y valores de una sociedad, no permite que nadie quede exonerado de su cumplimento. De este modo, los sectores de la sociedad que pugnan por emanciparse del cumplimiento de las leyes (no de la Constitución), construyen sistemas jurídicos paralelos a los impuestos por la legalidad. Sólo pueden cuestionar la ley, o mejor dicho, el rango infraconstitucional. Nacen fuerzas sociales que quieren equiparar sus normas al poder de las normas estatales[22], instaurando una especie de

---

/... y coherencia. Su sistematicidad podía considerarse un dato, un postulado que venía asegurado por la tendencial unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo de la fuerza política que se expresaba a través de la ley, sobre todo porque la evolución de los sistemas constitucionales había asegurado la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal» (Cfr. El derecho dúctil, Madrid, Trotta, 1997, p. 31).

21) Es sintomático, en la línea de las normas especiales, la importancia creciente de la regulación convencional al interior de las empresas. El convenio colectivo, entendido como el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, celebrado, de una parte, por la representación de trabajadores y, de otra, por la representación de los empresarios, genera normas jurídicas (a través de sus cláusulas normativas), en virtud del artículo 28 de la Constitución que le reconoce «fuerza vinculante».

22) Comportamientos contrarios a las leyes y, por ende, desprovistos de la coacción estatal han existido siempre. Un ejemplo es el que nos muestra el riguroso sociólogo Max Weber cuando señala: «Instituciones como la Zadruga yugoslava (comunión doméstica), que se cita como ejemplo para demostrar que la coacción jurídica no es necesaria, carecían solamente de la protección jurídica estatal, pero en las épocas de su mayor extensión tenían la protección coactiva, en alto grado eficaz, de la autoridad de la aldea. Cuando estas formas de conducta consensual echan raíces, perduran durante siglos, sin que se tome en cuenta la coacción jurídica del Estado. El derecho austriaco reconocido judicialmente no sólo era ignorado por la Zadruga, sino que algunas de sus normas se oponían a ella, no obstante lo cual dominaba ésta de hecho la conducta campesina» (Cfr. WEBER, Max, Sociología del derecho, Granada, Comares, 2001, p. 29.)

«pluralismo jurídico» que tiende a romper el molde de la unidad del sistema kelseniano. Es allí, donde debemos ubicar la acción de las regulaciones provenientes de la llamada «informalidad». Eso sí, la propia «informalidad» estará subordinada indefectiblemente a la Constitución, pues es ella la que ha asumido la función unificadora de los sistemas jurídicos[23] [24].

Regresando al tema del incumplimiento de normas estatales de rango legal o infralegal para sustituirlas por normas o regulaciones provenientes de la «informalidad», se debe apuntar que en la sucesión de normas o regulaciones, no hay derogación. Simplemente, las normas estatales serán inaplicadas o desplazadas, ya que no son eliminadas del ordenamiento. Decae la aplicación de la norma estatal, pero no para todo su ámbito de aplicación, sino sólo para un sector de la población. La ley sigue rigiendo para otros sectores de la sociedad. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, lo que sucede aquí es que se alteran los elementos esenciales del «positivismo clásico», por cuanto la autonomía privada (poder social) ya no se aplica sólo en los aspectos permitidos por las normas imperativas, sino que incluso puede ser contraria a una norma estatal y tener efectos[25]. De otro lado, desde un aspecto formal, la nueva regulación proveniente de la autonomía privada, puede ser de dos clases: de un lado, puede ser una norma jurídica y, de otro, puede no serlo.

Suponiendo que la norma que emana de la autonomía privada es una norma jurídica, puede asumir a su vez, como ya se dijo, varias formas. Primero, si estamos frente a un grupo de personas organizadas que despliegan una actividad informal, el grupo organizado puede emitir reglas dentro de un sistema de coacción jurídicamente

---

23) Recuérdese que antes, esto es, desde la concepción unitaria y jerárquica del sistema normativo estatal imperante en el capitalismo burgués, era la ley la que con sus reglas generales y abstractas se encargaba respetar la unidad. Ahora, el cambio es que ante eventuales incumplimientos de la ley y su evidente reducción de ámbito de aplicación, la norma que asume el función de cohesión es exclusivamente la Constitución Política. Por lo demás, tal premisa es lógica, en tanto ciertos aspectos medulares de un Estado de Derecho, como los derechos fundamentales en ella consagrados, no deben ni pueden quedar al arbitrio de las partes. Respecto a los caracteres generales de un Estado de Derecho, Vid., DIAZ, Elías, Estado de Derecho y sociedad democrática, Madrid, Taurus, 1983, pp. 31 ss.

24) Además, habría que señalar que la Constitución, al decir de Peter HABERLE, es un concepto abierto a la cultura y por ello dinámico. Debe ser un concepto sensible a los principios e intereses que se consolidan institucionalmente dentro de una sociedad. Y ello, habrá de entenderlo en el marco de relaciones basadas en la «tolerancia». Sólo así, la Constitución podrá desarrollar su verdadera razón de ser: dejar espacio suficiente para desarrollar el espíritu humano. Dice el profesor HABERLE, «Gracias al concepto de "dignidad de la persona" puede exhortarse en una altísima medida de "tolerancia" al permitir o sugerir toda una paleta de sentidos exegéticos posibles, por supuesto dentro de los límites de la propia tolerancia, límites tanto más irrenunciables cuanto que ésta constituye de por sí una de las partes del consenso básico de toda Constitución, resultando además muy difícil de reflejar "formalmente" en el propio texto constitucional» (P. HABERLE, Pluralismo y Constitución, Madrid, 2002, p. 89). En suma, el respeto a los derechos fundamentales (y en particular, de la dignidad) que impulsa nuestra Constitución, debe servir como fundamento para la aceptación de las reglas de comportamiento que trae la informalidad hoy en día.

25) Lo que aportan los comportamientos informales es que las regulaciones creadas por la autonomía privada, se apliquen incluso por encima de la ley.

institucionalizado[26]. Por ejemplo, aquí tenemos el caso de los comités de transportistas públicos informales, donde se decide quienes pueden integrar el comité y se establecen derechos y obligaciones a los miembros del mismo. Si, en el sistema tradicional es impensable este comportamiento pues hay normas efectivas que lo impiden, la informalidad lo hace posible.

Segundo, en el marco de informales desorganizados, juega un papel importante la costumbre jurídica. Para la formación de la costumbre con relevancia jurídica y respaldo estatal, se requiere un comportamiento general en una colectividad, reiterado en el tiempo y que cree conciencia de obligatoriedad en su ámbito de formación[27]. Recuérdese, que en el caso de la costumbre los comportamientos reiterados son espontáneos, y nunca existió la voluntad explícita de querer crear la nueva norma. Por ejemplo, es lo que sucede cuando un comerciante ambulante se establece en un determinado lugar de la vía pública, pues hay un respeto a esa costumbre de los demás ambulantes.

Y tercero, otra expresión normativa de la autonomía privada es la decisión de un privado de querer regular con efectos generales a otros sujetos. Sucede ello, por ejemplo, cuando en una empresa informal el empresario otorga un derecho a todos sus trabajadores. No es que los acuerde con cada uno de ellos, sino que lo hace de manera general a todos sus trabajadores. Hay una voluntad explícita de querer crear la nueva formativa, diferenciándose así de la costumbre jurídica. Lo cierto es que de las tres formas normativas que puede asumir la autonomía privada, esta última es la que revela mayor peligro en el ámbito de la microempresa, pues tanto la creación de un derecho como su desaparición queda en manos del empleador.

Ahora bien, también se dijo que la regulación de la autonomía privada puede no tener efectos de norma jurídica. Es decir, no tiene la calidad de abstracción y de generalidad, pues no se aplica a sujetos futuros sino sólo actuales, ni se aplica a sujetos indeterminados, sino, por el contrario, a sujetos determinados. Tal es el caso de una directiva unilateral del empleador informal que tiene como destino a unos sujetos determinados o de un acuerdo de voluntades en el interior de una empresa informal. Entiéndase, que pese a no ser normas jurídicas, regulan determinados aspectos. Eso sí, la regulación que no tiene carácter de norma jurídica, ha de respetar lo dispuesto en las normas de un sistema de coacción jurídicamente institucionalizado o en una costumbre, por poner un ejemplo. Sólo podrán regular en los aspectos dispositivos de las normas jurídicas.

---

26) Según señala BOBBIO, «Para obviar los inconvenientes de la sanción interna, o sea su escasa eficacia, y los de la sanción externa no institucionalizada, principalmente la falta de proporción entre violación y respuesta, el grupo social institucionaliza la sanción, esto es, regula los comportamientos de los asociados, y regula también la reacción a los comportamientos contrarios» (Cfr. BOBBIO, Norberto, Teoría general del derecho, 1997, p. 110).

27) Para el análisis de los elementos de una costumbre jurídica, como son el elemento objetivo: la repetición generalizada y continuada de una conducta determinada, y otro subjetivo: la creencia de que surgen de ella reglas obligatorias, Vid., NEVES MUJICA, Javier, Introducción al derecho laboral, Lima, 2003, p. 79.

El «hilo conductor» de estos supuestos se traduce en: «La normativa estatal es desplazada en ese momento por regulaciones que emanan de la autonomía privada». Y, al parecer, se corresponden mejor estas últimas con la realidad que las primeras. Este es el pluralismo jurídico, ya no hay un solo sistema jurídico que comanda el Estado, aunque sin duda sigue siendo el más fuerte, pero no es el único. El derecho ya está reconociendo otros poderes sociales con facultades regulativas, al margen del Estado. La diferencia es que antes dejaba el espacio para lo autónomo, cuando él no normaba un supuesto, ahora, habiéndolo normado, acepta regulaciones incluso contrarias a sus prescripciones con el objeto de superar problemas sociales.

Haciendo un ejercicio trigonométrico de adaptación a estos cambios en el sistema de fuentes del derecho, quizá se puede decir que el ordenamiento de fuentes ya no es de tipo «piramidal y jerárquico», sino es de tipo «circular». En lo que toca a este trabajo, coexisten dos poderes, el del sector formal y el del sector informal, que se articulan como ya se ha dicho en torno a un mismo punto de confluencia que debe ser la Constitución. La Constitución es el único ente que va a dar unidad al derecho y donde podrán confluir los distintos sistemas jurídicos que existan. De ahí que, la informalidad no puede suponer desconocimiento de derechos constitucionales o fundamentales. Los derechos humanos son mínimos indisponibles tanto para el sector formal como para el informal. Y es por eso, por ejemplo, que el trabajo infantil no debe admitirse ni siquiera cuando se alegue la necesidad de sobreviviencia (artículo 4 de la Constitución).

Fórmula similar es la que tiene el artículo 149 de la Constitución respecto a las costumbres en comunidades nativas y campesinas. Dice el artículo: «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona». Como se puede apreciar, la costumbre puede desplazar incluso una ley prohibitiva, sin embargo, la misma costumbre ha de condicionar su vigencia al respeto de derechos constitucionales. Este es una consagración constitucional del llamado «pluralismo jurídico».

IV. FUNCIONALIDAD DEL DERECHO SOCIAL

Tal como se ha visto, el fenómeno de la informalidad es sumamente complejo. No puede concluirse de este trabajo que la informalidad como problema social debe desaparecer, pues un sector de la informalidad constituye precisamente un excedente del sistema capitalista de producción. Son personas que si no inventan su empleo o si no trabajan en el marco de la economía sumergida, estarían desempleados. Quizá lo que sí debe desaparecer es la informalidad que se lleva a cabo con propósitos fraudu-

lentos de los individuos. De otro lado, tampoco puede concluirse que la sociedad peruana debe acostumbrarse a convivir con la informalidad, por cuanto ello supone eliminar cualquier posibilidad de solución de este problema estructural.

Es evidente que la reducción de la informalidad es un objetivo a mediano plazo en el Perú, no obstante ello no puede lograrse sólo desde un plano jurídico. Las normas, claro está, no pueden solucionar los problemas económicos y sociales, ya que a lo más podrán trazar algunas tendencias de solución de conflictos sociales. El tema de dar más trabajo a los peruanos que se hallan fuera del sistema capitalista formal, se podrá solucionar en la medida que se inyecte más capital a nuestro país. Es decir, todo dependerá del crecimiento interno de nuestro mercado de capitales, a efectos de que las inversiones generen mayores puestos de trabajo. Y no es un secreto que ello se puede incentivar o bien desde la inversión extranjera o bien abriendo mercados en el exterior para el exiguo capital nacional.

Digamos que en uno y en otro caso, el derecho no debe quedarse al margen. Debe regular, aunque es verdad que lo podría hacer con distinta intensidad. Si, por ejemplo, vemos el problema desde la necesidad de consolidar el capital nacional y de permitir mayor acumulación de capital por empresas peruanas, es evidente que más que las inversiones extranjeras importa el ingreso de productos a mercados de la región. Mientras las grandes inversiones extranjeras pueden quebrar o «sacar» del mercado a pequeñas empresas nacionales, en cuanto las grandes empresas pueden reducir con mayor facilidad sus costos de producción, el ingreso de productos nacionales a países de la región puede consolidar la actividad de las pequeñas empresas. Eso sí, la firma de tratados de libre comercio debe ir unido a una actividad estatal que promueva el nivel de competitividad de las pequeñas empresas nacionales. No sólo deben ser competitivas para el medio, sino deben serlo también en el ámbito de mercados externos.

La idea es que el Estado debe crear espacios comerciales, expandir mercados, e ir progresivamente formalizando a los informales. Esta lógica de actuación es distinta a la de pedir la formalización de los informales sin abrir mercados. Por ejemplo, la formalización de las actuales MYPES puede ser beneficiosa para los sujetos que fraudulentamente decidieron incumplir las normas, por cuanto ahora tendrán por ejemplo un régimen laboral más beneficioso, sin embargo esta formalización obligatoria es perjudicial para los empresarios que incumplen las normas porque de ello depende su subsistencia. En este último caso, los «nuevos formales» van a desaparecer muy pronto, ya por los costos adicionales que tendrá que asumir su actividad o ya por la competencia desleal de otros «nuevos informales». Esto, precisamente, puede convertirse en un círculo vicioso de nunca acabar. Por ello, hay que buscar ensanchar sobre todo la cuantía del capital nacional.

Ahora bien, junto a estas políticas macro económicas del Estado, el derecho debe inventar un nuevo concepto de derecho social que de solución al conflicto social produ-

cido en las sociedades contemporáneas. La cuestión social, es cierto, siempre ha sido un preocupación del derecho, sin embargo, la respuesta habrá de tener distintas modulaciones tomando en cuenta el momento y el espacio geográfico donde se hace el análisis. No es lo mismo, hablar de la cuestión social de comienzos del siglo XX en un país europeo, que hablar de la cuestión social actual en un país tercermundista o periférico.

En el periodo de entre guerras mundiales, el constitucionalismo dio respuestas a la llamada cuestión social obrera. Era la época del industrialismo y del despegue económico de ciertas industrias, a costa de un trato inhumano a muchos trabajadores. Es por eso, que tanto la Constitución de Weimar en Alemania como la de Querétaro en Méjico en la década del 20, se convierten en pioneras del reconocimiento de derechos sociales. Esta situación puede tener una lectura histórica, en donde la incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales tiene una relevancia política. A partir de ese momento, los trabajadores son incorporados al sistema jurídico capitalista. Con ello, con la incorporación de los intereses laborales al nivel constitucional, el sistema capitalista de producción asegura su sobrevivencia. Es decir, otorga derechos a los trabajadores pero a la vez asegura que la clase obrera no subvierta el orden liberal. Es un pacto político-social. Recuérdese que, sólo en 1917 había explotado la revolución bolchevique en el este europeo y las posibilidades de que se produzcan otras revoluciones contra el régimen de producción capitalista no eran remotas.

En realidad, esta respuesta a la cuestión social fue una respuesta posiblemente adecuada para su momento histórico. No obstante, el problema es que la cuestión social se ha ido transformando. Los cambios del mundo, incentivados por la globalización económica, las innovaciones tecnológicas, la fuerte concentración de capitales en empresas y en determinados países, la descentralización productiva, etc., han reordenado la cuestión social. Para poner un ejemplo, la cuestión social ya no es básicamente obrera, ya no es básicamente clasista, etc.. Se han multiplicado o se han fragmentado los sectores que participan en la cuestión social (parados o desempleados, trabajadores autónomos, trabajadores empleados, trabajadores obreros, subempleados, etc.), lo cual hace más difícil definir los linderos de la actuación efectiva de «lo social». Es por esta razón que, la obligación del derecho es la de inventar un nuevo concepto de derecho social[28].

---

28) Mientras el modelo fordista de producción se regía por la organización estable de unos colectivos de trabajadores, los actuales modelos postfordistas se basan, normalmente, en la coordinación de unos individuos móviles. La rotación actual de los trabajadores, a través de contratos temporales o de métodos de descentralización productiva, obliga a pensar en fórmulas normativas que garanticen la protección del trabajador, al margen de tipos contractuales subordinados. Aunque pensando en la sociedad europea, donde ciertamente el sector informal es bastante reducido, el profesor SUPIOT exige el replanteamiento del derecho laboral en Europa. Según señala, la actual condición de asalariado, que liga la subordinación y la seguridad, debería cederle paso a un nuevo «estado profesional de la.../

Los conceptos tradicionales cada día se alejan un poco más de la realidad. El Derecho del Trabajo, pilar fundamental del derecho social, cada vez se aplica por ejemplo a menos personas. Si sus garantías son aplicables sólo a las relaciones jurídicas personales, remuneradas y subordinadas, su ámbito de actuación se restringe a no más de la tercera parte de la población económicamente activa peruana[29]. Mientras los que laboran y se encuentran fuera de este ámbito de protección pasan del 50% de la población económicamente activa (trabajadores autónomos y economía sumergida).

El derecho social debe apuntar a mejorar las condiciones de vida de todos los ciudadanos y no sólo de un grupo. Su compromiso debe ser el de lograr una real homogeneización social[30]. Si a comienzos del siglo pasado el grupo relevante a proteger era el sector obrero, en cuanto la industrialización acelerada así lo determinaba, en la actualidad la industrialización va replegándose y el trabajo se va reduciendo en función de la aparición de máquinas que sustituyen humanos. La agenda del derecho social debe ser la lucha por la inclusión social y la desaparición de la precariedad, básicamente a través de programas de protección social o de seguridad social, sin importar categorías jurídicas ancladas en el pasado[31]. Repárese, la funcionalidad del derecho social tiene una relevancia sobre todo política, de cambio social.

No sirve de nada tener una excelente legislación laboral que en la mayoría de los casos garantiza los derechos de los sujetos pertenecientes al núcleo de producción capitalista, pues los trabajadores marginales no gozan de estas protecciones. Hay que buscar incluir dentro del concepto de ciudadanía social al conjunto de desempleados que no podrán conseguir trabajo por incapacidad del sistema y no por falta de voluntad, incorporar a los trabajadores independientes e incluir a los trabajadores pertenecientes a pequeñas empresas combatiendo la precariedad de estos puestos.

/... persona», basado en una concepción global del trabajo. Es más, propone el autor, que el derecho del trabajo debe ensamblar las exigencias de igualdad entre hombres y mujeres, de la formación permanente, de las tareas familiares y de la libertad profesional de los trabajadores. Sin embargo, para ello, es necesario entender las diferentes formas de trabajo más a la luz de lo que las une que de lo que las separa. Vid. SUPIOT, Alain, Transformaciones del trabajo y provenir del derecho laboral en Europa, en Revista Internacional del trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1999, volumen 118, número 1, pp. 39- 41.

29) Actualmente, por ejemplo, en el ordenamiento español, se encuentran algunos casos de trabajos autónomos a los que se les aplica la legislación laboral vigente: el reconocimiento del derecho de afiliación a los trabajadores por cuenta propia que no tenga trabajadores a su servicio o la formativa de seguridad e higiene. En el caso italiano, es conocida el profundo interés legislativo por regular a los «parasubordinados», esto es, «las relaciones de colaboración que se concreten en una prestación de obra continuada y coordinada, prevalentemente personal, y aun sin tener un carácter subordinado». Sobre los límites intrínsecos de la regulación del trabajo «subordinado» para dar respuestas a los conflictos presentados en la sociedad actual, se puede ver el interesante estudio de CRUZ VILLALÓN, Jesús, El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado, en Trabajo subordinado y trabajo autónomo, estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Madrid, 1999, pp. 169 y ss.

30) Vid. MONEREO PEREZ, José Luis, Fundamentos doctrinales del derecho social en España, Madrid, Trotta, 1999, p. 206.

31) MONEREO PEREZ, José Luis, Fundamentos doctrinales del derecho social en España, Madrid, Trotta, 1999, pp. 213- 214.

Finalmente, el otro efecto del constitucionalismo social debe entroncarse con la protección de la persona que trabaja. No importa que el sujeto labore en una pequeña empresa informal, siempre el piso mínimo de derechos debe partir de los derechos constitucionales. Incluso, los trabajadores independientes deben cumplir su labor, siempre que se respeten sus derechos constitucionales. Por encima de estos mínimos indispensables, el legislador puede establecer diferencias de trato para los informales que buscan su sobrevivencia, como lo hace en el caso de las MYPES y el régimen laboral común (Ley de Productividad y Competitividad Laboral)[32]. Sin embargo, por ningún motivo se podrá despojar al ciudadano de sus derechos fundamentales. Así, los derechos fundamentales penetran en cualquier estructura organizativa que se construya en la sociedad. En el caso de la empresa, es evidente que se deberán respetar los derechos constitucionales tanto en su vertiente individual como colectiva (prohibición de discriminación, libertad de expresión, de opinión, de reunión, derecho de intimidad, a la integridad física, libertad sindical, huelga, participación colectiva en la dirección de la empresa y un largo etcétera).

32) Hay que aclarar que no estamos de acuerdo con la aplicación de una Ley que restrinja, con efectos generales, la protección de los trabajadores. Por ejemplo en la Ley de MYPES peruana (Ley 28015), se reduce el periodo de vacaciones o la indemnización por despido a cualquier empresa que tiene menos de 10 trabajadores y que tiene menos de 150 UIT por ingresos, sin embargo, ¿qué sucede si un gran empresario decide fragmentarse en unidades menores hasta el punto de ser beneficiario de este régimen especial?. Obviamente, obtendría provecho de la ley, aun cuando su patrimonio empresarial no se ajusta al de una micro empresa. Es necesario, por ende, aplicar los beneficios legales, sólo a quienes emprenden la labor empresarial en la informalidad por razones de sobrevivencia. Así, una vez más, resulta trascendental detectar las «bolsas» de informalidad fraudulenta.

CUMPLIMIENTO LABORAL Y COMERCIO INTERNACIONAL A PROPÓSITO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO

FERNANDO GARCÍA GRANARA[*]

Sumario:

I. El Cumplimiento Laboral - II. Los Derechos Laborales en el TLC - III. Estructura del Capítulo Laboral en los TLCs - IV. Declaración de Compromiso Compartido: 1. La pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo. 2. La Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998), 2.1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, 2.2. La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, 2.3. La abolición efectiva de trabajo infantil, 2.4. La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. 3. Reconocimiento y protección de derechos internacionalmente reconocidos. 4. Concordancia de la legislación interna con los derechos internacionalmente reconocidos. V.- El Cumplimiento Laboral en el TLC: La Fiscalización: 1. Las características de la falta de cumplimiento de la legislación laboral, 2. La reducción de la protección laboral para la promoción del comercio o la inversión. 3. Otras disposiciones sobre cumplimiento laboral - IV. A modo de reflexión.

(*) Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I.- EL CUMPLIMIENTO LABORAL

El cumplimiento de la ley es la base de la convivencia y del desarrollo de las sociedades. Su falta de cumplimiento constituye una infracción que es sancionada por el ordenamiento jurídico.

El cumplimiento de la ley laboral no es la excepción; es la base de la convivencia laboral y del desarrollo de las empresas y de sus trabajadores y su infracción acarrea la imposición de una sanción.

En general, la idea del cumplimiento de la ley laboral se asocia a la imposición de una sanción. El empleador cumple con la obligación laboral a fin de evitar una sanción. Sin embargo, este no es el único sentido que puede darse al cumplimiento laboral, pues también puede ser enfocado como un requisito básico para la mejora de la competitividad y el crecimiento empresarial, tanto en el mercado nacional como internacional.

En efecto, no es posible proyectar el desarrollo de una empresa ni mucho menos pensar en una proyección a mercados internacionales si se incumple la ley. Desde esta perspectiva, cumplir con la ley laboral no constituye una imposición legal sino una inversión básica en el desarrollo mismo de la empresa.

No obstante, la discusión acerca del cumplimiento laboral ha venido presentándose en un solo sentido: éste es responsabilidad del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través de la inspección laboral, por lo que el incremento de los niveles de cumplimiento depende en gran medida de la eficiencia de la inspección del trabajo. Esta ecuación "cumplimiento laboral – inspección del trabajo" es correcta pero incompleta. Es correcto afirmar que la inspección se dirige al cumplimiento laboral, pero la inspección no es el único mecanismo que garantiza el cumplimiento, sino que forma parte de un conjunto de instrumentos que conforman la política de cumplimiento laboral.

La inspección del Trabajo cumple una función de control y vigilancia de cumplimiento de las normas laborales. Como señala GONZALES BIEDMA, *"la tarea de control administrativo se materializa, en general, en el establecimiento de unos mecanismos de contacto, de vínculos, de la Administración con la realidad, en la que aquélla adopta una conducta activa de comprobación de la adecuación del ser al deber ser, esto es, orientada a la supervisión de aquella realidad"*.[1]

---

1) GONZALES BIEDMA, Eduardo. *La inspección del trabajo y el control de la aplicación de la norma laboral*. ARANZADI Editorial. España. 1999. Página 34.
Según el Convenio Nº 81 de la OIT sobre Inspección del Trabajo el sistema estará encargado de: velar por el *cumplimiento de las disposiciones legales*, condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.
En la legislación peruana, el Decreto Legislativo Nº 910, Ley General de Inspección y Defensa del Trabajador, precisa que: "*la inspección del Trabajo es un servicio público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que tiene por objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales en materia laboral (...) con la finalidad de solucionar los conflictos o riesgos laborales entre trabajadores y empleadores*".

En nuestra opinión, es necesario redefinir las responsabilidades en el cumplimiento laboral a efectos de conformar un sistema de cumplimiento que permita dotar a cada elemento de un marco de actuación y de responsabilidad.

En estricto, el cumplimiento laboral depende de los propios obligados, en este caso, los empleadores y esta es una premisa que debe acompañar toda la política de cumplimiento. El principal y primer responsable del cumplimiento laboral es el propio empleador, y no los mecanismos dirigidos a la vigilancia, control y supervisión del cumplimiento, uno de los cuales es la inspección laboral.

Es más, en el caso de la inspección es importante advertir dos cuestiones: en primer lugar, la necesidad de mejorar la obligación de información del empleador a la Administración Estatal (no sólo de carácter laboral) sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales, que permitiría una verificación del cumplimiento sin necesidad de desplazar al inspector para realizar una diligencia de inspección; y en segundo lugar, que la Administración Estatal debe permitir una acción integrada de las diferentes entidades de fiscalización y, por tanto, el manejo de información común a efectos de mejorar la eficiencia en la verificación del cumplimiento.

Por ello, es necesario complementar la responsabilidad de los empleadores con otros mecanismos que permitan garantizar la información, así como el control y supervisión de la aplicación de la norma laboral. Es decir, hay necesidad de formar una suerte de "red de cumplimiento".

A nuestro juicio, hay diferentes elementos que se integran a la política de cumplimiento laboral, como son, entre otros: (i) la actuación del Estado como Empleador, que en definitiva comprende dos aspectos: el cumplimiento de las normas laborales por las propias entidades de Estado en su condición de Estado Empleador y la exigencia de certificación de cumplimiento laboral de las entidades que contratan con el Estado; (ii) las experiencias de buenas prácticas laborales, códigos de conducta y responsabilidad social empresarial, que se aplican en el sector empresarial y que asumen el cumplimiento no como una obligación sino como una necesidad empresarial; (iii) la vigilancia sindical o laboral; (iv) el control empresarial mismo que se realiza en las diferentes operaciones comerciales a nivel nacional y sobre todo internacional en las que se exigen estándares y procedimientos de producción que asumen como pauta básica el cumplimiento de las obligaciones laborales. Esta práctica ya se aprecia en el rubro de exportaciones con empresas extranjeras; (v) la actuación de las diferentes entidades del Estado que pueden ejercer un control conjunto del cumplimiento.[2]

---

2) Este es un punto trascendente y supone que el control no sea exclusivo de la inspección laboral del Ministerio de Trabajo sino que otras entidades también la realicen: Essalud, SUNAT, por ejemplo, pero al mismo tiempo que la información sea conjunta y unificada. A ello apunta el reciente Convenio suscrito por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), que forman parte del sistema de cumplimiento laboral.

En este contexto, otros de los mecanismos que se inserta en la política de cumplimiento laboral está constituido por los Tratados de Libre Comercio a través de los cuales se asumen obligaciones de política laboral que forman parte de un acuerdo comercial. En este caso se genera una vinculación entre el comercio internacional y el derecho del trabajo a través de las cláusulas sociales, que "*es una cláusula de un tratado, convenio o acuerdo comercial, en la cual las partes se comprometen a respetar y eventualmente a hacer respetar ciertos derechos sociales, y, para el caso de violación de los mismos, pactan la caída de las ventajas que se han reconocido recíprocamente o la que hayan acordado a terceros países, o aún la simple rescisión por incumplimiento de todo el acuerdo.*"[3]

En el presente caso, los TLCs generan obligaciones de carácter laboral tanto para los Estados que los suscriben como para las empresas que desarrollan la actividad comercial.

Actualmente se vienen desarrollando rondas de negociaciones con la participación conjunta de representantes de Estados Unidos de América, Colombia, Ecuador y Perú con el fin de concretar la suscripción de un Tratado de Libre Comercio (TLC). En este contexto y dado el interés por la suscripción de un TLC entre el Perú y los Estados Unidos de América, el presente artículo se dirige a analizar el cumplimiento laboral en los acuerdos comerciales, tomando como referencia otros TLCs suscritos por Estados Unidos de América.

II.- LOS DERECHOS LABORALES EN EL TLC [4]

Para estos efectos, proponemos tomar como referencia los capítulos laborales de los TLCs suscritos por Estados Unidos de América con otros países, concretamente :

(1) Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos de América.

(2) Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua y los Estados Unidos de América.

(3) Acuerdo de Cooperación Laboral entre el Gobierno de Canadá, el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. En este caso, el tema laboral no es un capítulo del TLC, sino un Acuerdo de Cooperación Laboral, instrumento con estructura y desarrollo propio, pero integrado al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

---

3) ERMIDA URIARTE, Oscar. *Derechos Laborales y Comercio Internacional*. Ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2001. Página 297. Sobre el tema y en la misma publicación puede consultarse SACO, Raúl. *Cláusulas Sociales en los Tratados Internacionales de Comercio* y nuestro trabajo GARCIA GRANARA, Fernando: *Los cauces de la protección social en la globalización: interacción entre los ordenamientos internos y la acción internacional.*

4) Un cuadro comparativo de los distintos acuerdos comerciales y no sólo los suscritos por Estados Unidos de América puede encontrarse en OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las normas laborales en los acuerdos de integración en las Américas.* Nº 110. Página 5 y siguientes.

(4) Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y el Reino de Jordania.
(5) Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Singapur.

Una primera constatación sobre el contenido laboral de los TLCs es la similitud de los capítulos laborales. Los TLCs son similares en los temas que conforman la estructura del capítulo laboral como también en la redacción misma del articulado, Incluso el caso del Acuerdo Laboral del TLCAN, cuyo texto es desarrollado y prolijo, contempla los mismos temas enunciados en otros TLCs.

Una segunda constatación, consecuencia de la primera antes anotada, consiste en que no hay un mandato ni propuesta de modificación de la legislación interna. El TLC se inserta y acoge la legislación que rija en cada país, de modo que no impone un tipo de legislación laboral. No obstante, sí se aprecia en los TLCs un interés expreso por garantizar derechos mínimos de carácter laboral internacionalmente reconocidos, en la expresión utilizada por los TLCs. Estos derechos no tienen un mínimo o máximo de regulación a cumplir, sino la exigencia de que las leyes de cada país cumplan con establecer una regulación sobre el tema en concordancia con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Es decir, la referencia a estos derechos constituiría un marco general en la que se ubica la opción de cada legislación interna.

En tercer lugar, el capítulo laboral no es un compartimiento estanco y debe concordarse e integrarse a todo el TLC, por lo que no es posible dejar de analizar el tema laboral sin su vinculación o complementariedad con otra temática.

III.- ESTRUCTURA DEL CAPITULO LABORAL EN LOS TLCs

Los TLCs tienen un capítulo laboral que, en términos generales, comprende ocho (8) temas: (1) Declaración de cumplimiento de la legislación interna y de los compromisos de los países como miembros de la Organización Internacional del Trabajo; (2) fiscalización de la legislación laboral, a fin de garantizar la aplicación de la legislación interna y que ésta no sea utilizada como un elemento de promoción del comercio o la inversión a través de la reducción de la protección laboral; (3) garantías procesales y de acceso a la información en todo tipo de procesos; (4) la creación de un Consejo de Asuntos Laborales, compuesto por representantes de las partes, para supervisar la implementación y revisar el avance del capítulo laboral; (5) Declaración de Cooperación Laboral entre las partes que intervienen a fin de promover el cumplimiento de instrumentos internacionales de la OIT; (6) la posibilidad de realizar Consultas Cooperativas en los casos en que se presenten alguna sobre la ejecución del capítulo laboral; (7) la conformación de una Lista de Arbitros Laborales para desempeñarse como árbitros en los casos de presentarse alguna controversia; y, (8) las definiciones relativas a la legislación laboral relativas al reconocimiento de derechos laborales internacionalmente reconocidos.

Para los efectos de nuestro análisis, interesa poner de relieve la explicación relativa al compromiso de cumplimiento de derechos laborales y a la identificación de los derechos internacionalmente reconocidos (puntos 1 y 8), así como la obligación de los países de brindar información laboral y fiscalización laboral (puntos 2 y 3).

IV.- DECLARACIÓN DE COMPROMISO COMPARTIDO

Bajo este artículo los TLCs comprenden cuatro aspectos: la pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo; la Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento (1998); el reconocimiento y protección de derechos internacionalmente reconocidos y la concordancia de la legislación interna con los derechos internacionalmente reconocidos.

Como referencia sobre el punto, el TLC Chile – EE.UU. dice al respecto:

"Artículo 18.1: Declaración de compromiso compartido

1.- Las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos en virtud de la Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT)[5]. Cada Parte procurará asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos establecidos en el artículo 18.8, sean reconocidos y protegidos por la legislación interna.

2.- [6]Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propias normas laborales internas[7] y, consecuentemente, de adoptar o modificar su legislación laboral, cada Parte procurará garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el artículo 18.8 y procurará perfeccionar[8] dichas normas en tal sentido"

El texto pertinente en los TLCs de Jordania y Singapur tienen similar contenido.

1.- La pertenencia a la Organización Internacional del Trabajo

En los TLC se reafirman las obligaciones de los países como miembros de la OIT. Estas comprenden, entre otras, el respeto a la Constitución de la OIT de 1919, la

5) El TLC de Costa Rica, así como el de Singapur tienen un nota a pie de página en esta parte del artículo en la que señala: "Las partes reconocen que el párrafo 5 de la Declaración de la OIT establece que los estándares laborales no deben ser utilizados para fines comerciales proteccionistas".

6) El TLC de Costa Rica inicia este parágrafo con la expresión: "Las Partes afirman pleno respeto por sus Constituciones." Luego continúa con el mismo texto.

7) El TLC de Costa Rica omite la referencia a la palabra "interna".

8) En lugar de la palabra perfeccionar, el TLC de Costa Rica utiliza el término "mejorar". Gramaticalmente puede encontrarse una sutil diferencia. Mientras que perfeccionar alude a acabar enteramente una obra, dándole el mayor grado posible de bondad o excelencia, mejorar se refiere a acrecentar algo, haciéndolo pasar a un estado mejor.

Declaración de Filadelfia de 1944, el cumplimiento de los Convenios Internacionales ratificados por cada país, participación en la vida de la OIT y el sometimiento a sus órganos y mecanismos de control, tales como la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical.

2.- La Declaración de la OIT relativa a los principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998).

La referida Declaración, adoptada en Ginebra en junio de 1998, establece que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios, tienen un compromiso que se deriva de la mera pertenencia a la OIT consistente en *"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."* Estos derechos fundamentales son:

2.1. - La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

En el plano laboral este derecho se expresa a través del reconocimiento de la libertad sindical en sus diferentes aspectos, sea positiva (derecho a constituir sindicatos) o negativa (derecho a desafiliarse de un sindicato); sea individual (ejercitado por un trabajador individualmente considerado) o colectiva (ejercitada por una organización sindical).

El derecho de asociación se encuentra recogido en diferentes instrumentos internacionales. A título de información, puede citarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la Convención Americana de Derechos Humanos, todos ellos ratificados por el Perú.

Como lo señalan ERMIDA y VILLAVICENCIO, "*Como se ve, todas las declaraciones internacionales incluyen – con mayor o menor extensión - a la libertad sindical como uno de los derechos fundamentales. Pero en el ámbito internacional en el que tal derecho ha sido reconocido y explicitado con mayor insistencia y precisión, es el de la Organización Internacional del Trabajo. La Constitución de la O.I.T., su declaración de Filadelfia y varios Convenios y Recomendaciones configuran una normativa internacional de directa validez jurídica interna, que constituye la principal base jurídica supranacional de la libertad sindical*". [9]

En este tema, el Convenio de la OIT Nº 87, sobre la Libertad Sindical y protección del derecho de sindicación (1948), constituye uno de los ocho convenios fundamenta-

---

9) ERMIDA URIARTE , Oscar y VILLAVICENCIO, Alfredo. Sindicatos en Libertad Sindical. ADEC-ATC. Lima, 1991.

les. Conforme al artículo 1º de este Convenio los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen derecho a la sindicación, tienen derecho a constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Este convenio fue ratificado por el Perú a través de la Resolución Legislativa Nº 13281 del 15 de diciembre de 1959.

Además del Convenio Nº 87, que reconoce el derecho la redacción de sus estatutos y reglamentos, elegir a sus representantes, organizar su administración y formular su programa de acción, el Convenio Nº 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949), establece el fomento para el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo, así como la necesidad de establecer garantías contra los actos de injerencia. El Convenio Nº 98 fue ratificado por el Perú por la Resolución Legislativa Nº 14712 del 13 de marzo de 1964.

2.2. - La eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.

Que se encuentra recogido en el Convenio Nº 29 sobre el trabajo forzoso (1930) y en el Convenio Nº 105 sobre la abolición del Trabajo Forzoso de (1957), que también rigen en el Perú.

2.3.- La abolición efectiva de trabajo infantil.

Recogido en el Convenio Nº 138 OIT sobre edad mínima de admisión al trabajo (1973) y en el Convenio Nº 182 OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (1999). Ambos Convenios han sido ratificados por el Perú. En el caso del Convenio Nº 138 el artículo 1º contiene un compromiso para todo miembro de la OIT de seguir una política que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo.

2.4. - La eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Recogido en el Convenio Nº 111 OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación)[10] y en el Convenio Nº 100 sobre igualdad en la remuneración.

De acuerdo con el texto del TLC los países ratifican sus compromisos de respeto, promoción, y de hacer realidad los principios de los derechos fundamentales a que se refieren estos Convenios Internacionales. Los cuatro derechos fundamentales no sólo se expresan en los Convenios de OIT sino en otros instrumentos internacionales con la

10) El Acuerdo Laboral de Canadá, EE.UU. y México comprende además en forma expresa al "*salario igual para hombres y mujeres*" en forma adicional a la eliminación de discriminación en el empleo. La igualdad en la remuneración está recogida en el Convenio Nº 100 de OIT sobre igualdad de la remuneración.

jerarquía de tratados y declaraciones regionales o mundiales. En efecto, como apunta ERMIDA, *"... una de las finalidades de la adopción de la Declaración puede haber sido la de ofrecer a la comunidad internacional una suerte de cláusula social universal, a la cual puedan referirse, expresa o tácitamente, los diversos acuerdos, organismos y países que se ocupen del comercio internacional."*[11]

En el caso del Perú, los Convenios forman parte del ordenamiento jurídico interno al haber sido ratificados y además existe una regulación interna de desarrollo de éstos, tanto a nivel constitucional como legal.

3. - Reconocimiento y protección de derechos internacionalmente reconocidos.

A diferencia del punto anterior relativo a la Declaración de OIT y su Seguimiento, cuando el TLC alude a los "derechos internacionalmente reconocidos" no se refiere a la OIT o a algún instrumento internacional en forma especial o directa. Se les incluye en una relación de los derechos que el TLC considera como "internacionalmente reconocidos".

Los TLCs enuncian expresamente estos derechos,[12] que son: a) el derecho de asociación, b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente, c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

Hasta aquí la relación de los derechos laborales es coincidente con los derechos y Convenios fundamentales a que se refiere la Declaración de la OIT de 1998 antes comentada. La diferencia radica en la incorporación, en forma adicional, del derecho a las *condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional*, que no se encuentra comprendida en la Declaración de OIT. Ciertamente los tres temas tienen una regulación especial en los Convenios de OIT por lo que puede hacerse alusión a diferentes Convenios Internacionales como marco general. Empero, sólo algunos Convenios han sido ratificados por el Perú y ninguno ha sido ratificado por Estados Unidos.

En el caso de los salarios mínimos, el TLC precisa que el establecimiento de normas y niveles no se sujetan a obligaciones generadas por el TLC sino a la aplicación efectiva del nivel de salario mínimo general establecido en el país. Esta precisión pone en evidencia que los salarios mínimos son los fijados en cada país, con independencia de su monto.

---

11) ERMIDA, Oscar. *Derechos laborales y Comercio Internacional*. Página 291.

12) En el caso del Acuerdo Laboral de Canadá, EE.UU. y México, el artículo 49 sobre definiciones identifican 11 derechos y se establece un concepto general de cada uno de ellos. A diferencia de los otros TLCs este Acuerdo Laboral contempla expresamente el derecho de huelga, el salario igual para hombres y mujeres y la protección de trabajadores migratorios.

En el caso de las horas de trabajo, el Convenio Nº 1 sobre la jornada de trabajo, instrumento ratificado por el Perú a través de la Resolución Legislativa Nº 10195 del 8 de noviembre de 1945, establece la limitación de 8 horas diarias o 48 horas semanales, fórmula recogida en la Constitución Política y en la legislación nacional.

En cuanto a la seguridad y salud ocupacional, los Convenios de la OIT son el Convenio Nº 152 sobre seguridad e higiene de los trabajadores portuarios, ratificado por el Perú por Resolución Legislativa Nº 24668 del 19 de abril de 1988 y el Convenio Nº 62 sobre prescripciones de seguridad, ratificado por el Perú a través de la Resolución Legislativa Nº 14033 del 4 de abril de 1962. En este tema en particular, el Acuerdo Laboral de Canadá, EE.UU. y México comprende a la prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales y la compensación en caso de lesiones de trabajo y de enfermedades ocupacionales a través del establecimiento de un sistema que prevea beneficios y compensaciones para los trabajadores o para quienes dependen de ellos en caso de lesiones.

4. - Concordancia de la legislación interna con los derechos internacionalmente reconocidos.

Hay un reconocimiento a la soberanía de cada país para establecer sus propias normas laborales internas, para adoptar o modificar la legislación laboral. Dentro de este marco, los países procurarán garantizar que las leyes internas sean consistentes con los "*derechos laborales internacionalmente reconocidos*". Es decir, la ley es determinada por cada país, pero debe garantizar un marcho mínimo de protección de los derechos precisados tanto en la Declaración de OIT.

Como se aprecia de esta presentación de temas laborales, el TLC convierte a la OIT y sus Convenios Internacionales como pieza de apoyo del propio TLC, a tal punto que los derechos fundamentales son un marco de actuación a nivel interno. Así, la promoción de los derechos laborales fundamentales y su cumplimiento encuentra en el TLC un mecanismo directo de asegurar y extender las obligaciones de cumplimiento laboral.

Desde esta perspectiva el cumplimiento de los Convenios Internacionales y el respeto a los derechos laborales se convierte en una obligación de los países que se incorpora a este acuerdo comercial, generando un mecanismo alterno al de la OIT y que adquiere, por esta vía, carácter de obligación dentro del comercio internacional.

V.- EL CUMPLIMIENTO LABORAL EN EL TLC: LA FISCALIZACIÓN

La fiscalización laboral aparece también con una redacción similar en los cinco TLCs consultados y comprende dos reglas relativas al cumplimiento:

- Las partes no dejarán de aplicar efectivamente la legislación laboral, a través de un curso de acción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las partes. El curso de acción o inacción debe reflejar un ejercicio razonable de la discrecionalidad o derivarse de una decisión adoptada de buena fe respecto a la asignación de recursos.
- Las partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en la legislación interna. Cada parte procurará no dejar sin efecto, ni derogar dicha legislación de manera que debilite o reduzca su adhesión a los derechos laborales internacionalmente reconocidos, como una forma de incentivar el comercio con la otra parte o para el establecimiento o expansión de una inversión en su territorio.

Las dos reglas vinculan el cumplimiento de la legislación laboral al comercio internacional. Se trata de evitar que la falta de aplicación efectiva de la ley laboral o la reducción de la protección laboral sean utilizados para obtener ventajas comerciales.

Nos encontramos aquí – y específicamente en la segunda - ante disposiciones dirigidas a prohibir el denominado "dumping social ", es decir, la obtención de ventajas comparativas en el mercado a través de la reducción o desconocimiento de derechos laborales. A través del "dumping social" la reducción de los niveles de protección o la falta de control del cumplimiento de las obligaciones laborales origina una reducción de costos de las empresas que puede ser utilizado para captar inversiones o negocios.

Nótese que se trata de disposiciones diferentes. En el primer caso, la regla consiste en que cada Estado no altere su política de cumplimiento de la ley laboral a través de una intencional falta de control laboral de modo que afecte el comercio entre las partes, mientras que, en el segundo caso, se propone que cada Estado no reduzca, deje sin efecto ni derogue la ley laboral que garantiza los derechos internacionalmente reconocidos para conseguir una ventaja comercial, es decir, prohíbe la modificación legislativa in peius para obtener una ventaja económica, no necesariamente de la parte del TLC sino de cualquier otro país.

A continuación se expresan algunos requisitos sobre cada uno de estos supuestos:

1.- Las características de la falta de cumplimiento de la legislación laboral.-

La primera característica de esta falta de cumplimiento es que debe ser efectiva, es decir, acreditada, actual y evidente. La falta de cumplimiento no puede ser derivada de una interpretación sino de un hecho concreto.

En segundo lugar, debe existir un curso de acción sostenido o recurrente. Entendemos que se refiere a la actuación o política de las entidades encargadas de aplicar la

legislación laboral a fin de que no adopten cursos de acción o inacción que originen su falta de aplicación efectiva. No se precisa cuáles son estas entidades, lo que significa que comprende toda entidad en la que recaiga el cumplimiento de la ley laboral y ciertamente la principal es la Administración Laboral encargada de la política y las acciones de control, supervisión y cumplimiento de la normatividad a través de la inspección laboral.

En cuanto a los cursos de acción o inacción estos deben responder a dos criterios para no ser calificados de irregulares: la razonabilidad, que entendemos requiere de una justificación objetiva de la decisión; y, la buena fe, que se deriva de la asignación de recursos, es decir, que la falta de control se origine en la falta de asignación de fondos para cumplir con el cumplimiento efectivo o bien en cuanto a que las prioridades de la política de cumplimiento laboral privilegien determinadas acciones dejando de lado otras aunque no renunciando a ellas.

Finalmente, las acciones deben afectar el comercio internacional entre las Partes. Por tanto, debe haber un efecto en el comercio bilateral de las Partes.

Adviértase que todos los elementos anotados deben concurrir para que se configure la infracción: la falta de aplicación efectiva, el curso de acción sostenido o recurrente (excluido de la razonabilidad y de la buena fe) y que tenga un efecto perjudicial en el comercio entre las partes.

2. - La reducción de la protección laboral para la promoción del comercio o la inversión.-

Es necesario reparar que esta disposición parte de una declaración general relativa al reconocimiento de ambas partes de "*que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en la legislación interna*". Esta disposición se dirige a prohibir el dumping social, es decir, la obtención de ventajas comerciales a través de la reducción de los niveles de protección de la legislación laboral.

No obstante, partiendo de esta declaración general, el TLC plantea regla de mantenimiento de la legislación. En efecto, se refiere a la reducción o derogatoria de la legislación laboral de los derechos internacionalmente reconocidos, como una forma de incentivar el comercio con la otra parte o para establecer o retener una inversión en el territorio.

Esta regla comprende dos aspectos: por un lado, prohíbe la afectación de los niveles de protección con una finalidad comercial y, por otro, ratifica como mínimos o básicos aquellos derechos que el TLC califica como "internacionalmente reconocidos". Ello significa que una modificación legislativa sin una finalidad comercial y sin afectar los derechos internacionalmente reconocidos resultaría permitida.

3.- Otras disposiciones sobre cumplimiento laboral.

El TLC de Chile plantea dentro del compromiso de fiscalización laboral que:

"El TLC no puede interpretarse en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a cumplir con la legislación laboral en el territorio de la otra parte".

Esta regla supone que cada país mantiene la soberanía respecto de la política de cumplimiento laboral, de tal forma que no puede haber intervención administrativa para el cumplimiento laboral.

No obstante, los TLC plantean diferentes mecanismos de cooperación laboral para la promoción de la declaración de la OIT sobre derechos fundamentales y su aplicación efectiva que precisamente permiten la participación de los Ministerios de Trabajo en una serie de acciones y actividades de cooperación dirigidas al cumplimiento de la Declaración y sobre otras materias laborales consideradas apropiadas, tales como relaciones laborales, condiciones de trabajo, pequeña y mediana empresa, protección social, intercambio de información, género, trabajadores migrantes, etc.

Esta cooperación se realiza a través de cualquier medio apropiado, incluyendo intercambio de delegaciones de gobierno, profesionales y especialistas, intercambio de información, conferencias y capacitación, desarrollo de proyectos de investigación, estudios, intercambio técnico y cooperación.

Además de la Cooperación Laboral los TLC comprenden otras disposiciones que apuntan al cumplimiento laboral. Precisamente en el TLC de Chile se encuentran dos disposiciones ubicadas en la cláusula de garantías procesales e información pública, tales como:

- Cada parte garantizará que las personas con legítimo interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los tribunales para el cumplimiento de la legislación laboral. Es decir, el derecho de acción y de reclamo debe preverse en la legislación.
- "*Cada Parte garantizará que los procedimientos para el cumplimiento de la legislación sean justos, equitativos y transparentes*". Comprende todo tipo de procedimiento y no únicamente el judicial, sino también el administrativo.
- "*Cada Parte promoverá el conocimiento público de su legislación laboral*". En este caso, se trata de una obligación que debe formar parte de la política laboral de cada país.

A MODO DE REFLEXION FINAL

Esta revisión comparativa nos permite advertir algunas cuestiones importantes a propósito de la suscripción de un TLC entre Perú y Estados Unidos de América:

1.- El TLC se convierte en un mecanismo que forma parte de la política de cumplimiento laboral. Las obligaciones son para el país –por ello comprende a los empleadores y trabajadores– y deben ser integradas tanto en la política laboral del país como en su ordenamiento jurídico interno.
2.- El TLC influye en la política laboral en cuanto al reconocimiento de la vigencia y aplicación de determinados derechos laborales con la calificación de fundamentales reconocidos por los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y otros que denomina internacionalmente reconocidos. Estos son los derechos mínimos que la legislación debe contemplar. En el caso peruano, estos derechos están reconocidos en Convenios Internacionales y se aplican en el ordenamiento interno.
3.- EL TCL genera obligaciones para el país relativas a la garantía del mantenimiento de la legislación laboral, que no puede ser utilizada para obtener ventajas económicas. El TCL prohíbe las modificaciones legislativas relativas a la fiscalización laboral no persiga afectar el comercio internacional, pero una modificación que tenga tal objeto resultaría admisible.
4.- El cumplimiento de la legislación laboral aparece garantizado en los TLC. Cada país debe asegurar la aplicación de la ley laboral. La inaplicación o aplicación de la ley laboral no pueden ser utilizados para obtener ventajas comerciales.

Así, el interés del Perú en el TLC no sólo radica en su concreción sino en la previsión de las obligaciones que genera especialmente aquellas relativas al cumplimiento laboral, que genera un compromiso para el país y para los empleadores y trabajadores. Ello plantea la necesidad de revisar y fortalecer la política y acciones dirigidas al cumplimiento laboral.

RÉGIMEN LABORAL DE LAS MICRO EMPRESAS Y EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO.- VIABILIDAD DE LA FORMALIZACIÓN LABORAL

*PEDRO G. MORALES CORRALES**

Sumario:

Introduccion. I. Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (Mype). II. Régimen Laboral Especial para las PYMES. 1. Análisis detallado de los derechos y beneficios 1.1 Remuneración Mínima Vital 1.2 Jornada y horario de trabajo 1.3 Descanso semanal obligatorio y en días feriados 1.4 Descanso vacacional 1.5 Despido injustificado 1.6 Seguro Social de Salud 1.7 Régimen pensionario 1.8 Fiscalización III. Avances y dificultades en la formalización de las microempresas IV. El anteproyecto de Ley General de Trabajo V. Conclusiones

INTRODUCCIÓN

Uno de los más graves inconvenientes que enfrenta nuestro país, es el de la informalidad de su actividad empresarial. En el año 2001 el sector informal, desde la perspectiva laboral, comprendía al 67.8% de la Población Económicamente Activa (PEA)[1]. En consecuencia, la viabilidad de nuestro país depende de encontrar lo más pronto posible una solución a este gravísimo problema.

De acuerdo a la información elaborada por la entonces Vice Ministra de Promoción del Empleo, Dra. Carmen Vildoso, en Junio de 2003, teniendo como fuente al MTPE,

(*) Profesor de Derecho Laboral individual de la Universidad de Lima. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Comisión Organizadora del Primer Congreso Nacional de la SPDTSS.

1) Fuente: Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares, III Trimestre 1996-2001.

INEI y SASE, de una PEA de 11'500,000 personas, el autoempleo significa el 53% de la misma, es decir 6'100,000 personas. De este porcentaje apenas el 2%, es decir 200,000 personas son trabajadores calificados, por ende, con mayores posibilidades de ser realmente autónomos; el 23% que significan 2'600,000 personas, son independientes urbanos no calificados, y el 28% o sea 3'200,000 personas, son campesinos minifundistas. Gran parte de los independientes urbanos no calificados y campesinos minifundistas son informales. Si a ello agregamos a los trabajadores que prestan servicios en las más de 1'500,000 microempresas, que cuentan con hasta 10 trabajadores cada una, y que significan el 20% de la PEA y que comprende a 2'300,000 trabajadores, casi en su totalidad pertenecientes a la economía informal, nos podemos dar una idea de la magnitud del problema.[2]

Si además, dentro de la actividad propiamente formal, tanto en la grande, mediana, y pequeña empresa, y lo que es más grave en la actividad estatal existen preocupantes manifestaciones de informalidad, como ocurre cuando personal dependiente es contratado simulando contratos de locación de servicios, o, en el caso del Estado, a través de "contratos de servicios no personales"; o en ambos, a través de pseudoempresas, denominadas "empresas pantalla"; que en el ámbito estrictamente laboral y de seguridad social implica el más absoluto desconocimiento de tales derechos en perjuicio de dichos trabajadores, ya el tema exige una respuesta perentoria de lo que queda del Estado como sociedad organizada y de la propia sociedad en su conjunto.

La Organización Internacional del Trabajo – OIT, por primera vez en 1972 utilizó la expresión de "sector no estructurado", actualmente "sector informal", para describir las actividades de los trabajadores pobres, que no eran reconocidas, registradas, protegidas o reguladas.[3]

En la Memoria de 1991 se subrayaba que "está excluido que la OIT ayude a *promover* o a *desarrollar* el sector no estructurado de tal o cual país, como un medio cómodo y poco oneroso de crear empleos, si los interesados no están resueltos, al mismo tiempo a erradicar paulatinamente, las peores formas de explotación y de trabajo infrahumanas que se observan en ese sector. Más adelante dice "... En contra de las primeras predicciones, la economía informal ha crecido rápidamente en casi todos los puntos del planeta, incluidos los países industrializados, ya no puede seguir considerándose un fenómeno temporal o marginal. La mayor parte de los nuevos empleos de los últimos años, particularmente en los países en desarrollo y en transición, se ha creado en la economía informal. La mayoría de las personas ha pasado a la economía informal porque no podía encontrar un empleo o emprender una actividad empresarial en la

2) Sólo a un 9% de los trabajadores de este sector, se les reconoce derechos laborales.
3) Informe VI del Conferencia Internacional de Trabajo, 90.a, sesión 2002, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, p. 1 en: http.//www.ilo.org/public/spanish/support/publ/books.htm

economía formal. ... El trabajo de la economía informal no puede calificarse de *decente*, en comparación con el empleo reconocido, protegido, seguro y formal". [4]

El concepto "sector informal", siempre de acuerdo a la OIT, fue popularizado por este Organismo en los años 70, y designaba principalmente las actividades de *subsistencia*, de quienes trabajan en los segmentos marginales o periféricos de la economía [5], y estaba referida, según la Memoria del Director General de la OIT en la reunión de 1991, a lo que conocemos en el Perú como microempresas, es decir, a las muy pequeñas unidades de producción y distribución de bienes y servicios, situadas en las zonas urbanas de los países en desarrollo que pertenecen casi siempre a productores y trabajadores independientes, que a veces emplean a miembros de la familia o a algunos asalariados o aprendices. Estas unidades disponen de muy poco o de ningún capital, utilizan técnicas rudimentarias y mano de obra escasamente calificada, por lo que su productividad es reducida; quienes trabajan en ellas suelen tener ingresos muy bajos e irregulares y su empleo es sumamente inestable. [6]

Sin embargo, la OIT en su Informe sobre "Trabajo Decente y la Economía Informal", reconoce que si bien la indicada descripción sigue correspondiendo a la realidad en la mayoría de los países en desarrollo actuales, no refleja las diferentes formas del trabajo informal, y de la informalización que han crecido en importancia desde entonces, por lo que en la 15° Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de 1993, se acordó que debería definirse al *sector informal*, teniendo en cuenta las características de las unidades de producción (empresas) en las cuales se desarrollaban las actividades (perspectiva empresarial), en lugar de las características de las personas afectadas, o de sus puestos de trabajo (perspectiva laboral); y, teniendo en cuenta que una definición basada en las empresas del sector informal, no podría reflejar todas las dimensiones del empleo informal, se propuso clasificar a los trabajadores de los sectores formal e informal, según su situación en el empleo. [7]

Puede advertirse entonces que el problema de la informalidad ha dejado de ser propio o exclusivo de las microempresas para extenderse a un gran sector del autoempleo, así como a las pequeñas, medianas y grandes empresas y, como se ha mencionado, en nuestro país, también a la actividad estatal donde existen muchos puestos de trabajo que son ocupados por personal que, trabajando dependientemente, no gozan de ninguna de las prestaciones laborales y de seguridad social.

La OIT utiliza la expresión "economía informal", para hacer referencia al concepto general de informalidad que incluye tanto las relaciones de producción como las rela-

---

4) Ob. Cit. p. 1
5) Ob. Cit. p. 137
6) Organización Internacional del Trabajo "El Dilema del Sector no estructurado. Memoria del Director General, Conferencia internacional del Trabajo, 78ª Reunión. Ginebra 1991, p. 4.
7 Ob. Cit. p. 137

ciones de empleo. Dicha expresión hace referencia a la suma de todas las partes [8]; abarca una gran variedad de trabajadores, empresas y empresarios con características identificables. Todos ellos tropiezan con determinados inconvenientes y problemas de distinta intensidad, en los contextos nacionales, rurales y urbanos. El término "economía informal" es preferible al "sector informal", ya que las actividades de los trabajadores y las empresas a los que se aplica, no se pueden asociar con un único sector de la economía, pues sus actividades abarcan diversos sectores. Las actividades de esas personas y empresas, o no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella, o si bien lo están, la ley no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa, o en poner costos excesivos. [9]

En cuanto al significado de "la condición de informal", el Informe sobre Trabajo Decente y la Economía Informal manifiesta que se trata de "... la no observancia, ya sea por las empresas o por los trabajadores, de algunas o todas estas normas y reglamentos de la legislación nacional o local, ya sea comercial o laboral. [10]

El concepto "puesto de trabajo informal", está referido a los trabajadores independientes, los empleadores y los miembros de las cooperativas de productores que tienen un puesto de trabajo informal, y su empresa es una empresa informal. Y por "empleo informal", se entiende al número total de puestos informales, ya se encuentren en empresas formales o informales, o número total de personas ocupadas en puestos de trabajo informales durante un periodo determinado. [11]

Adviértase en consonancia con el tratamiento que otorga la OIT a la economía informal, que en el ámbito estrictamente laboral, dicha informalidad si bien se da mayoritariamente en el sector de autoempleo, que en principio no debería preocupar al Derecho del Trabajo por pertenecer al sector independiente, las situaciones de inequidad en que se desarrolla un porcentaje importante de dicha actividad debería merecer una atención preocupada de la OIT y de los gobiernos en general. Debe resaltarse adicionalmente que en el ámbito propiamente laboral, la informalidad laboral ya no es exclusivamente una característica del sector de microempresas, sino que se extiende, como ya se ha mencionado a la pequeña, mediana y gran empresa en el sector privado, y en el sector público a miles de puestos de trabajo dependientes que se desarrollan sin protección laboral.

Las motivaciones de la informalidad pueden ser diversas. En el sector de microempresas probablemente los excesivos costos y en engorro de la formalidad los alientan a sustraerse del marco jurídico general. Con menor intensidad sucede lo mismo

8 Ob. Cit. p. 178
9 Ob. Cit. – Tercera conclusión
10 Ob. Cit. p. 141
11 Ob. Cit. p. 143

en la pequeña empresa aunque ya se puede advertir en ella y con más fuerza en la mediana y gran empresa, que son consideradas mayoritariamente dentro del denominado *sector formal,* que la informalidad de determinados puestos de trabajo están inspirados fundamentalmente por el afán de lograr mayores utilidades en base al desconocimiento de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores, actitud que debe merecer una respuesta del Estado distinta respecto de la informalidad propia de las microempresas que responde a circunstancias distintas.

Aunque parezca inverosímil, y esto tiene que ver con la responsabilidad social que deben observar las empresas en general y las más poderosas en particular, una de las razones de la informalidad de las mismas, fundamentalmente transnacionales, es consecuencia de la rigidez de las normas que imparte la casa matriz para que sean observadas por sus sucursales o subsidiarias en el mundo, a quienes les asigna un número determinado de trabajadores en planilla con los que deben satisfacer las necesidades de la actividad que deben cumplir en determinada zona geográfica.

Lo cierto es, y eso ocurre en la experiencia peruana, que en la realidad dichas sucursales o subsidiarias necesitan del concurso de más trabajadores, pero para no incurrir en el incumplimiento de las normas internas impuestas por la casa matriz, contratan al personal a través de empresas de intermediación laboral que ilegalmente les destacan personal para cumplir labores principales y permanentes que es el caso menos dramático, pues teóricamente cuentan con protección laboral, o, hacen uso de los contratos civiles de locación de servicios, o con empresas "pantalla", para así, cumplir aparentemente con las directivas de la casa matriz.

Es para los casos en que la informalidad se debe a un incumplimiento basado en razones de obtener una mayor utilidad o en las mencionadas en el párrafo anterior, que la solución para revertir este problema estaría dado simplemente por una inspección eficiente a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), porque no existe una razón estructural para la informalidad. Sin embargo, ello no ocurre, en razón del número insuficiente de inspectores. Actualmente en Lima, apenas existen 151, y para atender las necesidades del resto de la República, sólo 87. En cambio, la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT) cuenta con más de 1,000 inspectores a nivel nacional. Entonces, si no se logra un cambio de enfoque a nivel de gobierno para dotar al MTPE de los recursos necesarios, o que éste los obtenga directamente a través de los servicios que presta (recursos propios) para que cumpla cabalmente con una de sus actividades fundamentales cual es velar porque las disposiciones laborales, legales y convencionales sean respetadas, entonces será cada vez más difícil revertir este tipo de informalidad.

Debemos reconocer que normativamente se aprecia una mayor preocupación sobre este gravísimo tema. En efecto, la Primera Disposición Complementaria de Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador aprobada por Decreto Legislativo N°

910, de 16 de marzo de 2001, se estableció que el entonces Ministerio de Trabajo y Promoción Social, hoy MTPE, establecerá programas de información, capacitación, facilidades, previamente acordadas entre empleadores y trabajadores, *como incentivo a la formalización del sector no estructurado o informal para su incorporación adecuada al mercado*, lo que se efectuará prioritariamente a través de los servicios que establece la ley.

El Decreto Supremo N° 009-2003-TR de 9 de setiembre de 2003, Reglamento de la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, establece en su artículo 50° in fine, que del número de visitas inspectivas programadas tanto por el MTPE como por las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo, un porcentaje no menor del 20% de las mismas deberán ser efectuadas en las microempresas.

Lamentablemente, la carencia de inspectores y, fundamentalmente la falta de implementación del servicio de Auxiliares de Inspección previsto en el Capítulo III del Título II de la Ley General de Inspección, conviertan en letra muerta lo previsto en dicha disposición. Los Auxiliares de Inspección deben ser estudiantes de Derecho o de carreras afines que cursen el último año de estudios, quienes precisamente serían los que tendrían a su cargo las labores de información, capacitación y levantamiento de información de las empresas informales, esencialmente las micro empresas y por el número de universidades que cuenta el país, en todas las regiones, el MTPE podría contar con un invalorable apoyo de cientos de universitarios para este cometido. Nuevamente la falta de recursos del MTPE hasta ahora hace inviable la aplicación de este capítulo de la Ley de Inspección.

El Reglamento de dicha ley, Decreto Supremo N° 020-2001-TR de 28 de junio de 2001, tal como ha quedado modificado por el Decreto Supremo N° 010-2004-TR, en su artículo 45°, respecto de las multas por incumplimiento de las obligaciones laborales de las micro y pequeñas empresas, establece que la base de cálculo prevista para las medianas o grandes empresas se reduce, para las micro y pequeñas empresas, en un 50%, y que incluso ese monto puede sufrir una nueva reducción al 50% si el empleador acredita la subsanación de las infracciones dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que quedó consentida la resolución de primera instancia que la impone, y al 75% de la suma originalmente impuesta, cuando resuelto el recurso de apelación, éste acredite la subsanación de las infracciones detectadas dentro de los 10 días hábiles siguientes a dicha fecha.

Estas últimas normas ponen de manifiesto que una imposición de multas del mismo nivel que las previstas para las medianas y grandes empresas, simplemente podría hacer desaparecer la actividad de la micro y pequeña empresa, por lo que requieren de un tratamiento distinto, en razón de la precariedad de estos tipos empresariales.

Una señal importante en el ámbito normativo lo constituye la actual Ley N° 27711 –Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-, de 29 de abril de 2002, en el que se establece que el Sector Promoción del Empleo comprende expresamente a la

micro y pequeña empresa, determinándose que como ente rector debe establecer la política general y las normas de promoción de la micro y pequeña empresa, la que incluye el fomento a la formalización y a la mejora de las condiciones de empleo en este sector para lograr un trabajo digno (artículo 5° literal c), promoviendo el acceso de los pequeños inversionistas a los servicios financieros y de desarrollo empresarial que favorezcan su mayor competitividad (artículo 5°, literal d). Para tal efecto, existe un Vice Ministro de Promoción del Empleo y la Micro y Pequeña Empresa, habiéndose creado una Dirección General de la Micro y Pequeña Empresa (artículo 23°) que tiene por finalidad coordinar, proponer, evaluar y supervisar la política nacional de las micro y pequeñas empresas, proponiendo la normativa legal y técnica correspondiente. Además debe estudiar, proponer y supervisar la política nacional de desarrollo de las micro y pequeñas empresas, autogestionarias, de la participación de los trabajadores en la empresa y en otras formas empresariales asociativas, estableciendo las normas correspondientes que favorezcan el desarrollo y fomento de las mismas.

De otro lado, como órgano consultivo del MTPE se contempla al Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo en donde los representantes de los trabajadores y empleadores deben incluir a los representantes de la pequeña y micro empresa (artículo 13°, tal como quedó modificado por la Ley N° 28318 de 4 de agosto de 2004).

Ultimamente el Ministerio de Trabajo ha suscrito un Convenio de Cooperación con la SUNAT que en alguna forma puede coadyuvar a la formalización de las empresas, sobre todo de aquél tipo de informalidad al que nos hemos referido anteriormente en que incurren las grandes y medianas empresas, que se supone operan en la economía formal. Como la SUNAT tiene a su cargo la fiscalización de la aportaciones sociales, es decir de las correspondientes al Seguro Social de Salud (ESSALUD) y del Sistema Nacional de Pensiones (SNP) administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), lo cual resulta importante toda vez que el pago de las aportaciones para estos regímenes se establece sobre la remuneración percibida por el trabajador; y el concepto remunerativo es el que rige para el derecho laboral, esto permite a la SUNAT indirectamente establecer si el empleador cumple o no con el pago oportuno de diversos derechos o beneficios sociales, como por ejemplo las gratificaciones legales, o el pago de horas extras, etc.. En general, con la intervención de la SUNAT en esta materia, se pretende reducir la brecha de inscripción de empleadores y trabajadores, fiscalizar todos los conceptos remunerativos y no remunerativos a cuyo efecto cuentan fundamentalmente con tres fuentes de información: (i) Ministerio de Trabajo, a través de su Registro de Empresas; (ii) Padrón RUC; y, (iii) empresas a las que se viene aplicando la detracción del Impuesto General a las Ventas. [12]

12 Conferencia de la Superintendenta Nacional de Administración Tributaria, Sra. Nahil Hirsh en el Desayuno de Trabajo convocado por la SPDTSS el 23 de julio de 2004.

Finalmente, el 14 de julio de 2004, se dictó la Resolución Ministerial N° 181-2004-TR que aprueba el Plan Nacional del Fomento del Trabajo Decente y la Competitividad Empresarial, que tiene por objeto la promoción y difusión de las prácticas laborales que hagan efectivos los derechos y principios fundamentales en el trabajo y mejoren la competitividad empresarial, aún cuando habría que destacar que la conformación de la Comisión Multisectorial constituida por la Resolución Suprema N° 027-2004-TR de 20 de julio de 2004, que tendrá a su cargo determinar y proponer los incentivos y certificaciones a otorgarse como parte de dicho Plan Nacional, no considera a ningún representante, ni de los empleadores micro empresarios, ni de los trabajadores de dicho sector.

Definitivamente, encontrar una solución para la informalidad en las grandes, medianas y aún en las pequeñas empresas, es más sencillo, pues sólo se requiere de una inspección efectiva por el MTPE. En cambio, enfrentar la informalidad en las microempresas, importa una actividad multisectorial y multidisciplinaria. Más difícil aún es el reto de lograr la formalización del sector autoempleado menos calificado, que como ya hemos manifestado constituye el 51% de la PEA.

I. LEY DE PROMOCIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA (MYPE)

Por Ley N° 28015 de 2 de julio del año 2003 se promulgó la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (la Ley). Sin duda, este es el instrumento legal más importante y orgánico dictado hasta la fecha para iniciar el camino de la formalización de las microempresas.

En efecto, la Ley tiene por objeto la promoción de la competitividad, *formalización* y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno, y las exportaciones, y su contribución a la recaudación tributaria.

La micro y pequeña empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios.

En esta ley, tanto las micro como pequeñas empresas gozan de igual tratamiento, excepto en el régimen laboral que sólo es de aplicación para las micro empresas.

Se considera micro empresa a la que cuenta con 1 hasta 10 trabajadores y cuyo monto anual de ventas máximo es de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), actualmente S/.480,000.00 nuevos soles.

A su vez, se considera pequeña empresa a la que cuenta con 1 hasta 50 trabajadores y cuyo monto anual de ventas excede del máximo señalado para las microempresas, hasta 850 UIT, lo que actualmente significa S/.2’720,000.00 nuevos soles.

La Ley, dentro del marco institucional que establece para las MYPE, determina que el MTPE es el órgano rector que tiene a su cargo definir las políticas nacionales de promoción de las MYPE y crea el Consejo Nacional para el Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa –CODEMYPE-, como órgano adscrito al MTPE, que está integrado por diversos sectores de la producción, financiamiento, organismos privados promotores de las MYPE, representantes de los consumidores, de las universidades, de los gobiernos regionales y locales, y 5 representantes de los gremios de las MYPE.

El CODEMYPE tiene como atribuciones aprobar el Plan Nacional de Promoción y Formalización de la MYPE, coordinar y armonizar las políticas y acciones sectoriales, supervisar el cumplimiento de dichas políticas, planes y programas, promover la asociatividad y organización de las MYPE en consorcios, conglomerados o asociaciones en general, así como su acceso a los mercados financieros, fomentando la articulación de las MYPE con las medianas y grandes empresas, entre otras funciones.

A su vez esta Ley contempla diversos instrumentos de promoción, como (i) los mecanismos de acceso a los servicios de desarrollo empresarial y desarrollo de los mercados de servicios; (ii) los de acceso a los servicios financieros y los que promueven el desarrollo de dichos servicios; (iii) los que faciliten y promueven el acceso a los mercados a la información y estadísticas referidas a las MYPES; y (iv) aquellos que faciliten y promuevan la inversión en investigación, desarrollo e innovación tecnológica así como la creación de la MYPE innovadora.

La Ley igualmente prevé a través de la CODEMYPE programas y proyectos de capacitación y asistencia técnica, considerando como mecanismos de facilitación y promoción de acceso a los mercados (i) la asociatividad empresarial; (ii) las compras estatales; (iii) la comercialización; (iv) la promoción de exportaciones; y, (v) la información sobre las MYPE.

Cabe destacar que uno de los mecanismos de facilitación inmediato y más importante es el referido a las compras estatales, ya que la Ley establece que las instituciones del Estado deben ofrecer comprar a las MYPE, no menos del 40% de sus adquisiciones anuales, en aquellos bienes y servicios que éstas puedan suministrar, dándose preferencia a las MYPES regionales y locales del lugar donde se realizan las compras estatales.

El Reglamento de esta Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2003-TR de 9 de setiembre de 2003 (el Reglamento), establece que para tener derecho a participar en la venta de bienes al Estado, deben presentar una declaración jurada de cumplir con las normas de su régimen laboral especial o de las del régimen general, según sea el caso. (artículo 20°)

Esta ley además contempla instrumentos de formalización de las MYPE a través de la simplificación de trámites, un régimen tributario que facilite la tributación de la MYPE y un régimen laboral exclusivo para las micro empresas.

II. RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL PARA LAS PYMES

La Ley ha creado un Régimen Laboral Especial exclusivamente para las microempresas que, en términos gruesos, significa una reducción del 50% de los derechos y beneficios sociales y de seguridad social, contemplados en el régimen laboral común de la actividad privada. Esta decisión legislativa ha originado diversas controversias, fundamentalmente vinculadas a si con ella se está estableciendo un trato discriminatorio entre trabajadores. Esta es una discusión que en el plano teórico podría llevarnos a la conclusión de que en efecto sí podría darse tal trato diferente. Sin embargo, debemos considerar que la realidad nos enseña que algo muy grave está sucediendo con la normativa laboral para que un sector mayoritario de empresas en el Perú simplemente la ignore, por lo cual pragmáticamente deben adoptarse las disposiciones que sean necesarias que permitan asegurar cuando menos derechos y beneficios fundamentales para ese sector numéricamente importante de trabajadores. Ello es preferible a la situación actual, en que carecen de toda protección del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que este régimen laboral especial es temporal, pues sólo tiene vigencia 5 años, contados desde el 4 de Julio de 2003 por lo que concluirá el 3 de Julio de 2008.

Además, el artículo 56° de la Ley dispone que los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del Régimen Especial mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales. Esto significa que sólo los trabajadores contratados a partir del 4 de Julio de 2003 quedan comprendidos en el régimen especial. Más adelante nos referiremos de manera específica sobre este artículo.

El régimen especial, reconoce a los trabajadores de las microempresas sólo los siguientes derechos (Art. 43°):

- Remuneración Mínima Vital (RMV)
- Jornada de trabajo máxima, horario y sobretiempo
- Descanso semanal
- Descanso vacacional
- Descanso por días feriados
- Indemnización por despido injustificado
- Seguro Social de Salud
- Régimen pensionario opcional

Sin embargo, empleadores y trabajadores pueden pactar mejores condiciones o derechos que los previstos como mínimos por esta Ley.

Cabe mencionar que según lo dispuesto por el artículo 56° de la Ley no constituye relación laboral la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segun-

do grado, para el titular o propietario, persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, ni la prestación de servicios del cónyuge, salvo pacto en contrario.

Esta disposición nos llevaría a concluir que tratándose de una microempresa que no está constituida como persona jurídica, los familiares antes mencionados no entrarían en el cómputo del número máximo de trabajadores para ser considerados microempresa (hasta 10 trabajadores).

Sin embargo consideramos que esta norma es discriminatoria respecto de las microempresas constituidas como persona jurídica, en que el tratamiento de los familiares debería ser el mismo, es decir, que no exista relación laboral.

Debe tenerse en cuenta que tratándose de microempresas cuyo titular sea persona natural o jurídica, por el limitado número de trabajadores en el que normalmente participan parientes, que lo que persiguen es obtener los recursos necesarios para la subsistencia, aplicarles las normas de Derecho del Trabajo atenta contra los principios de unidad familiar. Por eso es que el texto original en que se inspira esta norma, no distinguía entre la conducción por persona natural o la organización de la microempresa como persona jurídica. Esta norma pretende formalizar dichas relaciones al liberarlos de la carga innecesaria de tener que aplicarles los derechos y beneficios propios del régimen laboral.

1. Análisis detallado de los derechos y beneficios

1.1 Remuneración Mínima Vital

El artículo 45° de la ley establece que los trabajadores comprendidos en la presente Ley tienen derecho a percibir por lo menos la RMV, de conformidad con la Constitución y demás normas legales vigentes. El Reglamento no desarrolla la norma legal. La crítica que se ha efectuado consiste en que en las microempresas la remuneración mínima real fluctúa entre 200 y 300 nuevos soles y que obligarlas al pago de la RMV legal propia de las pequeñas, medianas o grandes empresas, resulta un costo excesivo para la economía de las microempresas.

1.2 Jornada y horario de trabajo

El artículo 46° de la ley prescribe que en materia de jornada de trabajo, horario de trabajo y trabajo en sobretiempo, es aplicable lo previsto por el régimen común.

Sin embargo, establece una diferencia respecto del horario nocturno en que no se aplica la sobretasa de 35% prevista para el trabajo en dicho horario en el régimen laboral común.

La norma reglamentaria precisa que la exoneración del pago de la sobretasa antes mencionada funciona siempre y cuando las actividades en horario nocturno sean habituales, por lo que no será de aplicación para aquellas microempresas que en forma esporádica desarrollen sus actividades laborales en el citado horario.

1.3 Descanso semanal obligatorio y en días feriados

El artículo 47° de la Ley señala que el descanso semanal obligatorio y el descanso en días feriados se rigen por las normas del régimen laboral común de la actividad privada. El Reglamento no desarrolla nada al respecto, por lo cual no existe ninguna diferencia en estos temas con el régimen laboral común.

1.4 Descanso vacacional

El artículo 48° de la Ley determina que el trabajador que haya cumplido un año de servicios y el récord correspondiente, tendrá como mínimo, derecho a 15 días calendario de descanso. Entonces existe una diferencia, porque en el régimen común los trabajadores tienen derecho a 30 días de vacaciones si trabajan en una jornada de cuatro o más horas.

El Reglamento establece que en el caso de reducción del descanso vacacional, éste podrá ser como máximo hasta 7 días, con la respectiva compensación de los días trabajados. El acuerdo de reducción debe constar por escrito.

Habría que anotar que es la Ley la que estableció que salvo la reducción de 30 a 15 días del descanso vacacional, las demás disposiciones de este instituto laboral se regulan por el régimen laboral común, es decir por el Decreto Legislativo 713, en lo que sea aplicable, no habiéndose previsto en la norma especial la posibilidad de reducir las vacaciones de 15 a 7 días, por lo cual podría sostenerse que la norma reglamentaria al hacerlo, habría excedido a la legal, aún cuando reconocemos que el Reglamento ha aplicado un criterio razonable, más aún si el Convenio de la OIT N° 52 sobre vacaciones, ratificado por el Perú, establece como descanso mínimo vacacional 6 días laborables al año.

1.5 Despido injustificado

El artículo 49° de la Ley determina que el importe de la indemnización por despido injustificado o arbitrario es equivalente a 15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un máximo de 180 remuneraciones diarias. Las fracciones de año se abonan por dozavos, precisando el Reglamento que son de aplicación a este régimen laboral especial, las causas justas de despido y su procedimiento contemplados en las normas del régimen laboral común de la actividad privada.

El único cambio en cuanto a este tema es la reducción del monto indemnizatorio de 1 sueldo y medio mensual a medio sueldo mensual por año de servicios, con un tope de 6 remuneraciones mensuales.

Cabe mencionar que, de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 13 de Marzo de 2003, la decisión de optar por la indemnización o la reposición corresponde al trabajador, con lo cual el resarcimiento del despido injustificado como único medio de reparación, ha perdido seguridad por el referido criterio, a nuestro juicio equívoco.

Esto significa que incluso en el Régimen Laboral Especial creado para las microempresas, los trabajadores a través de una acción de amparo pueden exigir la reposición en caso de despido injustificado, lo que indudablemente en nada ayudará a la formalización de las microempresas.

A su vez el artículo 57° determina que en caso de que un trabajador que goza de los derechos del régimen general sea despedido con la finalidad exclusiva de ser reemplazado por otro dentro del régimen especial, tendrá derecho al pago de una indemnización especial, equivalente a 2 remuneraciones mensuales por cada año laborado. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. El plazo para accionar por la causal señalada caduca a los treinta (30) días de producido el despido, correspondiéndole al trabajador la carga de la prueba respecto de la motivación del despido.

1.6 Seguro Social de Salud

El artículo 50° de la Ley establece que los trabajadores y conductores de las microempresas son asegurados regulares, conforme al artículo 1° de la Ley No. 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y el Reglamento señala que se considera para todos los efectos legales, asegurado regular al conductor entendido como la persona natural propietaria de la unidad económica a la que se refiere el artículo 3° de la Ley. En el supuesto que la microempresa pierda su condición de tal, el conductor propietario, podrá continuar como asegurado regular.

La aportación mínima es la establecida en el artículo 6° de la Ley No. 26790, Ley de Modernización de la Seguridad en Salud, para los afiliados regulares en actividad, es decir el 9% de la remuneración computable. La remuneración mínima mensual sobre la que se calcule el aporte no podrá ser inferior a la RMV de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cuando se cumpla la jornada máxima legal.

Como las normas que regulan la RMV establecen que ésta se percibe por una jornada de 4 horas, entonces debe entenderse que si el trabajador labora en un régimen de tiempo parcial (menos de 4 horas) la aportación se calculará sobre la remuneración que perciba (se supone inferior o proporcional a la RMV).

1.7 Régimen pensionario

De acuerdo al artículo 51° de la Ley, los trabajadores y los conductores de las microempresas comprendidas en el régimen especial podrán afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales, siendo opción del trabajador y del conductor su incorporación o permanencia en los mismos. El Reglamento no dice nada al respecto, lo que significa que si el trabajador no opta por afiliarse, que es lo más seguro, dado el porcentaje que tendrían que retenerle de su remuneración, no estará protegido por ningún sistema previsional, lo cual a futuro originará un problema social.

CUADRO COMPARATIVO

	RÉGIMEN GENERAL	RÉGIMEN ESPECIAL
Jornada y Horario	Decreto Supremo N° 007-2002-TR	No se aplica la sobretasa de 35% de la RMV para las empresas que desarrollen actividad nocturna habitual
Vacaciones	30 días por cada año laborado	15 días por cada año laborado
Indemnización	Sueldo y medio por año. Tope de 12 sueldos	Medio sueldo por año: Tope de 6 sueldos
Remuneración Mínima Vital - RMV	S/. 460.00	Igual
Descanso semanal y en días feriados	Decreto Legislativo N° 713	Igual
Seguro Social de Salud	Ley N° 26790	Igual
Régimen pensionario	Sistema Público o Sistema Privado (AFP)	Optativo
Gratificaciones legales de julio y diciembre	Una remuneración mensual en cada oportunidad	———-
Asignación familiar	10% de la RMV	———-
Compensación por Tiempo de Servicios – CTS	Aproximadamente hasta media remuneración computable en mayo y noviembre de cada año.	———-
Utilidades	Decreto Legislativo N° 892	———-

1.8 Fiscalización

Conforme al artículo 50° del Reglamento, el MTPE a través de su servicio inspectivo se encargará de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales en materia laboral, contando con las facultades suficientes para garantizar el eficaz cumplimiento de las condiciones previstas para el régimen laboral especial, al que le serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Inspección del Trabajo, entre ellas, la posibilidad de que se otorguen facilidades para el cumplimiento de las obligaciones laborales insolutas previamente acordadas entre el empleador microempresario y sus trabajadores, como incentivo a su formalización (Primera Disposición Complementaria)

Sin embargo, el incumplimiento de alguna de las condiciones previstas para el régimen laboral especial, dará lugar no sólo a las sanciones de multa a que se refiere la Ley General de Inspección, sino que además las microempresas y sus trabajadores serán excluidos de dicho régimen. En este supuesto los trabajadores tendrán derecho a gozar del íntegro de los beneficios contemplados en el régimen laboral común de la actividad privada, desde el momento en que la microempresa infringió las condiciones del régimen especial.

III. AVANCES Y DIFICULTADES EN LA FORMALIZACIÓN DE LAS MICROEMPRESAS

A poco más de un año de la vigencia de la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, los avances para la formalización, sobre todo de las microempresas, son poco significativas. Tal vez porque los instrumentos previstos para incentivar dicha formalización aún no se están aplicando a plenitud. Uno de ellos que consiste en que el Estado se encuentra obligado a realizar el 40% de sus compras a las MYPES, que debiera ser la palanca tal vez más importante para incentivar a su formalización, no viene satisfaciendo esta expectativa. De 1'555,037 microempresas al mes de junio de 2003, apenas se han registrado en el Ministerio de Trabajo manifestando su voluntad de formalizarse 1,000 microempresas, es decir, mucho menos del 1% (0.0643%)

Tal vez una de las respuestas a esta situación la podamos encontrar en el artículo 56° de la propia Ley, cuando en su párrafo final establece que los trabajadores con relaciones laborales existentes al 4 de julio de 2003, en que entró en vigencia dicha Ley, mantienen sus derechos laborales y de seguridad social nacidos de sus relaciones laborales, lo que significa que sólo los nuevos trabajadores que se contraten, ingresarán al régimen especial. Y para asegurarse la Ley de que el microempresario no procederá a despedir a sus antiguos trabajadores para contratar a nuevos dentro del régimen especial, el artículo 57° de la misma sanciona ese tipo de despido con el pago de una indemnización especial equivalente a 2 remuneraciones mensuales por cada año laborado, sin contemplar límite. Entonces, en la práctica lo que ocurre es que los 2'300,000 trabajadores que prestaban servicios a dicha fecha, continúan con el régimen general, y sólo los nuevos trabajadores que contraten lo estarán en el especial; y si los microempresarios se registran en el MTPE y se comprometen a respetar los derechos y beneficios laborales de sus trabajadores, pondrán en evidencia el incumplimiento en el que han incurrido, con la consiguiente contingencia de cobro a la que estarán expuestos.

Además, para tener acceso a las compras estatales, deben declarar bajo juramento que cumplen la legislación laboral, lo que les obligaría a regularizar todo el adeudo existente o suscribir con sus trabajadores convenios para regularizar su pago.

Si se tiene en cuenta que salvo un 9% de los trabajadores de las microempresas que gozan de sus derechos y beneficios sociales, el resto, es decir, el 91% no tienen acceso a los mismos ni a la seguridad social, y que en consecuencia ello le ocasiona una contingencia al microempresario, que va creciendo por los intereses según transcurre el tiempo, indudablemente que no va a tener el menor interés de formalizarse, porque le resultará prácticamente imposible satisfacer tales deudas, que lo llevarían a la quiebra de su actividad, y con ello, la pérdida de su medio de subsistencia.

En otras palabras, la Ley que pretende incentivar la formalización, se habría autoneutralizado, salvo que los otros instrumentos sean lo suficientemente atractivos como para incentivarlos a la formalización, lo que hasta ahora parece que no es así.

Es más, el Reglamento establece un sistema de fiscalización que prevé que si se verifica el incumplimiento de alguna de las condiciones previstas para el régimen laboral especial, no sólo originará la imposición de multas sino la pérdida de dicho régimen especial; es decir un tratamiento excesivamente exigente que no incentiva la formalización.

A ello debe agregarse el problema suscitado por el Tribunal Constitucional en materia de estabilidad laboral al que nos hemos referido anteriormente, que permite la reposición, vía acción de amparo, de un trabajador despedido sin causa justificada, en lugar de la indemnización, que estaba prevista por la ley como todo resarcimiento por dicha clase de despido.

Si se tiene en cuenta que los microempresarios simple y llanamente no computaban en sus costos los derechos y beneficios laborales y sus obligaciones de seguridad social, y que el sólo hecho de formalizarse significaría tener que asumir los costos del nuevo régimen especial por más reducidos que éstos sean, pretender obligarlos a reconocer todos los derechos y beneficios sociales y de seguridad social de los trabajadores con relación laboral a la fecha de entrada en vigencia de la ley, resulta un contrasentido al objetivo previsto de formalizar estas microempresas.

Era necesario que esta norma legal, para que pudiera tener alguna viabilidad, se aplicara a todos los trabajadores, antiguos o no, a partir de su entrada en vigencia. Aún así, algunas obligaciones que contempla, como por ejemplo el pago de una RMV igual que la prevista para las pequeñas, medianas o grandes empresas, o el pago de las mismas sobretasas de horas extras, podría resultar excesivo.

Ello significaría, aunque parezca duro pero real, el olvido de lo adeudado hasta dicha fecha.

La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué es preferible para estos millones de trabajadores. Gozar a partir de una determinada fecha de algunos derechos y beneficios sociales y de seguridad social esenciales?, ¿o vivir de la quimera de estar comprendidos en el régimen laboral y de seguridad social común que jamás se les aplica?

Para ello, resultaba imprescindible incorporar a la Constitución Política del Estado una norma transitoria que hiciera factible la aplicación de un régimen especial con las

modificaciones pragmáticas antes sugeridas; norma constitucional en que se declare que la formalización de la actividad económica del país constituye un objetivo prioritario y superior del Estado y que para alcanzar el mismo, se autoriza a dictar normas que faciliten la formalización de las empresas a cuyo efecto se pueden establecer con carácter temporal derechos y beneficios distintos a los previstos por la legislación laboral común, y que tales normas de formalización pueden incluir incentivos, amnistías, condonación o fraccionamiento de deudas, lo que sea más eficiente para lograr dicho fin prioritario.

Con una norma como la sugerida, podrán dictarse disposiciones suficientemente atractivas en el ámbito laboral que, unidas a los instrumentos previstos por la Ley para la formalización de las microempresas, la hagan viable. En tanto ello no suceda es previsible que esta singular oportunidad se pierda.

IV. EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

Como es de público conocimiento la Comisión de Trabajo del Congreso de la República en el año 2001, bajo la Presidencia del Congresista Luis Negreiros Criado, designó a un grupo de expertos laboralistas, de distintas tendencias ideológicas para la formulación de un Anteproyecto de Ley General de Trabajo, que ha sido sometido al Consejo Nacional de Trabajo, y remitido al Congreso de la República para su aprobación, el mismo que ha solicitado a dicho Organo Consultivo, continúe en la búsqueda de consenso, habida cuenta que en los temas más sensibles del Anteproyecto no se han logrado acuerdos.

Si revisamos el Anteproyecto, que indudablemente le daría un ordenamiento orgánico a la legislación laboral del régimen privado, constatamos que no sólo se ratifican los derechos y beneficios sociales vigentes para el régimen laboral común, sino que en muchos aspectos se introducen obligaciones, nuevos derechos y restricciones a las facultades del empleador que hace más complicado aún el manejo de la relación laboral al interior de la empresa, cuando en un mundo globalizado que impone una competencia casi sin límites, obliga a las empresas a constantes cambios que requieren indudablemente de flexibilidad para mantener viables dichas empresas y en consecuencia los puestos de trabajo.

Por ejemplo, se establece una presunción en el título preliminar de que toda prestación personal y remunerada es laboral, es decir, subordinada. Si esta norma se aprueba, van a surgir innumerables controversias respecto de la contratación de servicios realmente independientes.

Se establece como derecho del trabajador ocupar una categoría acorde con su titulación profesional, especialización u oficio, cuando pudo haber sido contratado para ocupar un puesto distinto; así como la prohibición de tratamiento discriminatorio favo-

rable o desfavorable en materia de remuneraciones, con lo cual los incrementos selectivos podrían ser cuestionados. Lo mismo ocurriría con los ascensos y promociones, otorgándole la Ley un tratamiento propio de la carrera administrativa.

Se limita el cambio de colocación; y el despido, sólo procedería cuando exista causa justificada, lo cual en modo alguno evita que si ocurre, las reparaciones sean las clásicas, indemnización o reposición. Y no soluciona el problema planteado por la nueva doctrina del Tribunal Constitucional según la cual, como ya lo hemos manifestado anteriormente, corresponde al trabajador despedido injustificadamente optar por la reposición o la indemnización, devolviéndonos a los años 70 sobre estabilidad laboral absoluta.

En caso de cese colectivo por causas objetivas, lo que no ocurre hoy, se obliga al pago de indemnizaciones, que pueden disminuirse hasta un 50% en caso de grave desmedro empresarial.

En otras palabras, se elevan las vallas de protección a los trabajadores.

La preocupación que surge es, si tanta protección no origina exactamente lo contrario: desprotección.

Nuestra realidad es un ejemplo de ello, la absoluta mayoría de empresas en el Perú simple y llanamente no aplica el derecho laboral peruano por ser irreal, es decir de imposible cumplimiento.

Entonces, nos preguntamos si es razonable persistir en una ley que además no debería ser denominada "general", porque se aplica a un porcentaje mínimo de la PEA dependiente que labora en el ámbito privado.

Consideramos que, en las actuales circunstancias de informalidad masiva que sufre nuestro país, no es razonable, porque si persistimos en normas irreales, lo único que lograremos es incentivar más informalidad.

Debemos en consecuencia ser más realistas y acercar las posiciones, entre el desconocimiento absoluto de los derechos y beneficios laborales y de seguridad social, y el extremo proteccionismo para un sector cada vez más pequeño y privilegiado de trabajadores de nuestra sociedad, dictando una ley que realmente sea general y que contemple sólo los derechos y beneficios esenciales, dejando que los demás se obtengan a través de la negociación colectiva, de acuerdo a las posibilidades de la empresa.

V. CONCLUSIONES

1. El problema de la informalidad ha dejado de ser propio o exclusivo de las microempresas para extenderse a un gran sector del autoempleo, así como a las pequeñas, medianas y grandes empresas y, como se ha mencionado, en nuestro país, también a la actividad estatal donde existen muchos puestos de trabajo

que son ocupados por personal que, trabajando dependientemente, no gozan de ninguna de las prestaciones laborales y de seguridad social.

2. Las motivaciones de la informalidad pueden ser diversas. En el sector de microempresas probablemente los excesivos costos y el engorro de la formalidad los alientan a sustraerse del marco jurídico general. Con menor intensidad sucede lo mismo en la pequeña empresa aunque ya se puede advertir en ella y con más fuerza en la mediana y gran empresa, que son consideradas mayoritariamente dentro del denominado *sector formal*, que la informalidad de determinados puestos de trabajo están inspirados fundamentalmente por el afán de lograr mayores utilidades en base al desconocimiento de los derechos y beneficios sociales de los trabajadores, actitud que debe merecer una respuesta del Estado distinta respecto de la informalidad propia de las microempresas que responde a circunstancias distintas.
3. Encontrar una solución para la informalidad en las grandes, medianas y aún en las pequeñas empresas, es más sencillo, pues sólo se requiere de una inspección efectiva por el MTPE. En cambio, enfrentar la informalidad en las microempresas, importa una actividad multisectorial y multidisciplinaria. Más difícil aún es el reto de lograr la formalización del sector autoempleado menos calificado, que como ya hemos manifestado constituye el 51% de la PEA.
4. Debe reconocerse que normativamente se aprecia una mayor preocupación sobre este gravísimo tema de la informalidad, pues se han dictado diversas disposiciones, entre ellas la Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, habiéndose establecido como organismo rector para obtener la formalización de este sector al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
5. El régimen laboral especial contemplado para las microempresas, sólo se aplica a los nuevos trabajadores que se contraten; los demás continúan comprendidos en el régimen laboral común, aún cuando en los hechos no se les aplica.
6. Sólo un 9% de los trabajadores de las microempresas gozan de sus derechos y beneficios sociales, el resto, es decir, el 91% no tienen acceso a los mismos ni a la seguridad social.
7. Si se tiene en cuenta que los microempresarios simple y llanamente no computaban en sus costos los derechos y beneficios laborales y sus obligaciones de seguridad social, y que el sólo hecho de formalizarse significaría tener que asumir los costos del nuevo régimen especial por más reducidos que éstos sean, pretender obligarlos a reconocer todos los derechos y beneficios sociales y de seguridad social de los trabajadores con relación laboral a la fecha de entrada en vigencia de la ley, resulta un contrasentido al objetivo previsto de formalizar a las microempresas.

8. En otras palabras, la Ley que pretende incentivar la formalización, se ha autoneutralizado, salvo que los otros instrumentos previstos por ella, sean lo suficientemente atractivos como para incentivarlos a la formalización, lo que hasta ahora no sucede.
9. A ello debe agregarse el problema suscitado por el Tribunal Constitucional en materia de estabilidad laboral, que permite la reposición, vía acción de amparo, de un trabajador despedido sin causa justificada, en lugar de la indemnización, que estaba prevista por la ley como todo resarcimiento por dicha clase de despido.
10. Era necesario que esta norma legal, para que pudiera tener alguna viabilidad, se aplicara a todos los trabajadores, antiguos o no, a partir de su entrada en vigencia. Aún así, algunas obligaciones que contempla la Ley como por ejemplo el pago de una RMV igual que la prevista para las pequeñas, medianas o grandes empresas, o el pago de las mismas sobretasas de horas extras, podría resultar excesivo.
11. Para ello, resultaba imprescindible incorporar a la Constitución Política del Estado una norma transitoria que hiciera factible la aplicación de un régimen especial con las modificaciones pragmáticas antes sugeridas; norma constitucional en que se declare que la formalización de la actividad económica del país constituye un objetivo prioritario y superior del Estado y que para alcanzar el mismo, se autoriza a dictar normas que faciliten la formalización de las empresas, a cuyo efecto se pueden establecer con carácter temporal derechos y beneficios distintos a los previstos por la legislación laboral común, y que tales normas de formalización pueden incluir incentivos, amnistías, condonación o fraccionamiento de deudas, lo que sea más eficiente para lograr dicho fin prioritario.
12. Si revisamos el Anteproyecto de Ley General de Trabajo, que indudablemente le daría un ordenamiento orgánico a la legislación laboral del régimen privado, constatamos que no sólo se ratifican los derechos y beneficios sociales vigentes para el régimen laboral común, sino que en muchos aspectos se introducen obligaciones, nuevos derechos y restricciones a las facultades del empleador que hace más complicado aún el manejo de la relación laboral al interior de la empresa, cuando en un mundo globalizado que impone una competencia casi sin límites, obliga a las empresas a constantes cambios que requieren indudablemente de flexibilidad para mantener viables dichas empresas y en consecuencia los puestos de trabajo.
13. La experiencia demuestra que tanta protección laboral origina lo que se quiere evitar: desprotección.
14. Nuestra realidad es un ejemplo de ello, la absoluta mayoría de empresas en el Perú simple y llanamente no aplica el derecho laboral peruano por ser irreal, es decir de imposible cumplimiento.

15. Consideramos que, en las actuales circunstancias de informalidad masiva que sufre nuestro país, no es razonable persistir en una Ley General de Trabajo como la propuesta, porque insistir en normas irreales, lo único que logrará es incentivar más informalidad.
16. Debemos en consecuencia ser más realistas y acercar las posiciones, entre el desconocimiento absoluto de los derechos y beneficios laborales y de seguridad social, y el extremo proteccionismo para un sector cada vez más pequeño y privilegiado de trabajadores de nuestra sociedad, dictando una ley que realmente sea general y que contemple sólo los derechos y beneficios esenciales, dejando que los demás se obtengan a través de la negociación colectiva, de acuerdo a las posibilidades de la empresa.

LA INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES: LIMITACIONES AL EMPLEO FORMAL

MAGNO IVAN PARÉDEZ NEYRA *

Sumario:

Introducción I. Sector informal e informalidad 1.Sector Informal 2. Informalidad II. Causas de la informalidad 1. Ineficiencia del aparato estatal 2. Costos laborales 3. Análisis costo – beneficio del empresario informal. III. Consecuencias de la informalidad 1. Capacidad empresarial 2. Realidades paralelas 3. Derechos de los trabajadores. IV. A modo de conclusión. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Para Francis Fukuyama, la historia llega a su fin con el triunfo del Capitalismo que, acompañado por el Libre Comercio y la Democracia Liberal, se configuran como los baluartes del sistema ideal de gobierno. Asimismo, puede apreciarse también que la tecnología avanza a un ritmo acelerado, fomentando la productividad, el comercio internacional y el intercambio de mano de obra.

El Perú no está al margen de estos cambios en el orden internacional. En la década de los noventa se inició un proceso de apertura y mayor integración a la economía global; mientras que en el aspecto interno, se dieron ajustes necesarios en la organización empresarial para adecuarse a la economía internacional a través de la estabilización de los precios internos y la reestructuración del sistema productivo nacional.

La globalización – dada las características del mercado expuestas en el párrafo anterior - trajo consigo la preocupación por alcanzar la competitividad, poniendo en

(*) Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursa estudios en la Maestría en Relaciones Laborales - PUCP

riesgo el costo de las transacciones, con lo cual se ha dado más prioridad al capital sobre el trabajo.

En palabras de Ermida[1], la globalización se ha reducido a su mínima esencia en las vertientes de la "*expansión y profundización de la economía capitalista y sus fundamentos teóricos*".

Siguiendo a este autor, este proceso no es muy beneficioso para el trabajador, debido a que comporta los siguientes elementos a tener en cuenta[2]: i) *Desinterés por el mercado interno:* no se intentaría mantener el poder adquisitivo de la población, debido a que el mercado se encuentra fuera de los límites del país. En este sentido, las fronteras para el comercio se han acrecentado; ii) *Limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas:* la localidad en un mundo globalizado se convierte en una gran desventaja, debido a que reduce los márgenes de acción de los Estados, y si a ello le agregamos la facilidad de la movilidad de los capitales, la dependencia se arraiga más entre la comunidad. El poder político se hace cada vez menos autónomo por depender de factores externos y, en consecuencia, sus decisiones están relacionadas con estos factores; iii) *Ideologías que no privilegian el factor trabajo:* la solidaridad y el Estado de Bienestar vienen a ser reemplazados por competitividad, egoísmo, eficacia empresarial y utilidad económica

Las empresas muestran un número menor de trabajadores debido a la sustitución de mano de obra por tecnología, lo que permite producir más bienes empleando a menos trabajadores.

Asimismo, podemos notar que la configuración económica mundial fomenta la flexibilización de las relaciones laborales para dar preferencia a los procesos de descentralización productiva y, de esta manera, poder abaratar costos de producción para hacer más competitiva la empresa en el ámbito internacional.

Estos elementos han originado un cambio en las relaciones laborales, hasta el punto de observarse una especie de incertidumbre en el trabajador que se manifiesta en el miedo de perder el empleo en cualquier momento, la fragilidad del trabajo y el debilitamiento de las relaciones colectivas[3], por citar sólo algunos ejemplos.

En nuestra realidad, la globalización ha llevado a que una parte de las empresas y de los trabajadores encuentren nuevas áreas de oportunidad. Por el contrario, otra parte de ellos, se han visto excluido, puesto que en nuestra sociedad existe un entorno en el

---

1) ERMIDA, Oscar "Globalización y Relaciones Laborales", ponencia presentada en el III Congreso de las Américas de Relaciones Laborales, Lima 1999, p. 2. Se puede obtener de la siguiente página web: http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/ermida/globaliz/

2) Ibidem, p. 2.

3) Según una encuesta del Grupo de Opinión Pública de la Universidad de Lima publicada en el Diario Correo el 01 de mayo de 2004, sobre la base de 416 personas encuestadas, el 54% de limeños teme perder su empleo; el 51.7% señaló que su trabajo es informal y, de aquellos que manifiestan tener un trabajo informal, el 87.8% señala que le gustaría tener un trabajo formal. De éstos el 36.9% desea tener un trabajo formal para tener más seguridad y el 32.3% para obtener mejores ingresos.

cual la polarización de ingresos, oportunidades y condiciones de trabajo han tendido a acentuarse cada vez más, y el elevado ritmo de crecimiento de la fuerza de trabajo sigue constituyendo una fuerte presión a la economía y a la sociedad en materia de creación de fuentes de trabajo productivas y formales.

Las estrategias de supervivencia ligadas a redes sociales que antes se veía esencialmente en el sector no estructurado y la mayor capacidad de absorción y alternativas que ofrece este sector, se han convertido en una realidad tangible que no debe ser desconocida por el operador del Derecho.

Mediante el presente trabajo, se pretende analizar las causas de la informalidad de las relaciones laborales que contribuyen activamente a limitar su formalización por parte de las empresas, impulsándolos hacia ese "ilegal" sendero o mantenerse en él y restringir sus actividades comerciales.

Se pretende hacer mayor incidencia en el tema de los costos laborales, que se ha convertido en argumento - o excusa - primordial de los empresarios, avalados por declaraciones de altos funcionarios gubernamentales, en el que subraya su encarecimiento y el principal motivo por el cual el marco laboral peruano debe hacer frente para bajar estos costos. Por último, sin la ayuda de una visión multidisciplinaria del tema y de la tecnología de la información, no podríamos preparar nuestro estudio, puesto que el Derecho trabaja sobre la base de una realidad que no debe ser ignorada.

I. SECTOR INFORMAL E INFORMALIDAD

A efectos de un mayor entendimiento de nuestra ponencia conviene distinguir entre "sector informal" e "informalidad".

1. Sector Informal

Según la Recomendación N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la política del empleo, se denominaba al sector informal como el ***sector no estructurado*** y se entendía a éste como *"las actividades económicas realizadas al margen de las estructuras económicas institucionalizadas"* [4]. A decir de este instrumento, se considera al sector informal como un grupo marginal, debido a que no existe reconocimiento por parte de la ley y, en consecuencia, no reciben protección jurídica alguna.

Actualmente, para referirnos al sector informal es más precisa la expresión "economía informal". Más que un concepto estanco, es un fenómeno de la realidad que hace referencia a un grupo numeroso y diverso de trabajadores que operan informalmente:

---

4) Inciso 1) del artículo 27°.

"La expresión "sector informal" se considera cada vez más inadecuada, e incluso errónea, para reflejar estos aspectos dinámicos, heterogéneos y complejos de algo que en realidad es un fenómeno más que un "sector" en el sentido de grupo industrial o actividad económica específicos" [5].

De igual manera, para Hernando de Soto constituye una alternativa que se convierte en el constante acecho para la legalidad:

"La informalidad no es tampoco un sector preciso ni estático de la sociedad, sino una zona de penumbra que tiene una larga frontera con el mundo legal y donde los individuos se refugian cuando los costos de cumplir las leyes exceden a sus beneficios" [6].

2. Informalidad

Desde que en 1970 Keith Hart[7] inició el tratamiento de este tema, el concepto de informalidad ha evolucionado, debido a la identificación de una variedad de significados y la diferencia de las realidades en las cuales se manifiestan. Por consiguiente, para el desarrollo de nuestro trabajo, utilizaremos una definición de informalidad a partir de dos perspectivas[8]:

a. Si tomamos como partida el ***orden jurídico***: la informalidad abarca a aquellas actividades que operan sin conformidad con el marco regulador vigente.
b. Si la apreciamos desde el ***criterio económico***: se refiere a la ausencia de moderna tecnología o la falta de capital humano y físico para el desarrollo de actividades empresariales.

Así, la informalidad se refiere a la economía de la pobreza y a procesos de exclusión social, actividades que representan un medio de supervivencia frente a los constantes cambios operados en la realidad. Se trataría de una pobreza de tipo estructural que deriva de los momentos más altos de la crisis de los ochenta a lo que se agrega la nueva pobreza vinculada a los procesos de ajuste más recientes. Asimismo, se gestaría como resultado de procesos de descentralización productiva de manera que se puedan conseguir sistemas más flexibles para permitir la movilidad de los trabajadores.

---

5) OIT: "El Trabajo Decente y la Economía Informal". Ginebra 2002. Se puede apreciar el texto en la siguiente página web: http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf
6) DE SOTO, Hernando "El Otro Sendero" 7° Edición, ILD: Bogotá, 1987, pp. 12-13.
7) Véase al respecto: TOKMAN, Víctor "Las relaciones entre los sectores formal e informal. Una exploración sobre su naturaleza" En: Economía, volumen XXIV, N° 48, PUCP, Lima, 2001, p. 20 y siguientes.
8) Ver TOKMAN, Víctor y Emilio KLEIN (eds.) "Regulation and the informal economy" 1° Edición, Londres: Lynne Rienner Publishers, 1996. Para estos autores, el criterio económico resulta ser más útil, puesto que esta perspectiva favorece el análisis para el estudio del fenómeno de la informalidad.

II. CAUSAS DE LA INFORMALIDAD

La informalidad se produce cuando el Derecho impone reglas que exceden el marco normativo socialmente aceptado, sin embargo, informalidad no es sinónimo de inexistencia de regulación puesto que las personas que participan en actividades económicas clandestinas tienen sus propias normas o acuerdos y formas de organizarse. Ahora bien, una vez establecido el concepto de informalidad en sus diversas acepciones cabe establecer cuáles son algunas de las causas de la informalidad:

1. Ineficiencia del aparato estatal

Se puede afirmar con exactitud que nuestras instituciones no son capaces de hacer frente a esta realidad y, por el contrario, hasta hace algunos años, se la ha visto como un fenómeno negativo y contraproducente. La excesiva burocracia – en especial en el acceso – es la principal causa de que los costos se eleven sustancialmente (en materia de tiempo y esfuerzo) y desincentiven a los empresarios a constituirse formalmente. Las iniciativas ciudadanas no están siendo plasmadas en las normas jurídicas, y por ende se explica, que el incumplimiento de la normatividad sea una regla generalizada sin mayor espíritu. En este sentido, el problema no ha sido atacado desde la raíz, sino desde una visión vertical que proviene de arriba hacia abajo. Roberto MacLean señala al respecto:

> "El gran daño que los gobiernos y sistemas legales autoritarios y elitistas han causado en Latinoamérica, es el haber estado alimentando una cultura de la indiferencia y escepticismo sobre la ley, acerca de la cual se cree que nada puede ser cambiado, excepto por el gobierno como un regalo paternalista, o a través de la violencia y la fuerza física"[9].

Estos aspectos marcan la pérdida de credibilidad y de confianza en las instituciones, lo cual es sumamente grave, dado que la confianza es un presupuesto para el respeto y cumplimiento de las normas. La pérdida de la confianza presupone también la pérdida del respeto y la aceptación. Pueda que esta afirmación tenga de sentido común, pero Fukuyama ha advertido que los países con alto desarrollo tiene niveles de confianza altos. Así, define a la confianza como *"la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basada en unas normas, compartidas por todos los miembros de dicha comunidad"*[10]. A partir de esta frase se puede deducir que ¿en el Perú los niveles de confianza son bajos?, ¿no hay confianza en el Perú?

---

9) MacLEAN, Roberto "La eficiencia social de las leyes como elemento de desarrollo político y económico" En: Ius et Veritas, N° 17, Lima, PUCP, 1998, p. 8.

10) FUKUYAMA, Francis "Confianza", 1° Edición, Buenos Aires: Atlántida, 1996, pp. 45-46. Asimismo, señala también que la confianza se construye a través de una "sociabilidad espontánea", lo que Durkheim ha denominado "solidaridad orgánica".

Para responder a estas interrogantes, tomaremos prestados las opiniones que Gago construye (y a los que dos décadas atrás Hernando de Soto hizo referencia) a partir de los trabajos de campo realizados en los asentamientos humanos y en - lo que él llama – "los bolsones de economía informal". La confianza tan necesaria para entablar relaciones, no está dada por el Estado a través de las leyes, sino a través de la espontaneidad de los individuos:

> "En el Perú la confianza se reconstruye todos los días dentro de los fragmentos sociales, utilizando el Derecho espontáneo de las comunidades locales, su propio Derecho, en base a reglas vivas"[11].

Mac Lean refiere al respecto que:

> "cuando el 10% de la población de un país desobedece o ignora una ley, esto es un problema de aplicación de la ley. Pero si el grupo que desobedece representa el 40% o 50 % de la población, entonces se trata ya de un problema distinto, se trata de un problema de eficiencia social de la ley, que no puede ser solucionado sólo con la acción de la policía y las sanciones de los tribunales, sino que requiere un enfoque distinto y adecuado"[12]

De otro lado, la política estatal se ha encaminado a oprimir al sector formalizado de la población. Por ejemplo, en materia tributaria, los Gobiernos no se han preocupado en ampliar la base de contribuyentes al sistema, sino que han proliferado más tributos[13] sobre el grupo que cumple con todas sus obligaciones. La política tributaria peruana se ha caracterizado por una especie de indefinición y ansiedad. La temporalidad[14] se ha convertido en la regla y no la excepción al sistema. Estos elementos influyen en la seguridad jurídica, tan necesaria para la inversión nacional y extranjera.

La emisión de una norma que intente regular una realidad específica debe estar acompañada con el cuestionamiento de la práctica socialmente responsable. La nueva práctica debe ser integradora, que intente conciliar los intereses de los empresarios con las necesidades sociales de los trabajadores. El consenso y la legitimidad en las cuales se fundan la creación de las normas jurídicas constituyen elementos claves para el cumplimiento de la norma. En palabras de Gago: *"El problema es que el Derecho espontáneo no es legal y el Derecho Formal no es legítimo"*[15].

---

11) GAGO, Horacio "La mayor eficiencia del Derecho espontáneo ofrece el camino para derrotar la informalidad: venciendo la intemperie" En: Derecho, N° 56, Lima, PUCP, 2003, p. 962.

12) MacLEAN, Roberto "La eficiencia social de las leyes como elemento del desarrollo político y económico" En: Ius et Veritas, N° 17, año IX, noviembre de 1998, p. 8

13) Por citar algunos ejemplos, la Ley de Regalías Mineras y el Impuesto a las Transacciones Financieras que han aparecido en los últimos meses para convivir con otros ya existentes.

14) Un claro ejemplo es el Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES). En virtud de la Ley N° 26969 (27.08.98) se sustituyó la contribución al FONAVI por el denominado IES, impuesto temporal que - en principio – debía desaparecer al 31 de diciembre de 2001, sin embargo, a la fecha ha permanecido como un impuesto permanente, que esperamos se elimine pronto.

15) GAGO, Horacio Op. Cit p. 963.

Debemos tener en cuenta que el cumplimiento se asocia con el desarrollo de la empresa, y su tolerancia vigilada permitirá adecuar paulatinamente la realidad a la legalidad. Citando a este mismo autor y tomando como ejemplo la excepcional labor de COFOPRI en la titulación de tierras y el éxito obtenido: *"(...) lo que el Estado peruano hizo en ese caso, fue recoger el Derecho espontáneo, sistematizarlo y colocarlo en una ley. Se nutrió de su eficiencia y ahí los resultados"*[16].

2. Costos laborales

Se ha convertido en un tema sensible y es la principal discusión de los empresarios y funcionarios públicos al momento de regular políticas laborales y económicas. En el caso de los empresarios, se aprecia cierta renuencia para generar obligaciones financieras futuras al contratar a trabajadores permanentes[17].

Se puede definir como "costos laborales" al desembolso en el que incurre el empleador por el uso de mano de obra. En palabras de Chienda[18], tenemos al *"conjunto de egresos del empleador, vinculados al inicio, mantenimiento y terminación de la relación laboral"*. En este sentido, hay diversas maneras de clasificar a los costos laborales. Así tenemos que:

a. Costos salariales: son las retribuciones derivadas del contrato individual, convenio colectivo y de las regulaciones del gobierno que se otorgan al trabajador. Por ejemplo: la remuneración, la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), las gratificaciones, pago por vacaciones, entre otros.

b. Costos no salariales: son las transferencias a terceros como resultado de la relación laboral. Tenemos a los aportes pensionarios (tanto los aportes al Sistema Nacional de Pensiones como al Sistema Privado de Pensiones) y a la Seguridad Social en Salud.

De esa manera, los costos laborales "salariales o directos" se integran por el salario y todos los beneficios sociales y derechos que se calculan tomando como referencia a él. Éstos son abonados al propio trabajador. De otro lado, los costos laborales "no salariales o indirectos" también se calculan tomando como base a la remuneración, sin embargo, ello se traslada a un tercero, ya sea a un privado o un público, en forma de aportes o contribuciones e impuestos.

En un primer momento se creía que los costos laborales eran tan altos que obstaculizaban el proceso de formalización de las relaciones laborales. Sin embargo, con la

---

16) Ibidem, p.963.
17) KUCZYNSKI, Pedro Pablo "¿Hacia dónde vamos? Parte II" artículo publicado en el Diario Correo, 11 de julio de 2004.
18) CHIENDA, Alfredo citado por el MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO "Boletín de Economía Laboral", año 5, N° 19, 2001. Documento obtenido de la página web: http://www.mintra.gob.pe

aparición de diversos estudios[19] – elaborados mayoritariamente por economistas – se señalan que los costos en el Perú son bajos en el promedio de Latinoamérica. Aún en el hipotético y negado supuesto que los costos fueren elevados, los índices de generación de empleo serían nulos y el país ha mostrado un ligero crecimiento al respecto. Según los especialistas, el problema reside en el hecho que el empleador conoce los costos no salariales y los tiene en consideración en el momento de fijar la remuneración:

> "(...) las evidencias existentes sobre el bajo nivel de salario y costo laboral por hora trabajada (en relación a los niveles de países más desarrollados) sugieren que el problema de competitividad no es tanto de salarios y costos laborales, sino de baja productividad, la que sin duda está asociada, entre otras causas, a la precariedad laboral en aumento"[20].

Otro punto sensible en esta materia lo constituyen los *"sobrecostos laborales"*, definidos como *"la brecha entre lo que desembolsa el empleador y lo que efectivamente percibe el trabajador, saldo que llega al resto de la sociedad a través del Estado"*[21]. En nuestro panorama, daría la sensación que todo lo que el empleador desembolsa por la mano de obra y que no beneficia directamente al trabajador es un sobrecosto, no obstante ello, diferimos de esa apreciación.

En la medida que esos conceptos - derivados de las relaciones laborales – sean acogidos por el Estado directamente, no estaríamos frente al espectro de un sobrecosto. En este sentido, se han identificado - erróneamente - como sobrecostos a la CTS, al Seguro Social en Salud, a las aportaciones al Sistema Privado de Pensiones y al Sistema Nacional de Pensiones, a las vacaciones y gratificaciones.

En el caso de la CTS, las vacaciones y gratificaciones, son conceptos que van directamente al trabajador, aunque en forma diferida. El Seguro Social en Salud es un mecanismo de financiamiento y provisión que permite el acceso a un servicio básico (atención médica). El problema radica en que un gran número de personas, siendo afiliados, no aportan al sistema, lo que constituye una gran carga para aquellos que sí lo hacen. Finalmente, los aportes tanto al Sistema de Privado de Pensiones como al Sistema Nacional de Pensiones constituyen una especie de ahorro forzoso a favor del trabajador.

En consecuencia, los costos laborales en el Perú no afectan ni la competitividad de las empresas, ni impiden la creación de más puestos de trabajo. En los mencionados

---

19) Véase por ejemplo los trabajos realizados por Chacaltana y Nunura para la OIT, los Boletines de Economía Laboral del Ministerio de Trabajo y la bibliografía de Víctor Tokman, especialista en trabajos sobre informalidad y economía laboral. Asimismo, el Ministerio de Trabajo a través de su Ministro y Viceministro actuales no han señalado lo contrario en diversas declaraciones a la prensa.

20) TOKMAN, Víctor y Daniel MARTINEZ "La agenda laboral en la globalización: Eficiencia económica con progreso social" , 1° Edición, Lima: OIT, 1999, pp. 12 y 13.

21) Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo Op. Cit

estudios se llega a la conclusión que el problema del país reside en la *productividad*, cuyo bajo nivel se debe a la poca calificación de la mano de obra y la falta de recursos técnicos y crediticios. Ciertamente, la eliminación de otros costos - como el IES - sí contribuiría positivamente a la formalización de las relaciones, pero no es un elemento determinante.

Por otro lado, se sostiene erróneamente que los costos y los sobrecostos laborales son elementos decisivos que fomentan el encarecimiento y la informalidad de las relaciones laborales. Sin embargo, aún, si se sostuviera esta afirmación, la flexibilización de las relaciones – mediante la utilización de contratos temporales y procesos de gestión de los negocios – han contribuido con la baja del costo que soporta el empresario para emplear mano de obra y, en consecuencia, los costos ya no pasarían por un tema de regulación sino de aplicación de otras nociones.

Creemos que los costos que debe asumir un empleador no pasan por los gastos que debe desembolsar como consecuencia de la relación laboral, sino por las características del sistema económico imperante y los costos institucionales y tributarios, sobretodo por éstos últimos. El paradigma es que la productividad y las empresas deben emplear el menor tiempo y recursos posibles para producir bienes. Siguiendo con este razonamiento, si le dedicamos tiempo y esfuerzo a unidades de producción obsoletas sin mayor valor agregado, trámites administrativos, trámites tributarios y posiblemente procesos judiciales, no nos estaríamos refiriendo a eficiencia empresarial. Esas son las principales desventajas con las cuales se enfrenta cualquier empresario que desee invertir en el Perú.

Los costos de la legalidad se deben reducir, y se puede lograr a través de una aproximación diferente a la realidad que se quiere regular. La información es vital en este ámbito. Una iniciativa en este sentido la constituye el Indice de Barreras Burocráticas promulgada mediante la Ley N° 28335[22], que medirá la afectación indebida de la competitividad de los agentes económicos. Si bien resulta un pequeño paso, tiene un alcance restringido ya que sólo mide el efecto de las barreras burocráticas impuestas por las municipalidades mas no por Ministerios, entidades del Gobierno Central o Regional, entre otros. De igual manera, estos fines se pueden lograr mediante la flexibilización de la prueba, la simplificación administrativa y los regímenes promocionales. En el caso de la flexibilización de la prueba, el caso de COFOPRI mencionado en el párrafo anterior es un buen ejemplo.

En consecuencia, se deberían eliminar estos tipos de barreras y promover alternativas dinámicas de reconocimiento de la relación laboral a través de la presentación de recibos de pago, registros de horarios, entre otros[23].

---

22) Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 16 de agosto de 2004.
23) TOKMAN, Víctor Op. Cit p. 171

Por último, otro caso resaltante para la contribución de la formalización lo constituyen los *Centros MYPE* que brinda servicios de desarrollo empresarial gracias a la colaboración de la iniciativa estatal y el aporte privado[24]. Con su ayuda, la formalización de una empresa se puede obtener hasta en dos semanas, además se recibe capacitación y asesoría técnica y financiera.

3. Análisis costo – beneficio del empresario informal

Dada la configuración de un panorama netamente competitivo y la apertura del comercio entre los países, el empresario realiza un análisis del costo – beneficio que implican sus transacciones, con el fin de maximizar beneficios y obtener mayores utilidades al fin del ejercicio con el menor costo posible.

> "(...) la meta de una empresa es maximizar sus utilidades o beneficios económicos. Una empresa que no busque maximizar sus utilidades es eliminada del mercado o es adquirida por otras empresas que sí buscan hacerlo"[25]

En términos económicos, se define a los *"costos"* como los recursos que tenemos que invertir o perder para obtener un determinado fin. En cambio, el *"beneficio"* se definiría como la cantidad monetaria máxima que estaríamos dispuestos a pagar para realizar una determinada actividad. Para obtener utilidades, nuestros beneficios deben ser mayores a los costos. Sin embargo, debemos tener en cuenta también los llamados *"costos de oportunidad"* definidos como la alternativa de más alto valor a la que se renuncia, a la acción que se decidió no realizar.

Siendo didácticos, la constitución de una empresa implica la obtención de ganancias a cierto plazo, pero para ello es necesario invertir para ponerla en operación. Por ejemplo, un empresario en nuestro país prefiere permanecer informal, puesto que tanto el costo como su costo de oportunidad son mayores al beneficio que le implicaría establecerse formalmente. La formalidad le implicaría: trámites burocráticos engorrosos (tanto en dinero como en tiempo), pago de impuestos, pago de servicios, etc. Frente a este panorama, para el empresario informal es una mejor alternativa permanecer en este sector porque tiene conocimiento que sus ingresos serán mayores, a pesar de los riesgos que dicha actividad involucra, no obstante luego de este análisis determina su preferencia por asumir los riesgos a cambio de más utilidades.

> "(...) la informalidad no se corresponde necesariamente con una exclusión total, hay personas que prefieren trabajar sin reglamentación o por cuenta propia y que pueden conseguir niveles de ingresos superiores a que si fueran trabajadores asala-

---

24) Las instituciones involucradas son: el Centro Peruano de Fomento y Desarrollo de la Pequeña Empresa (CEPEFODES), PROMPYME y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Para mayor información ver artículo "Centros MYPE pueden abaratar los costos de la formalización", publicado en el Diario "El Comercio" el día 8 de agosto de 2004.

25) PARKIN, Michael "Microeconomía" (versión para Latinoamérica), 5° Edición, México: Pearson Educación de México, 2001, p. 194.

riados. Pueden recurrir a otros mecanismos integradores que no pasan necesariamente por el mercado o por la protección estatal (...)"[26].

Parece que el Estado no ha tenido en cuenta que los individuos y los agentes responden a "incentivos", entendidos éstos como elementos que pueden hacer cambiar o favorecer una conducta. En este caso, el Estado debe cumplir un rol activo mediante la creación de políticas efectivas que conlleven a desincentivar a las actividades informales. Utilizando nuestro ejemplo, hemos determinado que obtenemos "mayores" beneficios permaneciendo informales, puesto que la legislación peruana incentiva la informalidad con el establecimiento de obstáculos (mencionados en el título anterior) y nuestras instituciones no promueven un cambio en las conductas de la población.

III. CONSECUENCIAS DE LA INFORMALIDAD

1. Capacidad empresarial

Según el Banco Interamericano de Desarrollo[27], una empresa informal tiene una serie de desventajas, entre las cuales destacan: el menor acceso al crédito y la menor integración a la cadena productiva. Asimismo, se observa también una insuficiencia del desarrollo tecnológico, bajos niveles de productividad y escasa o nula capacidad gerencial.

Lo que ha sucedido en nuestro país es que las reformas han recurrido al esquema de reducir el empleo, el salario y la protección social de sus trabajadores. Mediante la flexibilización de la legislación se ha logrado reducir el costo laboral. Aún reduciendo ese costo, tenemos problemas. Si nuestra economía se encuentra estable, ¿por qué existe entre la población una sensación de malestar económico? o en el peor de los casos, ¿hacia dónde se está dirigiendo el bienestar que le corresponde a la población por el concepto de crecimiento económico? [28].

La utilización de moderna tecnología es necesaria, tanto en la organización del trabajo y en el soporte técnico. De acuerdo con el actual contexto de la economía, las empresas sólo se han preocupado por el primer aspecto para lograr el ansiado crecimiento económico, dejando de lado el soporte técnico que resulta también trascendental:

"Es necesario implantar en América Latina una cultura de productividad entre los empresarios y también entre los trabajadores. Además de invertirse en recursos humanos, debe mejorar la organización del trabajo dentro de las empresas"[29].

---

26) OFICINA DE ACTIVIDADES PARA LOS TRABAJADORES "Informalidad y Seguridad Social en países de América Latina". Documento de Trabajo OIT, Lima, marzo de 2001, p.18.

27) El nombre del informe es "Desarrollo emprendedor: América Latina y la experiencia internacional". Noticia publicada en el Diario "El Comercio" el día 26 de junio de 2004.

28) Comentario de Fritz Dubois que lleva por título "Callejón sin salida" sobre los irreales ofrecimientos del gobierno en materia de inversión y empleo, publicado en el Diario "El Comercio" del día 7de junio de 2004.

29) TOKMAN, Víctor "Políticas de empleo en la Nueva Era Económica" En: Economía, volumen XXIII, N° 46, Lima, PUCP, 2000. p. 25

La intervención del hombre es indispensable, puesto que no sólo se trata de un activo más de la empresa que se debe plasmar en una filosofía que valore los recursos humanos. Se debe tener en cuenta también que la motivación de las personas no solamente reside en el dinero, sino también en potenciar las capacidades intelectuales, ambientes de trabajo agradables, promociones dentro de la empresa, entre otros factores. Todo ello porque pasamos más tiempo en el centro de trabajo que en nuestros propios hogares.

En consecuencia, el progreso económico debe ir acompañado también del progreso social para enfrentar los desafíos de la productividad y buscar que los derechos de los trabajadores no se vean mermados con los cambios en la economía y estrategias de crecimiento.

2. Realidades paralelas

Los instrumentos internacionales y la legislación interna de los países han reconocido a la economía informal como un componente de importancia para la generación de empleo y, en este sentido, la preocupación de las organizaciones internacionales y de los gobiernos es la creación de trabajo en las mejores condiciones. Este criterio difiere mucho de aquellos utilizados anteriormente por los Estados para hacer frente a este fenómeno y, en principio, se lo enfrentó como algo realmente negativo y perjudicial. Al respecto, Tokman señala lo siguiente:

> "Ante la situación de este sector excluido, que en la realidad carece de ciudadanía económica plena, las políticas tradicionalmente aplicadas han sido de tres naturalezas diferentes, fluctuando entre ignorarlo, perseguirlo o "blanquearlo". La primera estrategia predominó durante muchas décadas, en el convencimiento generalizado de que el crecimiento y la modernización generarían puestos de trabajo estables y protegidos para todos. [...] La segunda forma de abordar el tema, perseguir a los informales, ha estado frecuentemente asociada a los gobiernos autoritarios, pero también a aquellos que buscan el paradigma de la eficiencia. La alienta, en cualquiera de estos casos, la percepción de que los informales son "violadores del sistema" y operan en contra de este, justificando así la persecución en determinadas ocasiones [...] Por último, la tercera política, también de uso frecuente en la región, ha sido la de facilitar el "blanqueo" del sector informal a través de medidas excepcionales, de perdonar las obligaciones anteriores o de reducir el costo de su puesta al día"[30].

Siguiendo a este autor, estas maneras de enfrentar a la informalidad no resuelven el fondo del problema, basta con citar que los niveles de informalidad en la economía

30) TOKMAN, Víctor "De la informalidad a la modernidad" En: Economía, volumen XXIV, N° 48, Lima, PUCP, 2001, p. 167.

representan más del 50% de los resultados, lo cual es un porcentaje bastante alto. Concordamos también con él en el sentido, que los trabajadores no son informales, sino sus actividades y, en consecuencia, las condiciones y ambiente de trabajo deben ser iguales para todos los trabajadores. Asimismo, las políticas deben estar dirigidas a eliminar paulatinamente la existencia de estas realidades paralelas, debido a que ahondan las diferencias y se está fomentando una suerte de competencia desleal. Tomando esta idea, las empresas informales se benefician en desmedro de las formales, que sí cumplen con los tributos y además son observadas por las autoridades en el cumplimiento de la legislación.

3. Derechos de los trabajadores

Se debe adoptar "*un régimen de trabajo realmente humano*" y buscar bajar los índices de incumplimiento de las normas laborales, ya que generan un "dumping social"[31]. Como hemos mencionado anteriormente, los trabajadores no son mercancías. A partir de lo expuesto, un buen ambiente de trabajo es primordial para el desarrollo de las actividades empresariales. Si ello va unido con una certificación de "empresa que cumple con la normativa laboral" o "empresa con buen ambiente laboral", creemos que así ganará más prestigio a escala local e internacional, generando un valor agregado para su producto. Desde otro punto de vista, la participación de la sociedad civil y de organizaciones privadas (o estatales) debería ser activa para denunciar y publicitar casos de abusos. Por ejemplo, si se diera a conocer que un productor de bienes con amplio prestigio mundial utiliza mano de obra infantil o ha sometido a sus trabajadores a niveles de esclavitud en búsqueda de mayor producción a bajo costo, el consumidor final debería optar por no comprar dicho producto, lo que conlleva también una implícita sanción moral. Los Estados deben ser capaces de respetar y promover el respeto de normas mínimas laborales que abarcan los siguientes temas: relaciones colectivas –que implican tanto la faceta asociativa como la negocial–, la prohibición de la esclavitud y el trabajo inhumano, la no discriminación y la erradicación del trabajo infantil por citar algunos ejemplos. Estos niveles no serían efectivos si las políticas de información y fomento no se acompañan con sanciones específicas y duras.

La reforma de la protección debe abarcar los aspectos no cubiertos por los sistemas actuales:

> "(...) la vía alta del crecimiento requiere conocimientos, relaciones laborales colaborativas y un trato justo con los trabajadores"[32].

---

31) La inclusión de este concepto proveniente del Derecho Mercantil se puede utilizar como símil para las relaciones laborales. Esta es una preocupación por las condiciones de trabajo desde la creación de la OIT. Ver: ERMIDA, Oscar Op. Cit p. 11.

32) TOKMAN, Víctor Op. Cit p. 25

Las nuevas políticas permitirían a los trabajadores informales formar sindicatos, negociar salarios y condiciones de trabajo, y recibir protección contra accidentes de trabajo.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

a. Los problemas frente a los cuales el Derecho del Trabajo tiene un arduo trabajo, se pueden circunscribir en los siguientes: i) *Inestabilidad e inseguridad laboral*, las relaciones laborales se tiñen de mayor movilidad en respuesta a la globalización y al modelo económico de libre mercado imperante; ii) *Desigualdad de la población laboral*, que se manifiesta en: productividad e ingresos, protección laboral, posibilidades de negociación y crecimiento del empleo informal de baja calidad y empleo precario; iii) *Diferenciación social*, en el que se aprecia una población excluida para acceder a empleos de calidad[33].

b. Debido a que nuestro problema no reside en los costos laborales, sino en el nivel de productividad, para aumentar estos índices se deben corregir las consecuencias negativas del ajuste macroeconómico vigente, a través de la innovación tecnológica y la modernización de la producción de trabajo.

   El logro de estas metas es posible a través de procesos de descentralización productiva, como el *outsourcing* por ejemplo. Mediante este procedimiento se pueden extraer de la empresa las tareas de gestión o administración para ser confiadas a un tercero especialista en esa clase de labores, con lo cual se generaría un menor costo y se ganaría en eficiencia para la empresa, dejando que ésta se encargue de lo que mejor sabe hacer. Otra opción sería la adopción de contratos mercantiles, como los *contratos de asociación en participación*, el cual es idóneo para el tema que estamos planteando ya que el riesgo y la contabilidad son asumidos por una de las empresas. Otra medida para generar crecimiento y ganar eficiencia empresarial lo constituye el programa "*Produce Compite*" del Ministerio de la Producción (con financiamiento del Banco Mundial), el cual consiste en fomentar la asociación entre productores para asesorarlos y designar a este grupo un programa específico de desarrollo[34]. Como se puede apreciar, hay un abanico de oportunidades que ofrece el mercado, entonces es momento de escoger la que mejor se ajuste a las exigencias y a las características de la empresa.

---

33) TOKMAN, Víctor Op. Cit p. 172. El autor introduce el término *"ciudadanía económica"* para justificar la formalización del sector informal: *"La extensión de la formalización se justifica, ya no desde la perspectiva de los sectores organizados sino, por el contrario, a partir de los beneficios que el acceso a dicha formalidad puede significar para el desarrollo de las actividades y las personas ocupadas en el sector informal"*.

34) "La asociatividad, una forma de ganar mercado" artículo publicado en el Diario "El Comercio" del 22 de agosto de 2004. El mismo artículo señala que entre las ventajas de este sistema se aprecian: mejora de la calidad, disminución de los costos, se comparten los riesgos, aumento del poder de negociación, acceso a recursos, habilidades o tecnologías, etc.

c. La empresa debe valorar sus recursos humanos. Partiendo que destinamos la mayor parte de nuestro tiempo en el trabajo, el ambiente laboral debe ser el óptimo, puesto que tratamos con talentos y gente identificada con los fines de la empresa. Teniendo como trabajadores a esta clase de personas, estamos constituyendo un valor agregado a la empresa y eso la hará más competitiva en el mercado.
d. La indefinición y la temporalidad de la política tributaria peruana, es un gran obstáculo para la seguridad jurídica y la inversión en nuestro país. Se debe eliminar la política de la eterna temporalidad de las leyes tributarias.
e. Para eliminar el incumplimiento de las normas laborales, se debe preparar un plan de protección al trabajo que tienda a evitar la competencia desleal y el dumping social, puesto que los trabajadores resultan los más perjudicados, y se debe buscar la uniformidad de la política laboral sobre la base de las normas mínimas de trabajo. Este plan debe manifestarse en tres fases: i) difusión de la norma y prevención; ii) control y sanción, para ello deben ampliarse las facultades de los inspectores de trabajo y fedatarios tributarios (lo cual ya se ha realizado); y iii) fomento de buenas prácticas laborales. Cada legislación deberá precisar cuáles son sus alcances; puede dirigirse a fomentar la capacitación de trabajadores mediante la deducción de los impuestos o el grado de cumplimiento de las normas laborales pueden constituir sujetos pasibles de beneficios tributarios a las empresas que cumplan con la normativa laboral. Para ello, debería existir también un grado de cooperación entre el Ministerio de Trabajo y la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

ERMIDA, Oscar *"Globalización y Relaciones Laborales"*. Lima, 1999

http;//www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/sala/ermida/globaliz/

FUKUYAMA, Francis *"Confianza"*. 1° Edición, Buenos Aires: Atlántida, 1996.

GAGO, Horacio *"La mayor eficiencia del Derecho espontáneo ofrece el camino para derrotar la informalidad: venciendo la intemperie"* En: Derecho, Lima, PUCP, N° 56, 2003, pp. 945-970.

INFANTE, Ricardo y Máximo VEGA CENTENO *"La calidad del empleo: lecciones y tareas"* En: Economía, volumen XXIV, N° 48, Lima, PUCP, 2001, pp. 179-236.

MacLEAN, Roberto *"La eficiencia social de las leyes como elemento de desarrollo político y económico"* En: Ius et Veritas, N° 17, Lima, PUCP, 1998, pp. 8-19

MALDONADO, Carlos *"The informal sector: legalization or laissez – faire?"* En: International Labour Review, volumen 134, N° 6, Ginebra: OIT, 1995, pp. 705-728.

MARSHALL, Adriana *"Economic cnsequences of labour protection regimes in Latin America"* En: International Labour Review, volumen 133, N° 1, Ginebra: OIT, 1994, pp. 55-73.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO *"Boletín de Economía Laboral"*, N° 11, 1999. En: http://www.mintra.gob.pe

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL *EMPLEO "Boletín de Economía Laboral"*, año V, N° 19, 2001. En: http://www.mintra.gob.pe

OFICINA DE ACTIVIDADES PARA LOS TRABAJADORES "Informalidad y Seguridad Social en países de América Latina". Documento de Trabajo OIT, Lima, marzo de 2001

OIT *"El Trabajo Decente y la economía informal"*. Ginebra 2002.

http://www.ilo.org/public/spanish/ standards/relm/ilc/ilc90/pdf/rep-vi.pdf

THOMAS, Jim *"El mercado laboral y el empleo"* En: CRABTREE, John y Jim Thomas (eds) "El Perú de Fujimori". 1° Edición, Lima, UP-IEP, 1999, pp. 255-296.

TOKMAN, Víctor y Emilio KLEIN (eds.*) "Regulation and the informal economy*". 1° Edición, Londres: Lynne Rienner Publishers, 1996

TOKMAN, Víctor y Daniel MARTINEZ *"La agenda laboral en la globalización: eficiencia económica con progreso social"*. 1° Edición, Lima: OIT, 1999.

TOKMAN, Víctor "Políticas de empleo en la Nueva Era Económica" En: Economía, volumen XXIII, N° 46, Lima, PUCP, 2000, pp. 9-30.

TOKMAN, Víctor *"Las relaciones entre los sectores formal e informal. Una exploración sobre su naturaleza*" En: Economía, volumen XXIV, N° 48, Lima, PUCP, 2001, pp. 17-74.

TOKMAN, Víctor *"De la informalidad a la modernidad"* En: Economía, volumen XXIV, N° 48, Lima, PUCP, 2001, pp. 153-178.

TOVAR, Jorge *"Notas jurídicas sobre el contrato de outsourcing"* En: Ius et Veritas, N° 25, Lima, PUCP, pp. 61-71.

INFORMALIDAD, SUBEMPLEO Y MYPES

*MARIO PASCO COSMÓPOLIS**

"Si el derecho da las espaldas a la realidad, la realidad terminará por dar las espaldas al derecho."
Eduardo J. Couture

Sumario:

Introducción I. Causas de la informalidad. II. Informalidad y subempleo 1.Derechos de los subempleados informales III. Informalidad y formalización IV. El caso de la micro y pequeña empresa– MYPE

INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos sociales y económicos más notorios de los últimos tiempos es el crecimiento del sector informal. Tal hecho, que se da incluso en los países más ricos, adquiere caracteres endémicos en los de menor desarrollo, a tal punto que estudios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) demuestran que la abrumadora mayoría de nuevos empleos que se crean, lo son en ese sector.

La economía informal puede ser definida en atención a sus causas, sus manifestaciones, las actividades en las que se presenta, el volumen de personas que involucra o la participación que tiene dentro de la economía de los países. Otros nombres por los que es conocida, según Grzetich[1], son sector informal, no estructurado, autónomo, polo

---

(*) Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1) GRZETICH LONG, Antonio. *Trabajo informal. Un enfoque jurídico laboral*. Ediciones jurídicas, Montevideo 1992, p. 28.

marginal, economía de subsistencia, sector primitivo y marginal, sector atrasado, sector tradicional, entre otros; en órbita europea se habla de economía divergente, no observada, oculta, negra, en la sombra, subterránea, paralela, dual, al contado, sumergida (*sommersa*), etc.

Desde la perspectiva jurídica, la informalidad podría ser definida como aquel conjunto de actividades económicas y productivas que, sin ser de naturaleza criminal, se dan al margen de la legalidad o en abierto contraste o incumplimiento de la misma. "En principio - como señala Rubio Correa[2] - podría parecer que el relajamiento de la obligatoriedad de las normas y los principios que las rigen constituye la informalidad, pero una mirada más detenida anuncia que eso no es tan cierto. Por ejemplo, un narcotraficante no es un informal sino un delincuente. Lo propio es quien roba o mata. Por consiguiente, no todo incumplimiento de la obligatoriedad del Derecho es informalidad. Sólo parecen serlo los incumplimientos que devienen en estructuralmente tolerables. Un incumplimiento es *estructural* cuando el conjunto de reglas del sistema social (que es mayor que el conjunto de reglas del sistema jurídico) permite que los normas jurídicamente establecidas sean inobservadas para que la vida social general prosiga adelante (…). Un incumplimiento es tolerable cuando no afecta los sentimientos de convivencia social fundamentales. Así, el trabajo informal parece no afectarlos sustantivamente en los últimos años y, al contrario(…), parece una necesidad. Los delitos tales como el homicidio, el robo, etc., por oposición, constituyen violaciones intolerables para la convivencia."

Trabajo informal viene a ser, en tal perspectiva, el que, dentro de esa economía, se realiza en forma independiente o bajo un esquema que, siendo el teórico de una relación de trabajo, se desenvuelve sin aplicación de las normas que regulan a ésta. Se lo denomina también trabajo no registrado o no sujeto a contrato.

Es necesario precisar que no solo existe trabajo informal en el sector clandestino, sino también en empresas legalmente constituidas: es el área perniciosa del sector formal, constituida por trabajadores que laboran en una empresa registrada pero no figuran en los libros, en lo que se ha dado en llamar el "área negra del sector blanco".

Así mismo, debe advertirse que el sector informal es sumamente heterogéneo "y se define más por su divergencia a la normatividad del sector formal que por las probabilidades sociales comunes"[3]. Dentro de esa heterogeneidad conviven el trabajo asalariado y el trabajo independiente; el primero es "tan sólo una de las formas, aunque la más importante, de reproducción. Coexisten y aumentan otras formas: una tercera parte de

---

2) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*, Fondo Editorial de la PUC, 8ª. Edición, Lima 2002, p. 233.

3) DOMBOIS, Rainer. *¿Empleo "atípico" en economías sin empleo típico? Problemas analíticos del concepto de la relación laboral normal; el ejemplo de Colombia.* En: Reestructuración y regulación institucional del mercado de trabajo en América Latina. Instituto Internacional de Estudios Laborales, Ginebra 1993, p. 208.

la población ocupada[4] trabaja en la agricultura, entre ellos muchos como minifundistas, patronos o trabajadores familiares; solamente la mitad trabaja en forma asalariada (...). También en las economías urbanas se da una gran cantidad de personas que aparecen como trabajadores independientes, o como familiares, o manejan pequeñas empresas sin o con muy poco trabajado asalariado: obreros, pequeños comerciantes, trabajadores 'por cuenta propia', en total un cuarto de la población urbana ocupada. Una parte de estos últimos son, como los subcontratistas, asalariados disfrazados, independientes sólo de manera formal."

Es tan importante cuanto válida la distinción entre la economía del sector no estructurado y la economía ilegal. El primero corresponde a las actividades realizadas al margen de las estructuras económicas institucionalizadas, mientras el segundo es aquel que no satisface las exigencias de las leyes, reglamentos y prácticas nacionales[5].

I. CAUSAS DE LA INFORMALIDAD

La génesis del trabajo informal es consecuencia de un exceso de oferta de fuerza de trabajo no absorbida, sino en forma muy modesta, por las fuerzas productivas integradas al sistema económico formal. Este "excedente de fuerza laboral" se ve forzado a cumplir todo género de actividades de lo más dispares a fin de poder satisfacer, aunque sea parcialmente, sus necesidades de empleo e ingresos. El constante crecimiento de la fuerza de trabajo, a su vez, se encuentra vinculado a factores demográficos tales como el de la tasa de natalidad y el proceso migratorio del campo a la ciudad, y a factores sociales, entre ellos los cambios que experimenta la fuerza de trabajo secundaria en los patrones de salida al mercado laboral, en busca de empleos que permitan el incremento del nivel de ingreso familiar.

Favorecen el surgimiento y ampliación del sector informal principalmente dos factores: la reducción de los costos de la fuerza de trabajo, que hacen competitivos los precios, y la demanda de lo producido en el sector. A ello habría que agregar que el factor trabajo no es el único cuyo costo se reduce en la industria clandestina. El no pagar impuestos, el no llevar libros de acuerdo a la ley, la libertad de trabas burocráticas, evadir la legalidad, también favorecen decididamente el crecimiento a las actividades clandestinas.

El informal no lo es porque quiere: "el trabajo eventual no es simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aque-

4) El dato corresponde a Colombia, pero es perfectamente aplicable prácticamente a todo país subdesarrollado, en especial a los latinoamericanos. DOMBOIS, ibid., p. 228

5) Cfr. Recomendación Nº 169 de la OIT, sobre política del empleo: artículos 27.1 y 8, respectivamente.

llos que buscan trabajo"[6]. Ésa es, por lo demás, la tesis central que inspiró el célebre "El Otro Sendero" de Hernando de Soto: la persona se ve empujada a la informalidad, entre otros factores, por el "alto costo de la legalidad", entendido no sólo como cargas o gravámenes, sino traducido en engorros, pérdidas de tiempo, despilfarros y otros desaguisados del burocratismo.

Existe, pues, un "doble mercado de trabajo": "el oficial" que goza de una adecuada protección estatal y social, y que podemos ubicarlo dentro de una área regular; y "el clandestino", que carece de todo tipo de tutela y que entre otras cosas, determina que el producto bruto interno sea subvalorado, el cual encontraría su ubicación en un área irregular.

II. INFORMALIDAD Y SUBEMPLEO

El subempleo - hermano siamés de la informalidad - corresponde a dos situaciones: una visible, consistente en un trabajo de duración inferior a la común, o sea un trabajo a tiempo parcial (por lo general, por causa ajena a la voluntad del trabajador) o que cubre un número limitado de horas semanales; y uno invisible, llamado también paro encubierto, que corresponde a las personas que, cumpliendo una jornada ordinaria normal (y muchas veces, superior a la legal), obtienen un ingreso exiguo, o que ocupan empleos de inferior nivel al que correspondería a sus aptitudes ocupacionales, o que laboran en talleres o establecimientos de muy baja productividad relativa.

Informalidad y subempleo no son lo mismo. Pero casi. El trabajo informal es precario. Informalidad, precariedad y subempleo no tienen significado idéntico, pero suelen presentarse constantemente ligados entre sí: precarios, subempleados e informales constituyen y provienen de un grupo humano común, una masa social que pasa incesantemente de la legalidad a la clandestinidad, y esporádicamente regresa de ella.

Los límites entre esos conceptos no son tampoco claros ni están precisados, sobre todo porque el trabajo informal no sólo se da en el sector oculto de la economía, sino que, como hemos adelantado, también puede observarse en empresas legalmente constituidas.

Difícilmente podría afirmarse que dentro de la industria clandestina todos son eventuales, pero más difícil es hablar de trabajadores "estables" dentro de la industria informal. Al respecto, Grzetich y Mezzera[7] optan por diferenciar el trabajo informal entendido como "economía de subsistencia, de lo que es economía capitalista que deliberadamente se margina del cumplimiento de las obligaciones del sistema para lograr ventajas en materia de evasión tributaria y de incumplimiento laboral".

---

6) GALÍN, Pedro: *Condiciones de trabajo en los trabajadores por turnos de la industria del país*. CIAT, Lima 1982, p. 48.

7) GRZETICH LONG, Antonio y MEZZERA, Jaime. *Sobre el concepto de sector informal y sus consecuencias jurídicas*. En: Revista Relasur Nº 4, Montevideo 1992, p.121.

En tal sentido, las acciones frente a uno u otro deben ser diferentes, pues "el *trabajo informal* es el trabajo de subsistencia, que lo desarrolla quien, por su misma pobreza, no cumple con muchas normas porque no puede hacerlo. A éste, el Estado lo debe *promover, mejorando su situación, operando sobre la productividad y logrando optimizar sus ingresos*. En cambio la actividad desarrollada sin cumplir con la normativa vigente, buscando simplemente un mayor lucro, debe calificarse como sector de *trabajo ´negro´ o ´economía sommersa´*. Este tipo de actividades el Estado *debe desalentarlas y sancionarlas*".

En la informalidad, la palabra "precario" alcanza todas susacepciones lingüísticas y todos sus matices socio-económicos.

1. Derechos de los subempleados informales

Los trabajadores informales, tanto de la industria clandestina como del sector legal, están en el último peldaño en lo que a protección por el Derecho se refiere. Teóricamente son titulares de todos los derechos laborales, pero sólo son efectivos aquéllos que el empleador quiera reconocerles.

En lo que se refiere a remuneraciones, existe una gran heterogeneidad; por regla general, los trabajadores informales perciben menos que los del sector registrado; pero puede haber excepciones. Para el informal no hay jornada máxima de trabajo, ni descanso diario, semanal y menos vacacional; están fuera de los alcances del salario mínimo vital y, por supuesto, también de todas las demás compensaciones o prestaciones. Carecen de toda protección contra el despido arbitrario, y los derechos colectivos - libertad sindical, negociación colectiva, huelga - no tienen para ellos significación alguna. Finalmente, como es obvio, tampoco se incorporan a la seguridad social en ninguna de sus manifestaciones.

No es que las normas laborales no se dirijan a ellos; ocurre simplemente que la legalidad no les alcanza. Son los parias del sistema, alimento estadístico del subempleo, los marginados del derecho laboral.

Preciso es advertir, sin embargo, que no todo trabajo informal es peor que el que se cumple dentro de la norma. Hay informales voluntarios, que lo son por propia decisión, pues su colocación marginal a los regímenes legales no se agota en los derechos sino también y en gran medida trasciende a las obligaciones, en especial de carácter fiscal y parafiscal. El trabajador informal, sobre todo el independiente, crea su propio paraíso tributario, al que no acceden los controles ni la inspección de los agentes gubernamentales. Es posible, por ejemplo, que el chofer de taxi que conduce un vehículo alquilado obtenga para sí un mayor ingreso real que quien lo hace en régimen de subordinación, por más que a éste le correspondan derechos y beneficios de los que el primero está naturalmente excluido.

III: INFORMALIDAD Y FORMALIZACIÓN

Diversas han sido las iniciativas legislativas encaminadas a lograr el paulatino y progresivo acceso de la producción informal dentro del mercado estructurado, bien sea en los aspectos estrictamente laborales, como en los administrativos y tributarios. Dentro de esa línea se ubican, por ejemplo, las normas que buscan dar un tratamiento diferenciado a la pequeña y mediana empresa, y muy en especial a la micro empresa.

Del examen de tales normas es posible deducir, en cierta forma, la ambigüedad o "doble moral" con que es vista la informalidad.

Para algunos, se trata de una actividad ilegal y, por lo tanto, ilícita; desde tal trinchera, debe ser proscrita y perseguida. Para otros, no es sólo un proceso social inevitable, sino incluso benéfico, ya que permite a vastos sectores de la población acceder a medios de vida que el deficiente grado de desarrollo económico no les puede ofrecer por vía legal.

El informal, el subempleado, no lo son porque quieren: Tales anomalías no son "simplemente una forma de empleo que puede ser escogida por aquellos miembros de la fuerza laboral que la prefieren, sino principalmente es la única clase de empleo disponible para aquellos que buscan trabajo"[8].

Lo que resulta evidente es que una sociedad no puede desarrollarse a plenitud sobre la base de la coexistencia de una dualidad económico-productiva en la que la competencia, que es cada vez más aguda y compleja, no se da en términos de mejor productividad sino de simple abatimiento de costos "a cualquier precio". El fenómeno, siempre visto como endogámico, de algún modo trasciende las fronteras: ello ha producido lo que Adrián Goldín ha llamado "Campeonato Mundial por el abatimiento de las condiciones de trabajo", una de cuyas víctimas viene siendo el derecho del trabajo.

Dentro de la distinción entre empleo ilegal y economía no estructurada, la Recomendación Nº 169º de la OIT, sobre política de empleo, urge a adoptar medidas para combatir de manera efectiva el primero, y destaca la necesidad de adoptar medidas para permitir el traslado progresivo de los trabajadores del segundo al sector estructurado.

Por eso y por la condición mísera a la que es reducido por lo general el trabajador informal, no cabe duda de que algo tiene que hacerse desde el punto de vista legislativo, como también político y administrativo, si no para erradicar la informalidad -pretensión utópica-, al menos para lograr el respeto universal a ese mínimo inabdicable de derechos laborales a los que la OIT ha dedicado su "Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo" (1998).

Esta lucha por introducir a la informalidad dentro de los cauces del orden, y a los trabajadores subempleados dentro de la órbita del derecho laboral, es también una

8) GALÍN, Pedro. *Condiciones de trabajo en los trabajadores por turnos de la industria del país.* CIAT, Lima 1982, p. 48.

lucha por el empleo digno. Y por consiguiente, una manera de proteger al trabajador de la indefensión en que tal situación lo coloca.

Empero, parece un contrasentido relacionar la informalidad y la legislación, si asumimos que la primera vive al margen de la segunda. A tal punto que alguien ha destacado la paradoja subyacente en la pretensión de darle algún tipo de soporte o cobertura legal: desde el instante en que se introdujera en cauces legales, cualesquiera que fueren, dejaría de ser informal, o sea, dejaría de ser a secas.

Rubio Correa[9] señala que una de las "vías de asunción del problema de la informalidad por el Derecho es la denominada desregulación. Este concepto señala que el Derecho ha establecido muchas normas en el sistema, que deben ser eliminadas porque no son cumplidas y tampoco son necesarias; al revés, resultan inconvenientes porque estorban el normal desarrollo de la sociedad. Y la mejor prueba que se ofrece para ello es que, estructuralmente, la sociedad no las necesita y la informalidad (que le permite funcionar con mejor forma) no las obedece. La desregulación es una opción que, desde el punto de vista jurídico, supone las habilidades de determinar cuáles son las normas innecesarias, y de poder quitar del sistema las que sobran o estorban sin afectar la coherencia del conjunto y sin menoscabar, tampoco, las exigencias mínimas de regulación necesarias."

Ello no obstante, algunos países han previsto medidas legales positivas, encaminadas, si no a la formalización plena, sí al reconocimiento de su existencia con miras a su reconversión. A título de ejemplo, en la **República Argentina** se contempla el establecimiento de programas dirigidos a apoyar la reconversión productiva de actividades informales para mejorar su productividad y gestión económica. A tal efecto, considera como actividades informales, "aquéllas cuyo nivel de productividad esté por debajo de los valores establecidos periódicamente por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, o bien presenten otras características asimilables según lo establezca dicho Consejo". Tales programas deben promover la pequeña empresa, microemprendimientos, modalidades asociativas como cooperativas de trabajo, programas de propiedad participada, empresas juveniles y sociedades de propiedad de los trabajadores.

Las medidas de fomento son las siguientes:

a) simplificación registral y administrativa;
b) asistencia técnica;
c) formación y reconversión profesional;
d) capacitación en gestión y asesoramiento gerencial;
e) constitución de fondos solidarios de garantía para facilitar el acceso al crédito; y,

9) Ob. cit., p. 234

f) prioridad en el acceso a las modalidades de acceso único a prestación por desempleo.

Los proyectos a incluir en los programas requieren de la declaración expresa de viabilidad económica, formulada a partir de estudios técnicos específicos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual debe constituir y mantener un banco de proyectos, definir los lineamientos básicos para su diseño y brindar asistencia técnica para su ejecución y evaluación.

Por otra parte, se propende a la regularización del empleo no registrado; sancionando al empleador que no registrase una relación laboral con la obligación de pago de una indemnización al trabajador afectado, equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, la que en ningún caso podrá ser inferior a tres veces el importe mensual del salario. Se contempla así mismo indemnizaciones por consignarse una fecha de ingreso posterior a la real o una remuneración inferior a la percibida por el trabajador.

En **Colombia**, el sector informal "es definido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE - como aquel compuesto por trabajadores familiares sin remuneración; empleados domésticos, trabajadores independientes (cuenta propia) que no se ocupen en actividades técnicas o profesionales; y obreros, empleados y patronos de empresas hasta de diez (10) trabajadores en el caso de la manufactura y hasta de cinco (5) en el resto de sectores, o microempresas, las que además poseen activos inferiores a cincuenta millones de pesos"(OIT - Proyecto integral sobre el sector informal urbano) No hay en la legislación - en especial, el Código Sustantivo de Trabajo - ninguna referencia a las relaciones de trabajo en este sector. Como es natural, "las disposiciones del Código no marginan de su aplicación a ninguna relación laboral dependiente que se ejecute en el sector privado; sin embargo, de las 13 millones 400 mil personas que trabajan podríamos decir que no se aplica a más del 30% de dichos trabajadores", esto es, al sector marginal ya que "...cerca del 50% del empleo urbano se puede considerar como empleo informal, incluyendo en él a todos los trabajadores por cuenta propia que no sean profesionales o técnicos independientes y a todos los patronos y asalariados de empresas de menos de 10 trabajadores...; y tampoco a los trabajadores del sector rural no moderno (de los 13 millones 400 (mil) empleados, 40% residen en zonas rurales)".

En el **Perú,** el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con los ministerios de la producción, impulsa el establecimiento de programas especiales dirigidos a apoyar procesos de reconversión productiva en las empresas que vienen operando en el SIU, tendentes a mejorar sus niveles de productividad, con la finalidad de potenciar la capacidad generadora de empleo. Se pueden acoger a dichos programas los trabajadores cesantes como consecuencia de procesos de reestructuración social y reconversión tecnológica, los trabajadores informales propiamente dichos y los independientes que actúen en ese sector.

A su vez, son calificadas como actividades predominantemente de carácter informal, a todas aquellas que se desarrollen en forma independiente en el ámbito de la microempresa o en el de la pequeña empresa, y que desarrollen sus actividades productivas preferentemente en los sectores comercio, servicios, pequeña industria, construcción y de manufacturas básicas orientadas al mercado interno local, regional o nacional.

Se promueven determinadas modalidades empresariales, dentro del marco de la reconversión productiva: (i) microempresas y pequeñas empresas (definidas como tales por la ley pertinente); (ii) programas de accionariado difundido, y (iii) cooperativas de trabajadores.

Como incentivos la ley contempla los siguientes:

a) procedimientos simplificados de constitución y registro;
b) amnistías administrativa, entendida en el sentido de exoneración de multas por funcionamiento previo no registrado;
c) asistencia técnico-productiva;
d) asesoría empresarial;
e) formación profesional y reconversión laboral;
f) capacitación en gestión empresarial;
g) constitución de líneas de crédito preferenciales;
h) constitución de fondos solidarios de garantía; e,
i) constitución de fondos rotatorios de financiamiento.

El órgano de línea encargado de centralizar las decisiones relativas al diseño, aplicación y ejecución de los indicados programas es la Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a cuyos efectos deberá, entre otras funciones, constituir y mantener un Banco de Proyectos, en coordinación con organizaciones no gubernamentales, centros de investigación y otras entidades con las que celebre convenios de cooperación técnica.

IV. EL CASO DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA[10] – MYPE

Es verdad incontrastable que las medianas y pequeñas empresas, y en especial las microempresas, procrean, en relación con los medios invertidos en su puesta en marcha, más puestos de trabajo que la gran empresa, en términos absolutos y relativos. Toda política de empleo - y toda política de desarrollo, en verdad - debe prestar debida atención a este fenómeno.

---

10) Una definición generalmente aceptada de micro-empresa es la de "pequeña unidad económica con menos de 10 trabajadores, orientada, mayoritariamente, a la sobrevivencia y subsistencia de las personas a ella vinculadas, gracias a la creación de una fuente de empleo y de ingresos; un vínculo heterogéneo y complejo con base más en la primacía del trabajo sobre el capital". La pequeña empresa tiene unidad de gestión autónoma que reúne un conjunto de factores, en particular capital y trabajo, y se consagra a producir y vender bienes y servicios que responden a la demanda, con el objetivo de maximizar sus beneficios (Atelier Permanent/Document de Travail No. 1: L´Economíe Populaire en Amérique Latine).

No obstante, es en estos tipos de empresas donde proliferan la informalidad y el subempleo. Las estadísticas de OIT reflejan, en efecto, que de cada 100 nuevos puestos de trabajo, más de 80 son informales. Las empresas de dimensión mínima o modesta en efecto generan más empleo, pero de ínfima calidad.

Una política de empleo debe propender no sólo al crecimiento cualitativo: debe procurarse más plazas, pero de trabajo decente.

En esa línea, el apoyo a las PYME debe darse mediante un haz de medidas que incluyen, en los aspectos macroeconómicos, la orientación prioritaria de los recursos hacia las áreas productivas que generan mayor empleo, dotación de infraestructura de servicios, mecanismos de vinculación oferta-demanda, organizando la primera y estimulando la segunda; y orientado hacia lo microeconómico, simplificación de los trámite administrativos y apoyo en la constitución societaria, líneas especiales de financiamiento, información sobre mercados, capacitación gerencial, asistencia técnica, asesoría y consultoría orientada a mejorar la eficiencia en el uso de recursos y, consecuentemente, la productividad, y un larguísimo etcétera.

Ahora bien, dentro de esas medidas se propone muchas veces una cuestión asaz polémica, que suele enfrentar a académicos y pragmáticos, a gobiernos y gremios sindicales y empresariales: ¿deben establecerse regímenes laborales diferenciados: uno pleno para la gran industria, y otro moderado para las PYME; o la legislación laboral debe ser única y general?

En concreto, en nuestro país se ha dictado la Ley Nº 28015, la cual se refiere únicamente a la micro y pequeña empresa – MYPE (no a l,a mediana empresa).

En su artículo 2°, establece que debe entenderse como MYPE a *"la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios"*. Define como microempresa la que tiene entre uno y diez trabajadores y como pequeña empresa la que cuenta con entre uno y cincuenta trabajadores. En relación a los niveles de ventas anuales, la microempresa debe tener un monto máximo de ventas de 150 Unidad Impositivas Tributarias - UIT[11], y la pequeña empresa, un monto total de ventas de entre 150 y 850 UIT.

El régimen laboral especial de aplicación únicamente para las microempresas es de naturaleza temporal y rige del 4 de julio de 2003 al 3 de julio de 2008 (5 años).

Este régimen laboral especial establece diferencias con respecto al mercado formal, como por ejemplo:

11) Actualmente una UIT asciende a S/. 3,200.00 (tres mil doscientos y 00/100 nuevos soles).

a) En los centros de trabajo de las microempresas cuya jornada se desarrolle habitualmente en horario nocturno, no se aplicará la sobretasa del 35% establecida para el régimen general.
b) En materia de vacaciones, los trabajadores tienen quince días de descanso vacacional, contra treinta días en el mercado formal.
c) El importe de la indemnización por despido injustificado equivale a 15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de 180 remuneraciones diarias (aproximadamente 3 meses); a diferencia de régimen general formal, donde el monto de la indemnización asciende a una remuneración y media por cada año de servicios con el tope de 12 remuneraciones (8 años).
d) No tienen gratificaciones legales ni compensación por tiempo de servicios.
e) En lo referente a la afiliación a un régimen pensionario, la incorporación y permanencia de los trabajadores es dejada a la decisión de éstos.

Desde el campo doctrinario y teórico, las municiones que entrecruzan los partidarios de una legislación privativa y los que consideran que debe haber una única legislación general son de grueso calibre.

Quienes propugnan un régimen especial, de menores beneficios y bajos costos, como el peruano, arguyen que las legislaciones suelen ser fijadas con la mira puesta en las empresas más visibles, que tienen los sindicatos más poderosos, y por lo tanto que terminan siendo constrictoras de las empresas de menor dimensión, las cuales son así empujadas a la informalidad, espacio en el que los trabajadores carecen de toda protección y de todo derecho. La informalidad no es un estado buscado y deseado por nadie, sino la simple consecuencia del ya mencionado desmesurado costo de la legalidad. Si los costos legales disminuyeran - incluidos, natural y preponderantemente, los laborales, como también los tributarios y administrativos -, la informalidad cedería paso a la formalidad, que es el estado deseable y realmente deseado por todos.

En la acera del frente se argumenta que la ley no puede crear trabajadores de primera y segunda categoría, tratamiento dispar que es atentatorio contra los principios de igualdad y no discriminación. Por otra parte, crear un régimen de inferior nivel empujaría a las empresas a fraccionarse para aprovechar las ventajas de menores costos del nivel inferior: las empresas grandes devendrían en medianas, y éstas en pequeñas, con el resultado final de una atomización en la que los grandes perdedores serían los trabajadores.

El tema es agudo y merece un estudio y un análisis que desborda los alcances del presente reporte. Sin embargo, algunas líneas de coincidencia pueden existir entre posiciones tan encontradas. Veamos:

- Las políticas de empleo no pueden dejar de lado la promoción de las MYPE, sino que deben focalizarse en ellas, ya que allí radica el gran dínamo de generación de puestos de trabajo.

- La legislación laboral debe actuar, en su generalidad y universalidad, como el piso mínimo del andamiaje de derechos y beneficios. Ese piso debe corresponder de manera racional a las posibilidades reales de la economía y de todas las empresas. Por ende, es válido y lícito eliminar beneficios exagerados, antitécnicos y antieconómicos, como en su momento proclamaran los movimientos de las reformas de la pasada década.
- No contradice el principio de igualdad el que existan salarios diferenciados - en especial, los salarios mínimos, que son fijados por vía oficial y con carácter imperativo -, en atención al volumen de la empresas, como también a otros factores como la actividad productiva, la ubicación geográfica, el costo de vida relativo, etc. Como el salario suele ser la medida de los demás derechos, que por lo general se basan en él y lo usan como patrón de referencia, en materia de costos un salario menor produce en cadena beneficios de costo también menor.
- La manera adecuada de compensar las diferencias entre empresas sin con ello atentar contra la vivacidad de la producción, es a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva tiene como virtud suprema la de armonizar las necesidades y aspiraciones legítimas de los trabajadores con las posibilidades reales de las empresas para atenderlas. No por la imposición ciega de un legislador distante, sino por la persuasión y el mutuo convencimiento.
- Una política de empleo - y dentro de ella, una política para las PYME - debe estar sustentada en la participación de los interlocutores sociales.

Es de destacar que la OIT, en la Recomendación Nº 169 (1984), pone de relieve que las políticas de empleo deberían tener en cuenta la importancia de las pequeñas empresas como fuente de empleo y reconocer la contribución a la lucha contra el desempleo y al crecimiento económico de las iniciativas locales generadoras de empleo. Estas pueden adoptar diversas formas, tales como empresas tradicionales, cooperativas y asociaciones, y brinda oportunidades de empleo sobre todo a los trabajadores enfrentados a dificultades especiales. Una forma de apuntalar su desarrollo consiste en promover las relaciones de complementariedad, para mejorar las condiciones de trabajo y ampliar sus posibilidades de acceso a los mercados, créditos, conocimientos técnicos y tecnologías avanzadas.

LA AMNISTÍA A EMPLEADORES INFORMALES

*MARIO PASCO LIZÁRRAGA**

Sumario:

Introducción I.Contexto del asunto: la formalización empresarial II. Amnistía, condonación, transacción III. Amnistía a informales IV. Amnistía … ¿laboral? V. La única vía … ¿imposible?

INTRODUCCIÓN

Pocas cosas más insultantes para el cumplido pagador de impuestos que el otorgamiento de ventajas o concesiones a quien, en su momento, optó por la desobediencia.

Casi nada más hiriente para el deudo de una víctima, que el perdón social al delincuente.

Sin embargo, ambos escenarios integran o han integrado en algún momento nuestro sistema jurídico. La amnistía es un recurso al que, con naturalidad a veces chocante, las legislaciones recurren como método de lograr *males menores*.

En lo laboral, empero, hasta donde tenemos conocimiento no ha sucedido lo propio[1]. La posibilidad de que el sistema ofrezca la reducción o eliminación de acreencias laborales generadas pero no reconocidas y difícilmente exigibles, como medio de lograr beneficios – distintos, menores posiblemente, pero concretos – para el titular de aquéllas, se ha considerado siempre, *a priori*, como fuera de límites.

(*) Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

1) En lo laboral, el término amnistía ha sido usado en sentido muy distinto del que seguiremos en el presente trabajo. Normalmente ha descrito intervenciones legales a favor de trabajadores o ex trabajadores que dejaron sin efecto represalias laborales por actos políticos o gremiales, que al ser revisadas políticamente se determinaron como injustas; como simple referencia, la Ley Nº 25267 o la ley española Nº 46/1977. Nosotros utilizaremos libremente el término para aludir a un escenario completamente distinto; opuesto en realidad: hipotéticas medidas relativas a infracciones laborales de empleadores o adeudos no reconocidos por empresarios informales, es decir, una amnistía a favor de empleadores.

En el presente trabajo exploraremos algunos de los puntos de contacto que pueden existir entre la figura de la amnistía y el derecho laboral, en el contexto de hipotéticas campañas de fomento de la formalidad en las relaciones de trabajo. En otras palabras, básicamente trataremos de constatar algunos de los límites recién aludidos.

A ese efecto, nos plantearemos interrogantes alrededor de algunas de las situaciones jurídicas que operan en el supuesto de un *perdón* de origen legal o son generadas por el mismo, y las contrastaremos con las instituciones del derecho laboral con incidencia en el mismo.

I. CONTEXTO DEL ASUNTO: LA FORMALIZACIÓN EMPRESARIAL

Todo programa de formalización de empresas parte de la premisa de que aquella es beneficiosa para todos o una mayoría significativa de los involucrados, dado que el empleo subterráneo acarrea una serie de consecuencias negativas para todos ellos.

CAPÓN FILAS, refiriéndose a las consecuencias de la *clandestinidad* mencionaba que, desde la óptica del trabajador "es altamente probable que el salario de bolsillo (…) sea inferior a las tarifas legales o convencionales, o a las remuneraciones habituales de la actividad. Si bien es posible que en ciertas actividades este salario sea superior a aquéllas, el resultado global, también en estos casos excepcionales, será inferior, porque rubros tales como asignaciones familiares, licencias pagas, indemnización por accidentes de trabajo o por despido, no son percibidos"; desde el punto de vista de las "empresas cumplientes", la consecuencia es que "éstas enfrentan una competencia desleal por parte de los dadores de empleo clandestino, quienes operan con menores costes, y soportan además mayores cargas para mantener el sistema, ya que, ante un universo aportante deprimido, las incidencias sobre los cumplientes aumentan"; para las agencias de la Seguridad Social, finalmente, el perjuicio vendrá por el lado de "haberse deprimido el universo aportante y aumentado el pasivo a través de la incidencia vegetativa". Ello, para referirse sólo a las consecuencias económicas, siendo que el propio autor detectaba además consecuencias dañinas en lo social, lo cultural y lo político[2].

Tener compañías registradas y susceptibles de seguimiento, que cumplan sus obligaciones administrativas, tributarias y laborales, aparece por tanto como provechoso para (i) el Estado, que puede recaudar, (ii) la Seguridad Social, que podrá cumplir sus fines respecto de un mayor universo de beneficiarios, con bases más sólidas, (iii) las propias empresas, que pasan a operar en un contexto de mayor seguridad y predictibilidad, y naturalmente (iv) los trabajadores, que logran acceso a mejores beneficios y mayor protección.

---

2) Para todo: CAPÓN FILAS, Rodolfo. Empleo clandestino: desafío a la sociedad. En: El empleo precario en Argentina. CIAT. Lima, 1988. pp. 51-53.

Un programa de fomento de la formalidad, de otro lado, funcionará sólo en tanto ésta se presente a sí misma como atractiva para las empresas a ser integradas. En tanto la informalidad ofrezca más ventajas al empresario, éste difícilmente regularizará su situación, pues preferirá permanecer en la economía oculta.

Para lograr el traslado será necesaria una doble mecánica. En primer lugar, la práctica extralegal deberá acarrear consecuencias negativas para el infractor; en segundo pero no menos importante lugar, el ingreso del sujeto a la economía deberá llevar implícito algún tipo de incentivo, de premio.

Lo primero normalmente está dispuesto ya en el ordenamiento: la normativa tributaria y la administrativa plantean sanciones, recargos e intereses para el deudor, y en el plano laboral existen presunciones y previsiones destinadas a encarecer[3] la decisión de actuar fuera del marco establecido en la ley[4]. Lamentablemente muchas veces – justamente como parte del problema – el nivel de su aplicación real es notoriamente insuficiente.

El programa de formalización, por lo tanto, reposará principalmente en lo segundo: se ofrecerá algún tipo de fomento para persuadir al empresario de hacer lo que hasta ese momento ha considerado inconveniente o innecesario.

Parte importante de ese fomento puede venir dado por vía del establecimiento de estatutos especiales para la operación de las empresas a formalizar. Es claro que a ello se ha dirigido, por ejemplo, la introducción temporal[5] de un régimen laboral diferenciado para la micro empresa (Ley Nº 28015), así como la creación de figuras tributarias especiales o simplificadas. En la mayoría de casos el criterio no ha sido directamente la calidad de informal de la empresa, sino su tamaño, afrontándose la formalización por vía indirecta, a través de la facilitación a las pequeñas y medianas empresas del cumplimiento de la normativa mediante el establecimiento de mínimos reducidos: "Cuando en razón del tamaño reducido de la empresa el ordenamiento laboral introduce alguna diferenciación, ésta se traduce casi siempre en una *reformatio in peius* de lo dispuesto en las reglas generales"[6].

Pero dichas técnicas no resuelven un problema que afronta toda empresa que considere su formalización, cual es la existencia de obligaciones provenientes del tiempo durante el cual ha operado en la economía paralela. Cuando un empresario informal sopesa la posibilidad de obtener el RUS, o abrir su libro de planillas, necesariamen-

---

3) Incluimos aquí modalidades como la tentada en Argentina mediante Ley Nº 24013, que bajo el título "regularización del empleo no registrado" imponía al empleador el pago de indemnizaciones mejoradas al trabajador en caso de no haberlo registrarlo formalmente, ofertando como *incentivo* a la formalización – además de beneficios relativos a aportes a la seguridad social – la exoneración de tales indemnizaciones.

4) La presunción contenida en el artículo 40º de la Ley Procesal del Trabajo; el interés automático previsto por el D.L. 25920; indirectamente, el carácter persecutorio de los créditos laborales establecido por el Decreto Legislativo Nº 856; entre otros.

5) Hasta el 4 de junio de 2008.

6) DIESTE, Juan Francisco. Relaciones laborales en las pequeñas y medianas empresas. B de F. Buenos Aires, 1995. p. 79.

te toma en cuenta que tales actos lo harán más vulnerable a que la Administración Tributaria revise su actividad previa, y naturalmente – con más importancia para lo que nos ocupa – que sus trabajadores en algún momento le exijan el reconocimiento o pago de beneficios generados durante el tiempo en que laboraron fuera de registro.

La posibilidad de que un determinado programa ofrezca incentivos o premios relativos no sólo al tiempo futuro sino también al pasado, entonces, será un componente central para que aquél logre o no niveles suficientes de éxito, entendido éste como la incorporación del mayor número posible de empresas informales al ámbito formal. A esa posibilidad aludimos cuando en el presente trabajo utilizamos – confesando que de manera abiertamente desaprensiva – el término *amnistía laboral*.

Los incentivos o premios, a su vez, sólo serán efectivos si suponen una real ventaja para su beneficiario, como la disminución de sus obligaciones o modificaciones en las condiciones de éstas, lo que correlativamente implica algún tipo de afectación a quienes tendrían calidad de acreedores de las mismas.

Es aquí donde aparecen los verdaderos obstáculos.

II. AMNISTÍA, CONDONACIÓN, TRANSACCIÓN

Amnistía es, en su acepción original, el "olvido legal de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores"[7].

Saltaremos el ámbito natural de la figura, que es el derecho penal. Nos limitamos a constatar que, por lo extremo de las situaciones sobre las que opera, en el Perú la amnistía de delitos:

- es facultad privativa del Congreso de la República[8], prevista explícitamente en el inciso 6) del artículo 102º de la Constitución;
- se presenta en raras oportunidades y genera siempre encendidos debates de naturaleza eminentemente política.

Transplantado al ámbito de las relaciones patrimoniales, el componente principal de todo evento equiparable a una amnistía será la anulación de un acto o – para lo que examinamos – el levantamiento de alguna obligación ya generada. Tal levantamiento podría producirse, por hipótesis, unilateral o plurilateralmente, y operar en forma gratuita u onerosa para el beneficiario.

El ámbito más vistoso para la figura es el fiscal. De hecho, es el campo en que más frecuentemente se usa el término, a pesar de no corresponder propiamente a la nomenclatura jurídica tributaria, sino provenir más bien de prácticas de difusión de las

---

7) Vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española. Versión electrónica, 2001.

8) El inciso 13) del artículo 139º de la Constitución impide a la Administración de Justicia revivir procesos fenecidos, y al efecto menciona explícitamente la amnistía como uno de los supuestos que producen autoridad de cosa juzgada.

campañas de la administración. Pedro Flores Polo, citado por IGLESIAS FERRER, nos informa:

> "Como se advertirá el concepto jurídico de amnistía se encuentra configurado dentro de la esfera penal y en esa acepción la toma el Derecho Tributario. Mediante las leyes de amnistía tributaria se suprimen los efectos y las sanciones contra los sujetos pasivos que han infringido las leyes tributarias, permitiéndoseles regularizar su situación legal hasta un determinado ejercicio fiscal a partir del cual el Estado impone todo el peso de la ley tributaria, <<olvidándose>> de todo lo anterior". [9]

En lo tributario, una amnistía consistirá en el otorgamiento de facilidades para el pago de tributos pendientes, declarados o no, pudiendo extenderse a la exoneración de recargos o multas, e incluso a la remisión de parte o toda la deuda tributaria propiamente dicha, sea en cuanto al principal o en lo que a intereses devengados se refiere.

Resulta natural que su implantación, cuando suponga ventajas reales para los beneficiarios, no sea pacífica. Explica CORDERO GARCÍA:

> "La finalidad de estas <<regularizaciones tributarias>> no se encuentra, normalmente, en el intento de acercar el ordenamiento tributario a la justicia, sino una razón mucho más pragmática, la incapacidad de los órganos de la Hacienda Pública para combatir el fraude fiscal. Ante esta situación cabe plantearse si se encuentra justificado el incumplimiento de disposiciones de carácter general en aras del pragmático objetivo recaudatorio. Se está cuestionando la eficacia y corrección del sistema sancionador y, fundamentalmente, se está tratando con más dureza a aquéllos que cumplieron sus obligaciones tributarias en tiempo y forma que a aquéllos que no lo hicieron (…)"[10]

Con todos los cuestionamientos, lo cierto es que la figura existe y se aplica regularmente, incluso en su variante más extrema, que incluye la condonación de adeudos. Nuestro Código Tributario prevé expresamente dicha posibilidad, lo que – en teoría al menos – abre un amplio camino a que los programas de regularización o formalización de empresas incorporen el pasado.

Por cierto, tratándose de medidas siempre discutibles, dolorosas para la sociedad, se requiere intervención del máximo nivel, motivo por el cual el artículo 41º del Código Tributario exige norma expresa con rango de ley para toda condonación de deudas tributarias[11].

En el derecho administrativo el perdón de sanciones también es usual, y se aplica con restricciones o requisitos incluso menores que en lo tributario. Operan aquí básicamente el principio de legalidad y las reglas de atribución de la competencia que, aunque con grandes matices, permitirán al órgano del que surgió determinada obligación o

---

9) IGLESIAS FERRER, César. Derecho Tributario. Dogmática general de la tributación. Gaceta Jurídica. Lima, 2000. p. 617

10) CORDERO GARCÍA, José Antonio. La condonación en el ámbito tributario. Marcial Pons. Madrid, 1999. p. 68.

11) Aunque prevé como excepción que los gobiernos locales pueden condonar con carácter general el interés moratorio y las sanciones. De más está decir que es esta la manifestación más frecuente – y visible – del ejercicio de la facultad.

regulación socorrer a los infractores mediante el levantamiento de las consecuencias de su incumplimiento.

Es de principal importancia tener en cuenta que en todos los ámbitos que hemos repasado hasta el momento: penal, administrativo, tributario, se trata del emisor de la norma – el Estado – influyendo o determinando situaciones en las que cuenta con legitimación, por ser titular – o por lo menos principal titular – del derecho del cual se dispone. En lo fiscal, por ejemplo:

> "La voluntad del Estado se manifestará a través de la Ley, la cual podrá, bien determinar que la deuda quede extinguida, sin satisfacción, (…) o bien, autorizar a la Administración para extinguir la deuda sin satisfacción."[12]

La justificación y sustento de las amnistías penales, tributarias, administrativas, será entonces la búsqueda del bien común, o al menos del mal menor, por vía de la abdicación del Estado de algún derecho, atribución o expectativa *del cual es titular*, en beneficio de los particulares infractores.

Pero dicha justificación y ese sustento no sirven al momento de examinar la situación respecto de contratos de trabajo en informalidad – salvo, como es lógico, en cuanto a los componentes tributarios y administrativos de la ecuación –, dado que en este supuesto se incorpora a la figura un titular de derechos distinto del Estado: el trabajador.

Tratándose de derechos o expectativas laborales el Estado, en buena cuenta, no contaría con legitimación de origen o directa para disponer de los mismos por vía legal.

En consecuencia, nos será útil dar una brevísima mirada a las formas de extinción de las obligaciones en el ámbito privado, y dentro de ellas las que pudieran tener relación con el asunto, para recién luego entrar al análisis laboral de la cuestión.

Nuestro sistema reconoce, a través del Código Civil, que las obligaciones se extinguen por (i) pago, (ii) novación (iii) compensación, (iv) condonación, (v) consolidación, (vi) transacción y (vii) mutuo disenso. Nos referiremos a la condonación y a la transacción, por ser las formas que mayor contacto pueden tener con la materia que venimos tratando.

En el derecho privado, común, si la extinción opera sobre una deuda reconocida o no dudosa, y se produce en forma gratuita, se configura condonación.

A este respecto, el artículo 1295º del Código Civil no exige mayores requisitos – salvo, como es obvio, que no exista vicio en la voluntad – y permite cualquier medio de prueba para acreditar el acuerdo de las partes.

Si, en cambio, la extinción se produce respecto de una obligación no reconocida, dudosa o litigiosa, contemplando *concesiones mutuas*, habrá operado una transacción, para la que simplemente se requiere forma escrita[13].

---

12) CORDERO GARCÍA. Op. cit., p. 72.
13) Según el artículo 1304º del Código Civil.

En lo que es vital para lo que nos ocupa, el artículo 1303º del Código Civil determina que la transacción "debe contener la renuncia de las partes a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción".

III. AMNISTÍA A INFORMALES

Como hemos insinuado en páginas anteriores, una figurada amnistía a empresas informales, para ser efectiva, tendría que ofrecer incentivos en varios frentes: en lo administrativo y en lo tributario, pero también en lo laboral y en lo referido a la seguridad social.

Los dos primeros aspectos, ya lo hemos visto, no ofrecen dificultades, pues el Estado ostenta la facultad de disposición sobre lo que se encuentre impago o pendiente. Una ley podría, en ejemplo extremo, condonar todas o buena parte de las deudas de las empresas que opten por pasar al sector formal, simplemente ante solicitud o registro de éstas.

Extendiendo la figura, cabe aplicar el mismo principio a los aportes a la seguridad social en salud. No resulta impensable que en determinado momento, mediante mandato legal, se dispensara del pago de reintegros a las empresas que regularizaran su situación, dado que el beneficio a sus trabajadores sería directo, y que no existiría gran perjuicio, pudiendo asumirse el tiempo pasado sin cobertura – o con cobertura respecto de la cual ESSALUD goce de derecho de repetición – como hecho consumado, que ya operó todos sus efectos respecto de cada trabajador involucrado.

Que los aportes estén regidos por el Código Tributario – según la Norma II del Título Preliminar del mismo – resulta sólido punto de apoyo adicional para postular que la condonación es posible[14].

Pero hemos visto también que no bien ingresamos a tratar con intereses de terceros la libertad de que goza el Estado para disponer de derechos propios desaparece. Este es el caso de los incumplimientos previsionales y laborales.

Lo previsional conforma un escenario algo más complicado que las prestaciones de salud, dado que los aportes acumulan un fondo – en el caso del Sistema Privado de Pensiones – o generan periodos de aportación que luego servirán para generar una pensión a favor del trabajador, en el Sistema Nacional de Pensiones.

La salida, empero, sí se presenta – por lo menos en lo teórico – como posible. Cabría que, siempre en el contexto de un programa, el Estado renunciara al cobro de parte o todas las aportaciones adeudadas, pero reconociendo el tiempo de aportes al trabajador, con lo que el perjuicio a éste quedaría eliminado. En buena cuenta, y po-

14) Contra esto podrá argumentarse que el interés del que se dispone no es en estricto estatal, dada la especial naturaleza de ESSALUD.

niendo las cosas en la realidad, no es otra cosa lo que sucede cada vez que el Estado perdona deudas tributarias pero conserva sus obligaciones frente a la sociedad intactas y asume por tanto el costo del perdón.

IV. AMNISTÍA … ¿LABORAL?

En el campo laboral lo dicho no tiene cabida. Todo lo no pagado por el empleador informal es una pretensión directa del trabajador, y es claro que en este ámbito el Estado no podría asumir las deudas. Por lo tanto, la lógica en la que hemos estado da paso a otra totalmente distinta, identificada en un comienzo con lo dicho alrededor de las deudas civiles, pero que rápidamente se separa de éstas.

De inicio, como hemos ya adelantado, una mecánica de perdón de adeudos en la que no interviniera de alguna forma el trabajador, o incluso un acreedor civil, sería impensable:

> "El sujeto condonante variará atendiendo al ámbito del ordenamiento jurídico en el que nos encontremos. Así, en el ámbito civil será el acreedor el que deba manifestar su voluntad de extinguir la deuda, mientras que en el ámbito del Derecho Penal será el Estado el que, mediante ley directamente, o indirectamente, atribuyendo competencias a órganos administrativos o judiciales (…) deberá manifestar su voluntad de condonar. En el ámbito del derecho sancionador administrativo y tributario, deberá ser la ley la que, o bien condone directamente, o atribuya competencias a órganos administrativos o judiciales para condonar"[15]

A ello se agrega como poderosísimo obstáculo el artículo 62º de la Constitución[16], que consagra la libertad de contratación, y la imposibilidad de aplicar retroactivamente las normas.

Según el artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la "prestación personal de servicios remunerados y subordinados" configura un contrato de trabajo. Cuando un empleador informal procuró servicios que cumplieron tales características, se generó un contrato que, de acuerdo a la normativa, produjo a su vez una serie de beneficios a favor del trabajador.

Si una norma introdujera mecanismos de gracia al deudor, en este caso el empleador informal, que pudieran ser ejercidos sin intervención del acreedor, estaría modificando retroactivamente las consecuencias de un contrato que en su momento se pactó válidamente y generó consecuencias jurídicas, lo que no puede ser admitido.

---

15) CORDERO GARCÍA. Op. cit., p. 57

16) "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (…)"

Cualquier programa de regularización que pretenda tocar el tiempo pasado incorporando aspectos laborales, tendrá que pasar entonces por alguna de los métodos de extinción de las obligaciones que procura el ordenamiento privado, todas las cuales exigen intervención del acreedor.

Líneas atrás hemos marcado la condonación como acto gratuito, casi unilateral, y la transacción como acto de concesión mutua.

Siendo que el fin de un programa de formalización, en lo laboral, sería beneficiar al trabajador, debe descartarse también la condonación simple.

Ello porque una condonación de acreencias laborales por parte del trabajador, incluso salvados los obstáculos propios de la disciplina laboral que veremos más adelante, requeriría que aquéllas fueran ciertas y exigibles, siendo que el problema principal para los trabajadores de empresas informales es justamente la obtención del reconocimiento de la existencia de las acreencias.

Pero principalmente porque si lo que se busca es en efecto el beneficio del trabajador, más importante que aquello que el trabajador pierda debe ser lo que el trabajador obtenga.

Aquí quizás el meollo del asunto. De nada vale pensar en las posibilidades de perdonar al empleador infractor si la contrapartida no va a ser provechosa para el trabajador. Cualquier fórmula de revisión del pasado, entonces, tendría que partir de que el trabajador que consienta a la misma obtendrá cuando menos:

- Inscripción retroactiva en la planilla de remuneraciones;
- Cobertura inmediata de la seguridad social
- Aplicación irrestricta *a futuro* de la legislación laboral – con las peculiaridades que eventualmente contenga el propio programa de regularización – y señaladamente de los mínimos remuneratorios.
- Protección especial – al menos temporal – contra el despido, para evitar el uso abusivo de la amnistía.[17]

Por ende, estaremos hablando en todo caso de una fórmula *cuasi* transaccional, en la que las partes concedan algo a, y obtengan algo de, la otra. El empleador: tranquilidad por el pasado; el trabajador: mejores condiciones hacia el futuro.

Llegado este punto resulta ya imprescindible referirnos a las instituciones jurídicas laborales con incidencia directa en el punto.

Un acuerdo transaccional, incluso por vía regulada como lo sería un programa de formalización, supone, como ya se dijo, *renuncia* de las partes a toda pretensión frente a la otra sobre el objeto de dicha transacción. Esto topa con la barrera directa, normalmente considerada infranqueable, de la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

---

17) Un empleador informal malintencionado podría acogerse a la amnistía para favorecerse con la reducción *retroactiva* de pasivos ocultos, para luego prescindir del trabajador y retornar al empleo oculto.

El principio de irrenunciabilidad de derechos, la "restricción dispositiva individual del trabajador"[18], es base fundamental de toda la disciplina laboral. La ley – informa PLA RODRÍGUEZ – "establece la invalidez de las renuncias y transacciones que tienen por objeto los derechos [derivados de normas inderogables] (…), tanto si estos negocios son concluidos en el acto de constitución de la relación de trabajo o durante ella, como si son celebrados después de su terminación"[19].

Si el principio no existiera o no se lo respetara, todo el derecho laboral caería por su propio peso, privado de todo significado. Si fuese posible que empleador y trabajador estipularan con – supuesta – libertad los términos de su contrato, si la normativa laboral fuese de naturaleza supletoria a la voluntad de las partes, sería uso rutinario de los empleadores librarse de tal normativa por vía contractual. En el derecho laboral, la "limitación al poder de disponer de sus derechos, que rige con respecto al trabajador, es de toda lógica para ser coherente con el propósito tutelar que lo inspira"[20].

Abrimos un paréntesis para detenernos un momento en las implicancias que para un trabajador de empresa informal tendría una eventual disposición de derechos discutidos o no reconocidos, por única vez, frente a la condena a permanecer en forma indefinida y quizás permanente fuera de la órbita protectora de la formalidad. Consideramos que en tal situación la justificación y fuerza conceptual del principio se mantienen, pero su eficacia práctica como herramienta tutelar del interés de aquél puede llegar a cuestionarse: de nada le servirá al trabajador que sus derechos sean irrenunciables si éstos no se plasman en realidades.

Tendría que admitirse, por tanto, que dada una determinada situación, en forma excepcional, el sistema aceptara algún tipo de disponibilidad de derechos; en ningún caso como mecanismo permanente, pero sí como instrumento de transformación en una coyuntura específica, en una situación en la que se lograra consenso en el sentido de que la *renuncia* va a lograr para el trabajador mayores beneficios que perjuicios. Este punto reaparecerá más adelante.

Más allá de la disquisición, el artículo 26º de la Constitución establece como principio de la relación laboral el "carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley".

Esto supone que de presentarse en una relación laboral algún derecho distinto a los reconocidos por la Constitución o la ley, puede ser objeto de disposición por parte del trabajador[21].

---

18) PODETTI, Humberto. Los principios del derecho del trabajo. En: Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social. 1ra. Ed. UNAM. México D.F, 1997. p. 147

19) PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. 2da. Ed. actualizada. Depalma. Buenos Aires, 1978. p. 72. Texto aclaratorio entre braquetes nuestro.

20) PLA RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit. p. 81.

21) Lo que permite, por ejemplo, los pactos de reducción de remuneraciones superiores al mínimo legal, o la eliminación por contrato de beneficios cuyo origen sea estrictamente contractual.

Pero nuestro sistema rehúsa admitir que una relación laboral deje de generar las consecuencias *mínimas* dispuestas en la ley, incluso si media intervención del trabajador. Haciendo la conjunción con lo dicho antes sobre la configuración del contrato de trabajo, concluimos que, en el estado actual de las cosas, una vez que el trabajador prestó servicios para el empleador informal, adquirió el derecho a que se le paguen cuando menos los derechos *mínimos* previstos en la legislación. A modo indicativo:

a) Que su remuneración no fuera inferior al mínimo legal, en caso que laborara en jornada completa, ni inferior al mínimo legal incrementado en un 35%, en caso de prestar servicios en jornada nocturna.
b) Que se le abonaran 14 remuneraciones al año
c) Que se le otorgara un día de descanso semanal remunerado, un mes de descanso remunerado anual, y se retribuyera en forma mejorada el trabajo por encima de las 8 horas diarias (en promedio).
d) Que se acumulara CTS a su favor.
e) Que se le pagara un *plus* determinado en la ley como asignación familiar, en caso de tener hijos menores.
f) Que se contratara un seguro de vida en su favor, una vez cumplidos los cuatro años de servicios.

Apréciese que, salvo los puntos a) y e) que son fijos en cuanto a su monto, todos los restantes derechos se encuentran referidos a la remuneración del trabajador; y todos en absoluto, obedecen al tiempo durante el cual el trabajador haya prestado servicios.

Por tanto, todo beneficio reconocido en la legislación o la ley dependerá de modo virtualmente absoluto de los *hechos* de los que se parta. Si tales hechos son objeto de concordato, el precepto constitucional determina que el trabajador haya adquirido derecho a un cobro fácilmente cuantificable, y no podrá celebrarse convenio que se lo reste o lo elimine.

En consecuencia, una regularización en la que las partes – trabajador y empleador informal – declararan tiempo de servicios y remuneración: (a) tendría que tener como consecuencia que se pague todos y cada uno de los beneficios antes mencionados al trabajador o, (b) supondría vulneración al principio constitucional de irrenunciabilidad.

Alguien postulará, ante esta constatación y a fin de rodear el impedimento de la irrenunciabilidad, que las partes – trabajador y empleador informal – puedan declarar tiempo de servicios y remuneración, confiriendo la normativa sobre formalización valor absoluto a dicho acuerdo, teniendo como único mínimo a respetar el constituido por la remuneración mínima vital.

Como quiera que los datos básicos de la relación habrían quedado fijados, sin poder ser objeto de revisión, el empleador podría regularizar la situación pagando los beneficios de acuerdo a los mismos.

En otras palabras, la ley tendría que abdicar de la verificación de la veracidad de la declaración de las partes, y se limitaría a constatar el respeto a los mínimos de ley para todo el periodo concordado. Se trataría de una especie de transacción en la que, en lugar de renunciar las partes a toda pretensión mutua pendiente, concordarían en unos hechos, y aplicarían – prácticamente en base a un formato predeterminado – las consecuencias previstas en la legislación para los mismos.

En la práctica, esto probablemente supondría liquidar todo el tiempo pasado en base a mínimos legales y limitar el reintegro a los beneficios colaterales, por ser muy difícil que un empleador accediera a reconocer que había estado pagando menos que la remuneración mínima vital.

Esta supuesta salida sería abiertamente transgresora del principio de primacía de la realidad.

Tendría como principal inconveniente – descalificador en nuestro concepto – que, mientras que el sueldo se regiría por el mínimo legal, no habría en cambio garantía alguna en cuanto a que lo declarado por las partes sobre el tiempo de servicios fuese real o cuando menos se acercara a la realidad. Nada mas penoso para quien propugnara esta mecánica que observar la presentación de múltiples solicitudes de regularización en las que los trabajadores declararan haber acumulado un mes de servicios o menos.

La posibilidad directa y real de que, por vía de la supuesta transacción, se otorgara a los empleadores informales la posibilidad de obtener virtual condonación de todas sus deudas, constituiría una hipocresía legal indefendible. Sería además, qué duda cabe, una trasgresión disfrazada a la irrenunciabilidad que defiende la constitución.

V. LA ÚNICA VÍA ... ¿IMPOSIBLE?

De lo visto, encontramos que la única posibilidad de que el tiempo pasado pudiera ser objeto de concesiones a efectos de promover la formalización de empresas, consistiría en la autorización de acuerdos *para*-transaccionales, tripartitos[22], por los cuales el trabajador y el empleador informal acordaran:

- Condiciones para regularizar lo ya ejecutado en cuanto a su contrato de trabajo, poniendo punto final a toda discusión sobre la misma, en lo que constituiría, no cabe negarlo, renuncia del trabajador a derechos de índole laboral, y,
- Lo previamente anotado en cuanto las condiciones futuras de empleo.

Que la figura sea incompatible con el precepto constitucional supone que su implementación requeriría disposición de ese rango.

---

22) Es claro que al darse el acuerdo en el marco de procesos de regularización, los incentivos y la regularización misma no estarían ceñidos a lo laboral únicamente, sino que tendrían que abarcar los ámbitos tributario y administrativo. Con ello, la intervención del Estado en el asunto resultaría mandatoria.

Como es fácil de entender, una *amnistía* de este tipo sólo puede darse en una única oportunidad, dado:

- el requerimiento recién mencionado: la intervención constitucional;
- que, en propia naturaleza, un *nuevo inicio* o *punto cero* puede darse en forma creíble sólo una vez; y,
- que supondría además, como queda claro, el abandono temporal de uno de los principios básicos del derecho laboral, retroceso excepcional por así exigirlo las necesidades reales de protección a los trabajadores, según ya se expuso.

Sería, pues, una disposición constitucional transitoria que, por única vez, autorizara a instaurar programas de regularización laboral de empresas informales, con dispensa del principio de irrenunciabilidad.

No sabemos si valdría la pena. Tampoco si, llegado el momento, la excepción sería tolerable para quienes consideramos que el derecho del trabajo es imprescindible para que una sociedad pueda considerarse civilizada.

Pero algo tenemos que admitir, regresando a las frases con las que iniciamos este trabajo: para el cumplido pagador de impuestos sí existe algo más insultante que la amnistía tributaria: la continuación impune de la evasión. Correlativamente, peor que el perdón del crimen es el delito mismo, su continuación o su repetición.

Cabe preguntarse, entonces, si conviene más al trabajador conservar derechos que no han sido, o *perderlos* para obtener otros que tengan reflejo en la realidad.

En el mismo sentido, la real apreciación de la figura tendría que ser considerada desde la perspectiva de sus efectos. Simplemente considérese cuál sería la situación actual de muchos trabajadores del sector informal si una medida de ese tipo se hubiera dado hace algunos años. Con renuncia de derechos, con pérdida de lo que les correspondía, su situación podría ser mejor que la actual, haber obtenido mejor *calidad de empleo*[23].

Lejos de haber llegado a conclusiones, pues, nos quedamos con una gran incertidumbre.

De ella, sólo podemos extraer la necesidad de que, llegado el momento de afrontar el aparentemente imparable avance del empleo informal, se hagan cálculos de costo - beneficio, siempre fríos, odiosos, pero a veces indispensables, respecto de las eventuales ventajas de una excepción como la tratada.

Lima, setiembre de 2004

---

23) INFANTE y VEGA-CENTENO detectan como atributos de calidad del empleo, desde la perspectiva del trabajador, entre otros: "la existencia de un contrato de trabajo, que garantice la estabilidad tanto del empleo como de las remuneraciones, y la provisión de beneficios adicionales en materia de seguridad social (salud y pensiones) y recreación. Igualmente, deberían incluir: la regulación de las horas de trabajo, la minimización del factor riesgo (…) y condiciones de trabajo aceptables. INFANTE, Ricardo, y VEGA-CENTENO, Máximo. La calidad del empleo: Lecciones y tareas. La calidad del empleo. OIT. Santiago, 1999. p. 12.

EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA CALIDAD DEL EMPLEO EN LIMA METROPOLITANA

TATIANA VELAZCO*

Sumario:

Introducción. I. La calidad del empleo: revisión de conceptos II. Indicadores de calidad del empleo 1. Indicadores de calidad del trabajo asalariado privado

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objetivo presentar el desempeño reciente del mercado de trabajo limeño en lo referente al empleo asalariado. El enfoque propuesto enfatiza el análisis de la calidad del empleo, por lo que se discute inicialmente los conceptos asociados a este término.

El empleo asalariado ha crecido en las modalidades flexibles, y la permanencia promedio de los trabajadores en las empresas ha decrecido sostenidamente, pasando de 8 años en 1986, a 6 años en 1991 y a 4 años en el 2003. La rotación laboral de los trabajadores que tienen contratos flexibles es casi cuatro veces la de los trabajadores con contrato indefinido. Esta intermitencia en los empleos afecta negativamente el acceso a la seguridad social, en particular al sistema de pensiones. Sólo 4 de cada 10 asalariados está afiliado, lo cual supone un problema potencial para el país en el futuro.

El análisis de la calidad del empleo asalariado se basa en el estudio de las variables: modalidad de contrato laboral, duración de los empleos, seguridad social, salarios, sindicalización y horas de trabajo, entre las más importantes y pasibles de ser estimadas con las fuentes estadísticas disponibles.

(*) Magíster en Economía por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro.

La conclusión principal es que existe una gran deficiencia en la calidad del empleo asalariado, independientemente de la definición que se adopte, y los indicadores han mejorado muy poco en la última década.

I. LA CALIDAD DEL EMPLEO: REVISIÓN DE CONCEPTOS

El nuevo orden económico mundial que se sintetiza en el término globalización, ha producido transformaciones en el mundo del trabajo[1] destacando la flexibilización del mercado, la reestructuración de los sistemas de seguridad social, el debilitamiento del sindicalismo y de las negociaciones colectivas entre otros temas. La dinámica de las empresas ha cambiado en las últimas décadas, deben enfrentar los cambios tecnológicos, la apertura de los mercados y prepararse para enfrentar competitivamente los nuevos retos. Para los trabajadores es cada vez más difícil pensar en la estabilidad en la empresa y hacer una carrera ascendente, deben preocuparse en mantener la estabilidad de sus ingresos en un contexto de alta rotación laboral, lo que plantea la exigencia de mantenerse empleables a través de la capacitación permanente.

El nuevo contexto plantea la necesidad de combinar flexibilización, competitividad internacional y protección social, de tal manera que se reduzca la dificultad de la inserción en el mercado de trabajo, la precariedad de los empleos y las inseguridades del paso por la cesantía.

El tipo de inserción en el mercado de trabajo tiene implicancias sobre las condiciones en las que se desarrollan los empleos y los beneficios derivados de estos. En la literatura especializada el centro de la discusión se ha puesto en el concepto de empleo precario como sinónimo de empleo de baja calidad. Se considera precario a todo trabajo que tiene carácter provisorio o incierto cuya duración depende de la voluntad de alguno de los contratantes. Así, es posible contraponer el concepto de trabajo precario al de trabajo estable que es una característica del contrato de trabajo típico.

Córdova (1985)[2] señala que el derecho laboral consideró como típico el trabajo asalariado prestado en relación de dependencia o subordinación y alrededor de esa situación fue construyendo el sistema de protecciones, prohibiciones y regulaciones que integran la disciplina. La tutela laboral fue privilegiando una forma de trabajo asalariado y dependiente que se caracterizaba por tres presupuestos adicionales:

a) un empleo a tiempo completo dentro de los límites de la jornada máxima;
b) un contrato de trabajo de duración indefinida;
c) un trabajo prestado para un solo empleador en el centro de trabajo de este;

---

1) Espinoza Malva, "Trabajo decente y protección social". Oficina Internacional del Trabajo (Santiago de Chile, 2003).
2) Córdova Efrén, "Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas", relato general al X Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas, setiembre 1985), publicado en revista de Derecho Laboral, Nº 142, p.247.

En una primera aproximación se identifica el empleo precario con el empleo atípico, es decir, aquel que no cumple con alguno de los elementos del empleo típico. Por lo tanto, se define en forma residual respecto al tipo de trabajo que se considera apropiado. La noción de empleo precario también incluye las relaciones laborales previstas en la legislación o aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia. Sobre este punto se ha planteado que la predominancia en la legislación laboral de contratos a plazo fijo, a tiempo parcial y otros, hacen que la noción de típico se empiece a asociar a este tipo de relaciones laborales[3]. Otros autores van aun más lejos y plantean que "la precariedad se transformará en la forma normal del empleo en el futuro" .

La mayoría de los autores, coinciden en que el empleo es precario, cuando existen tres elementos: inestabilidad, es decir, carencia de contrato permanente e inseguridad, no existe el cumplimiento de las normas relativas al derecho laboral y la protección social, y los ingresos son muy bajos.

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) ha manifestado su preocupación por la expansión de la precariedad y de la inseguridad en América Latina y el Caribe, los beneficios del desarrollo económico no se han transformado en progreso social y laboral. Señala que el empleo que "dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo" y presenta el concepto de *trabajo decente* como el trabajo productivo en el cual los derechos son respetados, con seguridad y protección y con la posibilidad de participación en las decisiones que afectan a los trabajadores[4]. Se ha establecido seis facetas del trabajo decente[5], las oportunidades de trabajar y la libertad de escoger empleo, se refieren al objetivo de que haya empleos suficientes y de que estos reúnan las condiciones mínimas aceptables. Las otras cuatro; trabajo productivo, equidad, seguridad y dignidad, indican hasta que punto el trabajo existente es "decente" y ha sido aceptado libremente. Adicionalmente, importa considerar el entorno socioeconómico que determina parcialmente lo que una sociedad específica considera "decente" y hasta que punto el logro del trabajo decente afecta positivamente el desempeño socioeconómico y del mercado de trabajo de un país.

Las consecuencias de la precariedad o poca calidad del empleo son:

- Se ha quitado homogeneidad al sistema de relaciones laborales. Más que un sistema se debe hablar de subsistemas cada uno con reglas y criterios propios[6].
- Intermitencia ente la situación del empleo/desempleo,
- La diferenciación de condiciones de trabajo entre los trabajadores estables y propios y los trabajadores temporales y/o externos[7].

---

3) Vieira Marta; Villavicencio Alfredo, "La protección de los trabajadores en el Perú" Informe realizado para la OIT, 2000.
4) "Globalización y trabajo decente en las Américas" Informe del Director General-OIT, Diciembre 2002. Lima.
5) OIT. Revista Internacional del Trabajo, Volumen 22, Nº 2 p. 167. Ginebra 2003.
6) Rasso Juan; Fernández Hugo, "Formas de protección de os trabajadores precarios" en XI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, libro de ponencias, junio 2000. Fundación de Cultura Universitaria, Colonia del Sacramento.
7) Espinoza Malva(2003). Ibid.

- Acceso limitado de los trabajadores a la seguridad social.
- Alta rotación laboral, esto trae como consecuencia períodos de permanencia cortos en las empresas afectando las posibilidades de inversión en capacitación del personal y de mejoras de la productividad de la empresa.

II. INDICADORES DE CALIDAD DEL EMPLEO

Los puestos de trabajo de buena calidad deberían tener atributos tales como[8]:

a) la existencia de un contrato de trabajo, b) la provisión de beneficios en materia de seguridad social (salud y pensiones), c) la regulación de las horas de trabajo, d) la minimización del factor riesgo, e) el ejercicio de los derechos colectivos, f) condiciones de trabajo aceptables. Otros factores que también se consideran son las características técnicas del puesto, el margen de decisión del trabajador, el esquema de supervisión y la ubicación del mismo en la estructura de la empresa.

Los atributos de los empleos que se plantean son aplicables a las relaciones laborales dependientes y parcialmente al otro segmento de trabajadores constituido fundamentalmente por los independientes. En el Cuadro Nº1 se presenta la evolución de la distribución de los ocupados en Lima Metropolitana en el periodo 1990 - 2003. Se destaca la concentración de los ocupados en el empleo asalariado privado, 48%; los independientes concentran el 44% de la mano de obra y el sector público absorbe el 8%. En el lapso de 13 años el empleo público se ha contraído y en compensación ha

Cuadro Nº1
Lima Metropolitana: Distribución de la PEA ocupada según categoría ocupacional, (en porcentajes)

Estructura de mercado	1990	1995	2000	2003
Asalariados públicos	11.3	8.0	8.6	7.8
Asalariados privados	47.6	50.5	45.6	48.2
Microempresa	17.8	22.0	20.7	20.0
Pequeña empresa	11.8	12.4	10.0	12.8
Mediana y grande	18.0	16.2	14.9	15.4
Independientes 1/.	41.0	41.4	45.8	44.0
Total relativo	100.0	100.0	100.0	100.0
Total absoluto	2,334,477	2,846,029	3,264,790	3,361,308

Fuente: MTPE, Encuesta de Niveles de Empleo 1990 - 1995;
Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares III Trim 1996-2001;
MTPE, Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo 2002 y 2003.
1/ Incluye trabajadores familiares no remunerados, trabajadores del hogar y practicantes, que suman el 10% de la ocupación.

8) Infante Ricardo (editor). "La calidad del empleo: la experiencia de los países latinoamericanos y de los Estados Unidos". OIT Chile, 1999.

crecido el empleo independiente; la participación de los asalariados privados en el empleo total se ha mantenido, destacando la microempresa por su capacidad de absorción de mano de obra.

La revisión de los indicadores de calidad del empleo se hará exclusivamente para los asalariados privados. En el grupo de los asalariados, suele considerarse a los que cuentan con contrato indefinido como trabajadores con empleos de calidad o no precarios. Los que tienen modalidades de contratación flexible y los sin contrato son considerados trabajadores precarios.

El grupo de los trabajadores independientes (44%), que en su gran mayoría se ubican en el denominado sector informal, son considerados trabajadores precarios por la inestabilidad de sus trabajos, la carencia de protección social y los reducidos ingresos que los sitúan, en muchos casos, en condición de pobreza.

1. Indicadores de calidad del trabajo asalariado privado

En esta sección nos concentraremos en un conjunto de indicadores asociados al trabajo asalariado privado; su selección se ha realizado tomando en cuenta su relevancia y la posibilidad de su construcción con las fuentes estadísticas disponibles en el país. Los indicadores que se presentan son: antigüedad en el empleo, formalidad de las relaciones laborales, afiliación al seguro de salud y sistemas de pensiones, sindicalización y jornada laboral. Las fuentes estadísticas son las del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En la última década hubo un cambio en la estructura del empleo si tomamos en cuenta el grado de estabilidad laboral. Así, en 1990 el 61% de los asalariados privados declaraba tener una relación laboral estable y en el 2003 el 23% se declaraba en similar situación[9]. La reforma laboral de la década del noventa estableció diversas modalidades contractuales que se pueden clasificar en dos grupos: el de duración indeterminada, que es percibido como "estable" y los contratos "eventuales" donde se conoce la fecha de inicio y fin de la relación laboral. En esta categoría se incluyen las otras modalidades que se utilizaron intensivamente en la última década. A modo de ejemplo se puede mencionar que en 1995 se registraron 378 mil contratos modales en el país, cerrándose el 2003 con 826 mil contratos dentro de una tendencia creciente que se acelera en el 2001.

La permanencia de los trabajadores en los empleos es un tema asociado a la estabilidad laboral y un indicador de la misma es la antigüedad en los empleos, entendida como el tiempo laborado con el mismo empleador, independientemente de los cambios en la ocupación desempeñada al interior de la empresa. La antigüedad en el empleo está determinada por el desempeño económico de la empresa, la legislación

9) MTPE. Boletín de Economía Laboral Nº 21, setiembre 2002. Lima.

laboral, la productividad del trabajador, entre otros factores. La duración media de los empleos privados ha disminuido, pasando de ocho años en 1986 a cuatro después de la reforma y se ha mantenido estable en este nivel, lo que indicaría que el efecto de la legislación sobre la movilidad laboral llegó a su límite (Ver Cuadro Nº 2). Adicionalmente, con información proveniente de las encuestas de establecimientos se conoce que la rotación laboral[10] de los trabajadores con contrato indefinido es la más baja, llegando a ser ¼ de la experimentada por los que tienen contrato a plazo fijo[11].

En el Cuadro Nº 3 se explora la formalidad de las relaciones laborales a través de la distribución de los asalariados privados según el tipo de contrato que mantienen con la empresa. Más de la mitad de los asalariados no cuenta con contrato de trabajo, 52%, y ésta situación es más apremiante en la microempresa, 87%; en la pequeña empresa asciende al 47% y en las empresas más grandes el 20% de los asalariados no está registrado. El 23% de los asalariados tiene contrato indefinido, predominando esta modalidad en las empresas de mayor tamaño, y el 19% contrato a plazo fijo, siendo esta modalidad muy poco utilizada en las microempresas.

Esta situación de no registro de los asalariados así como la alta movilidad de la mano de obra ocasiona una gran restricción al acceso a los servicios de salud y al

Cuadro Nº 2
Lima Metropolitana: Duración media de los empleos privados
1986, 1991, 1996, 2000 - 2003

Años	Duración media de los empleos (en años)
1986	8
1991	6
1996	4
2000	4
2001	4
2002	4
2003	4

Fuente: MTPE, Encuesta de Niveles de Empleo 1986 y 1991.
Convenio MTPE - INEI, Encuesta Nacional de Hogares III Trimestre, 1996 - 2001
MTPE, Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 2002 y 2003
Nota: Se consideraron a los asalariados privados que laboran en empresas de 2 a más trabajadores.

10) La rotación laboral se calculó como el promedio de las tasas de entrada y salida de las empresas de cada tipo de contrato.
11) MTPE. Boletín de Economía Laboral Nº 21, setiembre 2002. Lima

Cuadro Nº 3

Lima Metropolitana: Asalariados del sector privado según tipo de contrato y tamaño de empresa, 2000, 2003 (en porcentajes)

Tipo de contrato	Microempresa	Pequeña empresa	Mediana y grande	Total
2000				
Indefinido	7.75	18.77	40.11	22.17
Plazo fijo (1) (2)	1.36	19.62	35.97	18.3
Honorarios Profesionales	3.17	6.05	6.64	5.12
Sin contrato (3)	87.72	55.57	17.28	54.41
Total relativo	100.0	100.0	100.0	100.0
Total absoluto	531,341	314,290	486,318	1,331,949
2003				
Indefinido	5.59	19.82	43.4	23.07
Plazo fijo (1) (2)	4.18	21.12	33.24	19.34
Honorarios Profesionales	2.85	11.83	3.23	5.57
Sin contrato (3)	87.38	47.23	20.13	52.01
Total relativo	100.0	100.0	100.0	100.0
Total absoluto	520,894	418,491	514,905	1,454,290

Fuente: Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares 2000 III trim.
MTPE. Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, 2003 III trim.
Nota técnica:
(1) Contratos sujetos a modalidad
(2) Aquellos que se encontraban en período de prueba (un porcentaje que no alcanza el uno por ciento de la PEA asalariada) se les consideró poseer un contrato a plazo fijo
(3) Los trabajadores sin contrato son aquellos que además de no poseer un contrato no están registrados en planilla

sistema de pensiones, lo cual tiene implicancias para el bienestar de los trabajadores tanto durante su vida laboral activa como en el momento del retiro al no contar con un sistema de pensiones que los ampare. En el Cuadro Nº 4 se aprecia la reducción de la afiliación tanto al sistema de salud como al de pensiones en el período 1990-2003, pasando de una proporción de asalariados afiliados de 35% a 25% en el caso del seguro de salud y a 30% en el de pensiones.

En cuanto al ejercicio de los derechos colectivos se conoce que en la década del noventa se debilitaron las organizaciones sindicales lo cual trajo como consecuencia la disminución del número de afiliados a los sindicatos y el uso restringido de la negociación colectiva para resolver los pliegos de reclamos. En la Gráfico Nº 1 se observa que la tasa de sindicalización pasó de 3.9% en el año 2001 a 6% en el 2003; similar situación se presentó con el número de trabajadores que resolvían sus pliegos a través de la negociación colectiva, en el 2001 eran 29 mil y en el 2003 se pasó a 44 mil.

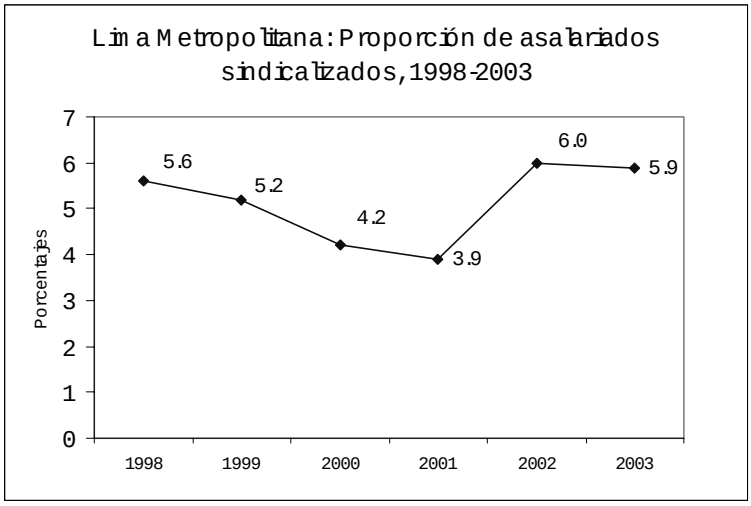
Cuadro Nº 4

Lima Metropolitana: Proporción de asalariados afiliados al sistema de salud y pensiones (en porcentajes).

Tipo de Afiliación	1990	1995 2/.	2003 3/
Afiliados a un seguro de salud	-	34.8	25.1
Afiliados a un sistema de pensiones	-	31.0	30.1
Afiliados al IPSS 1/.	35.0		

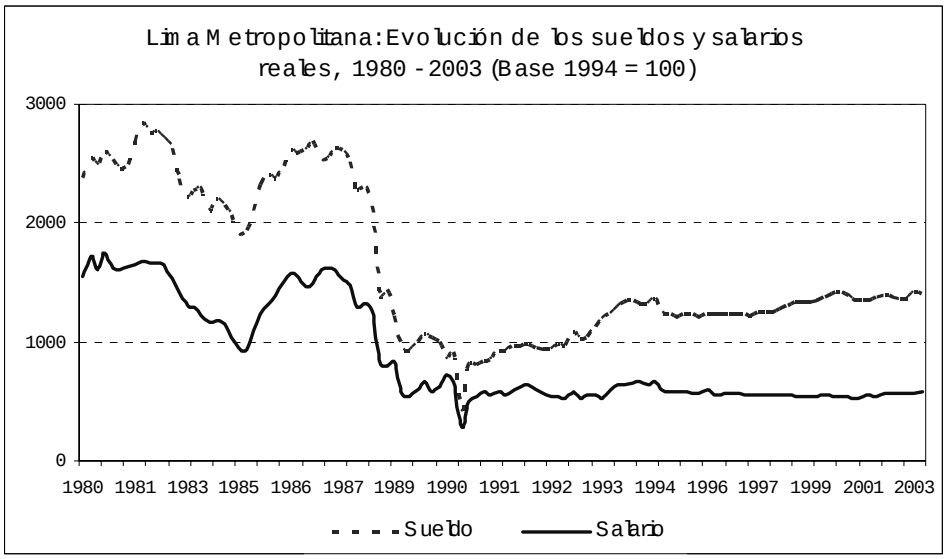
1/. MTPE-Encuesta de Niveles de Empleo. Para el año 1990 sólo se puede determinar si estaban afiliados al IPSS . Sólo se ha tomado en cuenta a los asalariados.
2/. MTPE-Encuesta de Niveles de Empleo, 1995. Para este año no es posible saber quien aporta o paga las cuotas por afiliación. Sólo se ha tomado en cuenta a los asalariados
3/. MTPE-Encuesta Nacional de Hogares 2003 - Encuesta de Hogares Especializada en Empleo 2003. Considera a los trabajadores afiliados al sistema de salud (que su cuota de afiliación es pagada por el empleador) y a pensiones.

Gráfico 1



Fuente : MTPE -Hoja de Resumen de Planillas 1998 a 2003

Una variable estrechamente ligada a la calidad de los empleos es la remuneración percibida. Esta es determinada por las características tecnológicas de la empresa, el sector donde desarrolla su actividad económica y las calificaciones del trabajador. En los últimos años los trabajadores más calificados son los que han percibido los mayores incrementos de remuneración aumentando de esta forma la brecha con aquellos de menores ingresos. En el ámbito del empleo asalariado formal, los salarios de los obreros se han mantenido prácticamente constantes, en cuanto a su poder de compra, en la última década y los sueldos de los empleados han tenido pequeños incrementos (Ver Gráfico Nº 2). Si comparamos con los inicios de los ochenta veremos que el poder de compra se redujo fuertemente, casi en 60%, a inicios de los años noventa y casi no ha experimentado variaciones desde esa fecha.



Fuente: MTPE. Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios, 1980-2003.
Nota: se refiere a las remuneraciones promedio por categoría ocupacional en empresas de 10 y más trabajadores.

Finalmente, el último indicador que abordaremos es el de las horas semanales trabajadas. Según la legislación la jornada laboral semanal es de 48 horas y las horas extras se pagan con una sobretasa que la ley determina. En los últimos años se ha observado una extensión de la jornada laboral en los diversos estamentos del mercado de trabajo, el promedio general pasó de 49.9 horas en el 2000 a 51.6 horas en el 2003. Existen pequeñas diferencias en el promedio de horas trabajadas entre las categorías de trabajadores. Así, en el 2003 los asalariados laboraron 52.4 horas semanales en promedio, destacando los de las microempresas con 54.6 horas semanales; los independientes no calificados 52.9 horas semanales y los asalariados del sector público trabajaron 47.6 horas semanales en promedio (Ver Cuadro Nº 5).

La información de las encuestas de establecimientos[12] muestran un crecimiento sostenido del volumen de horas extras trabajadas en los últimos tres años, siendo éste más pronunciado en el caso de los empleados respecto a los obreros. Así, en el mes de septiembre del 2000 se trabajaron 1.73 millones de horas extras en las empresas de 10 y más trabajadores de Lima Metropolitana, para similar periodo del año 2002 esta cifra ascendió a 3.6 millones. Este tema de la extensión de la jornada laboral se entrecruza con el cumplimiento del pago de las horas extras. Estimaciones preliminares han mostrado que hay una fracción importante de horas extras que no son pagadas, lo cual tiene un efecto negativo sobre el bienestar de los trabajadores y también se constituye en una forma de reducción de los costos laborales.

12) MTPE. Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios en empresas de 10 y más trabajadores.

Cuadro Nº 5
Lima Metropolitana: Ocupados por horas semanales de trabajo según estructura de mercado, 2000 y 2003

Año	Distribución de las horas semanales de trabajo (%)						Total	Horas de trabajo
	Hasta 14	15 a 34	35 a 47	48	49 a 59	60 a más		Promedio
2000	6.5	15.2	20.2	8.4	15.5	34.2	100.0	49.9
Sector público	-	15.9	28.3	6.9	20.7	28.2	100.0	50.5
Sector privado (1)	3.5	10.5	22.6	12.9	16.5	34.0	100.0	51.2
Microempresa	5.2	13.9	20.7	9.0	13.5	37.6	100.0	51.0
Pequeña empresa	5.0	12.0	24.5	13.9	17.8	26.8	100.0	48.0
Mediana y grande	0.2	4.7	24.0	17.7	19.8	33.6	100.0	53.7
Independiente	12.8	18.1	16.6	3.4	13.5	35.6	100.0	48.3
Profesional, técnico o afín	17.5	22.8	22.0	2.6	11.0	24.0	100.0	43.2
No profesional, no técnico	12.2	17.5	15.9	3.5	13.8	37.1	100.0	49.0
Trab. familiar no remunerado	1.6	37.1	18.6	3.7	19.6	19.3	100.0	43.7
Resto (2)	6.1	13.6	12.6	8.4	7.8	51.6	100.0	54.0
2003	3.7	14.9	18.9	11.3	14.7	36.5	100.0	51.6
Sector público	-	23.4	31.5	15.7	9.4	20.0	100.0	47.6
Sector privado (1)	2.5	9.1	20.3	15.8	17.0	35.3	100.0	52.4
Microempresa	3.9	7.8	15.7	12.4	15.1	45.1	100.0	54.6
Pequeña empresa	2.0	15.0	19.8	13.7	18.3	31.3	100.0	50.3
Mediana y grande	1.1	5.8	26.6	22.0	18.5	26.0	100.0	51.2
Independiente	7.0	19.4	15.4	4.4	13.0	40.8	100.0	51.3
Profesional, técnico o afín	13.1	36.2	15.2	4.8	17.1	13.6	100.0	36.6
No profesional, no técnico	6.3	17.4	15.4	4.4	12.5	43.9	100.0	52.9
Trab. familiar no remunerado	-	36.5	18.3	4.2	14.3	26.7	100.0	45.1
Resto (2)	1.8	11.0	12.0	13.6	12.5	49.1	100.0	55.9

Fuente: Convenio MTPE - INEI, Encuesta Nacional de Hogares, III Trimestre 2000.

MTPE. Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, III Trimestre 2003.

Notas:

(1) Incluye a los empleadores. Microempresa comprende de 2 a 9 trabajadores, pequeña de 10 a 49 trabajadores y mediana y grande de 50 a más trabajadores.u

(2) Incluye trabajadores del hogar, practicantes y FLJ.

TEMA II

RELACIONES LABORALES Y COMERCIO INTERNACIONAL

Ponencias oficiales

Alfredo Villavicencio Ríos

Luis Vinatea Recoba

Ponencias libres

Miguel Canessa

Raúl Saco Barrios

Liliana Tsuboyama Shiohama

César A. Puntriano Rosas

LA REGULACIÓN DEL TRABAJO EN LA GLOBALIZACIÓN, LA INTEGRACIÓN REGIONAL Y EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS*

Sumario:

I. Globalización y comercio exterior. 1. Definición de la globalización y su relación con el comercio.1.1. Las ventajas de la globalización: apertura, competitividad, crecimiento. 1.2. Las desventajas de la globalización y la necesidad de impulsar su dimensión social. 2. Las consecuencias de la globalización en el derecho del trabajo. II. Los acuerdos de integración y sus vínculos con el derecho del trabajo. 1.Marco general. 2. Los procesos de integración. 2.1. Tipología de niveles de integración. 2.2. La apertura económica y el respeto de los derechos laborales. 2.3. El núcleo duro de los derechos laborales. 3. La dimensión social en los procesos de integración regional: la experiencia de la Unión Europea. 3.1. El eslabonamiento inicial: integración, crecimiento económico y solución automática de los problemas sociales. 3.2. Nacimiento y consolidación de la política social. III. Las regulaciones laborales en los Tratados de Libre Comercio. 1. Aspectos generales. 2. Los Tratados de Libre Comercio y su relación con las normas laborales. 3. Conveniencia de incluir cláusulas laborales en los Tratados de Libre Comercio. 4. Contenido del capítulo laboral. 5. Los precedentes. 5.1. El NAFTA y el Acuerdo Laboral de Cooperación Laboral de América del Norte. 5.2. El TLC entre Estados Unidos y Chile. 5.3. El TLC entre EE.UU. IV. Conclusiones.

(*) Viceministro de Trabajo, doctor en Derecho y profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
El autor agradece profundamente a Valeria Galindo por su inestimable colaboración en la preparación de esta ponencia.

I. GLOBALIZACIÓN Y COMERCIO EXTERIOR

1. Definición de la globalización y su relación con el comercio.

El concepto de globalización ha ido evolucionando a lo largo del tiempo adquiriendo en distintos contextos significados diversos y provocando varias reacciones en cada grupo de interés. En términos generales, ha sido definido como una nueva fase del capitalismo que se caracteriza por la incorporación de nuevos mercados a nivel mundial, permitiendo un crecimiento de la mercantilización, en todas las esferas del ámbito económico-productivo y político-social; ampliando los flujos de información, generados en beneficio principalmente de las empresas y de los mercados (Mercader, 2003, p. 96).

Es importante tomar en consideración que definir a la globalización solamente desde la perspectiva de la liberalización comercial limita su extensión y empobrece el debate. Es por ello que se sostiene que la globalización presenta una forma multidimensional; siendo que, en la actualidad se manifiesta en diversos planos: el económico, el social, el político y el ecológico, que a su vez están interconectados (Tamanes, 2002, p. 2). Sin embargo, para efectos de esta ponencia solo nos centraremos en la manifestación del proceso de globalización desde el ámbito productivo, por ser la que se encuentra más interconectada con las relaciones laborales[1].

Respecto a la manifestación económica de la globalización, se debe tener en cuenta que ésta se expresa a través de la ampliación de mercados, de la liberalización del comercio y de la integración económica[2] (Campana, 1999, p. 21). Por lo tanto, esta tendencia ha supuesto una creciente importancia de las transacciones comerciales, así como un proceso dinámico de progresiva apertura de las economías, que incidieron en la integración tanto en el mercado de bienes y servicios, como en el mercado de factores productivos como el trabajo, ampliando también el intercambio de tecnología y de capitales (De la Dehesa, 2000, p. 1). Todo ello, ha supuesto un acercamiento[3] creciente de los Estados, replanteando especialmente su papel en la promoción de las actividades económicas.

Es por ello que se afirma que la globalización ha significado la expansión de la economía capitalista y de sus postulados teóricos tales como la libre competencia, el libre mercado, el libre cambio, el incremento de las exportaciones, el predominio del capital financiero, entre otros (Ermida, 2003, p. 1). Sin embargo, se debe destacar que no se está frente a un proceso nuevo, pues por el contrario, la globalización económica

---

1) La vinculación entre el derecho del trabajo, la economía y el comercio internacional existió desde siempre. En efecto, el derecho internacional del trabajo surgió con una doble finalidad; por un lado, regular la competencia y, por otro, evitar la explotación económica a fin de salvaguardar la dignidad humana.

2) Este tema será desarrollado en el punto II solo precisaremos que esta puede ser regional o global.

3) Una de las respuestas al proceso de globalización ha sido en algunas partes la regionalización económica, es decir, la creación de bloques de integración económica que buscan ampliar el mercado interno. Desde esta perspectiva, es necesario resaltar las experiencias de Un1ión Europea, NAFTA – *North American Free Trade Agreement* (EE.UU. Canadá y México), Asia.

ha tenido varias etapas de desarrollo que vienen desde hace siglos. Para García Laso (2003, p. 16), la primera etapa se llevó a cabo entre 1870-1914, mientras la segunda se inició en 1960 y dura hasta la actualidad. Estas dos etapas permiten advertir que se presenta un proceso de expansión, multiplicación y profundización de las relaciones sociales y de las instituciones, que ha producido una profunda conexión económica entre los Estados.

Diversos autores definen la globalización resaltando su papel en la vinculación más estrecha de los mercados y de los pueblos del mundo, producida gracias a los desarrollos de la tecnología y a la desaparición de las barreras artificiales que limitaban la movilidad de bienes, servicios, capitales y personas a través de las fronteras (Stiglitz, 2002, p. 37). Entre los factores que vienen determinando recientemente las características del proceso de globalización, se destaca el impulso promovido por la aparición de un nuevo sistema tecnológico que ha permitido la aceleración de la integración de los mercados a través de un desarrollo de las telecomunicaciones, de las tecnologías de la información y de la microelectrónica (Freeman, Clark & Soete, p. 35).

Respecto a los impactos de la innovación tecnológica sobre el nivel de empleo, es importante distinguir entre el efecto destrucción creadora y el efecto competitividad (Tostes, 1998, p. 98). El efecto destrucción creadora se relaciona con la creación y la destrucción de nuevos sectores a partir del reajuste en el tejido productivo motivado por las grandes innovaciones. Por su parte, el efecto competitividad es el efecto positivo sobre el empleo procedente del aumento de la demanda de los productos de una economía motivado por el proceso de modernización.

Es importante resaltar que cada nivel de análisis presenta una combinación diferente entre los dos efectos, por lo que estos impactos no son uniformes para todas las regiones, sino que dependen de su inserción económica a nivel mundial. En este sentido, se ha puesto en relieve que los países en desarrollo se encuentran en desventaja respecto a la posibilidad de generación de empleos en el nuevo contexto tecnológico, pues ellos tienden a importar las nuevas tecnologías de modo que el elemento multiplicador de este tipo de inversión con relación a los empleos utilizados en su producción puede permanecer fuera de sus economías si no se encuentran con la mano de obra adecuada a las nuevas necesidades.

1.1. Las ventajas de la globalización: apertura, competitividad, crecimiento.

La globalización ha puesto en marcha un proceso de cambio de gran alcance que afecta a todos (OIT, 2004, p. xi). Las nuevas tecnologías han creado un mundo más interrelacionado, el cual ha permitido reducir el nivel de aislamiento experimentado por una buena parte de los países en desarrollo. Así, el proceso de globalización ha contribuido a la liberalización de los mercados, a través de los procesos de apertura de las economías al comercio mundial, lo cual implicó una mayor movilidad de bienes, servi-

cios y capitales (De la Dehesa, 2000, p. 2), pero también de mano de obra. En efecto, el comercio mundial se ha intensificado pasando de estar estabilizado entre 1975 y 1990 en torno al 40% del PBI mundial para subir a 55% en el 2001 (OIT, 2004, p. 28). De este modo, se ha promovido una mayor internacionalización de la producción, una mayor expansión del comercio de servicios, y un aumento explosivo de las corrientes internacionales de capital, el cual ha sido avalado por la reducción de las barreras arancelarias.

Además, se han creado amplias oportunidades para el desarrollo de las empresas y de los Estados, y un conjunto de retos para hacer frente a un mundo mucho más competitivo. La temática más importante se centra en la comprensión de cómo se sitúa en este contexto América Latina, en su conjunto, y el Perú, en particular, entendiendo que las tendencias de la pasada década de crecimiento de la inversión extrajera directa en nuestras economías se ha estancado, tanto por el incremento relativo de la inversión entre los propios países desarrollados, como por la concentración de éstas en la región asiática. Según las estimaciones de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo, en el 2003, el 71% de la inversión extranjera directa se concentraba en los propios países desarrollados, quedando para América Latina y el Caribe a penas un 6.5% del total, cifra que viene reduciéndose desde 1999 cuando llegó a 10.5% (UNCTAD, 2003). Del total de inversiones canalizadas para América del Sur, que se estima en 21,527 millones de dólares, una tercera parte fue en el 2003 para los países andinos, quedándose en el Perú 1,332 millones de dólares (CEPAL, 2003-a).

Desde esta perspectiva, la globalización ha significado una mayor interdependencia en las relaciones económicas y en las interacciones sociales y políticas del mundo. La apertura de los mercados ha permitido un aumento de las inversiones en el exterior lo cual, a su vez, generó que un gran número de empresas logren internacionalizarse, ganando mayores cuotas de participación en los mercados en los cuales se han ubicado (De la Dehesa, 2000, p. 9).

Ello nos lleva a advertir que a nivel empresarial y estatal han existido beneficios. Las empresas han logrado verse favorecidas por la globalización en tanto han estado en condiciones de atender las demandas del mercado internacional. Por su parte, los países han aprovechado esta oportunidad de apertura económica, tanto encontrando nuevos mercados para sus exportaciones, cuanto dando la bienvenida a la inversión extranjera. Estas inversiones han permitido la estabilización de sus economías, con la provisión de reservas internacionales y recursos para financiar los déficits públicos, contribuyendo a reducir las necesidades de financiamiento externo y evitando que el ajuste fiscal en los años noventa fuera más austero.

Por otro lado, hay quienes sostienen que este beneficio se ha extendido al mundo en general, a través de un crecimiento económico adecuado, que ha permitido elevar el nivel de vida de muchas personas en el mundo. Es por ello que, algunos autores afir-

man que las economías abiertas crecen con mayor rapidez que las economías cerradas, lo cual es esencial para reducir la pobreza (Aninat, 2001, p. 2).

1.2. Las desventajas de la globalización y la necesidad de impulsar su dimensión social.

A pesar de las ventajas descritas hemos podido observar que para una significativa parte de la población mundial, sobre todo para aquellas personas que viven en países en vías de desarrollo, la globalización no ha cumplido con sus promesas de beneficio económico, es más, para muchas de ellas la situación empeoró (Stiglitz, 2002, p. 343). En tal sentido, la *Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización* ha sostenido que los beneficios de la globalización se han distribuido de forma desigual, tanto dentro de los países como dentro de ellos. A lo que agregan que existe una polarización creciente entre ganadores y perdedores, para concluir que la brecha entre países ricos y pobres se ha ensanchado (OIT, 2004, p. 4).

Así, el actual proceso de globalización estaría produciendo resultados desiguales entre los países; siendo que la brecha entre los incluidos y los excluidos, es cada vez mayor. Según estimaciones del Banco Mundial, en una muestra de 94 países, el promedio del PBI per cápita de los 20 países más pobres pasó desde 1960-1962 de $212 (precios de 1995) a $267 en 2000-2002, mientras que entre los 20 países más ricos, este indicador subió desde $11,417 hasta $32,339, incrementándose las brechas (Banco Mundial, 2003). La globalización generaría riquezas pero son muchos los países y las personas que no participan de este beneficio. Solo en América Latina, 220 millones se encuentran por debajo de la línea de la pobreza, de los cuales 98 millones son indigentes o viven en pobreza extrema (CEPAL, 2003-b).

De la misma manera, se puede observar como en el África Subsahariana y en América Latina, a finales de la década de los años noventa el número de personas que vivían en la pobreza era mayor que al comienzo del mismo decenio (OIT, 2004, p. 4).

Ello quiere decir que la globalización no ha logrado reducir la pobreza en el mundo y tampoco ha logrado garantizar la estabilidad[4]. Y es que la globalización se centra demasiado en el comercio y en la inversión y no se ocupa, puesto que no está implícito en su lógica, de temas como el fomento de los derechos humanos o la preservación del medio ambiente a través del desarrollo sostenible (OIT, 2004, p. 16). Es más, sus actores creyeron erróneamente que la competitividad debía impulsarse a través de la reducción salarial o el incremento de aranceles proteccionistas, sin advertir que el desarrollo socioeconómico solo es posible por medio de la inversión y el desarrollo del capital humano.

4) Para muchos, la globalización no está cumpliendo su promesa, especialmente con relación al trabajo decente (Beck, 2000).

En el campo laboral, la globalización ha producido relaciones laborales vulnerables, en las que los trabajadores prestan servicios de manera individualizada y más dependiente en redes flexibles, cuyas reglas muchas veces son incomprensibles[5]. Según el informe de la *Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización*, la creciente competencia global animó a muchos empleadores a tomarse a la ligera las prácticas laborales, al punto que se sustituyó el empleo decente por el trabajo inseguro, informal, eventual y en régimen de subcontratación (OIT, 2004, p. 24).

Asimismo, la ampliación de los mercados, comporta en muchas ocasiones una reducción significativa de los puestos de trabajo. Y es que la globalización y el desarrollo tecnológico han permitido reducciones de trabajo muy importantes, modificando de forma negativa el status de los trabajadores, sobre todo de los menos cualificados. Por otro lado, cuando en algunos sectores se ha ahorrado mano de obra, el proceso de destrucción creadora promovido por el nuevo sistema tecnológico, además de generar un incremento de la competitividad, también genera nuevos puestos de trabajo, aunque en otros sectores más dinámicos, generalmente con mayores niveles de requerimientos de capacitación.

Es importante señalar que la inserción en la división internacional del trabajo de las regiones en desarrollo en sectores con ventajas por el bajo costo de su fuerza de trabajo estimuló la especialización en un tipo de industria que absorbe una mano de obra poco calificada (Tostes, 2003, p. 56). Por ende, los efectos negativos sobre el empleo procedentes de la introducción de innovaciones son mayores en estas economías, pues su trabajador típico es exactamente aquel más fácilmente sustituible.

Así, la destrucción de algunos empleos estuvo acompañada de nuevas oportunidades de trabajo para la población con niveles educativos más elevados; sin embargo, los requerimientos formativos son muy disímiles de los empleos destruidos. De esta manera, estamos en una etapa en la cual cada vez es más importante la formación continua, que permita a los trabajadores enfrentarse a una globalización que les exige experiencia, formalización y especialización (Duran, 1999, p.76). Para poder aprovechar este proceso, es necesario estimular la modernización de los sistemas de formación profesional, acortando el tiempo del ajuste, para lo cual es importante tener en cuenta mecanismos supranacionales que faciliten el intercambio de experiencia, especialmente en lo que se refiere al ámbito andino.

Asimismo, la globalización no ha logrado satisfacer las aspiraciones de un trabajo decente y un futuro mejor para las familias de los trabajadores. En América Latina el nivel de informalidad es muy elevado, y en la economía informal los derechos no son reconocidos, especialmente en países más pobres, donde una importante parte de la

5) Ver infra 1.2.

población subsiste en forma precaria al margen de los beneficios de la globalización. Según los datos de la OIT, al comienzo de los años noventa se tenía un 42.5% de informalidad en el conjunto de América Latina y con todo el proceso de globalización y flexibilización laboral de la pasada década, en el año 2002 esta cifra había pasado para 46.5%. En el Perú, igualmente los niveles de informalidad se incrementaron en este período desde el 52.7% al 56.2%.

Es por ello que la trayectoria actual de la globalización debe cambiar. Debemos apostar hacia una globalización que tenga como prioridad al ser humano, lo cual depende en gran medida de nosotros, pues la globalización solo será aquello que podamos construir conjuntamente desde cada uno de los ámbitos en los que actuamos, en la medida que, como ha resaltado la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, los resultados de la globalización dependerán de las políticas, normas e instituciones que rijan su curso, de los valores que inspiren a sus actores y de la capacidad de los mismos para influir sobre el proceso (OIT, 2004, p. 2).

Concordamos, pues, en que se puede obtener un mayor provecho de este proceso, repartiendo mejor sus beneficios y resolviendo muchos de sus problemas; aunque este objetivo sólo será posible en tanto se respete la dignidad de la persona y se considere a todos los seres humanos como iguales. Este cambio de trayectoria implicará una reforma en la globalización cuyo objetivo apunta hacia un modelo más humano, en el cual se busca mejorar la calidad de vida de aquellas personas que han sido excluidas de los beneficios de este proceso.

El objetivo es que la globalización deje de ser una preocupación limitada a los mercados y, por el contrario, se fije más en las condiciones de vida de las personas. Y es que el desarrollo socioeconómico no toma a las personas sólo como fuerza laboral o factor productivo, sino que busca atender al conjunto de necesidades que corresponden a la condición humana, a partir, en mucho, de su inserción en el mercado de trabajo.

En tal sentido, y al amparo del poderoso impulso de la OIT, se viene hablando cada vez más alto de una dimensión social de la globalización, basada en los valores universales y en el respeto de los seres humanos. La idea es que este fenómeno logre satisfacer las principales necesidades de las personas y se desarrolle dentro de un marco de respeto de los derechos y la dignidad de las personas. Lo que se busca es una globalización justa, integradora, gobernada democráticamente y que ofrezca oportunidades y beneficios para todos (OIT, 2004, pp. 5-6).

Frente a ello, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización ha establecido que para que el objetivo de sus reflexiones sea logrado se requiere, entre otras cosas:

(i) Una buena gobernanza nacional, basada en un sistema político democrático, el respeto de los derechos humanos y de la igualdad de género, así como de la equidad social y del Estado de Derecho.

(ii) A nivel de cada país, se debe buscar la conversión del trabajo decente en un objetivo fundamental de las políticas económicas, dando prioridad a la creación de empleo, salvaguardando los derechos fundamentales en el trabajo, reforzando la protección social y promoviendo el diálogo social. Asimismo, el trabajo decente para todos debería convertirse en un objetivo global y perseguirse a través de políticas más coherentes en el seno del sistema multilateral. Todas las organizaciones de este sistema deberían ocuparse de forma más integrada y coherente de las políticas económicas y laborales internacionales.

(iii) Un proceso de globalización basado en valores universales.

(iv) Un compromiso internacional que asegure los recursos básicos a todo el mundo, así como las demás condiciones que garantizan la dignidad humana.

(v) Una vía de desarrollo sostenible que asegure oportunidades para todos, promueva la igualdad y reduzca las diferencias.

(vi) Una gobernanza más democrática de la globalización que asegure una mayor participación y escucha de todos los seres humanos.

(vii) Las reglas que rigen la economía global deberían destinarse a mejorar los derechos, los medios de subsistencia, la seguridad y las oportunidades para las personas, las familias y las comunidades en todo el mundo. Ello incluye contar con reglas justas en el ámbito comercial, financiero y de las inversiones, con medidas que refuercen el respeto de las normas fundamentales del trabajo, y con un marco coherente para los movimientos transfronterizos de personas.

(viii) El sistema de comercio multilateral y el sistema financiero internacional deberían dejar un mayor margen de autonomía en materia de políticas para que los países en desarrollo puedan acelerar su crecimiento en un entorno económico abierto.

(ix) Un mayor acceso a los mercados no es una panacea. Resulta indispensable contar con una estrategia más equilibrada para lograr un crecimiento global sostenible y el pleno empleo, basada en un reparto equitativo de la responsabilidad entre los países para mantener niveles elevados de la demanda efectiva en la economía global.

(x) Es necesario contar con un marco más sólido y coherente para las inversiones extranjeras directas y la política en materia de competencia, que asegure el equilibrio entre todos los intereses, derechos y responsabilidades.

(xi) Es preciso desplegar un esfuerzo decidido para asegurarse de que se logra una mayor participación de los países en desarrollo en el proceso de reforma del sistema financiero internacional.

(xii) Resulta indispensable avanzar más rápidamente en lo que atañe a la reducción del problema que suponen la volatilidad financiera y las posibilidades de contagio en los mercados emergentes. Deberían adoptarse medidas rápidas para ase-

gurar una mayor asistencia financiera de urgencia en épocas de crisis, y que dispongan de ella los países que se ven confrontados al riesgo de contagio financiero.

(xiii) Debería reforzarse la capacidad de la OIT para promover el respeto de las normas laborales fundamentales. Todas las organizaciones internacionales competentes deberían asumir su responsabilidad en la promoción de dichas normas, velando por que sus propias políticas y programas no supongan un obstáculo para su realización.

(xiv) Debería hacerse por fin realidad el compromiso de dedicar el 0,7 por ciento del PIB a la ayuda oficial para el desarrollo (AOD). Es preciso mejorar la eficacia en lo que atañe a la prestación de la asistencia.

(xv) Debería acelerarse e intensificarse el proceso de alivio de la deuda. Asimismo, debería examinarse activamente una amplia gama de opciones para la obtención de recursos de financiación adicionales. Tales recursos deben ser adicionales, y no deben considerarse como sustitutos de los compromisos en lo que atañe a la asignación del 0,7 por ciento del PIB a la ayuda oficial para el desarrollo.

(xvi) Es indispensable una movilización internacional para elevar el nivel de las inversiones en materia de educación y de capacidad tecnológica destinadas a los países en desarrollo.

(xvii) Las instituciones de Bretton Woods deberían establecer un sistema de derechos de voto que sea más justo y dé mayor representación a los países en desarrollo. (521-525) Los métodos de trabajo y los procedimientos de negociación de la OMC tienen que garantizar la participación plena y efectiva de todos los Estados miembros.

(xviii) Deberían examinarse con la debida atención las propuestas existentes para crear un consejo de seguridad económica y social, así como un consejo mundial sobre la gobernanza global.

2. Las consecuencias de la globalización en el derecho del trabajo.

En tal contexto, resulta indispensable preguntarnos, aunque sea de manera lacónica, cuál ha sido el impacto de la globalización sobre el derecho del trabajo, con la finalidad de identificar las medidas que deben ser tomadas en cuenta para que la globalización tenga un aspecto más humano.

Al respecto, y siguiendo la rigurosa lógica de Ermida (2003, p. 120), la globalización ha generado tres consecuencias para los trabajadores a resaltar por todos aquellos que nos preocupamos por los problemas sociales. En primer lugar, se ha generado un desinterés por el mercado interno, dado que en el nuevo sistema de economía globalizada éste ha dejado de tener importancia tanto para empresarios capitalistas como para el

gobierno[6]. En segundo lugar, se ha observado una limitación del poder estatal para gobernar las variables económicas y ello porque la globalización de la economía ha alejado paulatinamente a los resortes íntimos del poder del alcance del gobierno nacional[7]. Y en tercer lugar, se han legitimado ideologías que han privilegiado al capital sobre el trabajo debido a que la competitividad de la empresa se ha convertido en el bien supremo al cual deben subordinarse todos los demás, entre ellos el derecho del trabajo.

Es por ello que la globalización cuestiona al sistema tradicional de relaciones laborales y pretende la no intervención del Estado, a fin de lograr una masiva individualización de las relaciones de trabajo, lo cual supondría la existencia de situaciones indeseables de exclusión y precarización de las relaciones laborales. Esta situación genera una gran preocupación sobre el futuro del derecho del trabajo, el cual deberá adaptarse a esta nueva realidad si es que pretende sobrevivir.

No podemos pretender que la regulación del derecho del trabajo del siglo XXI siga la misma dinámica que las primeras normas laborales que se emitieron tras la revolución industrial. Sobre todo porque estamos frente a un contexto distinto, en el cual los sistemas nacionales de relaciones laborales y en especial la legislación nacional se viene mostrando cada vez menos eficaz para regular un fenómeno que se desarrolla o tiene sus causas a un nivel internacional. Por lo tanto, se debe abandonar los modelos clásicos del actuar político, debido a que los sistemas nacionales se muestran insuficientes para regular los fenómenos que presenta la globalización. Eso significa la necesidad de una re-regulación de las relaciones laborales que tome en cuenta el redimensionamiento del sistema[8], así como una normativa que regle la rápida liberalización de los mercados de capitales (Stiglitz, 2002, p. 345).

Esta re-regulación internacional puede recurrir a técnicas diversas; siendo que se puede identificar dos formas de regulación que responden a una sistematización básica o fundamental de ese conjunto. Por un lado, se tiene a las formas tradicionales o directas de reglamentación laboral, es decir, a las normas jurídicas generales que regulan de forma sustantiva y directa a las relaciones laborales. Entre ellas, se ubican los convenios internacionales del trabajo, las normas supranacionales de los pactos y declaraciones de los derechos humanos, las cartas sociales, entre otros.

En este contexto la OIT elaboró la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. Es importante indicar que estos principios y derechos en el trabajo regulados por la Declaración en referencia proceden de la Constitución de la

---

6) Antes de la globalización gobiernos y empresarios tenían un interés particular en mantener cierto poder adquisitivo en su población. Con la globalización y la consecuente apertura del mercado, ese interés por lo interno dejó de ser relevante, es por ello que estos actores empezaron a prestar atención a los mercados ubicados fuera de sus fronteras.

7) Es importante destacar el poder de las multinacionales que muchas veces son superiores a las capacidades de las propias economías, implicando retos importantes en las negociaciones entre los Gobiernos nacionales y estas empresas. Para más detalle, ver UNCTAD, 2002.

8) Hay que tener en cuenta que la globalización ha producido la existencia de relaciones laborales supranacionales.

OIT y han sido expresados y desarrollados en ocho Convenios de la OIT[9], los cuales han sido reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional y por la propia OIT.

Por otro lado, es posible adoptar formas alternativas o indirectas de reglamentación laboral que en muchos casos pueden ser calificadas como un complemento de las anteriores, es decir, las técnicas convencionales o unilaterales y las condiciones, estímulos o disuasivos éticos. Tal es el caso de las cláusulas sociales en los tratados de comercio, los sistemas nacionales o regionales de preferencias arancelarias, los códigos de conducta, los sellos o marcas distintivas de buena práctica laboral, entre otros (Ermida, 2002, p. 694).

Es así como en la tercera parte de esta ponencia nos ocuparemos de una las manifestaciones de estas formas alternativas o indirectas de reglamentación laboral: las cláusulas sociales en los tratados de comercio internacional.

II. LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN Y SUS VÍNCULOS CON EL DERECHO DEL TRABAJO.

1. Marco general.

Como se ha señalado, la liberalización del comercio se ha convertido en una de las características más significativas del proceso de globalización. Su presencia se ganó relevancia inocultable poco tiempo antes de la caída del muro de Berlín, cuando se inició la Ronda de Uruguay en 1986 (hecho que significó la aceleración de los programas de liberalización del comercio), llegando a su momento programático cumbre con la formulación de Consenso de Washington entre 1989 y 1990. A partir de allí, será el año de 1993, el que marque el hito para la apertura de un nuevo periodo en el comercio, al incluirse en las reglas internacionales a los sectores textil y al agrícola que eran hasta ese entonces sectores altamente subsidiados y protegidos.

Este proceso generó, en paralelo, de una parte, la discusión y suscripción de acuerdos de libre comercio bi o multilaterales, y, de otra, impulsó el desarrollo de áreas y acuerdos de integración económica (Vega, 2004, p. 4), que quizá fueron el resultado de la frustración ocasionada por las lentas negociaciones de la Ronda de Uruguay. Es así como los lustros finales del siglo pasado y los primeros años del presente vienen alumbrando un gran número de tratados de libre comercio, acuerdos tarifarios preferenciales, uniones

9) Convenio sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación. (Convenio 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. (Convenio 98), Convenio sobre el trabajo forzoso. (Convenio 29), Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. (Convenio 105), Convenio sobre la edad mínima de admisión al empleo. (Convenio 138), Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. (Convenio 182), Convenio sobre la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. (Convenio 100) y Convenio sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación. (Convenio 111).

monetarias, áreas de libre comercio, uniones aduaneras, entre otros; cuya variedad y cantidad supuso una superposición y multiplicación de acuerdos a nivel mundial.

Como muestra de ello, en América Latina y el Caribe, en la última década del siglo pasado se han suscrito cerca de 30 acuerdos de liberalización comercial preferencial y varios de ellos han avanzado hacia los más complejos acuerdos de segunda generación. Además de ello, nuestra subregión aumentó su interés en acuerdos Norte-Sur con países industrializados, como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), los acuerdos con la Unión Europea y las negociaciones multilaterales en el marco de la Organización Mundial del Comercio (BID, 2003, p. 6).

En resumen, podríamos afirmar que lo ocurrido responde a una estrategia de apertura de los mercados nacionales, que se ha impulsado gracias a los acuerdos internacionales bajo dos criterios: por un lado, los acuerdos de integración; y por otro, los tratados de libre comercio en sentido estricto (Canessa, 2004, p. 1), de los que nos ocuparemos en este capítulo y en el próximo, respectivamente.

2.2. Los procesos de integración.

La integración regional es un instrumento al que vienen recurriendo diversos países para lograr un conjunto de metas y objetivos de desarrollo (BID, 2003, p. 3). Más concretamente, se puede señalar que este fenómeno, en el sentido actual del término, es una forma de regionalismo simétrico en que las partes se comprometen a concederse ventajas o reconocerse derechos recíprocos más o menos equivalentes (Di Filippo y Franco, 1998)

Los procesos de integración pueden definirse como acuerdos firmados por dos o más Estados cuya finalidad se expresa en gran medida, en lo externo, en la consecución de mayor poder de negociación y mayor capacidad de atracción de recursos internacionales y de reinversión, en tanto que busca, en lo interno, destacadamente, ampliaciones en el mercado efectivo como producto de las relaciones entre países, un mayor aprovechamiento de economías de escala en la producción y una menor vulnerabilidad económica, especialmente debido a factores externos.

Estos propósitos pueden llevarse a cabo a través de distintos compromisos tales como: el aumento de las importaciones o exportaciones, las facilidades para la actuación de empresas, la actualización de reglas de protección de patrimonio, etc. Cada Estado elige el nivel de integración en función de sus necesidades económicas y políticas. Hay quienes pueden preferir una integración jurídica en la cual trasfieren competencias a órganos supranacionales; mientras que otros, pueden preferir una simple integración económica en la cual pierden relevancia las fronteras sólo para efectos de intercambio de los bienes de producción.

2.1. Tipología de niveles de integración.

Al respecto, habría que indicar que el núcleo "duro" de los acuerdos de integración regional es la integración económica, en tanto que los componentes políticos, sociales y culturales se han ido incorporando conforme se han ido profundizando los procesos de integración económica (Di Filippo y Franco, 1998). De allí que se pueda clasificar a estos acuerdos en puramente económicos (y sin niveles de avance a otros campos explícitamente pactados), o con un contenido también social o enmarcados en un proceso gradual de integración, del cual la confluencia económica es sólo el primer escalón. En todo caso, la doctrina económica y jurídica (Malca, 2002 y Di Filippo y Franco, 1998) ha identificado los siguientes niveles de integración:

a) *Acuerdo de preferencias comerciales*: supone la reducción de barreras arancelarias o no arancelarias que sólo favorece a los suscriptores y no es extendida al resto del mundo; expresa de manera incipiente el "preferencialismo", que viene a ser el rasgo típico de todos los acuerdos de integración regional.

b) *Zonas o Acuerdos de libre comercio*: es un ámbito geográfico en donde todas las barreras del comercio han sido eliminadas. Ello quiere decir que los Estados han acordado eliminar de forma recíproca las restricciones arancelarias (impuestos, tarifas, cuotas, etc.) o cualquier otra barrera al comercio que limite las importaciones. Las experiencias recientes más acabadas abarcan la liberalización de los mercados de bienes, de servicios, de tecnología y de capital productivo y financiero.

c) *Unión aduanera*: es un paso importante en materia de integración política, en la medida en que suponen avanzar hacia la constitución de aduanas comunes, con sistemas y políticas arancelarias unificadas. Implica una zona de libre comercio pero solo entre los Estados que forman parte de la unión aduanera, ya que para los terceros Estados se han establecido un conjunto de regulaciones comerciales comunes. Ello quiere decir que los terceros Estados deberán pagar una tarifa específica para ingresar sus productos a los territorios de los Estados que forman parte de la unión, sin beneficiarse de la zona de libre comercio. En buena cuenta, los países comparten grados de soberanía al unificar sus aduanas y regímenes aduaneros y al repartirse en forma negociada las recaudaciones arancelarias que se derivan de la unión.

d) *Mercado común*: trae consigo la eliminación de las restricciones entre los Estados miembros, no sólo al movimiento de bienes y servicios; sino también a los factores de producción tales como la mano de obra, el capital y la tecnología. Son la primera muestra de acuerdos que traen consigo regulaciones sociales y que, por ende, marcan un camino de confluencia regional mucho más integral, en la medida que requieren de regímenes y políticas sociales. Habida cuenta que las zonas de libre comercio vienen avanzando en el ámbito del capital y la tecnología, se

puede concordar en que el rasgo específico y distintivo de la formación de un mercado común a partir de la década de los noventa del siglo pasado ya no es la movilidad de capital y tecnología sino la movilidad de personas.

e) *Unión económica*: implica un tránsito desde la armonización hacia la unificación de los regímenes y políticas en el plano económico. Incluye el plano monetario, por lo que la moneda única es una de las expresiones más gráficas de los niveles de integración. Se consolidan las instituciones supranacionales y se presenta una transferencia de cuotas significativas de soberanía nacional en función del proyecto regional común.

f) *Unión política*: viene a ser la fase más avanzada de cualquier proceso de integración regional y se caracteriza por abordar temas políticos centrales, como la forma de gobierno, la soberanía y la ciudadanía. El abordaje de estos temas requiere un tratamiento al máximo nivel, por lo que plantea el reto de asumir un texto constitucional para el nuevo sujeto supranacional.

Estos niveles y sus distintas manifestaciones nos muestran la gran variedad existente y su distinto grado de complejidad, que, además, en algunos casos, combinan elementos de uno y otro nivel, abriendo la posibilidad de nuevas expresiones deudoras del contexto específico en el que se celebran. Por tanto, estamos ante un fenómeno que goza de muy buena salud y que sigue teniendo nuevas manifestaciones en el día a día global, reforzando el juicio respecto de que la generación de bloques de naciones es cada vez mayor; dejando para el debate lo beneficioso o perjudicial de este proceso.

En todo caso, al final de este capítulo ofreceremos una visión panorámica del desarrollo que ha tenido el tratamiento de la dimensión social de los procesos de integración, en la experiencia de la Unión Europea, por ser la que más ha avanzado en este terreno.

2.2. La apertura económica y el respeto de los derechos laborales.

De manera general, se afirma por algunos que esta proliferación de acuerdos ha sido provechosa para los países en la medida que les ha permitido incrementar sus inversiones y el comercio. Por el contrario, para otros ha significado un impedimento para su desarrollo en la medida que ha creado barreras tarifarias entre los Estados que no son parte del acuerdo o que no son miembros del mismo.

A pesar de las opiniones a favor y en contra, nadie puede negar que estamos ante una realidad que crece, se transforma y presenta retos importantes que los Estados deben enfrentar. En todo caso, y ubicándonos en el campo de las relaciones laborales, habría que compartir las opiniones de la OIT (2003. pp. 47-50), la simultaneidad con que se han presentado la integración económica, la apertura de los mercados y el ajuste estructural, hace difícil –si no imposible- atribuir a uno de ellos en particular el magro desempeño del mercado de trabajo y de los niveles de bienestar en los últimos seis años;

todo ello, además, en un contexto interno lleno de problemas estructurales, también concomitantes[10].

En todo caso, se agrega, parece evidente que si algún proceso no ha contribuido al pobre desempeño laboral de estos años – sino que más bien lo ha contrarrestado en algo- éste ha sido el de la integración regional, habida cuenta que no destruye empleo ni deprime los salarios ni es causante directo del aumento de la pobreza; más bien constituye un instrumento adecuado para el aumento de los flujos de comercio e inversión. Por ello, contribuye a dinamizar la economía y a generar empleo, si bien no con la potencialidad suficiente como para contrarrestar los efectos que en sentido contrario tendrían el ajuste y –vía la más fácil internalización de las crisis externas- la apertura económica.

En todo caso, este debate se empieza a llevar a cabo en el marco de una creciente preocupación nacional e internacional por el respeto de los derechos laborales, sobre todo en los países en desarrollo, habida cuenta que, de una parte, se pretende darles vigencia o impedir su degradación[11], por su naturaleza de derechos fundamentales, y, de otra parte, se quiere proscribir el *dumping* social como eje sobre el que se articula la competencia económica global.

Ello deja entrever que es imprescindible respetar unos derechos mínimos para lograr un desarrollo sostenido y para paliar la pobreza. No se puede hablar de desarrollo si es que este sólo es posible para un reducido grupo de Estados o sectores, y menos de haber reducido la pobreza, cuando los datos señalan justamente lo contrario. Es por ello, que el objetivo debe ser, como se ha sostenido (Vega, 2004, p. 6), el comercio en igualdad, con participación de todos los actores y con beneficios repartidos de forma equitativa a todos.

Y esta vinculación, que en términos generales hace referencia al crecimiento con respeto de los derechos laborales, no responde a deseos o formulaciones ideológicas, puesto que, como afirma la OIT (2003, pp. 48-52) existen indicios suficientes para creer que el respeto a las normas laborales, y en particular a las que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo –respeto que resulta fortalecido por los compromisos que se adoptan en el marco de la integración- constituye un incentivo para la atracción de inversiones, en la medida en que dicho respeto garantiza una estabilidad social que contribuye a la consolidación y desarrollo del sistema democrático y, por esta vía, a la existencia de la seguridad política y jurídica que el inversionista necesita. Y no nos olvidemos que los países más desarrollados son los que han tenido

10) Los Estados que están inmersos en estos procesos presentan diferencias estructurales tales como grado de desarrollo, dimensión del aparato estatal, inestabilidad (política, social y económica), marcadas desigualdades de distribución de ingresos, influencia de los actores sociales, composición de la población, entre otros, que los lleva a no estar en las mismas condiciones para enfrentar este proceso.

11) Ha aumentado la evidencia empírica sobre múltiples violaciones a los derechos laborales en las maquiladoras, por ejemplo, tales como abusos físicos contra trabajadoras en plantas de ropa centroamericana hasta el uso de mano de obra infantil.

las más altas y sostenidas tasas de inversión en los últimos cien años (o treinta años en el caso de sudeste asiático y ciertos países latinoamericanos como Chile)[12].

A su vez, y en sentido contrario, el mismo estudio agrega que 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 del trabajo para orientar ahí su inversión. Si, por ejemplo, se utiliza como índice la falta de respeto (o respeto) a los derechos fundamentales en el trabajo elaborado por los profesores de la Universidad de Amberes (Wermenbol, Cuyvers y Van del Bulke en 1998) se observa que los países con un peor índice son Corea del Norte, Kazajsatán, Serbia, Uzbekistán, Vietnam, Sudán, Camboya, Mali, Pakistán, Uganda, Bangladesh, Guinea Ecuatorial, Burma, Marruecos y China. Sin embargo, si se examinan las cifras de inversión extranjera publicadas por el FMI en el año 2001, se observa que son estos mismos países los que menor inversión extranjera captan, con la excepción de China, lo que, en su caso, sin duda se debe al atractivo de un mercado de amplias dimensiones, cerrado a la inversión extranjera hasta hace pocos años.

Lo mismo sucede a la inversa, según las mismas fuentes, habida cuenta que los países que captan las tasas de inversión más altas y sostenidas en el tiempo son aquellos en los que el respeto a los derechos fundamentales es más alto: Países Bajos, Noruega, Suecia, Finlandia, Alemania, Polonia, España, Yugoslavia, Francia. Todo ello, por lo ya dicho: la estabilidad social y política que trae consigo el respeto a los derechos laborales es la condición *sine qua non* para el aumento sostenido de los flujos de inversión.

En función de ello, es cada vez mayor el número de foros y ámbitos que se vienen preocupando por los efectos de tales procesos en las condiciones de trabajo, particularmente en los Estados en desarrollo, debiendo señalarse, a la pionera Conferencia Ministerial de Singapur de 1996[13], en la que se reconoció la necesidad de renovar su compro-

---

12) No se puede perder de vista que, como se ha señalado concretamente (OIT 2003. p. 51), los factores de "atracción" de la inversión 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 hay estabilidad macroeconómica, en especial en materia monetaria. En tercer lugar, si existe estabilidad jurídica, 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, de concertación y de solución de conflictos en el marco de una democracia estable. 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 un adecuado funcionamiento de los mercados, la estabilidad jurídica, la seguridad de los ejecutivos de las empresas, etc.

13) Se trató de la primera Conferencia celebrada desde la entrada en vigor del acuerdo por el que se establece la OMC, la cual permitió la reunión de los Ministros de Comercio, Relaciones Exteriores, Hacienda y Agricultura de más de 120 gobiernos miembros de la OMC y de los países en proceso de adhesión al acuerdo. En el transcurso de la misma se celebraron sesiones plenarias y diversas reuniones de trabajo a nivel multilateral, plurilateral y bilateral, en las que se examinaron cuestiones relacionadas con el trabajo realizado durante los dos primeros años de actividad de la OMC. El Gobierno de Singapur fue el anfitrión oficial de la Reunión Ministerial.

miso de respetar las normas fundamentales del trabajo al considerar que: "el crecimiento y el desarrollo económico impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas".

El hito en este terreno, sin lugar a dudas, viene a ser la Declaración relativa a los Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo, que aprobara la OIT en 1998, que, en opinión del entonces Director General de la OIT, viene a ser "una verdadera plataforma social mínima de ámbito mundial", a partir de "las realidades de mundialización de la economía" (OIT, 1998, p. 3), y en cuyos considerandos más vinculados a nuestro tema se sostiene 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".

Asimismo, se afirma que "con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los 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". Agregando 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".

En este marco, la conferencia Internacional aludida declara en su punto 2 que todos los miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios internacionales referidos a los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia, *"tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:*

a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento del derecho efectivo 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 todas las formas de discriminación en materia de empleo y ocupación".

Estamos frente a una declaración de un valor intrínseco muy grande, en la medida en que, como sostiene Kellerson (1998, pp. 247-248), los gobiernos y los dos actores sociales reafirman la universalidad de los principios y derechos fundamentales en una época de gran incertidumbre y replanteo de estos derechos, traduciendo una voluntad colectiva de buscar alto y claro la justicia social, aprovechando la aspiración del hom-

bre a la equidad, al progreso social y a la erradicación de la pobreza, vinculando el progreso social al desarrollo económico. O, en otras palabras, se trata, según el Director General de la OIT (OIT, 1998, p.1), "de la respuesta que esta organización desea aportar a los desafíos de la mundialización de la economía, que han sido objeto de numerosos debates en su seno desde 1994", en la medida en que "el crecimiento debe ir acompañado, pues, de un mínimo de reglas de funcionamiento social fundadas en valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados tengan la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que han contribuido a crear".

Finalmente, en la línea de compatibilizar la apertura económica con el goce efectivo de los derechos laborales se han postulado las siguientes alternativas (Rodríguez, 2004, p. 2):

a) Fortalecimiento de la infraestructura regulatoria internacional: Esta medida pretende robustecer el poder de supervisión y sanción de la OIT, en especial en relación a los convenios denominados fundamentales. Ello significaría potenciar un andamiaje regulatorio y fiscalizador que operaría en la misma escala de los procesos económicos globales, promoviéndose un consenso normativo global en materia laboral similar al de la OMC en asuntos comerciales.
b) Imposición de sanciones unilaterales contra Estados que violan sistemáticamente los derecho laborales: La expresión más importante de esta propuesta ha sido el Sistema General de Preferencias desarrollado por Estados Unidos, mediante el cual el gobierno norteamericano otorga beneficios arancelarios a aquellos Estados que respeten derechos laborales fundamentales; y, a su vez, se encuentra habilitado para suspender los beneficios arancelarios, en caso estos derechos hayan sido vulnerados por el gobierno del Estado beneficiario.
c) Desarrollo de formas privadas de regulación: se trata de los llamados códigos de conducta empresariales, que contienen un conjunto de reglas y derechos laborales que los empresarios están obligados a cumplir.
d) Incorporación de cláusulas sobre derechos laborales en los tratados de libre comercio. Las propuestas y experiencias en este punto son variadas. Hay quienes defienden la incorporación de una lista exhaustiva de derechos laborales y de sanciones comerciales; mientras que otros prefieren la inclusión de declaraciones de principios, sin ningún tipo de efecto coercitivo.

2.3. El núcleo duro de los derechos laborales.

Aún en el caso de estar buscando una integración regional puramente económica (un mercado común con tarifas aduaneras sólo frente al resto del mundo), el trabajo subordinado queda involucrado umbilicalmente, por lo que merecerá ocuparse de él aunque sea sólo en lo que se refiere a la libertad (o no) de circulación de personas y a cierta regulación que impida el uso de las reglas laborales para ganar competitividad

comercial. Sin embargo, a partir de la Conferencia de Singapur parece obvio que los derechos fundamentales en el trabajo son parte misma de los acuerdos, siendo principios de inspiración en lo relativo a su puesta en práctica[14].

Y es que todo proceso de integración regional debe llevar consigo temas básicos que involucren a los derechos fundamentales, lo cual implica la necesidad de identificar un listado básico de derechos laborales que sea contemplado en los acuerdos comerciales internacionales (Canessa, 2004, p. 1).

El problema es que armonizar el derecho sustantivo entre los diversos Estados que suscriben un tratado común es una tarea bastante compleja puesto que existen grandes diferencias, tanto económicas, sociales, políticas y jurídicas entre ellos. No obstante, la regulación del trabajo, en sus dimensiones cualitativa y cuantitativa, tiene que ser abordada y para ello se requiere de normas comunes.

Crear estas regulaciones equivalentes para sistemas jurídicos tan diversos parece ser un objetivo muy difícil de cumplir, por lo que en una fase inicial se ha visto pertinente comenzar la aproximación sobre bases comunes. Surgen, entonces, como referencia obligatoria los principios fundamentales reconocidos por la comunidad internacional, en tanto se trata de valores sociales fundamentales que han dado lugar a lo que la doctrina llama el núcleo duro de derechos laborales, cuyo respeto y plasmación en los acuerdos internacionales permiten evitar el *dumping* social o el uso de normas con fines proteccionistas.

La noción de núcleo duro de derechos hace referencia a un conjunto de derechos humanos que prevalecen sobre los demás, en tanto resultan más valiosos para la categoría de los derechos humanos[15]. Esta categoría también puede ser trasladada al ámbito de los derechos humanos laborales y su importancia se debe a su intrínseca relación, en primer lugar, con la dignidad humana y, en segundo lugar, con la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo (Canessa, 2004, p. 4), lo cual quiere decir que para pertenecer al núcleo duro de derechos se precisa cumplir con esos dos criterios necesariamente.

Debemos destacar que hay dificultades en el plano teórico para identificar el contenido del núcleo duro de los derechos laborales; es más resulta difícil rastrear en que documento de la OIT se inserta por primera vez el término de derechos humanos fundamentales. En todo caso, no queda duda que esta categoría encontró su recepción más reluciente en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, que, como ya hemos visto, comprende a los siguientes derechos:

---

14) El verdadero fundamento para la inclusión de este grupo de derechos en los acuerdos comerciales ha sido el vinculo existente entre los derechos laborales y los derechos humanos.

15) Ello implicaría una cierta jerarquía entre los derechos humanos, siendo que hay un grupo de estos que responden a la categoría de derechos humanos fundamentales. Lo importante es que la validez de estos últimos no depende de la aceptación por parte de los sujetos de derecho sino que están en la base de la comunidad internacional.

libertad sindical y negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, prohibición de discriminación y abolición efectiva del trabajo infantil.

Por encima de ellos, el libre comercio viene agregando, al menos en nuestra región, como mínimo condiciones aceptables en el campo de salarios mínimos, tiempo de trabajo y seguridad y salud laboral. En estos casos, si bien hay todavía un significativo nivel de generalidad en la formulación, ello es comprensible por estar muy vinculados con los niveles de desarrollo de cada parte. En todo caso, viene a mostrar una preocupación clara y concreta por avanzar el camino de la vigencia de condiciones salariales y de trabajo que satisfagan las necesidades básicas y se correspondan con la dignidad humana.

Por ello, hay que saludar la inclusión del núcleo duro de derechos laborales en los acuerdos comerciales, en la medida en que marca el inicio de la consideración de lo social en estos tratados, partiendo, además, del hecho que comenzar por la vigencia efectiva de la libertad sindical y la negociación colectiva implica abrir el campo para que las organizaciones sindicales puedan desplegar sus actividades con la mayor eficacia posible, lo que resulta, en mucho, una condición previa para el goce de todos los demás derechos, que suelen tener una directa vinculación con la fortaleza de la acción sindical.

3. La dimensión social en los procesos de integración regional: la experiencia de la Unión Europea.

Se puede afirmar, sin lugar a dudas, que a cada nivel de integración regional le corresponde un grado de desarrollo de la dimensión social, moviéndose ésta, entonces, entre la zona de libre comercio, donde prácticamente no es tenida en cuenta para nada y la unión política, donde ocupa un lugar preponderante en las políticas comunitarias. Siendo ello así, vamos a presentar a continuación, una breve reseña acerca de cómo fue el tratamiento de la dimensión social en la experiencia de integración regional más intensa, habida cuenta no sólo de ese acento, sino viendo que lo social ha recorrido todo el camino desde un inicial Mercado Común Europeo, en el que era prácticamente inexistente, hasta una Unión Europea, donde ha logrado una robusta presencia que le da equilibrio y sostenibilidad a la experiencia en curso. Veamos, pues, este tránsito de la pura integración económica al imperativo de la consolidación de la dimensión social de la integración.

3.1. El eslabonamiento inicial: integración, crecimiento económico y solución automática de los problemas sociales.

La afirmación que los tratados que instituyen las Comunidades Europeas tienen un contenido fundamentalmente económico, sin dedicar una detenida atención a los problemas sociales, resulta absolutamente pacífica y compartida entre la doctrina labora-

lista europea. De manera muy gráfica y precisa Mancini (1986, p. 1180) se había referido a este tema sosteniendo que aún concibiéndolo como etapa de un proceso con fines más ambiciosos, el Tratado (de Roma) tiene un solo, verdadero, objetivo: crear un mercado europeo, fundado sobre la concurrencia y caracterizado, por un lado, por la liberalización de los intercambios entre los Estados miembros, y por otro, por la institución de una tarifa aduanera común hacia el resto del mundo.

Como es obvio, continúa el autor italiano, en este objetivo el trabajo —y el trabajo subordinado, en particular— queda inextricablemente implicado, por lo que resultará imprescindible ocuparse de él, pero es lógico también que fuera tratado sólo en función de esa implicación, es decir, buscando eliminar los factores susceptibles de obstaculizar el buen funcionamiento del mercado. Por ello, "en la concepción originaria del mercado común las disposiciones sociales estaban referidas exclusivamente a garantizar la libre circulación de trabajadores, el principio de paridad salarial entre hombres y mujeres y la institución de fondos especiales con la finalidad de remediar los desequilibrios que podían intervenir sobre el mercado de trabajo" (Guarriello, 1992, p.12). Queda claro entonces que los objetivos sociales presentes en las normas fundacionales no constituían fines en sí mismos, sino que venían considerados instrumentalmente respecto a los objetivos económicos.

En completa concordancia con las afirmaciones anteriores se ha reconocido también unánimemente la acentuada secundariedad de la política social en los tratados fundacionales.

En síntesis, podemos compartir la opinión de que la idea de fondo que latía en la mente de los padres de la futura Comunidad Económica Europea no era otra que la de construir un inmenso mercado sin fronteras donde los intercambios libres de mercancías, personas, bienes, servicios y capitales, y el control de los grandes yacimientos carboníferos y las industrias estratégicas constituyeran los motores impulsores del mismo. La solución de los problemas sociales vendía como consecuencia automática del crecimiento económico producido por la enorme ampliación del mercado, por lo que no se precisaba una regulación ni una actuación concretas en este terreno.

Sin embargo, esto no resultó así y los desequilibrios y desigualdades continuaron presentes, así como se empezaron a avizorar con preocupación los "efectos perversos" del mercado único, especialmente el *dumping* social, que amenazaba con basar la competencia en los distintos costos del trabajo y con detener las conquistas sociales en los sistemas más avanzados de protección, puesto que los trabajadores de estos países verían en peligro sus puestos de trabajo. Por ello se empezó a plantear la necesidad insoslayable de intervención de las instituciones comunitarias implementando una política social. Además de ello, hizo su aparición la crisis económica en los primeros años 70, que se instaló en el universo económico, poniendo en serios aprietos al proyecto de convergencia europea, dado que, también, "una comunidad que sólo es una ordena-

ción económica puede funcionar bien en períodos de crecimiento y prosperidad, pero es improbable que sobreviva en un período de tensión social" (Shanks, 1997, p. 375).

En este contexto, comienzan a escucharse las primeras voces institucionales que hacen eco de la necesidad de un "nuevo enfoque" integral de la comunidad europea, a partir de entender como necesario "un replanteamiento de la política social como complemento indispensable de la integración económica, para conseguir un mejor empleo, una mayor justicia social y una mejor calidad de vida[16].

3.2. Nacimiento y consolidación de la política social.

La resolución del Consejo relativa al Programa de Acción Social (de 21 de enero de 1974), será el hito que marca el surgimiento de una política social comunitaria, coherente y claramente definida. Luego de este programa, las bases de la política social se estructurarán sobre el segundo de los Programas de Acción Social, aprobado en 1984, así como sobre el Acta Única Europea de 1986 y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales de 1989.

Además de ello, en 1975 la Comisión se pronunció en su Informe sobre la Unión Europea señalando que "una unión que no es capaz de aportar una contribución activa al progreso social se verá privada del apoyo de una parte importante de la opinión pública europea y, en particular, de los trabajadores".

En este contexto, y dejando de lado el análisis del contenido de las diversas medidas sociales, queremos señalar que la lucha contra la considerable atrofia, a que parecía condenada la política social en el Tratado de Roma (Del Rey, 1987, p. 1216), ha sido posible principalmente gracias a los tres factores que presentamos a continuación.

1) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha desarrollado su actividad en un contexto de carencia normativa, interpretando amplia y federalmente las posibilidades del ordenamiento comunitario en el campo social y elaborando una carta de derechos "no escrita" que supliese el vacío dejado en esta materia por los textos fundadores de la Comunidad y que constituya un límite a la acción de los órganos comunitarios (Guarriello, 1992, p. 17-18).
2) La existencia de una serie de instrumentos previstos en el Tratado con carácter general, que han dado una amplia cobertura a la actuación específica en el campo social. Es el caso, de los artículos 100, 117, 119 y, especialmente, 235 del Tratado de Roma. La última norma prevé una establece que "cuando una acción resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto las potestades necesarias al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de

16) Versión sintética del documento sobre Orientaciones Preliminares para un Programa Social Comunitario dirigido por la Comisión al Parlamento y al Consejo de Ministros en 1971.

la comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes". Se trata de una "cláusula de imprevisión", que actúa como "válvula de seguridad" al permitir actuar a las instituciones de la Comunidad en aquellos casos no contemplados específicamente por el Tratado (Del Rey, 1987, p, 1219).

Esta norma ha resultado fundamental en la vida de la CEE, puesto que le ha permitido superar la rigidez del sistema, e ir adecuándose a los nuevos requerimientos históricos. En el campo de la política social, su papel ha sido todavía más trascendente, dadas la pobreza y excesiva generalidad de las disposiciones sociales, a tal punto que existe consenso en reconocer que la historia de la política social comunitaria como tal, marcha paralelamente con la del recurso al artículo 235 para extraer de él las competencias necesarias.

Los otros tres artículos contienen disposiciones de armonización, general, en el caso del art. 100 y específica, en los casos del art. 117 (en materia de sistemas sociales) y el del art. 119 (en materia de igualdad de retribución a idéntico trabajo entre hombres y mujeres).

3) El diálogo social como presupuesto de la política social en la medida en que es el instrumento permanente para conocer las posiciones de los diversos actores sociales y tratar de obtener respuestas consensuadas y comprometidas a los problemas y disyuntivas a que se enfrenta cotidianamente un proyecto comunitario de semejante envergadura.

En este sentido, el "Documento Marín"[17] sostiene que el diálogo social "es absolutamente necesario para avanzar en la construcción europea y en todos los ámbitos de la política social", concluyendo luego que "todas sus reflexiones e iniciativas en el campo social sólo tendrán sentido si las partes sociales a todos los niveles llevan a cabo un diálogo permanente sobre los distintos medios que habrá que poner progresivamente en práctica para asegurar la realización de la dimensión social del mercado interior".

Así, aparece el diálogo social en el primer Programa de Acción Social de 1974, al lado del pleno empleo, la mejora y armonización de las condiciones de vida y la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa. En el segundo Programa de Acción Social de 1984, que sustituyó al antes mencionado, se reitera su gran importancia y se lo vuelve a ubicar en el plano de los objetivos, al lado de las preocupaciones por el empleo en relación con el impacto de las nuevas tecnologías y la formación profesional, la protección social y la evolución demográfica.

Finalmente, el Acta Única Europea lo consagrará al máximo nivel, con las particularidades ya anotadas, en su art. 118 B al establecer que "la Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si

17) Documento de trabajo de la Comisión sobre "Dimensión Social del Mercado Interior" elaborado bajo la conducción del presidente Marín y fechado 14 de septiembre de 1988.

éstas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes". Aparece aquí la negociación colectiva europea, como una nueva fuente de producción de normas comunitarias, al lado de los Tratados, reglamentos y directivas (Guarriello, 1992, p. 47), y que, por lo mismo, nos encontramos frente a una tercera vía de armonización de la regulación social, que puede servir para salvar los problemas del método normativo (adecuado para un contexto de pleno empleo) y del método descentralizado (que no permite fortalecer la cohesión económica y social), y complementarlos, tras tomar en cuenta que, como sostiene una autorizada voz comunitaria, "la búsqueda del consenso y la negociación entre las partes sociales podría desempeñar un papel fundamental como instrumento de regulación ante la realización del gran mercado por ser en potencia el método más adecuado para llevar a buen término las grandes transformaciones industriales, tecnológicas y sociales que se avecinan para nuestras economías"[18].

A modo de conclusión, podríamos señalar que la visión integral e interdependiente de los fenómenos económicos y sociales ha ganado definitivamente la batalla, por lo que la política social ha dejado de ser un apéndice de las otras políticas, que ahora deberán tomar en consideración la dimensión social de los diversos fenómenos. A partir de lo cual, se debe valorar socialmente cada una de las políticas adoptadas.

III. LAS REGULACIONES LABORALES EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.

1. Aspectos generales.

Tal como hemos podido apreciar, existen ciertas reglas mínimas que van más allá de lo comercial y que deben estar presentes al plantearse un TLC. Se trata de contar con un piso social mínimo, entiéndase derechos fundamentales en el trabajo, que garanticen tales bienes jurídicos y permitan un cierto control sobre el *dumping* social (Vega, 2004, p. 13), así como cierta protección a los actores sociales que participan en el fenómeno comercial. Es más, a partir de Singapur los derechos fundamentales en el trabajo tal y como son definidos por la OIT, forman parte sustantiva de todos los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos o en negociación.

Además de esta regulación directa de la reglamentación laboral, y para completar su carácter de cláusulas sociales, se ha establecido la posibilidad de imponer sanciones económicas a los Estados infractores e incluso de denunciar el Tratado suscrito, si es que no se respeta el piso social mínimo antes aludido.

Al respecto, debemos precisar que en el ámbito académico se han creado importantes disensos respecto a la conveniencia de proteger los derechos laborales mediante sanciones

18) CECA, CEE y CEEA, " Europa Social: La Dimensión Social del Mercado Interior" Bruselas- Luxemburgo, 1991, p. 110.

comerciales en los Tratados de Libre Comercio (Rodríguez, 2004, p1). Ante la importancia de este tema haremos un breve desarrollo respecto a las posturas dadas por la doctrina en favor y en contra de la inclusión de las regulaciones laborales en los TLC; para luego, analizar las experiencias comparadas de este tipo de acuerdos en los últimos 10 años.

2. Los Tratados de Libre Comercio y su relación con las normas laborales.

El esfuerzo para avanzar hacia tratados y acuerdos de libre comercio no es una novedad en la región americana (Reynoso, 2004, p. 16); lo que sí es novedoso es el interés de los Estados para lograr acuerdos de esta naturaleza, lo cual se ha visto plasmado en la gran cantidad de TLC que se están firmando en los últimos tiempos (Bolaños, 2004, p 5). En todo caso, el mayor impulso para la firma de los TLC surgió a partir del año 2002 con la aprobación por el Congreso de los Estados Unidos de la Autorización para la Promoción del Comercio (TPA), que faculta al presidente de los Estados Unidos para negociar acuerdos comerciales y establece el marco en que éstos deben moverse.

Como ya hemos visto, a pesar que los TLC tuvieron como objetivo inicial afianzar únicamente las relaciones económicas de los Estados firmantes, hoy en día los aspectos sociales (particularmente el laboral) han conseguido una presencia unánime, aunque no necesariamente pacífica. El esquema de evolución de los TLC (Bolaños, 2004, p. 8), nos da cuenta de ello.

a) Se observa una disminución en la importancia de la negociación de las rebajas arancelarias, siendo que se le ha dado mayor importancia a los contenidos no arancelarios de acceso a los mercados, entre ellos los obstáculos técnicos al comercio, subsidios, medidas contra la competencia desleal, entre otros.
b) Se vincula a las negociaciones comerciales con los temas económico- sociales tales como las condiciones laborales.
c) Finalmente, la técnica jurídica de estos tratados es la de acuerdos reglamento en el cual se detallan una serie de compromisos.

Así, el tema social está ganando terreno en las negociaciones comerciales al punto que los más recientes TLC presentan un capítulo laboral que desarrolla un conjunto de derechos y objetivos en este campo que los Estados están obligados a respetar. Además, se consagra también la posibilidad de imponer sanciones económicas frente a las violaciones de las normas laborales que afecten el libre comercio.

En este contexto, veamos brevemente la polémica suscitada alrededor la conveniencia de incluir normas laborales en los TLC, así como del hecho que estos últimos se hayan convertido en mecanismos de garantía de la aplicación de la normativa interna de cada país en el campo laboral.

3. Conveniencia de incluir cláusulas laborales en los Tratados de Libre Comercio.

Al respecto, hay dos grandes posiciones. De un lado, economistas como Jagdish Bhagwati han criticado la inclusión de las cláusulas laborales en los TLC y han abogado por una agenda comercial que no incluya los derechos laborales. Los argumentos que sustentan esta posición son los siguientes (Rodríguez, 2004, p. 5):

a) Las cláusulas laborales son formas de proteccionismo, mediante las cuales los gobiernos y los sindicatos de los países desarrollo se reservan el derecho de imponer estándares laborales a los países en desarrollados. Esta situación se establece sin tomar en cuenta la diferente realidad económica y social de los Estados que comercian.
b) La manera más óptima de mejorar estándares laborales es mediante un crecimiento económico, el cual solo es posible a través de un comercio libre, sin tratados ni instituciones de libre comercio saturadas con cargas relativas a derechos laborales. De acuerdo a esta postura las cláusulas laborales terminan creando un obstáculo para el funcionamiento del mercado.
c) Es mejor que los derechos laborales sean promovidos a través de mecanismos no coercitivos de cooperación internacional como los encarnados por la OIT.

Por otro lado, economistas como Kimberly Elliot y Richard Freeman han considerado que los imperativos del libre comercio son compatibles con la protección de los derechos laborales. Es por ello que han defendido la utilización de las cláusulas laborales en los TLC a partir de los siguientes argumentos (Rodríguez, 2004, pp. 5-6):

a) Las cláusulas laborales no han surgido de motivaciones proteccionistas ni han sido utilizadas con este fin. Su inclusión en los TLC no ha pretendido excluir a los países en desarrollo del comercio sino más bien presionar a los gobiernos de estos últimos para que apliquen los estándares laborales mínimos en casos de violaciones abiertas y sistemáticas.
b) Además, se señala que el libre comercio y los derechos laborales no son fines en conflicto sino más bien componentes esenciales de un mismo andamiaje económico y político capaz de producir un crecimiento económico que beneficie a la mayor parte de la población mundial. En tal sentido, la protección eficaz de los derechos laborales genera las condiciones políticas (v.gr., democracia dentro y fuera del lugar de trabajo) y sociales (v.gr., disminución de la pobreza y la desigualdad) esenciales para que los países se inserten exitosamente en la economía mundial y para que el crecimiento generado de esta manera sea socialmente sostenible.

Asimismo, y desde el mundo jurídico (Vega, 2004, p 8), se ha señalado que la positivización y el reconocimiento expreso de los derechos laborales en los tratados

comerciales resulta necesario, sobre todo porque ello permite crear mejores condiciones de trabajo y estándares laborales más elevados para los países menos desarrollados[19].

Podemos encontrar un ejemplo de ello si vemos que numerosas organizaciones de derechos humanos ONG y organizaciones de la sociedad civil han creado redes y movimientos sociales que abogan por la protección eficaz de los derechos de los trabajadores. En Estados Unidos, por ejemplo, se realizó una campaña contra la explotación laboral global, que dio lugar a la más grande ola de activismo en las universidades, lo cual a su vez condujo a que múltiples empresas trasnacionales adopten códigos de conducta empresariales para garantizar el cumplimiento de las normas laborales (Rodríguez, 2004, p.1).

Finalmente, habría que decir que en los TLC de reciente generación, no sólo se incluyen mecanismos de sanción económica frente a incumplimientos laborales, sino que abren la posibilidad para que, a la vista de uno de estos problemas, se recurra a la parte de cooperación (económica o técnica) para superarlo. Ello, sin duda alguna, abonará en el tratamiento integral y de mejor calidad de un fenómeno tan complejo como la integración regional.

4. Contenido del capítulo laboral.

Vista la evolución del tratamiento del tema laboral en los TLC, debemos señalar que en la actualidad no hay consenso en la doctrina respecto al alcance de los derechos que deben regularse en este campo, siendo uno de los puntos centrales de la discusión (Rodríguez, 2004, p. 8) el referente a cuáles deben ser los derechos mínimos aplicables.

Al respecto, el contenido laboral de la nueva generación de TLC suele abarcar:

a) Los derechos fundamentales y las condiciones de trabajo básicas.
b) La obligación de cumplir con sus normas laborales internas y de no degradar la protección laboral con fines comerciales o de atracción de la inversión.
c) Mecanismos de solución de controversias.
d) Fondo de Cooperación Laboral.
e) Sanciones monetarias con un límite pagaderas al Fondo de Cooperación y en caso de no pago suspensión de beneficios comerciales por un monto equivalente.

En tal sentido, la OIT ha establecido que cada país debe desarrollar su propia legislación conforme a sus decisiones soberanas y a sus propios requerimientos y capacidades internas; siendo que las normas laborales no deben ser utilizadas con fines proteccionistas.

---

19) Todo ello, teniendo a la vista que, de conformidad con el punto de 5 de la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo de la OIT, los derechos fundamentales son una necesidad para el desarrollo.

Pues bien, en la práctica los TLC han seguido esta línea de recomendación; es más el contenido del capítulo laboral de los TLC celebrados por Estados Unidos desde Jordania, se asemeja mucho a lo previsto por la OIT, siendo que los compromisos previstos en estos acuerdos regulan los siguientes temas (Vega, 2004, p. 16):

a) Los Estados reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos en virtud de la Declaración de Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo.
b) Asimismo, se establece que cada Estado procurará que estos principios y derechos sean reconocidos y protegidos en su legislación.
c) Finalmente, se establece que cada Estado procurará garantizar que sus leyes establezcan normas consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos.

Es más, en el artículo "definiciones" se ha considerado que la legislación laboral esta conformada por las leyes o regulaciones de un Estado, las cuales deben relacionarse con la siguiente lista de derechos laborales:

a) Derecho de asociación.
b) Derecho de organizarse y negociar colectivamente.
c) La prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso.
d) Edad mínima para el empleo de niños y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.
e) Condiciones aceptables de trabajo respecto de salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Dadas estas estipulaciones hay quienes se oponen a ellas en la medida que consideran que estas representan la imposición de estándares uniformes; cuyo peligro se hace más latente por el distinto nivel de desarrollo de los Estados firmantes. Por otro lado, hay quienes están de acuerdo con estas regulaciones y defienden la existencia de una lista específica de derechos (Rodríguez, 2004, p. 8).

No entraremos a analizar este importante debate; por el contrario, solo analizaremos las regulaciones laborales que se han presentado en tres de los TLC más importantes del continente americano: el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte, el TLC entre Estados Unidos y Chile y el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos.

5. Los precedentes.

5.1. El NAFTA y el Acuerdo Laboral de Cooperación Laboral de América del Norte.

El NAFTA fue un acuerdo de libre comercio suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México, el cual entró en vigor el primero de enero de 1994 y tuvo como finalidad afianzar las relaciones económicas de estos tres países (Reynoso, 2004, p.17).

Fue un acuerdo que se centró exclusivamente en la protección del libre comercio y los derechos de propiedad[20], situación que ocasionó innumerables críticas por parte de la sociedad civil, analistas, movimientos políticos, entre otros (Vega, 2001, p. 9). Es más, diversos sectores sindicales se mostraron preocupados por las diferencias existentes en las condiciones de trabajo de los tres países; su temor se encontraba en la posibilidad de que muchas empresas trasladen sus actividades económicas a México con el fin de aprovechar los menores costos de este Estado[21] (Reynoso, 2004, p. 18).

Ante esta situación se consideró necesario firmar dos acuerdos adicionales separados, destinados a proteger el medio ambiente y los derechos laborales. Es así como de acuerdo a esta última finalidad se firmó un acuerdo paralelo al NAFTA denominado Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) el cual tuvo como objetivo central coadyuvar a la mejoría de las condiciones de trabajo de los trabajadores de los tres países involucrados.

La importancia del ACLAN se deriva del hecho de ser el primer antecedente respecto a la incorporación de derechos laborales en los TLC del Continente Americano y sus aspectos importantes pueden ser resumidos de la siguiente manera.

El ACLAN cuenta con una lista de 11 derechos relativos a condiciones de trabajo y derechos fundamentales que las partes se comprometen a impulsar[22]. Lo resaltante de esta lista es que abarca a una mayor cantidad de derechos, siendo que va mas allá de los convenios fundamentales reconocidos por la OIT.

El ACLAN establece tres niveles de exigibilidad que se diferencian en función de los derechos que han sido vulnerados. Por ejemplo, el primer nivel incluye a los derechos laborales colectivos los cuales son objeto del compromiso y protección más débil dentro del acuerdo. Su violación acarrea solo la supervisión de las Oficinas Nacionales Administrativas (OAN) y consultas entre los Ministerios de Trabajo de los tres países. El segundo nivel incluye a los derechos relacionados con el trabajo forzoso, la discriminación, igualdad de remuneración, compensación en caso de enfermedad o lesión y la protección de los trabajadores. En caso de violación de estos derechos se establece una supervisión de la OAN, las consultas ministeriales y la evaluación de un Comité de Expertos. No se le aplica el arbitraje ni tampoco la imposición de sanciones. Finalmente, en el tercer nivel se encuentran los principios relativos al trabajo infantil, salario mínimo y seguridad social a los cuales se les aplica todos los mecanismos de control y sanción.

---

20) A diferencia de los tratados de integración europea

21) El paso de los años demostró que este temor era infundado.

22) Los derechos previstos son los siguientes: libertad de asociación y derecho de asociación sindical, derecho de negociación colectiva, derecho de huelga, prohibición de trabajo forzoso, protecciones laborales para niños y jóvenes, garantía de derechos laborales mínimos, eliminación de la discriminación en el trabajo, igual remuneración para hombres y mujeres, prevención de lesiones y enfermedades profesionales, compensación en caso de lesiones y enfermedades profesionales y protección para trabajadores migrantes.

Por otro lado, los Estados firmantes del ACLAN asumieron el compromiso de promover el cumplimiento y la aplicación eficaz del ordenamiento interno de cada uno de ellos a través de acciones gubernamentales apropiadas, por lo que algunos autores han llegado a afirmar que la fuente central son las norma internas y no los convenios universalmente adoptados por la OIT (Rodríguez, 2004, p. 10).

La ventaja de una disposición como la señalada es la posibilidad de lograr una solución de compromiso sobre todo en los casos en los que el país firmante no haya suscrito los Convenios de la OIT[23]. Sin embargo, esta situación genera dos desventajas. En primer lugar, erosiona el consenso emergente en relación a la existencia de los Convenios Fundamentales de la OIT, los cuales por su importancia deberían incluirse como mínimos en todos los TLC. Y en segundo lugar, el simple respeto al derecho interno nos enfrenta con una posible actitud caprichosa de los gobiernos quienes con la finalidad de no ser sancionados modifiquen el contenido o la interpretación de su derecho interno, independientemente de su concordancia con los Convenios Fundamentales.

El ACLAN cuenta con un conjunto de estructuras administrativas con las cuales pretende dar cumplimiento a sus objetivos, entre ellas hemos podido ubicar: la Comisión para la Cooperación Laboral, el Secretario Coordinador Internacional, y las tres[24] OAN una por cada país firmante.

Por otro lado, el ACLAN estableció un procedimiento de queja al cual se podía acudir siempre que se advierta una falta de aplicación efectiva de las leyes laborales que afecte al derecho de los inversionistas involucrados en el comercio internacional[25] (Bolaños, 2004, p. 11).

Este mecanismo puede ser iniciado por los gobiernos o por las organizaciones de la sociedad civil (Rodríguez, 2004, p. 12) y consiste en la presentación de quejas ante la OAN de cualquiera de los tres Estados firmantes del acuerdo. Ello supone todo un procedimiento que incluye fases de conciliación y aplicación[26] -en caso que los derechos sean colectivos-; y, de evaluación por parte del Comité de Expertos - en caso estén involucrados los otros derechos-. Cabe indicar, que en caso que el derecho involucrado sea uno de los tres que acarrean el máximo nivel de protección[27] se puede resolver la disputa a través de un panel arbitral, el cual de encontrar fundada la acusación podría imponer una multa al país infractor.

---

23) Cabe recordar que Estados Unidos solo ha ratificado dos de los Convenios definidos como fundamentales.

24) La OAN es un punto de contacto entre los Ministerios de Trabajo de los tres países firmantes y el Secretario de la Comisión para la Cooperación Laboral.

25) De acuerdo al artículo 22 sección B no podrán convocarse consultas ministeriales si el asunto objeto a controversia respecto a las leyes laborales no esta relacionado al comercio Tampoco puede convocarse a un panel arbitral si es que no hay vinculación entre la controversia y el comercio.

26) La aplicación consiste en la revisión del caso a través de una consulta de los ministerios de trabajo de los tres países, siendo que de constatarse una violación a cualquiera de estos derechos se genera un reporte y una recomendación.

27) Solo las quejas relativas a trabajo infantil, reglas mínimas de empleo y salud y seguridad en el trabajo pueden ser objeto de sanciones.

Tras 10 años de existencia del ACLAN se señala que su funcionamiento no ha sido el esperado (Reynoso, 2004, 18); sin embargo, no podemos dejar de advertir las oportunidades creadas por este acuerdo. En primer lugar, estamos frente al precedente más importante, por ser el primero, en la inclusión de derechos laborales en los TLC. Asimismo, su regulación ha servido como base para los lentos avances que se han logrado en los otros tratados, siendo que entre sus principales contribuciones se encuentra su amplia lista de derechos, así como la posibilidad de que los miembros de la sociedad civil puedan presentar quejas.

Lo negativo es que los niveles de protección no son muy exigentes, hay una multiplicación de consultas y trámites, ausencia de plazos, procedimientos muy dilatados e inexistencia de un organismo de resolución independiente a los gobiernos (Rodríguez, 2004, p. 14). Ello quiere decir que estamos ante un proceso que todavía se encuentra muy lejos de convertirse en una estructura o mecanismo que incida de manera directa y efectiva en el respeto de los derechos laborales (Reynoso, 2004, p.27).

5.2. El TLC entre Estados Unidos y Chile.

Este TLC ha sido el primer acuerdo comercial suscrito por Chile que ha incluido la materia laboral de forma explícita, comprometiéndose también con los principios laborales fundamentales de la OIT y con el cumplimiento de la legislación nacional; asegurando el cumplimiento de las normas laborales nacionales en lo relativo al comercio entre las partes y resguardando la soberanía de los Estados en este materia (Martínez, 2004, p. 5).

Es más, el TLC chileno no sólo incorpora explícitamente el tema laboral, en el Capítulo 18 que forma parte del mismo tratado, sino que este aparece como marco orientador de los propósitos perseguidos por dicho acuerdo.

Es así como en el Preámbulo de este tratado podemos encontrar tres ideas fundamentales:

a) Crear nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios.
b) Desarrollar sus respectivos compromisos internacionales y fortalecer su cooperación en materias de índole laboral.
c) Proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores.

Es preciso indicar, que la operatividad de las normas del TLC chileno, tanto las de origen laboral como las puramente comerciales, deben implementarse e interpretarse teniéndose presente estos objetivos laborales (Martínez, 2004, p. 6). Ello quiere decir que el TLC va más allá de lo meramente comercial ya que incorpora temas laborales vinculados con los propósitos económicos perseguidos por el acuerdo.

A continuación haremos un breve análisis respecto a las regulaciones laborales previstas en el TLC chileno.

El capítulo 18 denominado "Trabajo" regula a través de siete apartados diversas instituciones laborales para luego concluir con un anexo en el que regula los mecanismos y formas de cooperación laboral entre los Estados firmantes.

Los aspectos laborales contenidos en este acuerdo son los siguientes:

a) Declaración de compromiso compartido. De acuerdo a este punto las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales[28]. Asimismo se comprometen a que los principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos serán protegidos por su legislación interna. Cabe indicar que estos principios están desarrollados en el artículo 18.8 y comprende a los siguientes derechos: asociación, el derecho a organizarse y negociar colectivamente, la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de niños y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil y condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.
b) Fiscalización de la legislación laboral. Se establece el compromiso recíproco de los Estados firmantes en no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral a través de un curso de acción o inacción que afecte sus relaciones de comercio.
c) Garantías procesales mínimas que los Estados deben garantizar a las personas que teniendo un interés jurídicamente reconocido busquen la tutela ante los tribunales judiciales. Asimismo se establece la obligación de los Estados firmantes de proveer el conocimiento público de su legislación laboral.
d) Consejo de Asuntos Laborales conformado por representantes de las partes de nivel ministerial el cual tendrá como objetivo supervisar la implementación y revisar el avance del Capítulo 18.
e) Mecanismos de Cooperación Laboral que promuevan el respeto de los principios contenidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales, el cumplimiento del Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y la Acción Inmediata para la Eliminación de las peores formas de Trabajo Infantil. Estos mecanismos están desarrollados en el anexo 18.5.
f) Consultas cooperativas entre las partes de cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 18.

---

28) De acuerdo al artículo 18.8 los derechos laborales a los que se circunscribe este tratado son los siguientes: asociación, el derecho a organizarse y negociar colectivamente, la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de niños y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil y condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

g) Lista de árbitros que resolverán las controversias que surjan de conformidad al artículo 18.2.1. a) relativo a materias que puedan afectar el comercio entre las partes.

Para algunos autores el TLC chileno no contiene avances importantes con respecto a los otros TLC firmados por Estados Unidos en la medida que no aporta elementos nuevos frente a su antecesor inmediato que es el TLC Estados Unidos Jordania.

En todo caso debemos precisar que la importancia de este TLC es la incorporación al igual que el ACLAN de derechos laborales procesales y la creación de un organismo de cooperación. Sin embargo, hay un elemento negativo y es la imposibilidad de que ONG, sindicatos y otras organizaciones de la sociedad civil presenten quejas (Rodríguez, 2004, p 18).

Esto último quiere decir que en el TLC chileno los asuntos laborales son del dominio de los gobiernos y no se permite la participación de las sociedades de los países firmantes.

5.3. El TLC entre EE.UU. y CAFTA.

El 5 de agosto del año en curso, los representantes del Poder Ejecutivo de Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Panamá y República Dominicana suscribieron el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA).

Este acuerdo fue bien recibido por organismos tales como el Banco Mundial, el cual señaló, a través de sus representantes, que la firma de este tratado traería una gran oportunidad para los Estados Centroamericanos, sobre todo por la ampliación de los horizontes comerciales de estos países hacia Estados Unidos[29]. En ese sentido, el Banco Mundial indicó que los Estados Centroamericanos debían abrirse a las grandes oportunidades de exportación y atraer las nuevas tecnologías e inversión, situación que en definitiva se traduciría en un mejor ingreso para la población y en la reducción de la pobreza.

Es más, de acuerdo a Regina Vargo representante de Comercio Adjunta de Estados Unidos para las Américas[30], el CAFTA ofrece a América Central una plataforma sobre la cual construir economías mucho más fuertes, así como la posibilidad de encontrar nuevos mercados en Estados Unidos y en otras partes del mundo. Ello quiere decir que el CAFTA convierte a los Estados Centroamericanos en socios comerciales plenos de Estados Unidos, garantizando a estos últimos una mayor exportación con exención de derechos aduaneros.

Asimismo, se indicó que el CAFTA acelera aún más el esfuerzo de integración regional emprendido por América Central eliminando muchas de las ineficiencias que

29) Esta información puede ser ubicada en http://www.cafta.gob.ni/reacciones1.shtm.
30) Esta información puede ser ubicada en http://usinfo.state.gov/espanol/eco/03053001.htm.

actualmente aquejan el comercio del área. Siendo que la combinación entre los compromisos comerciales y el respeto de los derechos laborales hacen de América Central un lugar más atractivo para la inversión y el crecimiento económico.

De acuerdo a su contenido podemos señalar que el CAFTA reproduce casi en su totalidad el contenido de las cláusulas laborales previstas en los modelos jordano y chileno, y puede ser el modelo que Estados Unidos proponga para el Perú.

El CAFTA al igual que el TLC chileno no solo incorpora explícitamente el tema laboral, en el Capítulo 16 que forma parte del mismo tratado, sino que este aparece como marco orientador de los propósitos perseguidos por dicho acuerdo.

Es así como en el Preámbulo de este tratado podemos encontrar tres ideas fundamentales:

a) Proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores y fortalecer la cooperación en materia laboral.
b) Crear nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios.
c) Desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral.

Asimismo, el Capítulo 16 denominado "Laboral" establece un conjunto de regulaciones laborales que desarrollaremos a continuación:

a) Declaración de Compromisos Compartidos: Al igual que el TLC chileno en el CAFTA las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

Asimismo, se comprometen a que los principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos serán respetados por su legislación interna. Cabe indicar que estos principios están desarrollados en el artículo 16.8 y se refiere a los siguientes derechos: el derecho de asociación, derecho a negociar y organizarse colectivamente, la prohibición de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio, una edad mínima para el empleo de los niños, y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Además, se reconoce el derecho de las partes a establecer sus propias normas laborales y adoptar y modificar sus normas de conformidad con dichos principios.

b) Fiscalización de la legislación laboral. Se establece el compromiso recíproco de los Estados firmantes en no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral a través de un curso de acción o inacción que afecte sus relaciones de comercio. Es más, las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión a través del debilitamiento o reducción de la legislación laboral interna.
c) Garantías procesales mínimas e información pública. Respecto de este punto observamos un mayor desarrollo en el CAFTA en la medida que prevé una serie

de mecanismos adicionales que aseguran el acceso a las personas que tienen un interés jurídicamente reconocido ante los tribunales judiciales. Por ejemplo, se establece que los procedimientos para el cumplimiento de la legislación laboral deberían cumplir con el debido proceso legal, con audiencias públicas, plazos razonables, entre otros. También observamos disposiciones que regulan la forma como deben ser las Resoluciones finales que resuelven el caso, así como un proceso de revisión con partes independientes. Asimismo, se establece la obligación de los Estados firmantes de proveer el conocimiento público de su legislación laboral.

d) Estructura institucional. De acuerdo al artículo 16.4° el CAFTA cuenta con un Consejo de Asuntos Laborales, compuesto por las partes representantes del nivel ministerial, el cual se encarga de supervisar la implementación y revisar el avance que se haya efectuado de conformidad al Capítulo 16.
e) Mecanismo de Cooperación Laboral y Creación de Capacidades. Estos Mecanismos permiten promover el respeto de los principios contenidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales, el cumplimiento del Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y la Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil. Estos mecanismos están desarrollados en el anexo 16.5°.

Asimismo, se establece que las partes procurarán asegurar que los objetivos del Mecanismo de Cooperación Laboral y Creación de Capacidades sean consistentes con los programas nacionales, estrategias de desarrollo y prioridades de cada parte, generen oportunidades para la participación pública en el desarrollo e implementación de dichos objetivos y oportunidades; y tomen en cuenta la economía, cultura y sistema legal en consideración.

h) Consultas laborales y Cooperativas entre las partes de cualquier asunto que surja conforme al Capítulo 16.
i) Lista de árbitros que resolverán las controversias que surjan de conformidad al artículo 16.2.1. a) relativo a materias que puedan afectar el comercio entre las partes.

Tal como se puede observar el CAFTA establece el respeto al principio de soberanía en la producción y aplicación de la ley laboral de cada uno de los Estados signatarios, evitándose toda injerencia en los asuntos laborales internos con excepción de aquellas violaciones a la cláusula social (prevista en el Capítulo 16) en tanto afecten el libre comercio entre las partes.

Cabe indicar que la cláusula social del CAFTA se encuentra limitada a los derechos regulados en los ocho Convenios de la OIT a los que refiere la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, así como de conformidad al artículo 16.8° al que reenvía el artículo 16.1° a la legislación interna que haya regulado sobre esos temas de conformidad a los principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos.

Al respecto, algunos autores han criticado el poco desarrollo que ha tenido esta cláusula social, sobre todo si se la compara con la relación de derechos establecidos en el ALCA (Bolaños, 2004, p. 15). En ese sentido, el CAFTA es muy parecido al tratado chileno cuyo artículo 18.8°, relativo a los derechos laborales internacionalmente reconocidos, presenta la misma redacción que el artículo 16.8° del CAFTA.

Consideramos que el hecho que en el CAFTA la lista de derechos internacionalmente reconocidos sea menor que la lista prevista en el ACLAN no genera mayor problema puesto que la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales que también está prevista en el CAFTA la complementa.

Sin embargo, algunos autores han encontrado algunos problemas en las regulaciones del CAFTA (Bolaños, 2004, p. 17). En primer lugar, se señala que el CAFTA no prevé la existencia de mecanismos de presentación de denuncias por parte de la sociedad civil, principalmente trabajadores y sus organizaciones. Esta situación es preocupante sobre todo porque el contexto centroamericano esta marcado por graves violaciones a los derechos humanos incluyendo la violencia física contra miembros y líderes de organizaciones sindicales (Rodríguez, 2004, p. 19).

En segundo lugar, se dice que los únicos que están habilitados para ello son los Estados y los inversionistas, lo cual puede corroborarse en el artículo 16.6.7 el cual señala que ninguna parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este tratado por un asunto que surja con lo dispuesto en este Capítulo, salvo con respecto al articulo 16.2.1. (a)[31]

En tercer lugar, el CAFTA no contiene mecanismos para reparar los daños sufridos por los trabajadores, mientras que en el artículo 20.17 prevé el derecho de los inversionistas de obtener una compensación económica en caso que la violación a las reglas laborales previstas afecten el libre comercio.

Finalmente, el CAFTA no tiene garantías para la eficacia y la adecuada financiación del organismo bilateral de cooperación laboral, lo cual profundiza las dudas de algunos autores respecto a la continuación de las múltiples violaciones de los derechos laborales en Centroamérica (Rodríguez, 2004, p.19).

IV. CONCLUSIONES

1. La globalización, en su manifestación económica (que es la más interconectada con las relaciones laborales), se ha expresado en la ampliación de los mercados, la liberalización del comercio y la apertura económica. Estos componentes han

31) De acuerdo a este artículo una parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

incidido en la integración tanto del mercado de bienes y servicios, como del mercado de factores productivos.

2. Los beneficios de la apertura fueron aprovechados por las empresas y Estados que se encontraban preparados para hacer frente a la demanda de mercado internacional. Ello quiere decir, a criterio de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, que los beneficios de este proceso se han distribuido de una forma desigual, ampliando la brecha entre incluidos y excluidos. Hasta la fecha, estamos ante un proceso que se centra fundamentalmente en el comercio y en la inversión, sin ocuparse de otros aspectos tales como los derechos humanos y el medio ambiente. En tal sentido, en el campo laboral la globalización ha producido relaciones laborales vulnerables, que han implicado la sustitución del empleo decente por el trabajo inseguro, eventual y bajo un régimen de subcontratación; así como ha traído una reducción significativa de los puestos de trabajo.
3. Esta situación ha generado diversas críticas que inciden en la necesidad de impulsar la *gobernanza* de la globalización, de manera que se altere su sentido actual y se pueda poner como eje central al ser humano y a la satisfacción de sus necesidades. Es por ello que en el marco de la OIT se viene hablando de una dimensión social de la globalización basada en valores universales y en el respeto de los seres humanos.
4. Estamos frente a un contexto distinto en el cual los sistemas tradicionales de relaciones laborales y en especial la legislación nacional se muestran cada vez menos eficaces para responder a un fenómeno internacional. Ante esta fractura normativa, se requiere impulsar la re-regulación de las relaciones laborales a través de dos vías: las *formas tradicionales o directas* de reglamentación laboral, entre los cuales podemos ubicar a los convenios internacionales, las normas supranacionales, las cartas sociales, entre otros; y las *formas alternativas o indirectas* de reglamentación laboral que incluyen a las cláusulas sociales en los tratados de libre comercio, los sistemas nacionales o regionales de preferencias arancelarias, los códigos de conducta, los sellos o marcas distintivas, entre otros.
5. El proceso de liberalización del comercio, que viene a ser una de las características más significativas de la globalización, revitalizó los procesos de integración regional, al generar y dar un fuerte impulso a la suscripción de acuerdos de integración económica y de acuerdos de libre comercio, cuya variedad y cantidad ha generado una superposición de acuerdos a nivel mundial. Asimismo, los niveles de integración regional fueron variados y distintos debido a que las necesidades económicas y políticas de cada Estado determinaron la opción por una u otra alternativa, siendo, al final, que la mayoría de ellos se presentaron como acuerdos de integración económica. Los componentes sociales, políticos y cultu-

rales se han ido incorporando paulatinamente, conforme se han ido profundizando los procesos de integración.

6. En este contexto, la preocupación por el respeto de los derechos laborales ha estado siempre presente, habida cuenta del incremento del riesgo de la implementación de prácticas de *dumping* social. Teniendo en cuenta lo complejo del tema, en la actualidad se pretende respetar un conjunto de derechos mínimos para lograr un desarrollo sostenible y un comercio en igualdad, que permita repartir de forma equitativa los beneficios de este proceso. Estos derechos mínimos han sido desarrollados por la OIT en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 y comprende a los siguientes derechos: libertad sindical y negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, prohibición de discriminación y abolición efectiva del trabajo infantil.
7. Cabe indicar que estos principios fundamentales, que se ubican en el denominado *núcleo duro de derechos*, tienen un amplio reconocimiento en la comunidad internacional, lo que viene permitiendo una armonización del derecho sustantivo de los Estados que buscan integrarse económicamente (hecho sumamente importante debido a las grandes diferencias sociales, económicas, políticas y jurídicas que existen entre los Estados).
8. Los TLC tuvieron como objetivo inicial afianzar las relaciones económicas de los Estados firmantes; pero en la actualidad el tema laboral ha empezado a ganar terreno dentro de las negociaciones comerciales. Ello ha generado que la gran mayoría de los TLC de reciente generación presenten un capítulo laboral en el cual se regulan un conjunto de derechos y obligaciones que los Estados están obligados a respetar en este campo.
9. La incorporación de la materia laboral en los Tratados de Libre Comercio no es pacífica en la doctrina, habida cuenta que tiene fuertes detractores. Nosotros nos inclinamos por aquella posición que esta a favor de su inclusión, habida cuenta que los imperativos del libre comercio son compatibles con los derechos laborales, en la medida en que la protección de éstos genera condiciones políticas y sociales estables, dado que consolida relaciones democráticas fuera y dentro de la empresa y permite una efectiva lucha contra la desigualdad y la pobreza.
10. En la práctica la gran mayoría de los TLC incluyen un capítulo relativo a tema laboral, el cual forma parte del tratado en general y cuya estructura es la siguiente: lista de derechos fundamentales establecidos por la OIT, mecanismos de solución de controversias, la creación de un Fondo de Cooperación Laboral, y sanciones monetarias o suspensión de beneficios comerciales. Cabe indicar que nuestro análisis se limitó al desarrollo de los siguientes instrumentos: el ACLAN, TLC Chile – Estados Unidos y el CAFTA.

11. Respecto al ACLAN debemos señalar que este surge ante las críticas de diversos sectores de la sociedad civil que reclamaban la existencia de algún instrumento que se preocupara por regular el tema social. La importancia del ACLAN deriva de ser el primer antecedente respecto a la incorporación de derechos laborales en los TLC del continente americano, así como de haber sido el instrumento con mayor desarrollo en este tema.
12. El TLC Estados Unidos – Chile fue el primer acuerdo suscrito por un país sudamericano que incorporó de forma explícita la materia laboral. Sin embargo, cabe indicar que este significó un retroceso con respecto al ACLAN pues dejó de regular algunas materias que sí habían sido previstas en el primero.
13. Finalmente, el CAFTA reproduce casi en su totalidad el contenido de las cláusulas laborales previstas en los modelos jordano y chileno. Cabe indicar que el tema laboral aparece en el preámbulo del CAFTA, siendo esa la razón por la cual se le considera como un marco orientador de los propósitos de dicho TLC. El problema es que presenta la misma estructura que el modelo chileno, sin hacer ninguna alusión al ACLAN cuyo contenido es el más completo.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ANINAT, Eduardo. «Reflexiones sobre la globalización, España y el FMI». Ponencia en la reunión de la Junta General de Socios de ELKARGI, San Sebastián, 29 de junio de 2001.

Banco Interamericano de Desarrollo, “Integración Regional. Documento de estrategia”. En www.iadb.org

Banco Mundial. “Indicadores del Desarrollo Mundial”. Washington, BM, 2003. En: www.iadb.org.

BECK, Ulrico. “Un Nuevo Mundo Feliz; La precariedad del trabajo en la era de la globalización”. Barcelona: Paidós Ibérica, 2000.

BOLAÑOS, Fernando. “Tratado de Libre Comercio e Internacionalización del Derecho Laboral.” Mimeo Ponencia presentada en el Sexto Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, Querétaro, 14-17 de septiembre de 2004.

CAMPANA, David. “La dimensión social de la globalización, integración, libre comercio y códigos de conducta: desafío para el derecho del trabajo”. En: Un desafío para la competitividad en la economía global. Lima: CEDAL, 1999.

CANESSA, Miguel. “Un núcleo duro de derechos humanos laborales para el comercio internacional” Mimeo, 2004.

CEPAL. “Inversión Extranjera en América Latina y el Caribe, 2003”. Santiago de Chile: CEPAL, 2003-a.

CEPAL. “Panorama Social de América Latina 2002-2003”. Santiago de Chile: CEPAL, 2003-b.

DE LA DEHESA, Guillermo. “Comprender la Globalización” Madrid, Alianza Editorial, 2000.

DEL REY, Salvador. “ Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria” En: Relaciones Laborales, 1987. T.I

DI FILIPPO y FRANCO, Ponencia presentada al Seminario: «Empleo y Desenvolvimiento Tecnológico en el MERCOSUR», Organizado por el Departamento Intersindical de Estadísticas y Estudios Sociodemográficos en Florianópolis, 29 y 30 de septiembre de 1998. Este ensayo recoge de una manera sintética y parcial una investigación interdisciplinaria sobre Dimensiones Sociales de la Integración que los autores conducen en CEPAL. La responsabilidad de esta síntesis corresponde exclusivamente a sus autores. En(http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otros/i/index.htm#2.%20Ases

DURAN, Federico, “ Globalización y relaciones de Trabajo” En: Globalización económica y relaciones laborales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

ERMIDA, Oscar. “Derechos Laborales y Comercio Internacional” En: Derecho Laboral. Tomo XLV, N° 208. Montevideo, 2003.

FREEMAN, C.; CLARK, J. & SOETE, L. “Desempleo e Innovación Tecnológica; un Estudio de las Ondas largas y el Desarrollo Tecnológico”. Madrid, MTSS, 1985.

GUARRIELLO, Fausta. “Ordenamiento Comunitario e Autonomía Colectiva: Il Diálogo Sociale” Franco Angeli, Milan, 1992.

MALCA, Oscar. “Comercio Internacional” Lima: Universidad del Pacífico, 2002

MANCINI, Federico, “Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario”, Revista Relaciones Laborales, Tomo I., Madrid, 1986

MARTÍNEZ, Eduardo. “Reflexiones en torno al espacio laboral del tratado de libre comercio Chile – Estados Unidos. Mimeo 2004.

MERCADER, Jesús. “El futuro de los ordenamientos laborales en la era de la globalización” En: Globalización económica y relaciones laborales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.

OIT “La dimensión laboral en los acuerdos de integración regional y libre comercio en las américas”. Lima, 2003.

OIT “Por una globalización justa crear oportunidades para todos” Suiza: 2004.

REYNOSO, Carlos. “Internacionalización de las relaciones laborales”, Mimeo, Ponencia presentada en el Sexto Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, Querétaro, 14-17 de septiembre de 2004.

RODRÍGUEZ, Cesar. “ Los derechos laborales en el tratado de libre comercio entre Colombia y Estados Unidos” Bogota, 2004. Mimeo Ponencia presentada en el seminario economía social de Mercado y TLC en Colombia.

SHANKS, M. “ The Social Policy of the European Communities” En: Common Market Law Review, 1977, V. 14.

STIGLITZ, Joseph. “El malestar en la Globalización” Buenos Aires: Taurus, 2002.

TAMAMES, Ramón. La Irreversible Globalización: Premonitores, Protagonistas y Descontentos. Entre Davos y Porto Alegre». Conferencia impartida en el IV Congreso Andaluz de Filosofía, Jaén, 14 de septiembre de 2002.

TOSTES VIEIRA, Marta. Nuevas Tecnologías, empleo y cualificación profesional. Tesis Doctoral. Universidad de Sevilla, 1998.

TOSTES, M. Cómo desarrollar Recursos Humanos acordes con la Globalización. Tecnología y Capacitación. En: Varios Autores. “Globalización y Empleo: Una mirada desde las Mujeres”. Lima, Asociación Aurora Vivar, 2003.

UNCTAD. “World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives”. Nueva York, Ginebra, 2004)

UNCTAD. “World Investment Report; Transnational Corporations and Export Competitiveness”. Nueva York y Ginebra, UNCTAD, 2002.

VEGA, Maria Luz. “Algunos aspectos jurídicos de las disposiciones laborales de los tratados de libre comercio en las américas” Mimeo, 2004

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, «Comunidad Europea y Mercosur: Integración Regional, Política Social y Diálogo Social», Revista Asesoría Laboral, (I y II), Nº 23 y 24, 1992.

BUENAS PRÁCTICAS LABORALES Y LIBRE COMERCIO

LUIS VINATEA RECOBA*

Sumario

Introducción. I. Buenas prácticas: ¿qué son? II. Buenas prácticas: ¿actos de desprendimiento? 1. políticas empresariales; 2. la relación entre necesidades internas y necesidades del cliente. III. Buenas prácticas y regulación: la ineficiencia de las regulaciones internas y su superación mediante los imperativos del mercado. IV. La apertura comercial y las buenas prácticas laborales. V. Las formas de acceder a las buenas prácticas y al empleo de calidad. VI. La propuesta del MTPE. VII. El cierre: promoción de buenas prácticas y suscripción de acuerdos comerciales.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo se plantea a propósito del problema del incumplimiento de las regulaciones laborales y la ausencia de incentivos para la difusión de las buenas prácticas laborales en el mercado de trabajo peruano. Este, como se sabe, es un problema de difícil solución pues el tradicional esquema de obligatoriedad de las leyes, no ha sido suficiente para que éstas se cumplan. Por ello, y de cara a la probable suscripción de un tratado de libre comercio entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, planteamos en este trabajo una hipótesis sencilla: la globalización y la apertura comercial determinan que las buenas prácticas laborales y

(*) Profesor de Derecho del Trabajo. Pontificia Universidad Católica; Universidad de Piura y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

el trabajo decente[1] sean necesarios para las empresas pues ello no sólo les permite posicionarse en el mercado sino que evita que se caiga en casos de *dumping* social. Así, en el mencionado contexto, más que responder a imperativos legales (que finalmente actúan siempre como estándares mínimos y no son excluyentes de lo que aquí se sostiene) e incluso al interés por evitar el *dumping* (que al final es un efecto), las empresas responden a demandas específicas, por un lado, de los competidores y, por otro, de los consumidores, los que para elegirlas como sus proveedoras de bienes y servicios, les plantean la necesidad de atender ciertas necesidades que son valiosas para ellos. De lo anterior fluye que la apertura de las economías y la suscripción de acuerdos comerciales que contemplen el respeto a las regulaciones laborales de cada país[2], son una de las formas de lograr la difusión e incorporación de buenas prácticas laborales en la actividad de las empresas.

A pesar de lo dicho, no se trata de un efecto inmediato. La necesidad de las empresas de competir con otras y de llamar la atención de un mercado más abierto y más exigente, las obliga a desarrollar formas de distinción no solo en el producto o servicio final, sino también en los procesos e incentivos creados para elaborarlos o prestarlos, pues en dichos procedimientos e incentivos puede estar la clave para que el producto o servicio finalmente prestado pueda ser ofrecido y tenga aceptación en un mercado globalizado.

En efecto, la apertura comercial y el acceso de las empresas a mercados a los que antes no podían ingresar, fenómeno reciente desde un punto de vista histórico, generan efectos que no son gratuitos. El acceso a nuevos mercados, geográficamente distintos de los originarios para una empresa cualquiera, está condicionado a que las empresas entrantes a ese mercado se sujeten a las mismas prácticas o reglas (no solo en el ámbito laboral) que se aplican a los competidores originalmente ubicados en el mismo, pues de lo contrario se podrían presentar casos de *dumping* social. Por otra parte, los propios consumidores de esos mismos mercados, pueden demandar características particulares para los productos y servicios (dentro de las que se pueden contar la sujeción a reglas jurídicas básicas o algunos valores o convenciones sociales) y, en esa medida, constituir ellas mismas una necesidad adicional por satisfacer para la empresa entrante al mercado[3].

El contenido de esas buenas prácticas, desde su versión mínima constituida por las normativa laboral que actúa como un "piso", pasando por las buenas prácticas desti-

---

1) A pesar de tener diferencias instrumentales, las buenas prácticas y el trabajo decente son esencialmente lo mismo. Como quiera en este punto no se intentan definiciones de lo uno y lo otro, los presentamos como conceptos separados.

2) No debe perderse de vista que los Tratados de Libre Comercio son la única vía. Los acuerdos de integración y los procesos comunitarios también contienen claves similares y su lógica de actuación difiere en los métodos, pero no en los resultados, que son en esencia los mismos.

3) Por ejemplo, los consumidores del mercado norteamericano pueden demandar cierto tipo de productos artesanales de madera, siempre que en su elaboración no se emplee mano de obra infantil ni se pongan en riesgo especies en peligro de extinción.

nadas a fomentar el cumplimiento de los derechos fundamentales de carácter laboral hasta llegar a la excelencia en la gestión del personal, se convertirá, así, en uno de los problemas más importantes en esta materia pues de ello dependerá qué se le pide a un empresario para acceder a tal o cual mercado.

De esta manera, la apertura y la globalización están aportando un elemento muy importante al serio problema de la incapacidad de algunos estados de hacer cumplir las normas laborales (entendidas éstas como mínimas) o de exigir que los empleadores implementen buenas prácticas laborales en sus empresas. En efecto, se teme que la apertura y la globalización generen desregulaciones y desprotecciones y que las diferencias entre quiénes tienen y quiénes no, se agudicen. No en vano la Organización Internacional del Trabajo hace, a pesar de las dificultades, enormes esfuerzos por la primacía del trabajo decente en un mundo global. Sin embargo, el problema del incumplimiento de la normativa laboral o el déficit de buenas prácticas no es fruto de la globalización; al contrario, éste en muchos casos, y el Perú no es la excepción, antecede a la globalización y la pregunta que surge es si ésta agudizará o no el problema. Nosotros, en la línea de la hipótesis presentada, creemos que tal agudización no ocurrirá y que más bien, a la normativa laboral en países como el nuestro, con elevados índices de incumplimiento laboral y al déficit de buenas prácticas laborales, lo mejor que le puede ocurrir es la apertura y la globalización; pues precisamente ella se constituirá en el marco en el que las propias empresas para diferenciarse entre sí y para acceder a nuevos mercados, desarrollen buenas prácticas laborales, ubicándose de esta manera al nivel o por encima de los estándares mínimos impuestos por las normas laborales, y por esta vía complementando o facilitando la acción estatal de supervisión o control de cumplimiento de la normativa.

¿El empleador como socio del estado en temas laborales? Parecería raro sostener una idea como esa frente a la tradicionalmente opuesta relación entre Estado y empleador en nuestro país[4]. Sin embargo, la respuesta a la pregunta anterior es otra: ¿Y por qué no? La globalización amplía los mercados pero no cambia las geografías ni, al menos de momento, las jurisdicciones. Así, pese a que no tienen incentivo para desarrollar buenas prácticas o para cumplir las normas laborales que internamente los regulan o no hay capacidad estatal para hacer cumplir estas últimas, la globalización pone frente a muchos empresarios un incentivo nuevo, que es el de tener que cumplir las reglas del mercado internacional al que quieren acceder (que incluyen a las buenas prácticas), sino no podrán hacerlo o podrían incurrir en supuestos de *dumping* y ser sancionados por ello. De esta manera, en la medida que es el Estado quien a través de acuerdos internacionales de apertura comercial hace posible que tales empresarios accedan a

4) Tradicionalmente expresada por un rol regulador exclusivo del Estado en el que es él y solo él, quien tiene la clave de lo que se debe regular, cuándo, con qué contenidos y a favor de quienes.

esos nuevos mercados, no tiene nada de extraño que empresarios y Estado deban trabajar juntos para que la nueva oportunidad brindada por la apertura sea exitosa.

En el marco de lo anterior, las buenas prácticas laborales no son una expectativa lejana y mucho menos una sofisticación. Lo son, quizá, para algunos, si se mira un mercado interno como el nuestro y sus pocas oportunidades (y por tanto, los pocos incentivos de cumplimiento que ofrece y las muchas muestras de ineficacia estatal para hacer cumplir la Ley)[5], pero es evidente que detrás de los límites del mercado interno hay un escenario que ofrece todos los incentivos (fuera de la imperatividad misma de las normas y de las actuaciones de quienes ya implementan buenas prácticas laborales) para que esas prácticas se generalicen de tal forma que los productores de bienes y servicios en un país determinado, se ajusten a los estándares de cumplimiento de un mercado más amplio y que agrupa a otros países. El presente trabajo pretende demostrar ello.

I. BUENAS PRÁCTICAS LABORALES: ¿QUÉ SON?

No existe una definición precisa de lo que son buenas prácticas laborales. En realidad, éstas se muestran como buenas o malas o como mejores o peores en función de criterios comparativos, lo cual nos obliga a utilizar siempre un referente de comparación. Este puede ser lo que hacen unas empresas frente a otras o lo que hacen todas frente a una norma o convención. Ambas formas de determinación son en nuestra opinión correctas. La primera pone a la vista el problema de qué empresas deben ser comparadas y por esa vía determinar un estándar y la segunda plantea la determinación de un estándar fijado de consenso o como convención, lo que nos ubica frente al problema de quién lo fija, cómo lo hace y cuál será el contenido de dicho estándar.

Cualquiera que sea el camino elegido, independientemente de los problemas que ofrezcan, siempre llegaremos a conclusiones similares y creemos que ambos son útiles para dar respuestas a todas las interrogantes que un tema como éste ofrece.

Veamos el primero. Una buena práctica (y por tanto mejor que otra) en términos comparativos entre una y otra empresa, será la que mejor sirva a los objetivos de cualquiera de ellas (que no son otros que satisfacer necesidades de sus clientes) y a los objetivos de los miembros que la conforman (satisfaciendo sus necesidades y expectativas). Si consideramos que hoy las estrategias competitivas se pueden plantear desde una perspectiva corporativa; de negocios o de unidades funcionales, de tal forma que se puede hablar de estrategias operativas, comerciales, de gestión, etc., parece claro que una buena práctica laboral, en términos comparativos, será aquella que permita a la empresa satisfacer las necesidades de los clientes y las necesidades y expectativas

5) Esta afirmación es relativa porque, debido a diversos factores, puede reactivarse la demanda interna y ella misma demandar más productos o servicios. Sin embargo, tales hechos, en nuestra opinión, no desmerecen la afirmación anterior.

laborales de los propios trabajadores a la vez[6]. Por oposición, una mala práctica será aquella que no es capaz de satisfacerlas.

El punto en este camino es determinar cuál es el contenido de la práctica capaz de satisfacer necesidades o expectativas laborales de los trabajadores. Y la verdad es que la comparación no permite hacerlo. De todo un conjunto de prácticas, se puede concluir la existencia de algunas que, al estar presentes concurrentemente, aparecerían como las buenas. Así, el contenido se determinaría por coincidencia, lo cual es una manera certera y fácil de hacerlo; sin embargo, es obvio que el mercado podría demandar cierto tipo productos que impliquen prácticas inferiores a las mayoritarias o mejores y en esa línea, resultará difícil, al haber dos tipos de prácticas concurrentes, determinar cuál es la mejor de las dos.

Como se ve, a pesar de la certeza y facilidad del método, el problema de las comparaciones en el contexto mencionado, es que las prácticas, buenas o malas, "flotarían" en el mercado y mejorarían o empeorarían dependiendo de lo que pase en él. Así, en mercados en crecimiento, las prácticas mejorarían con la mejora de la economía, pues la capacidad adquisitiva de los consumidores demandaría productos y servicios de mayor calidad, los que de seguro incluirían una buena dosis de dichas buenas prácticas. En los mercados donde no haya tal crecimiento, principalmente en aquellos donde la falta de crecimiento se deba a la falta de capacidad adquisitiva, lo más probable es que algunas prácticas producto de la segmentación se sofistiquen (y sean tan buenas como en el caso anterior)[7] pero lo más seguro es que la mayoría de empresas desmejorarían sus prácticas[8] porque el mercado también demandaría menor calidad, dado que no tendría la capacidad para pagarlas[9].

Teniendo en cuenta lo anterior, es fácil concluir que determinar las buenas prácticas en función de criterios exclusivamente comparativos puede ofrecer el problema de definir un contenido variable de lo que son las buenas prácticas y esto, aunque podría ser una opción, no necesariamente es la mejor ni, suponemos, lo más aceptable para quien, como el trabajador, terminaría soportando íntegramente el riesgo de la actividad económica empresarial. Por ello, este camino siempre nos llevará al principio del problema, que no es otro que determinar qué o cuál es la mejor práctica.

---

6) Dentro de éstas expectativas se deberían incluir la cobertura de los derechos legales laborales y fundamentales del trabajador.

7) En la medida que el recurso escaso es la capacidad adquisitiva y en épocas de decrecimiento hay sectores o grupos de demandantes de productos o servicios que escapan a tal tendencia, ocurrirá que algunos ofertantes de bienes o servicios desarrollen buenas e incluso excelentes prácticas para producir bienes destinados a sectores específicos del mercado.

8) Decimos la mayoría porque es obvio que aún en esas circunstancias hay empresas que implementan buenas prácticas por formar éstas parte sostenible de sus estrategias o porque actúan acatando mínimamente el ordenamiento legal al que están sujetas.

9) Estamos aludiendo aquí al costo de dichas prácticas. Ellas llevan un costo implícito que, aun cuando creemos que es justificado, probablemente el empresario no podrá trasladar a través del precio ni podrá desarrollar estrategias que le permitan distribuir dicho costo. En ese caso, no faltará –y de ello hay grandes ejemplos- quien al no poder trasladarlos los eluda a través del simple incumplimiento si está en el sector formal o los evite por estar formando parte de la economia informal.

El segundo camino, el referido a la comparación con una norma o convención, nos permite establecer que será una buena práctica laboral aquella que en principio respeta una norma de contenidos mínimos. El problema, aquí, será qué se entiende por buena práctica y quién fija su contenido, es decir, el contenido mínimo, dado que en este camino ya no interesa si las prácticas son concurrentes o no.

A pesar de la dificultad que supone determinar quién fija el contenido (lo que supone convenir algo y determinar, al menos, quienes lo convendrán), lo cierto es que hoy ya existen convenciones más que suficientes para ello y plenamente aceptadas. Desde el año de 1998, la OIT puso en vigencia la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT[10], la que ha sido incorporada en algunos tratados de libre comercio (entre otros, TLC Chile-EEUU) y es tomada como base rigurosa por la propia OIT para la formulación de todas las políticas y acciones tendientes a generalizar el estándar mínimo de trabajo decente[11]. En tal línea, hoy, es perfectamente posible igualar el concepto de buenas prácticas laborales con, al menos, el cumplimiento de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT.

Naturalmente, tal definición puede variar en función de la normativa de cada país. Pero la variación será de mejora (la normativa interna de cada país no podría ser menor que el conjunto de derechos reconocidos en la Declaración) y así, las buenas prácticas pueden responder ya no solo al cumplimiento de un estándar mínimo de alcance global, en este caso, por ejemplo, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, sino al de un mínimo de alcance nacional, constituido por la legislación de cada país. Fuera de ello, además, pueden construirse al igual que en el caso anterior y por comparación, una serie de buenas prácticas adicionales a las establecidas en las normas mínimas y que son fruto de la concurrencia[12].

De algún modo, según se ve, la clave de la definición de lo que son buenas prácticas laborales está en el referente que se utilice. Por ello, y de cara a este trabajo, dejamos establecido que "buenas prácticas laborales" son aquellas que cumplen, al menos, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT y admiten mejoras en relación con normas mínimas de carácter nacional o, comparativamente, con prácticas concurrentes en un sector determinado.

---

10) Los derechos reconocidos por tal declaración son los siguientes:
a) El derecho de asociación;
b) El derecho a organizarse y negociar colectivamente;
c) La prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzado o compulsivo;
d) Una edad mínima para el trabajo infantil y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y,
e) Condiciones aceptables de trabajo con respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

11) Vid: Programa de Monitoreo y Difusión de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT y Programa de Trabajo Decente.www.ilo.org

12) Es el caso de por ejemplo, prácticas destinadas a promover la capacitación y profesionalización del trabajador en forma adicional al cumplimiento de la normativa laboral interna e internacional.

II. BUENAS PRÁCTICAS: ¿ACTOS DE DESPRENDIMIENTO EMPRESARIAL?

A simple vista, parecería que el solo riesgo de caer en una sanción o, tratándose de la globalización, el *dumping* social podría ser hallado como un incentivo para cumplir la normativa interna en el marco de la vigencia de algún tratado de libre comercio. Sin embargo, en un contexto, como el nuestro, en el cual las empresas no son competitivas[13] y no tienen la capacidad de diferenciar sus servicios y productos salvo por el bajo precio o la poca calidad de éstos, las buenas prácticas parecen un acto de desprendimiento. Sin embargo, las buenas prácticas no son solo una conducta llevada a cabo para evitar sanciones, ni un acto de desprendimiento, ni mucho menos una mera observancia de estándares mínimos fijados en una norma imperativa. Ellas, en verdad, son necesarias y forman parte de muchas estrategias empresariales emprendidas por empresarios que al detectar una gran o pequeña demanda, las implementan con el objeto de satisfacerla. El problema se presenta allí donde no hay demanda. En este escenario, al no haber incentivo para el empresario[14], éste tampoco encuentra razones, desde el punto de vista económico[15], para implementarlas; será necesario, allí, el apoyo de la regulación y, principalmente, el de la supervisión de su cumplimiento[16], pues precisamente el problema es de falta de incentivos.

Pensar que las buenas prácticas laborales se cumplen o implementan porque las normas son lo suficientemente imperativas para hacer que ello ocurra, es una posibilidad dentro de muchas. Tal lectura no explica, no obstante, el porqué de su incumplimiento generalizado. Las buenas prácticas laborales; o lo que es lo mismo, cumplir un estándar y eventualmente superarlo, pueden ser vistas también, como un incentivo creado por un empresario para que los trabajadores fabriquen un producto o presten un servicio destinado a satisfacer una necesidad concreta demandada en el mercado. Si dicho incentivo no existiera (conociendo el trabajador el incentivo que tiene el empleador para desarrollar una actividad empresarial específica), el trabajador podría no aceptar el empleo; podría no producir con la calidad esperada; podría desmotivarse o retirarse de la empresa. Las buenas prácticas laborales (tanto en su versión mínima como la máxima) no son, creemos, ni altruismo ni desprendimiento; son un incentivo; una compensación, que forma parte de una estrategia diseñada por un empresario determi-

13) Al no haber desarrollado ventajas competitivas basadas en diferenciación o en su habilidad para reducir costos por medio de economías de escala.

14) La demanda es el incentivo del empresario. Sin ella, difícilmente emprenderá actividades empresariales y, por tanto, pondrá en práctica estrategias que presupongan a las buenas prácticas.

15) Enfatizamos este aspecto porque es evidente que las personas no sólo usan razonamientos económicos para su actuación; algunas, a pesar de la falta de incentivo basado en la demanda, pueden encontrar el mismo en una norma imperativa o en razones de otra índole: consideraciones sociales, morales, de consenso, etc.

16) Este tipo de incentivo es inverso al de la demanda (como incentivo) pues éste, a diferencia del anterior, "empuja" el cumplimiento (a un alto costo) a diferencia de la demanda, que "jala" el cumplimiento, (a un menor costo).

nado para poner un producto o servicio en el mercado. Naturalmente, el estándar mínimo es sólo un punto de partida. Hay empresarios que se ven obligados a superar el estándar y ofrecer mejores condiciones porque para satisfacer las necesidades de sus clientes (que incluso pueden estar ubicados en un mercado económicamente deprimido), y por tanto contar con el concurso de trabajadores que estén dispuestos a colaborar con él en ese propósito, necesitan mejorar el estándar y satisfacer más necesidades.

Uno se preguntará, y si es así de claro, ¿por qué si todos los empresarios emplean estrategias de acceso al mercado no hay buenas prácticas generalizadas o por qué no cumplen los estándares mínimos? La razón, ya lo adelantamos, es que hay mercados y segmentos del mercado, que demandan bienes y servicios que las presuponen; otros que no y otros que ni siquiera los demandan. Las causas de ello pueden ser de diverso tipo: baja capacidad adquisitiva; productos o servicios alternativos; poca competitividad; tamaño del mercado o segmento; etc. Pero cualquiera que sea el motivo, lo cierto es que para dicho mercado, los empresarios ofrecerán productos y servicios acordes con él o no los ofrecerán. De esta manera, salvo que los propios empresarios decidan, por causas distintas a las económicas, cumplir con los estándares o que el Estado esté en capacidad de hacer cumplir el estándar, lo que ocurrirá será algo similar a lo que describíamos en el punto anterior, cuando hablábamos de la forma de determinar el contenido de las buenas prácticas por comparación. Así, el empresario aplicará a sus procesos prácticas laborales o de otro tipo, que serán proporcionales a los productos que el mercado le demanda.

Por ello, en la medida que el mercado no demande grandes cantidades de productos o servicios o, demandándolos en pocas cantidades, productos o servicios con características similares o mejores a la calidad de las buenas prácticas o el estándar laboral y no exista una eficaz supervisión estatal, lo más probable será que el empresario utilice prácticas alejadas de los estándares laborales mínimos. Es aquí donde, como veremos luego, jugará un papel importante la regulación laboral y la supervisión de su cumplimiento, pues sin ella, en términos reales, el riesgo de la actividad empresarial queda soportado mayoritariamente por el trabajador.

Por lo anterior, una de las cuestiones claves para hacer frente a este problema es el acceso a mercados que demanden nuevos y más productos y servicios. Pues ellos se constituirán en el marco adecuado para que los empresarios desarrollen estrategias que requieran de dichas buenas prácticas. La apertura comercial y la globalización, al ser ellas mismas una forma de acceder a nuevos mercados y, por tanto, a más demanda, ofrecen una oportunidad extraordinaria para la variación de los escenarios antes descritos y por tanto, para el desarrollo de buenas prácticas laborales, convirtiéndolas, aún cuando vengan acompañadas de una eficaz supervisión estatal (inspección laboral), necesaria para evitar los casos de *dumping*, en una necesidad para las empresas; pues se trata de un presupuesto para acceder a mercados que demandarán servicios y pro-

ductos que sólo serán posibles de ofrecer en la medida que se produzcan o presten al hilo de dichas buenas prácticas.

1. Políticas empresariales

Como ya se adelantó, en la medida que el mercado lo demande, y sin necesidad de que una norma imperativa fije el estándar o establezca una práctica en particular, un empresario producirá o prestará un servicio cumpliendo el estándar o mejorándolo, si tiene un incentivo (económico) para ello. No queremos decir con esto que el empresario (directivo) debe su conducta a estrictamente razones de orden económico, pero no está lejos de la realidad el que la organización intente conducirse de tal forma que el aspecto económico sea su guía inicial.

Sin embargo, las políticas empresariales, debido a que no hay nada incompatible en ello, pueden compatibilizar expectativas económicas de la empresa con las del trabajador e instrumentar políticas concretas para que tal cosa ocurra. Las buenas prácticas laborales son, en nuestra opinión, un punto de partida para tal fin. En efecto, si, como adelantamos, el trabajador presta sus servicios a cambio de una compensación y ésta es en sí misma un incentivo, es indudable que el contenido del incentivo tiene mucho que ver con el resultado de la actividad empresarial. Así, una política laboral que logre definir un contenido a tal compensación, de tal manera que haga posible el logro del objetivo, será una política desde el punto de vista empresarial acertada. ¿Lo será desde el punto de vista del trabajador? Creemos que sí, siempre que sea capaz de recoger lo que él espera y aspira.

Las buenas prácticas establecidas a partir de un estándar normativo, tienen la utilidad de fijar los contornos no solo del contenido de la compensación que recibirá el trabajador, sino incluso el de sus aspiraciones. Evidentemente, el empleador puede superarlas o mejorarlas y precisamente tales suplementos serán prácticas (buenas) conformantes de una política empresarial.

Lo que en concreto queremos señalar es que las buenas prácticas laborales son parte de las políticas sostenibles de un empresario cualquiera. Las políticas empresariales son las directrices de la estrategia diseñada por una organización para lograr sus objetivos, de modo que no es posible escindirlas de una buena o mala práctica en cualquier área (lo que incluye a las prácticas laborales), pues éstas integran aquellas. Malas prácticas laborales serán formas de expresión de malas políticas o de políticas que no son capaces de sostenerse en el tiempo.

Por lo dicho, no es una exageración decir que las buenas prácticas laborales, en cualquiera de sus niveles: de sujeción a un estándar o de suplemento del mismo, son un presupuesto (o deberían serlo) de la visión estratégica de una empresa y, de hecho, son una de las formas más elementales de expresarla.

2. La relación entre necesidades internas y necesidades del cliente.

La motivación y la satisfacción de necesidades juegan un papel importante en el desarrollo e implementación de las buenas prácticas laborales. Satisfacer necesidades de los usuarios es el objetivo de toda empresa. Un producto o servicio se ofrece al mercado con el propósito específico de satisfacer una necesidad. De esta manera, el producto o servicio ofrecido guarda equivalencia o tiene el mismo valor de la necesidad que pretende satisfacer. En el plano interno, para poder ofrecer dicho servicio o producto es necesario también satisfacer las necesidades internas. Dicho en términos más sencillos, las mismas necesidades que se pretenden satisfacer al ofrecer un producto o servicio, las tiene quien se encargará de producirlas. De esta manera, tanto el cliente externo como el trabajador demandarán una compensación de similar calidad por el precio que pagan (en un caso dinero y en el otro trabajo). Lo señalado anteriormente se puede ejemplificar de manera sencilla: al personal de una fábrica de muebles de lujo no se le puede compensar como si produjeran muebles económicos.

Las necesidades internas (del personal de una compañía) y las del consumidor que se pretende satisfacer son equivalentes. El éxito de una empresa se basará en su habilidad para convertir el valor del producto o servicio que pone en el mercado en una compensación de valor similar para quien la financia (los accionistas) y para quien la produce (el trabajador). En este último caso, no se trata solo de una compensación económica y mucho menos de un salario. Se trata, además, de las condiciones económicas y de ambiente laboral. Se trata de las formas de desempeño y los límites de la actividad laboral. Se trata, también, de la capacitación y el aprendizaje; del desarrollo profesional y la línea de carrera; de las oportunidades; del clima y de la posibilidad de ejercer derechos. Se trata de una compensación integral que valorizada por el trabajador, se traduce en la forma de satisfacción de sus propias necesidades.

El "paquete" de compensación" al que nos estamos refiriendo tiene mucho que ver (en realidad todo) con los estándares laborales mínimos y con los suplementos que sobre ellos pueda construir un empleador. Ambos son "buenas prácticas laborales" en los términos descritos anteriormente y, por tanto, se convierten en esenciales para lograr el objetivo de la empresa.

III. BUENAS PRÁCTICAS Y REGULACIÓN: LA INEFICIENCIA DE LAS REGULACIONES INTERNAS Y SU SUPERACIÓN MEDIANTE LOS IMPERATIVOS DEL MERCADO.

Como vimos, las buenas prácticas se definen a partir de un contenido normativo y por ello solemos pensar que no sólo están delimitados sus contornos sino que en la propia norma están las claves de su cumplimiento. Sin embargo, sabemos que esto no

siempre ocurre. En nuestro país, por ejemplo, las normas que delimitan el contenido de lo que son "buenas prácticas laborales" están plenamente reconocidas, incluso lo están a nivel constitucional y son plenamente exigibles[17]; no obstante, no se cumplen. Es indudable que algo malo ocurre con todo esto. Pareciera que se pone en duda el valor de la Ley –y su eficacia- como factor de ordenación de las conductas. Así, por lo general, norma laboral emitida, norma laboral que es incumplida. Y este es un problema serio porque no solo se afectan derechos con el incumplimiento –que ya es gravesino que se cierran posibilidades de acceso a mercados internacionales en el marco de la apertura comercial.

Como se ve, el problema del reconocimiento de los derechos laborales está no tanto en su contenido, sino en su cumplimiento. Y este es precisamente el contexto en el que nos planteamos el problema de la ausencia de buenas prácticas laborales. Dado que éstas no se cumplen, y ante la posibilidad de casos de *dumping* social, nos preguntamos por qué no se cumplen y qué se debe hacer al respecto.

Veamos primero por qué no se cumplen. Una de las primeras cuestiones sobre dicho particular es atribuible al contenido mismo de las normas; probable razón de su incumplimiento. Las que reconocen derechos fundamentales similares a los reconocidos en la Declaración, no tienen un contenido ni complejo ni difícil. Son fáciles de comprender y recogen principios universalmente aceptados y difícilmente cuestionables. Las que construyen y complementan esos derechos, podrían sí tener un contenido ya no tan simple y, encontrar en ello, probablemente, las razones de su incumplimiento.

En efecto, las reglas laborales, y el caso peruano creo que es un buen ejemplo, no son de las más simples. Se trata de reglas difíciles de aplicar en primer lugar porque su redacción, salvo las referidas a derechos fundamentales, revela una suerte de "obsesión reglamentarista", lo que las hace difíciles de comprender. En segundo lugar, porque no tienen un sentido económico necesariamente racional[18], al ser el resultado, una síntesis, de una contraposición de intereses, que el Estado ha "sustraído" a los "interesados" y ha resuelto en la medida que ellos, por razones de diverso orden (entre las que destacan las de tipo económico), no son capaces de solucionar. En tercer lugar, porque esa "sustracción" y la acción regulatoria, se realizan por razones de "índole social"; concepto de fácil utilización pero de muy difícil explicación. Y finalmente, porque muchas de las regulaciones laborales dejan en manos de terceros la definición de lo que ellas debieron haber señalado, es decir, no contienen una solución precisa para un problema determinado.

---

17) Habría que incluso, en este punto, invitar al lector a una revisión de las exposiciones de motivos de las normas y a los debates generados, en forma previa a su promulgación: todos dan por sentado que la norma, cualquiera que sea ésta, "reinvindicará derechos" y pondrá fin a injusticias de diverso tipo.

18) En el caso de los derechos fundamentales esto es irrelevante y lo menos importante.

De alguna manera, lo que estas normas jurídicas laborales van a hacer es recoger lo que los legisladores "creen" que los sujetos sociales querrían o, mejor aún, lo que dichos legisladores piensan que es mejor para ellos. El punto es que raras veces esas normas coinciden con lo que realmente querían las propias partes para sí y más raras aún son las ocasiones en las que los legisladores acertaron en lo que era mejor para ellas. De manera que si algún grado de complejidad podemos nosotros establecer respecto de la regulación laboral, está precisamente en el hecho de que ésta cumple una función de protección que es de difícil determinación y, especialmente, de difícil delimitación.

Esto como podrá verse ya, pone a la vista el difícil problema que tiene ante sí la regulación laboral: proteger a las partes, y en particular al trabajador, sustituyéndose a la voluntad de aquéllas. En qué grado debe hacerse, cuándo, en qué forma, son preguntas que aparecen de inmediato y que refuerzan la afirmación que hemos hecho.

Pero la complejidad propia de estas normas no deriva sólo de la difícil determinación del grado de protección que éstas deben dar. Éstas, además, mantienen un nivel formal de complejidad que se deriva del proceso de constitucionalización de muchas de ellas. Eso quiere decir que para modificarlas hay que modificar la Constitución. Hoy mismo, nos encontramos en un paralizado proceso de reforma constitucional que tiene como uno de sus elementos más importantes al capítulo laboral. Y el nivel de complejidad es de tal magnitud que para variar algunas de las regulaciones laborales más importantes (que ya tienen en sí mismas contenido complejo), es necesario someter el proceso al también complejo mecanismo de cambio constitucional. No quiero decir con esto que estoy en contra del proceso de constitucionalización de las regulaciones laborales, especialmente cuando ellas contienen derechos de carácter fundamental. Pero sí creo que elevar a nivel constitucional regulaciones que podrían no estarlo por no haber consenso respecto del carácter fundamental de las mismas, es un error de difícil enmienda. Esto puede llevar a que muchas normas basen su necesaria permanencia no en la simplicidad y eficacia propia o que les viene de origen, sino del hecho, del simple hecho, de tener un nivel jerárquico tal, que se hace dificilísimo su cambio a pesar de que todos están de acuerdo en que debe cambiarse. Piénsese, para dar un ejemplo, en la Primera Disposición Transitoria de la Constitución que impide la modificación de los derechos en materia pensionaria, norma que hoy mismo intenta cambiarse con una enorme dificultad y bajo un complejo sistema de transacción política.

Lo dicho da una idea adicional del grado de complejidad de las típicas regulaciones laborales (que por ser imperativas se incluirían en la definición de buenas prácticas laborales) y esa podría ser en sí misma la causa de los incumplimientos. Pero no es, creemos, la única razón. La otra razón es en nuestra opinión, de tipo económico (¿es rentable cumplir?) y así, atribuible a la demanda o, más bien, a la ausencia de ésta. Y esta causa es probablemente más impactante que la anterior porque, aun cuando las

razones anteriores no fueran las que expliquen el incumplimiento, esta segunda podría incluir a la anterior o, peor aún, sumarse a ella.

En efecto, ¿qué ocurre cuando el mercado no demanda productos o servicios que presuponen procesos operativos y de compensación que incluyen a las buenas prácticas laborales? La respuesta del empresario, movido al fin y al cabo por el lucro, es alinear sus procesos y prácticas a lo que le demanda el mercado. Así, habrá empresarios que decidirán mantener sus buenas prácticas hasta que ello sea posible y habrá otros que las reducirán por medio de la elusión y otros simplemente incumplirán o mantendrán su régimen de pertenencia a la economía informal. Las normas imperativas laborales y la supervisión de su cumplimiento poco podrán hacer en un contexto como este. En realidad, se necesitará crear condiciones económicas para que las empresas encuentren un incentivo y éstas sólo pueden aparecer por medio de la inversión, por un lado, y la apertura comercial, por el otro.

Veamos ahora qué hacer al respecto. Sencillamente, los problemas asociados a la falta de demanda solo se solucionan, en términos reales, con incrementos de la demanda o con reducciones de la oferta. Por lo tanto, no es, en nuestra opinión, un problema de más o menos supervisión ni de más o menos imperatividad de las normas. La clave es, en primer lugar, generar demanda o abrir espacios que permitan el acceso a nuevos mercados. Evidentemente, la apertura hacia nuevos mercados tiene condicionantes. El primero de ellos es que las empresas que accedan a los mismos cumplan ciertas condiciones mínimas de carácter laboral, lo que hace que precisamente sea esa apertura la que actúe como un "disparador" de las buenas prácticas laborales.

En segundo lugar, se debe poner énfasis en el cumplimiento de la normativa. Esta actúa como complemento de la primera, actuando como necesario marco formal y como una forma de evitar el *dumping* social. La articulación de ambos "gatillos" debe determinar la mejora de las condiciones laborales y la diseminación de mejores prácticas laborales.

Como se aprecia, la supervisión del cumplimiento en este contexto cambia. Ya no se trata de "hacer cumplir la Ley" porque se tiene que cumplir (cosa que como se vio al principio de este punto es en la que fracasa el Estado). Ya no se trata de un tema de principio de autoridad o del sometimiento al imperio de la Ley. Se trata, más bien, de la necesidad de cumplir y de fomentar el cumplimiento porque el resultado, económicamente, es favorable. Es decir, se trata de hacer cumplir la Ley, los estándares mínimos y, en última instancia, difundir las buenas prácticas, porque es conveniente desde el punto de vista del respeto de los derechos de la persona y porque es económicamente ventajoso.

IV. LA APERTURA COMERCIAL Y LAS BUENAS PRÁCTICAS LABORALES.

Los acuerdos comerciales celebrados en los últimos años entre distintos países y en concreto, tratándose del caso de América, los acuerdos de Libre Comercio entre EEUU, México y Canadá (NAFTA), entre este último y Chile, y los recientemente firmados entre EEUU, Chile y Costa Rica, dan muestras de que existen casos específicos de tratados que articulan el cumplimiento de la normativa laboral de los países involucrados y el reconocimiento de principios y derechos fundamentales de carácter laboral con acuerdos de libre comercio[19], al punto que algunos de estos tratados han incorporado no solo previsiones de contenido laboral referidas a la necesidad de cumplir la normativa laboral interna de cada país, sino también menciones expresas a un grupo de derechos acordados por las partes que celebran el acuerdo comercial y que están recogidas en convenios internacionales del trabajo e incluso en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT. De esta manera, los mencionados tratados están actuando como verdaderos mecanismos de apoyo al cumplimiento de las normativas internas de cada uno de los países, pues en el contexto de la apertura, el incumplimiento de la normativa interna laboral de los países involucrados en un acuerdo, es esencial para el flujo comercial.

Una revisión de los tratados de libre comercio más importantes suscritos en América Latina, confirma lo dicho. El NAFTA suscrito entre EEUU, México y Canadá y el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre este último país y Chile tienen entre sus objetivos la *promoción* del cumplimiento y observancia de la normativa interna laboral de cada país y la *promoción* de los siguientes principios:

- Libertad de asociación;
- Derecho a la negociación colectiva;
- Derecho de huelga;
- Prohibición del trabajo forzoso;
- Restricciones sobre el trabajo de menores;
- Condiciones mínimas de trabajo;
- Eliminación de la discriminación en el empleo;
- Salario igual para hombres y mujeres;
- Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales;
- Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales, y;
- Protección de los trabajadores migratorios.

19) A diferencia de lo que ocurre en el MERCOSUR en donde las partes firmantes de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR han establecido expresamente que "Los Estados Partes subrayan que esta declaración y su mecanismo de seguimiento no podrán invocarse ni utilizarse para otros fines que no estén en ellos previstos, vedada, en particular, su aplicación a cuestiones comerciales, económicas y financieras".

Respecto de la promoción del cumplimiento de la normativa interna de cada país, relacionada con los principios antes mencionados, cabe señalar que ambos tratados establecen y ratifican la necesidad de que los ordenamientos de cada país no solo reconozcan dichos derechos sino que establezcan mecanismos para que los mismos sean exigibles y se hagan cumplir.

De otro lado, ambos tratados prevén el establecimiento de mecanismos de resolución de controversias ante la verificación de "pautas persistentes de omisiones a la aplicación de normas técnicas laborales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, trabajo infantil y salarios mínimos" entendiéndose que las "normas técnicas laborales" excluyen los tres primeros derechos listados anteriormente.

Se extrae de lo anterior la existencia no solo del reconocimiento de derechos de carácter laboral sino de un mecanismo autónomo y particular al interior de los tratados para la verificación del cumplimiento o no de las obligaciones asumidas en los mismos, lo que determina, en nuestra opinión, que se constituyan en verdaderas herramientas de verificación del cumplimiento de la normativa interna de cada uno de los países involucrados en los acuerdos.

Dicho lo anterior, queda por mencionar lo que en torno de los aspectos sustanciales prevé el TLC Chile-EEUU. En efecto, la formulación del TLC Chile-EEUU en materia de derechos sustantivos difiere de los tratados antes mencionados. En dicho tratado, "Las partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos bajo la declaración de OIT relativa a los Principios y Derechos Laborales fundamentales y su seguimiento. Las Partes se esforzarán a efectos que tales principios y derechos laborales reconocidos internacionalmente señalados en el artículo 8 sean reconocidos y protegidos por la normativa nacional". Y agregan que "cada parte se esforzará por asegurar que sus leyes nacionales proporcionen estándares laborales consistentes con los principios laborales reconocidos internacionalmente, señalados en el artículo 8, y se esforzarán por mejorar tales estándares en esa dirección" .

Para los efectos antes mencionados, el TLC Chile-EEUU establece la adopción de un mecanismo de Cooperación Laboral reconociendo que él "genera mejores oportunidades para promover el respeto a los principios incluidos en la declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos fundamentales y su Seguimiento…", de donde se desprende que en este TLC hay un marcado interés por dotar al acuerdo de un marco general de reconocimiento y necesidad de cumplimiento de los siguientes derechos:

a) El derecho de asociación;
b) El derecho a organizarse y negociar colectivamente;
c) La prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzado o compulsivo;
d) Una edad mínima para el trabajo infantil y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y,

e) Condiciones aceptables de trabajo con respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

El propio TLC entre Chile y Estados Unidos plantea que los mecanismos de cooperación antes mencionados y los de resolución de controversias se aplican sobre todos estos derechos pero, a pesar de abordar menos derechos que el NAFTA, lo real es que aborda los esenciales de manera integral y plantea la posibilidad de tutelarlos todos, a diferencia de lo ocurrido con aquel.

Debe repararse, además, que el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos se preocupa porque "cada parte se esfuerce por asegurar que sus leyes nacionales proporcionen estándares laborales consistentes con los principios laborales reconocidos internacionalmente, señalados en el artículo 8, y se esforzarán por mejorar tales estándares en esa dirección".

A partir de lo señalado, pareciera ser que se está transitando hacia una afirmación de la necesidad de abordar la dimensión social en los tratados de libre comercio relacionándola con principios de indudable valor, pero también a través de una simplificación de su formulación y su control, lo cual lleva a que deba, en nuestra opinión, fortalecerse los mecanismos preventivos del incumplimiento no ya de los principios contenidos en la Declaración –que ese es un objetivo final- sino de la legislación laboral (interna de cada país reflejada en cuestiones tangibles, como es el caso de los salarios mínimos, las normas sobre higiene ocupacional, seguridad, etc.), que es el camino natural de llegada a los principios contenidos en la Declaración.

En la línea de lo anterior, la suscripción de los últimos tratados de libre comercio en la región, viene dando muestras de que la hipótesis de trabajo propuesta se puede confirmar. En todos los tratados mencionados hay herramientas precisas diseñadas para que la normativa interna laboral de cada país se cumpla. Esas herramientas no tienen las mismas características de la Ley, ni su grado de imperatividad, pero son verdaderas condiciones que actúan, en nuestra opinión, como marco para que se desarrollen estrategias empresariales que presupongan la difusión y generalización de las buenas prácticas laborales.

V. LAS FORMAS DE ACCEDER A LAS BUENAS PRÁCTICAS Y AL EMPLEO DE CALIDAD.

Dicho lo anterior y establecido el marco para la difusión de las buenas prácticas, que no es otro que el de la apertura comercial a través de los acuerdos de libre comercio[20], surge la interrogante de cómo acceder a las buenas prácticas, pues es bastante

20) Hacemos notar que los Tratados de Libre comercio no son la única forma de integración y apertura. Mecanismos como el MERCOSUR tienen su porpia dinámica y efectos; sin embargo, para los fines de este trabajo nos dedicamos a los tratados de libre comercio, considerando el proceso en el que se encuentra envuelto el Perú.

obvio que la sola apertura no genera de un momento a otro un cambio radical. Estamos ante un cambio estructural que implica, por sus dimensiones, una verdadera reforma del mercado de trabajo. Este, en términos teóricos, por el incremento de la demanda, hará que se incremente la oferta de empleo al comenzar los empleadores a buscar la mejor mano de obra para la mejora de sus procesos de producción y de oferta de servicios. La manera de lograrlo no será otra que mejorando sus prácticas laborales, las que a modo de compensación, actuarán como incentivo para atraer a los trabajadores mejor calificados.

La otra manera será a través de exigencias impuestas por el propio mercado al que se piensa acceder, por medio de las empresas que suministran bienes y servicios y que son, a su vez, clientes de las empresas entrantes a dichos mercados. Estos clientes demandarán a sus proveedores el mismo estándar que ellos tienen, de modo que la articulación entre unas y otras, hará que, a su vez, las empresas locales les exijan el mismo estándar a sus proveedoras, generalizándose por medio de esta "reacción en cadena", la difusión de las buenas prácticas.

Una tercera manera de lograrlo es similar a la anterior, aunque fortalecida por procesos de auditoria social.

Esta auditoría social tiene dos etapas: (i) la de regulación, y (ii) la de certificación, como la auditoría de calidad.

En la primera etapa se elaboran, difunden y aplican las normas que contienen los principios que dan contenido a la responsabilidad social de la empresa. Las normas pueden tener carácter general o sectorial. En la actualidad existen aproximadamente 250 normas o principios, no todas con el mismo grado de difusión y aceptación y aplicación. Por ello se viene barajando la idea de homogeneizar y reducir el número de reglas, sintetizándolas en una ISO de carácter universal.

En la segunda etapa, que consiste en la certificación, se debe seguir un proceso dirigido por un tercero independiente que garantice que la empresa se ajusta a las normas existentes (estándares e indicadores) en materia de responsabilidad social empresarial La certificación es denominada «*social screening*» o «*social rating*».

El control del cumplimiento de las reglas existentes en la materia no es privativo de estos agentes encargados de la certificación, extendiéndose también a otras agencias independientes como ONGs, asociaciones de derechos humanos, de defensa del medioambiente, de defensa del consumidor, y organizaciones sindicales, entre otros.

Los principales índices sociales o éticos son: **Domini Social Index** (KLD) *(www.kld.com)*; **Dow Jones Sustainability Index** (Dow Jones Group y Sam Group) *(www.sustainability-index.com)* y **FTSE4Good** (FTSE y EIRIS) *(www.ftse4good.com)*. También existen otros como el **Aspi Eurozone Indexes** o el **Citizens Index,** y el **KLD-Nasdaq Social Index** (elaborado a partir de la toma en consideración de los impactos sociales y medioambientales de las empresas presentes en el Nasdaq Composite

Index, que incluye firmas norteamericanas de los sectores tecnológico, financiero, y de telecomunicaciones).

Otra forma es propiciar la creación de buenas prácticas mediante la entrega de beneficios de diverso tipo. Se trata de políticas estatales de incentivo. Pueden funcionar, es cierto, pero su alcance es muy reducido, particularmente en economías cerradas, pues es poco lo que pueden ofrecer frente a los incentivos que, en sentido contrario ofrece el mercado.

Finalmente, otra forma de lograrlo es a través de la Ley. Pero de ello ya hemos hablado mucho y sobe todo, de las limitaciones que tiene la Ley en economías que no generan los incentivos necesarios para la difusión de las buenas prácticas.

VI. LA PROPUESTA DEL MTPE.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, ha optado por una de las formas de acceso a las buenas prácticas laborales antes descritas y ha preparado un programa destinado a "promover el trabajo decente y la competitividad empresarial mediante el otorgamiento de incentivos y ventajas a las empresas que cumplan la legislación laboral vigente y promuevan la efectividad de los derechos fundamentales contenidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)"[21]. La iniciativa, pionera en nuestro país, ha venido acompañada de una seria y drástica modificación de las normas inspectivas, de modo que el Estado pareciera estar decidido a llevar a cabo, al menos, una de las partes del esquema que hemos planteado en el punto anterior.

El programa se fundamenta en "La importancia de promover toda acción que conduzca a la realización de la dignidad del hombre en el trabajo y el efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales. A estos efectos, se propone una serie de ventajas o incentivos a las empresas que cumplan la legislación laboral o decidan voluntariamente adoptar políticas de profundización de los derechos de sus trabajadores, fijándose como principal referente el cumplimiento de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, principalmente los referidos en la "Declaración de los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998" y en "La necesidad de promover medidas de fomento de la competitividad empresarial que asocien la sostenibilidad y el éxito de los proyectos empresariales con el pleno respeto de los derechos de los trabajadores" y busca ubicar a las empresas según su nivel de cumplimiento de la legislación laboral en las siguientes categorías:

---

21) La iniciativa, como propone el propio programa "se enmarca dentro de la función de "*promover normas y estándares de responsabilidad social empresarial, así como el desarrollo de ventajas competitivas basadas en la difusión y certificación independiente de las mismas*", atribuida al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) por el artículo 5º de la Ley Nº 27711.

- **NIVEL BÁSICO:** Cumplimiento de la legislación laboral.
- **NIVEL INTERMEDIO:** Adopción de iniciativas destinadas a: i) hacer efectivos los derechos contenidos en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a los derechos y principios fundamentales en el trabajo; ii) asegurar un entorno laboral más saludable y seguro; iii) hacer efectivo el derecho a la formación profesional. En este nivel no sólo se verifica el cumplimiento de la normativa laboral, sino además la existencia de una política empresarial destinada al fomento de ciertos derechos de los trabajadores.
- **NIVEL DE EXCELENCIA:** Obtención de la condición "Empresa Promotora del Trabajo Decente" mediante la acreditación del cumplimiento de estándares de responsabilidad social en materia laboral contenidos en la norma SA 8000, de reconocido prestigio internacional[22].

Dependiendo de la calificación obtenida, las empresas pueden recibir tratamientos preferenciales. Como se explicó, se trata de un incentivo creado por el propio estado para el fomento de las buenas prácticas, lo que sumado a una política de control del cumplimiento de la normativa, puede, creemos, complementarse muy bien si en forma paralela se lleva a cabo una política de apertura que permita el acceso a nuevos mercados.

VII. EL CIERRE: PROMOCIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS Y SUSCRIPCIÓN DE ACUERDOS COMERCIALES.

La propuesta formulada nos permite apreciar que por vías distintas a las tradicionales, se pueden solucionar problemas de incumplimiento normativo. El escenario que se nos presenta como país, de cara a la integración, es importante no sólo desde el punto de vista comercial y económico sino porque puede ser aprovechado para la mejora de las condiciones de trabajo. La mejora de las prácticas laborales en nuestro país, puede encontrar en la suscripción de los acuerdos comerciales una vía muy eficaz para su funcionamiento.

Lo señalado en los puntos anteriores muestra que hay, en efecto, una articulación o cierre de la propuesta: la apertura; promoción de las buenas prácticas y supervisión del cumplimiento de las regulaciones, es una "mezcla" que puede tener efectos importantes en la difusión de las buenas prácticas laborales. Debe notarse que se trata de fenómenos distintos: uno asociado a la demanda; es decir, de clara raíz económica;

22) La Norma SA 8000 es reconocida mundialmente como un sistema eficaz para implementar, mantener y verificar condiciones laborales decentes. Ha sido desarrollada basándose en la convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración Universal de Derechos Humanos, como así 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.

otro, de típico rol normativo y el tercero de corte fiscalizador pero, más que coercitivo, a favor de la demanda y el equilibrio del acuerdo comercial.

La fórmula, como se ve, es mucho más elaborada que la tradicional de tipo normativo interno: norma imperativa y eficacia de derechos a partir de la coercibilidad, pero no por ello menos eficaz. Habrá que detenerse a mirar su impacto y sus posibilidades, pero es indudable que desde ya, se presenta como una excelente oportunidad para la mejora de las condiciones de trabajo en nuestro país.

UN "NÚCLEO DURO" DE DERECHOS HUMANOS LABORALES PARA EL COMERCIO INTERNACIONAL*

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO**

Sumario:

Introducción I. Una noción del "núcleo duro" de los derechos humanos. II. El núcleo duro de los derechos laborales en los sistemas de preferencias arancelarias. III. El núcleo duro de los derechos laborales en la doctrina jurídica. IV. El núcleo duro de los derechos humanos laborales dentro de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 1. La noción de "derechos humanos fundamentales" dentro de la Organización Internacional del Trabajo. 2. La noción de "derechos fundamentales en el trabajo" dentro de la Organización Internacional del Trabajo. V. Un núcleo duro para los derechos humanos laborales para el comercio inter-

INTRODUCCIÓN

Con la globalización, el comercio internacional ha cobrado una importancia sustancial entre los Estados. Muestra de ello son los tratados de libre comercio entre los países –ya sea bilaterales o multilaterales- que se han celebrado o se vienen negociando. Se trata de una estrategia de apertura de los mercados nacionales impulsado por los acuerdos internacionales. Esto se ha desarrollado bajo dos criterios: por un lado, los

---

(*) Es un interés personal no discriminar ni marcar diferencias entre hombres y mujeres. Por eso el uso del clásico masculino genérico en la presente ponencia se refiere siempre a todos y todas, hombres y mujeres, abarcando claramente ambos sexos.

(**) Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.

acuerdos de integración como el de la Comunidad Andina de Naciones o la constitución del MERCOSUR y, por otro lado, los tratados de libre comercio en sentido estricto, como el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México (NAFTA), o los recientemente suscritos entre Estados Unidos y Chile o el de Estados Unidos con los países centroamericanos (CAFTA).

Al lado de este impulso por liberalizar los mercados nacionales, se debatió la inclusión de temas vinculados al comercio dentro de los acuerdos internacionales, tales como los derechos laborales o la protección del medio ambiente. En el caso específico de los derechos laborales, la respuesta ha sido uniforme en su inclusión. Podemos tomar como ejemplos el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN) o los ya mencionados acuerdos comerciales entre Estados Unidos y Chile (capítulo 18 del tratado), y Estados Unidos con los países centroamericanos (capítulo 16 del CAFTA), en donde se regula el tema laboral. Se puede afirmar que la inclusión de los derechos laborales dentro de los acuerdos comerciales se ha consolidado.

La presente ponencia aspira analizar la relación entre comercio internacional y derechos laborales, pero tomando como criterio el vinculo existente entre los derechos laborales y los derechos humanos, verdadero fundamento para la inclusión de este grupo de derechos en los acuerdos comerciales. Los derechos humanos laborales son el marco jurídico que asegura el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo. Las relaciones laborales deben estar inmersas en el fiel respeto de ese marco normativo. Tomando como apoyo esta perspectiva, pretendo identificar el listado básico de derechos laborales que requiere ser contemplado en los acuerdos comerciales internacionales, listado que la doctrina denomina el "núcleo duro" de los derechos humanos laborales.

Para enfrentar esta tarea he dividido mi ponencia en cinco partes. La primera es la discusión teórica sobre la noción de un "núcleo duro" de los derechos humanos. Allí abordo los rasgos que lo definen, las fortalezas y debilidades en su formulación, y la relevancia teórica de la propuesta dentro de los derechos humanos. La segunda es el estudio del "núcleo duro" de los derechos laborales dentro de los sistemas de preferencias arancelarias norteamericano y europeo. La tercera es un análisis de la formulación de un núcleo duro laboral por la doctrina jurídica. Se trata de un repaso por algunos importantes juristas que plantean, desde su formación académica, un listado de derechos laborales esenciales que requieren ser consagrados en los sistemas jurídicos nacionales y en el ordenamiento internacional. Desde esos distintos puntos de vistas teóricos podemos tener un escenario más claro sobre el significado de un "núcleo duro" laboral para el comercio internacional. La cuarta parte es reubicar el tema del núcleo duro dentro de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), diferenciándolo en dos etapas: la primera con la formulación de los Informes Ventejol (1979 y 1987); y, la segunda con la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el

trabajo de la OIT (1998). En ambas etapas pretendo hurgar sobre el significado de los términos "derechos humanos fundamentales" y "derechos fundamentales en el trabajo". Finalmente, la última parte pretende hacer un esbozo de un "núcleo duro" de los derechos humanos laborales para el comercio internacional.

I. UNA NOCIÓN DEL "NÚCLEO DURO" DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El núcleo duro es un término proveniente de la física que se refiere al elemento central del átomo y en su traslado al mundo jurídico de los derechos humanos se alude a los derechos esenciales dentro de su listado.

Con la noción de núcleo duro se plantea la propuesta de que hay un conjunto de derechos humanos que resultan necesarios, indispensables, esenciales, constitutivos al interior del listado. Un rasgo que se postulaba en general a los derechos humanos, en este caso se le vincula exclusivamente a un grupo de ellos, en razón que subyace la idea de que la extensión del listado de derechos humanos ha desvalorizado a la propia categoría. Por ello, se requiere un grupo más pequeño de derechos que responda a esa esencialidad de los derechos humanos.

Detrás de la formulación del núcleo duro se plantea una jerarquía dentro de los derechos humanos, en donde los derechos humanos ubicados en ese espacio prevalecen sobre los demás, en tanto resultan más valiosos para la categoría. Se trata de la formulación de una división al interior de los derechos humanos.

El reconocimiento del núcleo duro supone enfrentarlo con el criterio de la indivisibilidad de los derechos humanos, en donde no existen diferencias valorativas al interior de los derechos humanos, todos los derechos gozan de similar valor. «Los derechos humanos forman un entramado único al servicio de la autodeterminación individual; cualquier pieza del entramado es necesaria para dicha autodeterminación, y sólo el conjunto podría considerarse suficiente (a veces se habla de "indivisibilidad" de los derechos humanos para expresar esta idea). Si defendemos la mayor importancia de unos u otros derechos, estaremos favoreciendo la autodeterminación de unos individuos y perjudicando al tiempo la de otros, y ello no está autorizado por el presupuesto igualitario de toda teoría de los derechos humanos» (GARCÍA MANRIQUE 2001: 62-63).

También se señala, como crítica a la noción de núcleo duro, que provoca una petrificación de los derechos humanos, tanto en la conformación de su listado como en la interpretación que se realiza de ellos (FREIXES 2001: 201). Asimismo, no existe una construcción dogmática que pueda justificar la existencia de categorías entre los derechos que genere un valor preferencial (FREIXES 2001: 205). Al lado de esto, se sostiene que la noción de núcleo duro es empíricamente falsa y un absurdo lógico,

porque plantea una diferenciación entre los derechos humanos entre necesarios y contingentes[1].

Resulta evidente que la noción de un núcleo duro enfrenta serias resistencias, especialmente por el principio de indivisibilidad de los derechos humanos reconocido en la doctrina jurídica y en los documentos internacionales de Naciones Unidas. Sin embargo, como sostiene VAN BOVEN, no es menos cierto que existen argumentos de peso que pueden plantear una jerarquización entre los derechos humanos, muestra de ello son los derechos elementales en donde su validez no depende de la aceptación de los sujetos de derechos, sino que se encuentra en la base de la comunidad internacional[2].

Si se pretende establecer un núcleo duro de los derechos humanos, resulta central definir los rasgos que plantean las diferencias entre los derechos que lo conforman y los excluidos. En otras palabras, qué tipo de distingos existen al interior del listado de derechos humanos que justifican plantear un núcleo duro.

La doctrina jurídica que está a favor del núcleo duro plantea diversas características. Para LIBORIO HIERRO, recogiendo la propuesta de Rawls sobre la ordenación de los principios de libertad y de igualdad, postula que los derechos de libertad sólo pueden ser restringidos por otros derechos de libertad, pero no por los demás derechos, al existir una jerarquía entre ellos. Los derechos de igualdad y de seguridad estarían por debajo de los derechos de libertad (HIERRO 2001: 35-36). Frente a esta propuesta se levanta la crítica de que en realidad los derechos de libertad, de igualdad y de seguridad son complementarios para los derechos humanos, por lo que no se les puede tomar jerárquicamente (GARCÍA MANRIQUE 2001: 53).

Un segundo planteamiento lo formula RUBIO LLORENTE al analizar los derechos constitucionales. Así, postula que se pueden identificar tres criterios de orden o prefe-

---

1) «Literalmente entendido, (el núcleo duro de los derechos humanos), parte implícitamente de dos hipótesis inaceptables por ser una empíricamente falsa y la otra lógicamente absurda: la de que el conjunto de los derechos humanos es un conjunto cerrado y estable y la de que entre los elementos que los integran existe al menos una diferencia que permite agruparlos en dos subconjuntos distintos, unos de los cuales al menos ha de ser también cerrado y estable; en éste se integrarían derechos necesarios, en el otro los que no lo son, es decir, derechos que eventualmente cabe violar, ignorar o desconocer. La primera de estas hipótesis, la de la existencia de un elenco definido y estable de derechos humanos, contrasta manifiestamente en el plano puramente teórico con la diversidad de construcciones filosóficas, una diversidad que va desde la negación rotunda de la existencia de tales derechos al establecimiento de repertorios diversos de estos, o a la afirmación de que es imposible establecer a priori repertorio alguno de derechos humanos porque el número y contenido de éstos va aumentando y ensanchándose con el progreso moral y político de la humanidad (...). La segunda de las hipótesis, la que supone la existencia de dos subconjuntos distintos de derechos humanos, unos necesarios y otros, por así decir, contingentes o graciables es, como antes se indica, lógicamente absurda, pues un derecho subjetivo cuya existencia depende de la voluntad del obligado es, pura y simplemente, un derecho inexistente (el paréntesis es nuestro)» (RUBIO LLORENTE 2001: 69-70).

2) «Quedan todavía argumentos de peso a favor de distinguir los derechos humanos fundamentales de los demás derechos humanos. Tales derechos fundamentales podrían denominarse derechos elementales o suprapositivos, un ejemplo de los cuales serían aquellos cuya validez no depende de la aceptación por parte de los sujetos de derecho, sino que están en la base de la comunidad internacional. Parece que incluso la Carta de las Naciones Unidas reconoce tal hecho dado que, en su preámbulo, los pueblos de las Naciones Unidas se muestran dispuestos "a reafirmar su fe en los derechos fundamentales, en la dignidad y valor de la persona humana... etc.". Esta reafirmación no puede referirse más que a las normas sobre derechos humanos fundamentales existentes en esa época» (VAN BOVEN 1984: 78).

rencia: a. Diferencias en el grado de protección; b. Diferencias en el enunciado de derechos; y, c. Posibilidades de suspensión del ejercicio de un derecho (RUBIO LLORENTE 2001: 83). Esto es, si en un ordenamiento jurídico se plantean algunos de estos criterios dentro de derechos del mismo rango, tendríamos en realidad una diferenciación entre ellos. Al trasladar estos criterios a los derechos humanos significaría que aquellos derechos que gozan de alguna de estas características podrían ser reconocidos en el ámbito del núcleo duro. Luego, el jurista español agrega como nuevo elemento de diferenciación entre los derechos, la universalidad de la titularidad del derecho. Cuanto más extendido la titularidad mayor debe ser la importancia del derecho humano (RUBIO LLORENTE 2001: 85).

Un tercer planteamiento, muy cercano al anterior, lo señala MARKS para el ámbito internacional cuando analiza los derechos humanos en situaciones de emergencia. Así, plantea los casos de ciertos derechos que deben ser respetados en todo momento y ocasión, es decir, aquellos derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia. En ese esquema, los derechos del núcleo duro son aquellos que no pueden ser suspendidos ni restringidos en su ejercicio (MARKS 1984: 272).

Los opositores a la noción de núcleo duro sostienen que este tipo de diferenciaciones son simplemente niveles distintos de garantías entre los derechos o establecimiento de límites entre ellos y no un criterio jerárquico[3]. No debemos confundir la restricción o suspensión del ejercicio de un derecho con su supresión.

La noción de núcleo duro no desconoce que todo el listado de derechos humanos pertenece a esa categoría; sin embargo, si plantea una jerarquía al interior de los derechos humanos, en donde los derechos fuera del núcleo duro se encuentran desvalorizados frente a los incluidos.

Me parece más apropiado entender el núcleo duro bajo otra perspectiva: vincular el núcleo duro con la fundamentación de los derechos humanos. Un derecho humano pertenecería al núcleo duro cuan más directa y fuerte sea su lazo con la fundamentación. En otras palabras, cada fundamentación de derechos humanos adoptada justifica con mayor fuerza a determinado grupo de derechos respecto a otros, estableciendo con ello una graduación entre los derechos. Pertenecerían al núcleo duro los derechos mejor justificados por esa fundamentación.

Trasladando el tema al ámbito de los derechos humanos laborales, en donde su fundamentación está en referencia a la dignidad humana y a la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo. Los derechos que pertenezcan al núcleo duro serán aquellos que responden a estos dos criterios.

---

3) «En los sistemas constitucionales europeos, los derechos no están clasificados dogmáticamente sobre la base de preferencias y lo que en constituciones aparece como distinto es el nivel de garantías o los límites que la norma suprema establece para cada derecho o para varios grupos de derechos» (FREIXES 2001: 205).

II. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS LABORALES EN LOS SISTEMAS DE PREFERENCIAS ARANCELARIAS.

Las primeras referencias que se tienen al revisar el tema del núcleo duro de derechos laborales en el ordenamiento internacional son el sistema normativo de la OIT y los sistemas de preferencias establecidos por el gobierno de Estados Unidos y la Unión Europea. El tema de la OIT lo posponemos para otro punto de la ponencia.

Los países desarrollados preocupados por el tema de la competencia desleal en el comercio internacional, han elaborado medidas normativas que buscan proteger sus mercados frente a este tipo de competencias, en especial, las que provienen de países que permiten la explotación indiscriminada de la fuerza de trabajo. Hay dos tipos de medidas que han adquirido importancia en los últimos años: las sanciones aduaneras y los sistemas de preferencias.

Las sanciones aduaneras penalizan con aranceles más altos el ingreso de productos provenientes de países que no respetan un conjunto de derechos laborales básicos. Estas sanciones, en muchos casos, esconden políticas proteccionistas que imponen barreras al comercio mundial.

Al lado de las sanciones aduaneras, se han constituido medidas que incentivan el respeto de los derechos laborales básicos por medio de preferencias en el ingreso de mercancías provenientes de países que cumplen con ese código. Así los sistemas de preferencias se han convertido en políticas promotoras del cumplimiento de un núcleo básico de derechos laborales dentro de los países que desean exportar sus productos a los mercados de Europa y norteamericano. Se trata de premiar a los países que cumplen con ese código laboral. Se distancian de las sanciones aduaneras porque no son penalidades sino políticas de promoción del respeto de derechos laborales básicos.

Este tipo de medidas se iniciaron en Estados Unidos con los acuerdos comerciales para los países de la Cuenca del Caribe (1983), que luego se amplió a los distintos acuerdos comerciales suscrito por el gobierno norteamericano, para finalmente establecerse en su Sistema General de Preferencias. «De acuerdo con estas cláusulas, las autoridades americanas deberán tener en cuenta, a la hora de otorgar preferencias comerciales a otros países, el grado en que los trabajadores de éste gozan de condiciones laborales aceptables, así como de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Se podrá incluso borrar de la lista de Estados que tienen acceso en régimen de franquicia al mercado estadounidense a aquellos que no respeten los derechos de los trabajadores» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 93).

El listado de derechos laborales que plantea el Sistema General de Preferencias norteamericano está en concordancia con la política internacional del Departamento de Estado: derecho de asociación, derecho de negociación colectiva, prohibición de

trabajo forzoso u obligatorio, prohibición del trabajo infantil, salarios mínimos, horarios de trabajo y salud laboral. Para el gobierno norteamericano este listado se justifica en el respeto de derechos laborales mínimos de los países que ingresan sus productos dentro de su mercado, asegurando con ello desincentivar la competencia desleal contra los productos nacionales.

La Unión Europea no se ha mantenido ajena a este tipo de políticas promocionales del respeto de derechos laborales básicos. Su Sistema de Preferencias Generalizadas de 1995-2004[4], como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, establece un tratamiento comercial para los países en vías de desarrollo que se basa en distintas finalidades, entre las que se encuentran la protección de los derechos laborales, el respeto a las normas medioambientales, la defensa de los derechos de propiedad intelectual, la lucha contra la droga[5]. En el caso específico de los derechos laborales, se señala el respeto a la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, la prohibición del trabajo infantil y la utilización del trabajo forzoso (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 94).

Los sistemas de preferencias arancelarias norteamericana y europea no representan la consagración de cláusulas sociales en el comercio mundial. Las cláusulas sociales son sanciones comerciales por el no respeto de los derechos laborales básicos, mientras que los sistemas de preferencias son políticas promotoras de ese respeto. Los países no son sancionados comercialmente por no respetar este conjunto de derechos, lo que reciben son preferencias para el ingreso de sus productos en el mercado norteamericano o europeo si las respetan..

En mi opinión, se viene produciendo un comportamiento contradictorio de los países en desarrollo. Por un lado, nuestros países se oponen a la discusión sobre la implementación de cláusulas sociales en el comercio mundial, y, por otro lado, se someten a las condiciones establecidas en los sistemas de preferencias arancelarias de los países desarrollados, tanto en la fijación del listado de derechos laborales exigidos como en las modalidades de verificación de su cumplimiento. Este criterio erróneo los conduce a que no tengan ningún nivel real de participación en la definición de las preferencias arancelarias. Parece preferible aceptar una discusión sobre la elaboración de cláusulas sociales en donde su participación sea activa y propositiva, en vez de

---

4) El antecedente de esta medida fue la propuesta de la Comisión (1978) para incluir en las ventajas comerciales del Convenio de Lomé el establecimiento de condiciones a favor de los Estados beneficiarios para se respetasen varias normas de trabajo mínimas, provenientes de los convenios de la OIT, la Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, el Consejo de Ministros rechazó la propuesta (CHARNOVITZ 1988: 79).

5) La India presentó una queja ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) contra el sistema general de preferencias arancelarias europea del régimen droga (pero que afecta a la naturaleza del SGP), por considerar que el sistema establecido viola el marco normativo de la OMC. Con fecha 7 de abril de 2004, el Órgano de Apelación –última instancia en la solución de diferencias de la OMC- resolvió que el sistema europeo es incompatible con el ordenamiento del GATT, por lo que ordenó su modificación.

continuar sometiéndose a preferencias arancelarias condicionadas unilateralmente por los países desarrollados.

Con independencia de este comentario, los sistemas de preferencias arancelarias han significado un importante avance para el respeto de los derechos laborales básicos en el plano internacional.

Los esfuerzos de la Unión Europea y de Estados Unidos no fueron solitarios, se vieron acompañados por el gobierno holandés en 1984, por medio de la elaboración de un Estudio sobre las normas laborales y el comercio. Este estudio analiza el problema de definir un contenido mínimo internacional que reconozca normas laborales en conexión con su eventual enlace entre el comercio y los derechos de los trabajadores (LEARY 1996: 36).

El Informe define que las normas laborales mínimas deben ser respetadas en todos los países y bajo todas las circunstancias, sin que el mayor o menor desarrollo económico sea un argumento para su inaplicación. A su vez, señala que existe un paquete de ocho convenios de la OIT que son considerados internacionalmente como normas laborales mínimas: los dos convenios más importantes de libertad sindical, los dos convenios sobre trabajo forzoso y los convenios sobre discriminación en el empleo, igual remuneración, política de empleo, y edad mínima para el empleo. Asimismo, plantea tres criterios para definir los derechos laborales mínimos: un criterio social, un criterio político-legal y un criterio económico. El criterio social limita la selección de los convenios con relación a las necesidades humanas básicas y los derechos humanos. El criterio político-legal es el grado de aceptación internacional de los derechos. El criterio económico se refiere a que la aplicación de estos convenios fundamentales no imponen penalidades o daños al desarrollo económico (LEARY 1996: 36-37).

III. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS LABORALES EN LA DOCTRINA JURÍDICA.

Las propuestas de un núcleo duro de derechos laborales no se han reducido a propuestas de estudios o informes de organismos internacionales o nacionales, también los juristas se han abocado a este esfuerzo. Hemos seleccionado algunos de estos esfuerzos jurídicos.

En 1979, Gus EDGREN plantea un sistema general de preceptos que puedan utilizarse como "normas equitativas de trabajo", que respondan al intercambio comercial internacional y a la evaluación general de derechos y condiciones de los trabajadores. Para ello, se propone un sistema normativo que sea satisfactorio en la protección de los trabajadores, basándose en la aplicación de un segmento de los convenios de la OIT ya elaborados (EDGREN 1979: 366-367). Las "normas equitativas de trabajo" de EDGREN parten de la dificultad que cuesta establecer salarios en términos internacionales por los

distintos niveles de vida que existen en el mundo, resulta preferible asegurar el *derecho de sindicación y negociación colectiva* al ser un método más práctico para alcanzar salarios más justos. A su vez, la *discriminación en materia de contratación y promoción* mantiene salarios bajos en los grupos vulnerables, por eso se hace necesario prohibirlos. La limitación del *trabajo de los menores* es necesario para evitar la explotación de los niños dentro de las relaciones laborales, por ello se requiere regular la edad mínima para el ingreso a laborar y las reglas concretas sobre el empleo de menores en tareas pesadas y peligrosas. Resulta también problemático aplicar normas mínimas en materia de horario de trabajo, esto se produce especialmente por el pago de las horas extraordinarias. La *prohibición del trabajo forzoso* se justifica por motivos de derechos humanos en general. También son importantes las normas relativas a *seguridad e higiene en el trabajo* porque es injustificable exponer la salud y la vida de los trabajadores. Por último, ninguna de las materias mencionadas puede ser eficaz en los ordenamientos jurídicos sino viene acompañada por una *inspección de trabajo* bien organizada (EDGREN 1979: 367-369). Este listado de materias laborales resultan para nuestro autor los esenciales para poder gozar de "normas equitativas en el trabajo".

Casi una década después Steve CHARNOVITZ, analizando la influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial, resalta que los países a lo largo de la historia han vinculado el respeto de determinados derechos laborales con el intercambio comercial. A partir de esta comprobación, CHARNOVITZ sostiene que las normas internacionales del trabajo han garantizado determinadas condiciones de trabajo en el mundo entero. Así se ha considerado desleal en el comercio internacional la producción de mercancías con el trabajo de reclusos, por ello se ha buscado restringir este tipo de labor, de allí la regulación contra el *trabajo forzoso*. En esa misma línea, se elaboraron las normas internacionales para restringir el *trabajo de menores*. Igualmente, se ha luchado contra la competencia comercial basada en el recurso a una duración excesiva del trabajo, no es por ello casual que el primer convenio de la OIT regulase la *duración del trabajo*. Asimismo, siempre ha existido un consenso mundial en proteger la *seguridad y salud* de los trabajadores, esto explica los tempranos acuerdos contra el fósforo blanco (1906). También el tema *salarial* ha estado en el debate internacional, desde propuestas por implementar un salario mínimo mundial (1927) pasando por el salario equitativo (1943) hasta el salario inferior a la norma (1954), todos ellos con el objetivo de garantizar un nivel de vida a los trabajadores (CHARNOVITZ 1988: 74-78). El autor norteamericano muestra con su investigación, que con independencia del debate sobre la implementación de cláusulas sociales, la vinculación entre normas laborales y comercio mundial siempre ha existido.

Ya en la década de los noventa y con la celebración del 75º aniversario de la OIT, importantes juristas plantean sus reflexiones sobre el porvenir de los derechos laborales y del organismo internacional. Uno de ellos es el profesor uruguayo Américo PLÁ,

quien propone un listado de derechos humanos propios del derecho laboral, que está dividido en dos dimensiones: individual y colectiva. En la primera dimensión incluye el *derecho a la intimidad* (que subdivide en el derecho de adopción de decisiones personalísimas, el derecho a disponer del comportamiento extralaboral y el derecho a ser protegido frente a los avances de la técnica), el derecho a la *libertad de trabajo* mediante la abolición de toda forma de trabajo forzoso, el derecho a no sufrir *discriminación en el empleo* por razones de raza, credo, sexo, opinión política, ascendencia nacional u origen social, el derecho a la protección de la persona en el orden biológico (que comprende el derecho a la *limitación de la jornada, el derecho a descansos y vacaciones, el derecho a mejores condiciones de trabajo, el derecho a estar protegido contra los riesgos y la insalubridad*), el derecho a la protección de la persona en el orden económico (que abarca *el derecho al trabajo, el derecho a obtener una retribución que le permita al trabajador y su familia llevar una vida digna y el derecho a estar protegido contra los riesgos que le significan un desequilibrio económico*). En la dimensión colectiva, considera el derecho a la agremiación con todo lo que significa en un triple plano: *libertad sindical, derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga* (PLÁ 1994: 16).

El laboralista francés Jean Claude JAVILLIER postula que ante los profundos cambios que se vienen produciendo en el mundo existe la necesidad de que las normas internacionales del trabajo sean divididas entre aquellas que contienen reglas fundamentales y las normas que no son de esencial importancia. Muestra de esa necesidad es que las reglas fundamentales deben aplicarse en todas las relaciones laborales, incluyendo al sector no estructurado de la economía, asegurando con ello una vida decorosa para todos los trabajadores. «En ningún caso se puede permitir que queden a un lado del camino (económico) las normas (internacionales) relativas a los derechos fundamentales de la persona humana –abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, y libertad sindical-, o las que procuran eliminar formas intolerables de explotación –el trabajo infantil- y asegurar mejores condiciones de salud y seguridad a los trabajadores (los paréntesis son del autor)» (JAVILLIER 1994: 564).

El profesor argentino Mario ACKERMAN reconociendo la importancia de los derechos humanos fundamentales de la OIT: *la libertad sindical, la libertad de trabajo y la igualdad de oportunidades y de trato*, propone ampliar ese listado con otros derechos humanos básicos: *derecho al trabajo, derecho a un ingreso mínimo, derecho a condiciones de vida y de trabajo satisfactorias y a la protección social* (ACKERMAN 1994: 47-48).

La profesora española Maaría Emilia CASAS BAAMONDE participando en el debate sobre los derechos laborales fundamentales que deben ser incluidos en el Tratado de la Unión Europea, señala que no deben «existir dificultades para que el derecho a la igualdad y la prohibición de toda discriminación, los derechos de libre sindicación y asociación

y los derechos de negociación y acción colectiva accedan a la declaración de derechos fundamentales, unitaria e indivisiblemente integrada por derechos civiles, políticos y sociales, que deberá contener el TUE reformado. Los derechos a la educación, al trabajo y a la Seguridad Social y protección social deberán engrosar también esa declaración europea de derechos fundamentales» (CASAS BAAMONDE 1996: 71).

La jurista norteamericana Virginia LEARY en el contexto del comercio internacional y los acuerdos económicos, considera que *la libertad de asociación o libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso* son los derechos mínimos (LEARY 1996: 38).

Todas estas propuestas jurídicas sobre el contenido del núcleo duro de los derechos laborales presuponen un consenso sobre su aceptación en el escenario internacional. Aunque esto no resulta tan claro en todos los casos.

La lucha contra la esclavitud siempre ha convocado un amplio consenso mundial, la masiva ratificación de la Convención sobre la esclavitud (1929) y la Convención suplementaria (1956) así lo evidencian. De igual modo, los convenios de la OIT sobre la abolición del trabajo forzoso (Nos. 29 y 105) han recibido un significativo número de ratificaciones en el mundo. Sin embargo, modalidades como el trabajo carcelario no se encuentran prohibidas por las normas internacionales, convirtiéndose en un tema controversial por las masivas denuncias de su explotación en cárceles de países asiáticos[6]. Al lado de esto, la propia libertad de trabajo también enfrenta serias dificultades en su ejercicio. Los países africanos han argumentado que no es posible su implementación por los serios problemas de desempleo que sufren, por lo que se tiene que ejercer un control sobre la elección del empleo. Así se adoptan medidas como servicio civil obligatorio para los desempleados, la obligación de desarrollar un trabajo útil para la comunidad, la obligación de trabajar la tierra en conformidad con un plan de desarrollo, la imposibilidad de elegir en el momento de acudir a la enseñanza profesional, etc., (MARKS 1984: 268). La libertad sindical sufre masivas violaciones en los distintos países del mundo, desde asesinatos o encarcelamientos de dirigentes sindicales, pasando por la prohibición de organizaciones sindicales y del ejercicio de las huelgas, hasta normativas legales que vacían de contenido al derecho.

Con independencia de las restricciones reales que sufren los derechos laborales en el mundo, eso no desmerece el esfuerzo por universalizar su aplicación.

---

6) Como reconoce VALTICOS, «las dificultades en este campo resultan sobre todo de la imposición del trabajo penal o correccional a personas condenadas en razón de ciertos actos o actividades (como la expresión de opiniones, infracciones a la disciplina del trabajo o participación en huelgas). En efecto, en cierto número de países existen disposiciones penales de amplio alcance que podrían permitir la imposición de penas acompañadas de la obligación de trabajar, como medida de coerción política o como castigo a las personas que tienen o expresan ciertas opiniones. Se trata, por ejemplo, de disposiciones que prohíben la manifestación de toda oposición de carácter político o ideológico o reprimen doctrinas o tendencias ideológicas particulares. Asimismo, pueden originar problemas los amplios poderes discrecionales de control preventivo, no sometidos a recurso judicial, que la legislación de ciertos países acuerda al ejecutivo o a diversas autoridades administrativas. La aplicación del convenio puede, igualmente verse menoscabada por el recurso demasiado general o prolongado a poderes de excepción y por la suspensión de las garantías constitucionales» (VALTICOS 1977: 267).

Las dificultades en el plano teórico del contenido del núcleo duro de los derechos laborales continúan siendo la disparidad de opiniones al respecto, hay una mención común por la libertad sindical y la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, pero los demás derechos laborales son incluidos o excluidos del listado dependiendo del autor. Esto puede explicarse porque los autores no formulan una justificación teórica que vincule el respeto a la dignidad humana en el trabajo y el establecimiento de un listado universal de derechos laborales. Se apela a criterios o términos contingentes como protección satisfactoria de los trabajadores (EDGREN), la práctica internacional de los países (CHARNOVITZ), y formas intolerables de explotación (JAVILLIER).

Podemos resumir que hay un consenso sobre la existencia de un núcleo duro de derechos laborales, sin embargo hay profundas diferencias en la doctrina jurídica sobre el contenido de ese núcleo duro.

IV. EL NÚCLEO DURO DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT).

La doctrina jurídica apoya sus propuestas de núcleo duro de derechos laborales en los convenios de la OIT, en tanto las normas internacionales del trabajo y los pronunciamientos de los órganos de control son una referencia obligada para ese tipo de análisis. Es en el espacio institucional de la OIT en donde con mayor rigurosidad podemos discutir sobre la existencia de un núcleo duro y sobre su contenido. Para ello he dividido el estudio del tema dentro del organismo internacional en función a dos conceptos elaborados en su seno: los derechos humanos fundamentales y los derechos fundamentales en el trabajo.

1. La noción de "derechos humanos fundamentales" dentro de la Organización Internacional del Trabajo.

Partamos nuestro análisis reconociendo que el término "derechos humanos fundamentales" usado por la OIT, se inserta en el contexto amplio del listado de derechos humanos laborales consagrados en los textos internacionales sobre la materia.

Resulta difícil rastrear exactamente en qué documento se introduce por primera vez el término "derechos humanos fundamentales" dentro de la OIT, pero se produce con anterioridad a la elaboración de los Pactos Internacionales de 1966. La primera referencia clara la tenemos en la Primera Conferencia Regional Africana de la OIT en Lagos donde se adoptó una resolución que resalta entre los convenios internacionales del trabajo existentes, aquellos relativos a la protección de ciertos derechos humanos fundamentales (OIT 1961: párrafo 7).

Posteriormente, en la 44ª. Reunión de la Conferencia (1960), se adoptó la resolución que solicita evaluar medidas para extender con un procedimiento especial la protección de los casos de discriminación. La resolución hace mención que es política institucional colaborar con las Naciones Unidas para fomentar el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales basadas en la dignidad y el valor de la persona humana. Dicha resolución de la Conferencia es abordada por el Consejo de Administración, que siguiendo el dictado de la Asamblea, realiza el Estudio para evaluar la implementación de un procedimiento especial de protección contra los casos de violación a los convenios de discriminación (Nos. 100 y 111). Ese estudio equipara las materias de Libertad Sindical, Trabajo Forzoso y Discriminación en el mismo status: «Han ocurrido dos casos en materia de derechos humanos, que podrían considerarse análogos, respecto de los cuales el Consejo de Administración ha considerado apropiado completar otros procedimientos constitucionales ordinarios mediante disposiciones especiales, a saber, en lo tocante a la libertad sindical y al trabajo forzoso» (OIT 1961: párrafo 16). Al final el Estudio concluye que hay serias dificultades para implementar un procedimiento especial sobre discriminación, pero la evaluación de una similitud entre estas tres materias queda asentada.

Otro hito importante es la mencionada resolución de la 52ª reunión de la Conferencia por el cincuenta aniversario del organismo (1969), en donde se menciona la promoción de los convenios de la OIT sobre derechos humanos, aludiendo a los tres derechos[7].

Este criterio de agrupar en una sola categoría a los tres derechos, luego se traslada a la doctrina. Así el profesor Nicolás VALTICOS, en su famosa obra "Derecho Internacional del Trabajo" (1970) en donde analiza la labor institucional de la OIT, acoge el término "derechos humanos fundamentales" en referencia a estos tres derechos laborales: la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación[8].

A fines de los setenta, la OIT considera importante realizar una evaluación institucional que permita establecer las pautas para sus labores en los próximos años, por eso se encarga en 1977 a la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración que sobre la base de los convenios y recomendaciones existentes, se elaborasen catego-

---

7) En su artículo por el cincuenta aniversario de la OIT, VALTICOS resalta lo siguiente: «Fue respecto de estos tres grupos de convenios que U. Thant, Secretario General de Naciones Unidas, declaró ante la Conferencia Internacional del Trabajo que la OIT se ha mantenido a la vanguardia del esfuerzo por definir algunos derechos fundamentales, que ha enunciado esas libertades en convenios ampliamente ratificados y que ha elaborado un nuevo procedimiento para la protección de los derechos humanos (aludiendo al de libertad sindical) (el paréntesis es mío)» (VALTICOS 1969: 243).

8) «En efecto, los principios contenidos en la Constitución de la OIT y las normas más precisas establecidas en numerosos convenios y recomendaciones no se han limitado a reglamentar las condiciones materiales de trabajo. También han intentado proteger ciertos valores fundamentales de libertad y de igualdad y asegurar, al mismo tiempo que su bienestar material, la dignidad personal de los trabajadores. De esta forma, las normas internacionales de trabajo han tratado los derechos fundamentales y las libertades públicas desde tres puntos de vista: en materia de libertad sindical, de trabajo forzoso y de discriminación en el empleo y la profesión» (VALTICOS 1977: 239).

rías que permitiesen dividirlos y establecer prioridades temáticas para el organismo internacional. La Comisión pidió al Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo que cumpliese esa labor (OIT 1979: párrafos 1 y 2).

El Grupo de Trabajo eligió al Sr. Gabriel Ventejol, representante gubernamental de Francia, como Presidente, iniciando sus sesiones en febrero de 1977 con la participación de los representantes de los gobiernos, trabajadores y empresarios, respectivamente. A lo largo de dos años de labores el Grupo pudo arribar a sus conclusiones, que se plasmaron en su Informe Final de 1979. En esos dos años resulta importante mencionar una serie de aspectos que permiten comprender las conclusiones de su Informe Final.

En la reunión de marzo de 1977 del Grupo de Trabajo, los representantes de los trabajadores manifiestan que una clasificación de las normas internacionales del trabajo pueden terminar en una incansable discusión por clasificarlos, en razón que los distintos criterios que se presentan caen en la subjetividad de sus autores. A ello debe agregarse la preocupación que la clasificación se convierta en la materialización de una jerarquía de los instrumentos internacionales, lo que sería un problema jurídico muy grave, porque el Consejo de Administración, órgano que ha solicitado el Informe, no tiene la competencia para modificar el estatuto de los instrumentos internacionales (OIT 1977a: párrafo 8). El pronunciamiento de los trabajadores busca resaltar sus justificados temores de que la clasificación de las normas internacionales del trabajo termine siendo una jerarquización no deseada. Otro pronunciamiento que merece destacarse fue el señalado por el representante gubernamental de la Unión Soviética, quien estimó que seguían existiendo considerables carencias en las normas de la OIT relativas a derechos humanos. No había disposición alguna que garantizase el derecho de cada individuo al empleo, cuestión que revestía especial importancia (OIT 1977a: párrafo 29). Lo que se destaca con este pronunciamiento son las dificultades que se presentan al interior del Grupo de Trabajo para definir un listado completo sobre los derechos humanos.

La respuesta a este tipo de demandas se señala en la sesión de mayo de 1977, en donde se postula como criterio de la clasificación de las normas internacionales de trabajo su carácter pragmático. Para ello se propone tres grandes grupos: los instrumentos que siguen siendo actuales, los menos actuales cuya revisión debe considerarse y los demás. Asimismo, la clasificación no busca limitar la libertad de las labores del Consejo de Administración respecto a la fijación del orden del día de la Conferencia (OIT 1977b: párrafo 3). La clasificación no pretende ser rigurosa ni impide que los propios Estados Miembros efectúen su propia clasificación de las normas internacionales de trabajo (OIT 1977b: párrafo 4).

El representante gubernamental de Canadá introduce en el debate del Grupo de Trabajo el tema de la prioridad de conseguir la ratificación de determinados convenios

internacionales por su alcance amplio y general, como los instrumentos relativos a los derechos fundamentales del hombre y la política de empleo, y los instrumentos prioritarios consagrados a problemas más específicos o a grupos particulares de trabajadores (OIT 1977b: párrafo 7).

Bajo ese marco de discusión, el Grupo de Trabajo adopta en esa sesión cuatro categorías: 1. Instrumentos existentes cuya ratificación y aplicación conviene promover con prioridad. 2. Instrumentos existentes que conviene revisar. 3. Otros instrumentos existentes. 4. Cuestiones sobre las que debería preverse la elaboración de nuevos instrumentos (OIT 1977b: párrafo 10).

En la siguiente sesión (febrero de 1978), con la adopción de la clasificación del documento anterior se inicia la distribución de convenios y recomendaciones en función a las categorías establecidas. Asimismo, no todas las normas internacionales del trabajo que desarrollan una misma materia son agrupadas en la misma categoría de la clasificación, inclusive las de derechos humanos fundamentales. Con la sesión de abril de 1978, se concluye la distribución de las normas internacionales del trabajo dentro de las categoría ya mencionadas. Dentro de la primera categoría se establece el rubro "derechos humanos fundamentales" en donde se incluyen los convenios y recomendaciones relativo a la libertad sindical, el trabajo forzoso y discriminación.

El Informe Final del Grupo de Trabajo es sometido al Consejo de Administración que lo aprueba en su 209ª reunión de marzo de 1979. Conforme al Informe Final, «el propósito de la categoría 1 es de identificar los instrumentos que constituyen objetivos válidos en el plano universal y facilitar una lista de las principales normas modernas en cada ámbito» (OIT 1979: párrafo 4). A esto se agrega que la clasificación genera ventajas: «Para la Organización Internacional del Trabajo, las normas de la categoría 1 facilitarán un marco para sus políticas y programas. Esto será así no solamente con las actividades que tienen que ver directamente con las normas, tales como los estudios regionales sobre la aplicación de éstas, la elección de instrumentos para que se informe sobre los mismos de acuerdo con el artículo 19 de la Constitución y la acción encaminada a fomentar la aplicación y ratificación de normas, sino también en relación con otros problemas de la OIT como son, por ejemplo, las actividades de cooperación técnica en las que, en determinados ámbitos, las normas pueden servir para definir los objetivos de un proyecto y proporcionar directrices para su realización» (OIT 1979: párrafo 6).

En el propio Informe Final también se hace mención al cuestionamiento del término "derechos humanos fundamentales" por algunos delegados. «El representante gubernamental de la República Democrática Alemana expuso la opinión de que el encabezamiento "derechos humanos fundamentales" era erróneo o no enteramente apropiado cuando se utilizaba para referirse únicamente a la libertad sindical, trabajo forzoso y discriminación. Al clasificar las normas de la OIT debía tenerse en cuenta lo que

era válido para el sistema de las Naciones Unidas en su conjunto. En las Naciones Unidas se habían llegado a aceptar, en general, que los derechos políticos, económicos, sociales y culturales debían considerarse como una unidad, como derechos estrechamente vinculados que deben también aplicarse como conjunto único. El derecho al trabajo, a la seguridad social, a las vacaciones, etc., eran derechos humanos fundamentales, exactamente iguales a los enumerados bajo ese tema. La clasificación debería ponerse de relieve que el trabajo de la OIT para el establecimiento de normas era un elemento importante en el fomento de la aplicación cada vez más cabal de los derechos humanos en su conjunto. Esta idea debería haberse expuesto en su lugar adecuado del documento. Propuso que se omitiese el tema "derechos humanos fundamentales", que la "libertad sindical" se considerase como tema separado y que los convenios y recomendaciones enumerados en "trabajo forzoso" y "discriminación" se trasladasen al tema "política de empleo", de la cual constituyen aspectos o, en otro caso, que todos los subtemas se transformasen en temas» (OIT 1979: párrafo 15).

En el Anexo I del Informe Final se plasma la distribución de los convenios y recomendaciones entre las cuatro categorías adoptadas por el Consejo de Administración, ubicándose dentro de la primera categoría el tema "Derechos humanos básicos" que incluye los temas: Libertad sindical, Trabajo forzoso y Discriminación. En el caso de la libertad sindical se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 87 (libertad sindical), 98 (derecho de sindicación y de negociación colectiva), 135 (representantes de los trabajadores), 141 (organizaciones de trabajadores rurales) y 151 (relaciones de trabajo en el servicio público). En el caso del trabajo forzoso se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 29 y 105 (abolición del trabajo forzoso). En el caso de la discriminación se establece como instrumentos prioritarios: los convenios 100 (igualdad de remuneración para hombres y mujeres) y 111 (igualdad en el empleo y la ocupación) (OIT 1979: 15).

El significado del primer Informe Ventejol no es plantear una redefinición de los derechos humanos laborales, se trata de clasificar los convenios y recomendaciones de la OIT con criterios de prioridad interno, buscando que las normas internacionales del trabajo reciban un mayor número de ratificaciones. Su ámbito se reduce a ser un documento interno del organismo internacional.

En la Memoria del Director General de 1984 (Las Normas Internacionales del Trabajo), el Director General (Francis Blanchard) analizando las ratificaciones de los convenios, equipara dentro de la categoría de los derechos humanos fundamentales a las normas del tripartismo, con lo que su listado se amplía a los convenios 122 (política de empleo) y 144 (consulta tripartita), además del recientemente elaborado convenio 154 sobre la negociación colectiva de 1981 (OIT 1984: 77).

En ese mismo año, el Consejo de Administración de la OIT convoca nuevamente un Grupo de Trabajo para que actualice el primer Informe Ventejol, estableciendo su

mandato en examinar la clasificación de los convenios y recomendaciones existentes y de los temas sobre los que se podrían elaborar nuevas normas. Asimismo, formular recomendaciones al Consejo de Administración sobre la futura política normativa, incluyendo el ritmo de la elaboración de normas, la revisión de las normas ya existentes y sugerir un orden de prioridades (OIT 1987: párrafo 1).

El Grupo de Trabajo sobre normas internacionales del trabajo es presidido nuevamente por Sr. Gabriel Ventejol, desarrollando sus labores hasta febrero de 1987, fecha en que presenta su Informe Final. En líneas generales para nuestra investigación, el segundo Informe Ventejol es muy similar al anterior, pero hay algunos aspectos que merecen destacarse en sus debates. En primer lugar, hay un consenso generalizado entre los representantes gubernamentales y de las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre la inconveniencia de establecer medidas de flexibilización entre los convenios que desarrollan materia de derechos fundamentales[9]. En segundo lugar, se define con mayor claridad que la propuesta es indicativa y temporal, simplemente pretende promover con carácter prioritario la ratificación de determinados convenios (OIT 1987: párrafo 14 del Anexo I). En tercer lugar, se sigue discutiendo sobre el listado de los derechos fundamentales; si en el anterior Informe se mencionaba el empleo, en este caso se hace mención a la salud, seguridad e higiene en el trabajo.

En el Anexo III del Informe Final se menciona tres aspectos importantes. En primer lugar, se reitera el propósito de la Categoría 1, como en el primer Informe, que consiste en identificar los instrumentos que constituyen los objetivos válidos en el plano universal y facilitar una lista de las principales normas modernas cuya aplicación y ratificación deberían constituir un fin de la política social (OIT 1987: párrafo 2 del Anexo III). En segundo lugar, existen disposiciones de derechos fundamentales que se ubican en varios convenios que no han sido establecidos dentro de dicho tema[10]. En tercer lugar, los delegados de los trabajadores, en la línea expuesta por la Memoria General de 1984, señalan que el convenio número 154 sobre negociación colectiva de 1981 debe considerarse que trata materia de derechos humanos fundamentales (OIT 1987: párrafo 16 del Anexo III).

Sin embargo, la clasificación del Informe Final repite en los mismos términos la Categoría 1 con el tema "derechos humanos fundamentales" señalando sólo tres derechos laborales: la libertad sindical, el trabajo forzoso y la discriminación. Sin agregar

---

9) «El Grupo de Trabajo pudo observar que la propia noción de flexibilidad estaba mal definida y que podía tener acepciones diferentes. Esta incertidumbre quizá podrá explicar, en cierta medida, el recurso limitado a las cláusulas de flexibilidad incorporadas en algunos convenios. Consideró en forma unánime que la flexibilidad no tenía cabida en los convenios sobre las libertades y los derechos fundamentales humanos» (OIT 1987: párrafo 7).

10) «Una serie de disposiciones que protegen a los sindicatos en estas esferas figuran en los convenios sobre libertad sindical existentes y también en varias otras normas; por ejemplo, disposiciones para proteger a los trabajadores contra la terminación de su empleo a causa de su afiliación o actividades sindicales, o por actuar como representantes de los trabajadores, figuran en el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158)» (OIT 1987: párrafo 8 del Anexo III).

ningún nuevo convenio al listado original, con lo que el convenio 154 sobre negociación colectiva no se encuentra incluido dentro de él, siendo ubicado dentro del rubro "relaciones de trabajo" (OIT 1987: p.31-32).

Si bien se reconoce que los Informes Ventejol son documentos internos que no menoscaban la importancia de los derechos laborales consagrados como derechos humanos en los textos internacionales, no es menos cierto que tienen una importante influencia no sólo dentro de la propia OIT, sino que es una referencia para la doctrina jurídica. Muestra de ello son los comentarios de JAVILLIER y LEARY. El laboralista francés considera que se ha establecido una jerarquía entre las normas: «Gracias a un riguroso trabajo de reflexión sobre las prioridades de toda acción normativa, se ha establecido una jerarquía de normas y se ha buscado la articulación entre ésta y la cooperación técnica» (JAVILLIER 1994: 558). Similar argumento comparte la jurista norteamericana quien considera que la OIT ha establecido una prioridad en función a los derechos humanos básicos. En esa línea argumental, la autora norteamericana sostiene que los derechos incluidos en las convenciones de "derechos humanos básicos" deberían lógicamente ser considerados el cuerpo de normas laborales mínimas internacionales (LEARY 1996: 28).

Si los Informes Ventejol pretenden establecer prioridades entre las normas internacionales por la importancia del tema que abordan, y desde ese criterio consagran las materias de derechos humanos fundamentales (la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación en el empleo), no se puede producir un traslado de valoración de los derechos a los convenios. Cuando se menciona en los debates del Grupo de Trabajo que no todos los derechos que regulan estas materias se concentran en determinados convenios, sino que se encuentran esparcidos en distintos convenios internacionales del trabajo, se está resaltando que la clasificación normativa es referencial, indicativa y no sustancial o excluyente. Por ello, si la libertad sindical se considera un derecho del núcleo duro institucional no se puede postular que sólo los convenios 87 y 98 de la OIT gozan de este rasgo, sino en todos los convenios internacionales que se regule la materia. De igual forma en los casos de los otros dos derechos. Asimismo, no todo lo regulado en los convenios fundamentales tiene relación directa con su materia, a modo de ejemplo, las regulaciones sobre su aplicación en los países carecen de esa fundamentalidad.

Al lado de esto, merece destacarse que derechos como la seguridad e higiene en el trabajo y el empleo son mencionados como partícipes de la naturaleza de los derechos humanos fundamentales por diferentes representantes. Si bien son excluidos del listado final y ubicados en otras materias o temas, no se argumenta con claridad cuál es el distingo jurídico que los distancia de los tres señalados. Finalmente, lo que hay detrás de la noción de "derechos humanos fundamentales" es la ausencia de una justificación jurídica clara para plantearla como un núcleo duro de los derechos humanos laborales.

Debemos reconocer junto a LEARY, que no todas las normas internacionales del trabajo son "normas laborales mínimas"[11], pero que dentro de ellas hay materias de derechos humanos laborales que requieren ser valoradas como tales. La formulación de una categoría al interior de la OIT como los "derechos humanos fundamentales" no pueden hacernos perder la perspectiva del listado de los derechos humanos laborales, eso sería caer en el cuestionamiento que ya formulaban algunas delegaciones dentro de los Grupos de trabajo que elaboraron los Informes Ventejol.

Los Informes Ventejol son la consolidación de una clasificación administrativa que le permite a la OIT establecer sus prioridades institucionales, pero no son documentos que planteen divisiones jerárquicas al interior del listado de derechos humanos laborales. Lo que si representan los Informes Ventejol son el trazado original de la elaboración de un núcleo duro institucional, todavía carente de una justificación jurídica.

2. La noción de "derechos fundamentales en el trabajo" dentro de la Organización Internacional del Trabajo.

Este término se inserta en el organismo internacional con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. Aquí pretendemos concentrarnos con mayor profundidad en su significado y si representa la formulación de un núcleo duro institucional de los derechos laborales.

El contenido de los "derechos fundamentales en el trabajo" se asienta en el listado expuesto en la noción de "derechos humanos fundamentales": la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso y la prohibición de la discriminación en el empleo, agregándose la abolición efectiva del trabajo infantil durante las discusiones que concluyen con la Declaración.

El primer documento en que se menciona los "derechos fundamentales en el trabajo" es la Resolución sobre el 75º aniversario de la OIT y su orientación futura del 22 de junio de 1994. Allí se señala que tienen especial importancia para el organismo internacional los convenios que se ocupan de derechos fundamentales, incluidos los Convenios núms. 29, 87, 98, 100, 105 y 111, que se refieren a la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y la discriminación en el empleo (OIT 1994: 3). Se reitera el vínculo entre derechos fundamentales y un selecto grupo de convenios internacionales.

La Cumbre Mundial Social de Copenhague (1995) avanza en ese criterio cuando en su Programa de Acción, establece que la protección y el fomento de los derechos

11) «Conventions adopted by the ILO provide the best reference for defining "internationally recognized worker rights"; however, the ILO has adopted 177 conventions establishing labor standards on a multitude of issues ranging from the most general (freedom of association) to very specific ones relating to working conditions in particular industries (road transport, seafaring, glass making, etc.). In addition it has adopted hundreds of recommendation, codes, and guidelines that lay down labor standards. It is clearly inappropriate to consider all of these standards as "minimum international labor standards"» (LEARY 1996: 28).

básicos de los trabajadores (la prohibición del trabajo forzado y el trabajo de los niños; la libertad de asociación y el derecho de organización y negociación colectiva, y la no discriminación en el empleo) significa aplicar plenamente los convenios de la OIT en el caso de los Estados que lo han ratificado, y en el caso de los Estados que no sean partes en esos convenios los principios consagrados en ellos.

Se trata de la primera expresión clara que vincula los principios con los derechos fundamentales en el trabajo. Los Estados que no han ratificado los convenios fundamentales –depositarios de los derechos fundamentales- están obligados a respetar los principios consagrados en ellos. Asimismo, en palabras de TREBILCOLCK, la Cumbre Mundial lanzó el surgimiento de un consenso en la identificación de las normas internacionales del trabajo (TREBILCOLCK 2002: 18).

Luego, seguirán la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing (1995) y la Conferencia Ministerial de la OMC en Singapur (1996), en los mismos términos: el respeto de los derechos fundamentales, señalando expresamente, en el caso del primer evento, el listado de los cuatro derechos.

Cuando se llega a la elaboración de la Declaración de 1998 ya existe un consenso internacional e institucional sobre el listado de los derechos fundamentales en el trabajo. Lo evidencia la discusión dentro de la Comisión de Cuestiones Jurídicas del Consejo de Administración que no se centra en el listado de los derechos fundamentales, sino en la propuesta de extender procedimientos especiales de control, a semejanza de la libertad sindical.

Hay detrás del contenido de los "derechos fundamentales en el trabajo" su antecedente consensuado de los "derechos humanos fundamentales" del período anterior. La Declaración de 1998 sigue en la misma línea desarrollada por los Informes Ventejol aprobados por el Consejo de Administración. Pero existen profundas diferencias cualitativas entre ambos.

La Declaración de 1998 es un documento adoptado por la Conferencia Internacional con el objetivo claro de mostrar el consenso que ha alcanzado la comunidad internacional con respecto a los derechos fundamentales y expresar el compromiso de los Estados en reforzar la aplicación universal de esos derechos (OIT 1997: párrafo 6). No se trata de un documento interno aprobado por el Consejo de Administración para establecer sus prioridades en el plano de las normas internacionales del trabajo. Asimismo, en las discusiones de la Declaración de 1998 se formulan los argumentos que distinguen estos derechos fundamentales sobre el resto de los derechos humanos laborales. Aquel déficit de los Informes Ventejol se ventila en este período.

La justificación de los derechos fundamentales en el trabajo se formula en tres argumentos. En primer lugar, existe un consenso mundial sobre la importancia de estos derechos, hecho que se ha materializado con los altos índices de ratificación que siempre han gozado estos convenios. En segundo lugar, los derechos fundamentales se

asientan en los principios constitucionales del organismo internacional –la Constitución y la Declaración de Filadelfia-. En tercer lugar, los derechos fundamentales representan el piso mínimo de respeto que permite el goce de los demás derechos laborales. A continuación desarrollaremos cada uno de los argumentos.

El *primer argumento* sostiene que el masivo número de ratificaciones que han recibido los convenios fundamentales demuestran la importancia que han adquirido para los Estados. Ya en la Memoria del Director General de 1968 se menciona: «Entre los convenios objeto del mayor número de ratificaciones se cuentan los que consagran la libertad sindical, la prohibición del trabajo forzoso y la discriminación en materia de empleo y ocupación, convenios todos referentes a libertades fundamentales a las que la Organización distingue especialmente entre los derechos humanos que figuran en su esfera de competencia» (OIT 1968: 11).

Desde el inicio de la campaña del Director General en 1995, este grupo de convenios recibió un notable incremento en el número de ratificaciones, lo que se vio reforzado con la elaboración de la Declaración de 1998. Con el ritmo actual de ratificaciones, en un futuro cercano, los convenios fundamentales tendrán el alcance universal deseado por la OIT.

La dificultad del argumento es que si bien estos convenios han recibido un importante número de ratificaciones, mucho antes que se iniciase la campaña, no es menos cierto que otro grupo de convenios también tiene un significativo número de ratificaciones. Así de los 185 convenios internacionales de trabajo elaborados, 40 convenios han obtenido más de 50 ratificaciones (excluyendo los 8 convenios fundamentales) y dentro de ellos hay 6 convenios que han recibido más de 100 ratificaciones. Así tenemos el convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) con 121 ratificaciones; el convenio 14 sobre descanso semanal (industria) con 117 ratificaciones; el convenio 19 sobre la igualdad de trato (accidentes) con 120 ratificaciones; el convenio 26 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos con 103 ratificaciones; el convenio 81 sobre la inspección de trabajo con 131 ratificaciones; y el convenio 144 sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo) con 110 ratificaciones. Algunos de estos convenios se integran dentro del ámbito de los derechos humanos fundamentales, como los convenios 14 y 19, pero otros desarrollan materias distintas.

Si bien el número de ratificaciones es una buena referencia para identificar los convenios que han alcanzado una mayor universalidad para los Estados Miembros de la OIT, puede ser un argumento débil cuando se le quiere vincular con la centralidad de la materia adoptada por el convenio internacional del trabajo. Así, el convenio 138 relativo a la edad mínima que es un convenio fundamental, no era un convenio que destacase por su número de ratificaciones antes de la campaña de la OIT, sin que esto sea óbice para cuestionar su importancia dentro de los derechos humanos laborales.

El *segundo argumento* postula que los derechos fundamentales en el trabajo se encuentran consagrados como principios dentro del texto constitucional de la OIT, diferenciándolos del resto de derechos laborales[12]. La Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia –que son los textos centrales del organismo internacional- establecen los principios fundamentales en la materia.

En el caso de la libertad sindical, se le ubica tanto en el Preámbulo como en la Declaración de Filadelfia. El principio de no discriminación en el empleo se desprende de la Declaración de Filadelfia cuando señala que todos los seres sin ningún tipo de distinción persiguen el bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades. Además, hay una mención expresa al principio de salario igual por un trabajo de igual valor en el Preámbulo. El trabajo forzoso presenta dificultades porque no existe una mención expresa en los textos constitucionales[13], pero se le puede presuponer por la serie de prohibiciones que plantea la Declaración de Filadelfia[14].

La OIT es muy firme sobre la vinculación entre los principios constitucionales y los derechos fundamentales: «El contenido de esos Convenios corresponde a los principios que figuran en el Preámbulo de la Constitución, en el artículo 41 de la versión de la Constitución anterior a la Segunda Guerra Mundial, o en la Declaración de Filadelfia. Aunque la prohibición del trabajo forzoso no se menciona expresamente en ningún texto constitucional, parecería desprenderse necesariamente de los valores y principios enunciados en los mismos» (OIT 1997: párrafo 18).

El inconveniente del argumento es que bajo esta interpretación no puede restringirse la justificación sólo a los casos de la libertad sindical, la prohibición de la discriminación en el empleo, la abolición del trabajo forzoso y del trabajo infantil, sino también debería incluir otra serie de derechos humanos laborales. Cuando la Declaración de Filadelfia señala el principio: "el trabajo no es una mercancía", está introduciendo el sustento de los derechos laborales. La naturaleza humana del trabajo es lo que subyace en ese principio, y esto resulta siendo la fundamentación central de los derechos laborales. Con la mención del Preámbulo a la necesidad de mejorar o implementar una serie

12) «El Consejo de Administración y la Conferencia han considerado que la no discriminación y la prohibición del trabajo forzoso y del trabajo infantil constituyen, junto con la libertad sindical, los principios fundamentales de la OIT en materia de derechos humanos. En efecto, los principios de la eliminación de la discriminación y del trabajo forzoso están arraigados en la Constitución de la OIT -véanse, en particular, el Preámbulo y el apartado *a)* de la Parte II de la Declaración de Filadelfia-, y la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado instrumentos relativos a estos temas en los que toman cuerpo dichos principios fundamentales» (OIT 1995: párrafo 18).

13) «En efecto, resulta claro que la posibilidad de instaurar un procedimiento análogo al utilizado para salvaguardar la libertad sindical podría verse en cierto modo cegada porque ni en la Constitución ni en la Declaración de Filadelfia se menciona expresamente el trabajo forzoso» (OIT 1996: párrafo 17).

14) «El *fundamento jurídico* de esta formulación parece ser, según lo ha advertido la propia OIT –y de manera muy particular la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Normas Internacionales del Trabajo-, la constatación de que dichos derechos sociolaborales fundamentales, por su propia naturaleza, se constituyen en principios fundamentales de la OIT deducibles de la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia» (BONET 1999: 23).

de derechos: la reglamentación de las horas de trabajo, la fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana, contratación de la mano de obra, etc., resulta difícil distinguir exclusivamente a los derechos fundamentales dentro del mandato constitucional de la OIT.

A esto debemos agregar que los Principios Generales de la OIT, que fueron establecidos en el texto original de la Constitución, señalaban una serie de principios: el trabajo no es un artículo de comercio, el derecho de asociación, el pago de un salario que le asegure un nivel de vida conveniente, la adopción de una jornada máxima diaria y semanal, la adopción de un descanso semanal, la supresión del trabajo de los niños, el establecimiento de normas mínimas en condiciones de trabajo, etc. Estos principios generales marcaron el primer período de labores del organismo internacional y forman parte de su tradición institucional, lo que hace difícil dejarlos a un lado en un tema tan importante como los principios de la OIT.

Finalmente, la exclusión de algunos derechos humanos laborales dentro del listado también responde a una situación política existente dentro del organismo internacional, la dificultad de que los Estados estén dispuestos a tener un listado más amplio dentro de la categoría de derechos fundamentales en el trabajo. Eso se deja traslucir en el siguiente párrafo: «Hay por consiguiente una firme base constitucional para incluir el enunciado de esos cuatro grupos de principios en la Declaración. Aunque otros principios comprendidos en las normas de la OIT son también importantes, no parecería aconsejable extender la lista más allá del acuerdo existente acerca de lo que se considera como derechos fundamentales» (OIT 1997: párrafo 19).

El *tercer argumento* afirma que estos cuatro derechos fundamentales son imprescindibles en cualquier ordenamiento jurídico, porque permiten que sean asequibles los demás derechos laborales y posibilitan que los trabajadores se beneficien del progreso social.

La OIT lo formula en los siguientes términos: «Las razones para considerar que ciertos derechos son en efecto fundamentales, independientemente de los niveles de desarrollo, han quedado más claras como resultado del debate que ha suscitado la creciente interdependencia de las economías y las sociedades. Esos derechos son en cierto sentido una condición previa para todos los demás porque proporcionan los elementos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas, de acuerdo con las circunstancias de los países de que se trate» (OIT 1997: párrafo 16). Es lo que el Director General en su Memoria de 1997 denominaba la condición estática para lograr la justicia social dentro de la globalización de la economía. Esto se traduce en que el respeto de ciertas reglas laborales favorecen una mejor distribución de la riqueza nacional y del progreso social.

Para William BRETT «se las considera fundamentales por cuanto sin el respeto de esas normas, otras pasarían a ser inaccesibles o correrían peligro. Los derechos funda-

mentales de los trabajadores son derechos básicos sin los cuales otras metas corren peligro. ¿Qué posibilidades habría de que se respeten las normas de la OIT sobre protección social, sobre protección de la maternidad, sobre trabajadores migrantes, sobre salud y seguridad en el trabajo o sobre la prevención de accidentes laborales si, en primer lugar, se denegara a los trabajadores el derecho de formar sindicatos o de realizar negociaciones colectivas? ¿Qué oportunidades habría para mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres si se permitiera la discriminación en el empleo? ¿Qué posibilidades de éxito tendrían los convenios sobre el fomento del empleo si se permitiera que continúe habiendo trabajo infantil?» (BRETT 2001: 3).

Coincido con la argumentación que postula a los derechos fundamentales designados por la OIT como necesarios e imprescindibles en cualquier ordenamiento laboral. No es posible concebir una relación laboral digna sin que el trabajador haya ejercido su libertad de establecerla. Nadie puede verse forzado a cumplir una determinada labor o trabajo. El trabajo infantil representa no sólo la explotación de indefensos seres humanos sino que también los condena a la pobreza permanente. Tampoco resulta aceptable que se presenten discriminaciones al interior de la relación laboral por distinciones como la raza, el sexo, la religión, etc. Las discriminaciones envilecen el trabajo y sustentan profundas desigualdades entre los trabajadores. La libertad sindical permite que los trabajadores se organicen y defiendan sus intereses. Sin la libertad sindical se mantendrían sujetos al poder empresarial y no tendrían acceso a regular conjuntamente con el empleador las condiciones laborales, ni ejercitar la huelga. También resulta imprescindible proteger a los trabajadores que son objeto de un despido antisindical. Sin la protección en su empleo, los trabajadores son intimidados para organizarse y constituir organizaciones sindicales.

Pero si bien todo este conjunto de derechos resultan básicos para establecer condiciones laborales dignas, me parece que tiene varias limitantes. Se parte de una premisa que no necesariamente resulta ser real en las relaciones laborales, que consiste en asumir que la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva son suficientes para consagrar condiciones laborales dignas dentro de las empresas. Para que esto se cumpla se requiere un escenario permisible a ese proceso, que lamentablemente no se produce en una buena cantidad de países, a pesar de haber ratificado los convenios fundamentales. Una prueba de ello se produce anualmente con los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical). De allí que resulte sustancial consagrar los demás derechos humanos laborales dentro de los ordenamientos nacionales para asegurar condiciones laborales dignas.

Asimismo, si la mejora en los salarios y las condiciones laborales se puede lograr con los convenios colectivos, hay derechos que por su naturaleza estarían fuera del ámbito de su concretización, porque escapan a la relación directa entre empleadores y

trabajadores. Nos referimos al derecho al trabajo o a los derechos de protección social, como la seguridad social. Se trata de derechos laborales prestacionales que requieren la participación activa del Estado para su goce.

Igualmente, el piso mínimo de los derechos fundamentales en el trabajo puede ser objeto de manipulaciones para profundizar la debilidad de los trabajadores en el mundo, especialmente en el actual contexto de la globalización de la economía. Si bien la Declaración de 1998 busca fortalecer un contenido mínimo universal de derechos humanos laborales que asegure condiciones laborales dignas para el trabajador, ese piso mínimo puede convertirse en un techo jurídico para muchos trabajadores en el mundo.

Con independencia de la fortaleza o debilidad de los argumentos reseñados, me parece que la Declaración de 1998 postula para la OIT un núcleo duro dentro de los derechos humanos laborales que corresponden a sus cuatro derechos fundamentales en el trabajo: libertad sindical, eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Estos "derechos fundamentales en el trabajo" se identifican con las características de un núcleo duro, derechos indisponibles, esenciales, necesarios. Diversos autores coinciden con esta conclusión[15].

El significado de un núcleo duro de derechos laborales de la OIT puede ser objeto de diversas interpretaciones, desde aquellas que lo consideran una retirada del organismo internacional[16] o más bien una respuesta que favorece el fortalecimiento de las normas internacionales del trabajo[17].

Más allá de este tipo de interpretaciones, no puede olvidarse que la OIT hace del trabajo decente su objetivo central. El trabajo decente significa el respeto a los principios y derechos en el trabajo, la protección social, el empleo y el diálogo social. Para el

---

15) Para RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, «la OIT ha pasado de hablar de un Código Internacional del Trabajo, una regulación omnicomprensiva de las relaciones laborales, a hablar de unos derechos fundamentales de los trabajadores; de un estatuto completo del trabajador a un núcleo de derechos esenciales. Lo que se está haciendo en última instancia es identificar un núcleo duro de derechos (*core rights*) que forman parte de un determinado orden público internacional, y que deberán ser respetados en cualquier caso por todos los Estados de la Comunidad Internacional (sin necesidad incluso de ratificación previa) (...). Se está pasando de la opción reguladora a una óptica más "constitucional", en términos de derechos fundamentales en el trabajo; como por cierto está haciendo cada vez más la propia Unión Europea, que desde 1989 tiene su Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores. Lo que puede tener más efectos a largo plazo de lo que pudiera parecer» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 99).

16) «Se está llevando a cabo un curioso fenómeno que podemos llamar de "constitucionalización" de determinadas normas de la OIT, procediendo a una priorización o jerarquización de las aprobadas hasta ahora según su contenido. Se tiende a hablar de identificar un núcleo de normas y de principios básicos, lo que se llama el "núcleo duro de las normas internacionales", el "corazón" de toda la actividad normativa de la OIT hasta el momento. A esto se le ha calificado como una auténtica "retirada" de la OIT hacia su centro» (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO 2000: 97).

17) «La finalidad de una Declaración adoptada en 1998 no fue ni podrá ser en el futuro debilitar las demás normas ni tampoco, como es evidente, el sistema de control del conjunto de normas. Por el contrario, esa Declaración es un valiosísimo instrumento en el camino de la ratificación de las normas internacionales del trabajo (...). Se puede adivinar toda la sinergia necesaria para que esto se traduzca en la práctica» (JAVILLIER 2001: 7).

organismo internacional no puede plantearse un trabajo digno en el mundo sin cubrir los cuatro objetivos estratégicos. Tomando en consideración lo anterior, se debe valorar globalmente el esfuerzo de la OIT por lograr que se respeten los "derechos fundamentales en el trabajo" como uno de los esfuerzos institucionales de materializar el trabajo decente en las relaciones laborales a nivel mundial.

V. UN NÚCLEO DURO PARA LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES PARA EL COMERCIO INTERNACIONAL.

La formulación de un núcleo duro institucional dentro de la OIT tiene un fuerte impacto en los ordenamientos nacionales y en la doctrina jurídica. De allí que algunos autores se inclinen en identificar la noción de "derechos fundamentales en el trabajo" como el paradigma que debe introducirse dentro de los acuerdos comerciales. En otras palabras, bastaría la inclusión de los cuatro derechos fundamentales dentro de los acuerdos comerciales para cumplir con la demanda internacional de respeto de los derechos laborales esenciales.

Sin embargo, me parece que la noción de "derechos fundamentales en el trabajo" es insuficiente para asegurar el respeto de la dignidad humana en el trabajo -objetivo de la inclusión de derechos laborales dentro de los acuerdos comerciales-. A modo de ejemplo, tenemos el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo que se encuentra ausente en su formulación y no cabe duda de que se trata de un derecho laboral esencial[18].

Recordemos que el núcleo duro de derechos humanos laborales debe responder a los parámetros de su justificación, por lo que si se establece un distingo al interior de la categoría, ese distingo no puede socavar su fundamentación. Por ello, propongo seguir una ruta distinta a las analizadas. Partir del listado de derechos laborales consagrados en los tratados de derechos humanos –la dogmática jurídica internacional- y analizar cada uno de ellos bajo la óptica de la fundamentación de los derechos humanos laborales. Es decir, establecer el núcleo duro con aquellos derechos que aseguran el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades en el mundo del trabajo.

---

18) Los acuerdos comerciales de nuestro hemisferio han incluido dentro de sus principios laborales un listado más amplio que los "derechos fundamentales en el trabajo" de la OIT. Así el ACLAN consagra: la libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; derecho a la negociación colectiva; derecho a la huelga; prohibición del trabajo forzado; restricciones sobre el trabajo de menores; condiciones mínimas de trabajo; eliminación de la discriminación en el empleo; salario igual para hombres y mujeres; prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales; indemnizaciones en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupaciones; y, protección de los trabajadores migratorios. En el caso de los acuerdos entre Estados Unidos y Chile como entre Estados Unidos y los países centroamericanos (CAFTA), respectivamente establecen: el derecho de asociación; el derecho de organizarse y negociar colectivamente; la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio; una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y la eliminación de la s peores formas de trabajo infantil; y, condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

La solidez que otorga el consenso universal alcanzado en los tratados internacionales de derechos humanos es un buen punto de partida para definir nuestro listado del núcleo duro. Los derechos humanos laborales recogidos en la dogmática jurídica internacional son: la libertad de trabajo, el derecho al trabajo, la prohibición a la discriminación en el empleo, la seguridad e higiene en el trabajo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo, la remuneración mínima, la libertad sindical y la seguridad social. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

No resulta posible identificar una relación laboral que salvaguarde la dignidad humana del trabajador sino se sostiene en la propia libertad del trabajador en constituirla. Esto se garantiza con la *libertad de trabajo*, que siendo un derecho polisémico se expresa en diversas modalidades, siendo la más reconocida la *prohibición del trabajo forzoso u obligatorio*, que se dirige a impedir que las relaciones laborales se constituyan sobre la violación de la libertad del trabajador.

El *derecho al trabajo* busca asegurar que el trabajador cuente con un empleo. El empleo asegura que el trabajador obtenga los recursos materiales que le permiten sostener económicamente a su unidad familiar. Pero el *derecho al trabajo* ha recibido duras críticas sobre la imposibilidad material de universalizar su disfrute, inclusive hay propuestas que postulan excluirlo como un derecho fundamental dentro de los ordenamientos nacionales. Al igual que la libertad de trabajo, el *derecho al trabajo* es un derecho polisémico que no se reduce sólo a la exigencia de proporcionar un puesto de trabajo a todos los ciudadanos, sino que también se expresa en la percepción de un subsidio por desempleo o en la protección del empleo ante despidos arbitrarios. La complejidad del propio derecho y su vinculación a factores extrajurídicos, en especial, en el contexto de una economía de mercado hacen que el *derecho al trabajo* sea un derecho controversial. De allí que una lectura unidimensional que lo reduzca sólo a la primera acepción no valora la centralidad de este derecho en el sistema jurídico laboral.

La *prohibición a la discriminación en el empleo* recoge el principio de igualdad al interior de las relaciones laborales. Ningún trabajador por razón de su raza, sexo, color, idioma, religión, opiniones políticas, origen nacional o social puede sufrir una discriminación en el empleo. La discriminación afecta directamente la dignidad de la persona.

La *seguridad e higiene en el trabajo* asegura que el trabajador no ponga en peligro su integridad física por cumplir la relación laboral. Este derecho fija la satisfacción de una necesidad tan básica como es la protección de la vida del trabajador en su empleo.

El *derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias en el trabajo* se refiere a un conjunto de derechos más amplio como la jornada máxima de trabajo, el descanso semanal remunerado, las vacaciones pagadas, etc. La formulación de condiciones justas en la relación laboral está en directa relación a condiciones laborales dignas. Pero la amplitud del derecho provoca serias dificultades para formularlo con esa firmeza. En el

caso de la *jornada máxima* que responde a la protección de la integridad física del trabajador frente a jornadas extenuantes que debiliten su condición física y su salud, esto resulta claro. De igual forma, con el *descanso semanal remunerado* y las *vacaciones pagadas* que tienen similar naturaleza. Sin embargo, el contenido necesario de los derechos ha variado progresivamente en el tiempo. La jornada máxima diaria de 8 horas de principios del siglo XX se ha reducido en diversos países hasta las 6 horas diarias. De igual forma la jornada semanal de 48 horas se ha reducido a 35 horas en diversos países. Por eso la fórmula de enunciar el derecho sin vincularlo a una referencia cuantitativa específica permite incluir diversas regulaciones dentro de él, esto le puede restar claridad y firmeza como derecho fundamental, pero le otorga la flexibilidad necesaria ante la disparidad de realidades laborales que se viven en los países. Allí sólo caben las propuestas normativas que respeten su límite natural: no vaciar de contenido al derecho con su regulación. A modo de ejemplo, resultaría inaceptable que se establezca el derecho a la jornada máxima de trabajo y sin embargo se permita que no existan límites para las horas extraordinarias de trabajo.

La *remuneración mínima* tiene por finalidad asegurar que los ingresos del trabajador cubran la satisfacción de las necesidades básicas de la unidad familiar. Este derecho se ubica en la finalidad del contrato laboral para el trabajador, obtener una remuneración que le permita vivir dignamente. La *remuneración mínima* no cuestiona que las diferencias salariales entre los países sea una ventaja comparativa en la competencia internacional, simplemente asegura un piso mínimo salarial conforme a cada realidad nacional.

La *libertad sindical* es otro derecho polisémico compuesto por el derecho de constituir organizaciones sin autorización previa, redactar sus estatutos y elegir a sus representantes, organizar y administrar sus actividades, formular su programa de acción, proteger a los trabajadores contra actos de discriminación antisindical (como el despido antisindical), el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga. La libertad sindical permite que los trabajadores cuenten con un marco jurídico de defensa de sus intereses y materialicen condiciones laborales dignas para ellos.

La *seguridad social* cubre un conjunto de derechos como la asistencia sanitaria de los trabajadores y sus familias; el otorgamiento de ingresos básicos para los trabajadores y sus familias en situaciones especiales (pensiones de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez); y la prestación de servicios médicos completos. La seguridad social es un clásico derecho prestacional que garantiza la satisfacción de diversas necesidades básicas, como la salud en el caso de accidentes o enfermedades profesionales, o proporcionando ingresos básicos para los trabajadores y sus familias en situaciones de precariedad.

Analizando el listado de derechos humanos laborales, resulta difícil excluir alguno ellos. Cada uno de los derechos representa un segmento del conjunto que asegura un

trabajo digno, que asegura el respeto a la naturaleza humana del trabajador y la satisfacción de una necesidad básica. Recordemos que los derechos humanos laborales se constituyen como respuesta jurídica a esa libertad mermada por los condicionantes materiales en que viven los trabajadores. Me parece que no es posible plantearse un trabajo digno si es que no se recogen estos derechos.

Sin embargo, no puedo rechazar que el *derecho al trabajo* es un derecho controversial para incluirlo en el núcleo duro de derechos humanos laborales, por las referencias ya señaladas. Asimismo, otro punto que merece destacarse, es que algunos derechos laborales que no han sido recogidos en la dogmática jurídica internacional de los derechos humanos tienen la pretensión de ser incluidos; a modo de ejemplo, tenemos los derechos a la formación profesional o la participación de los trabajadores en la empresa. Estos ejemplos nos muestran que el listado de los derechos humanos laborales se encuentra abierto, ya sea para incluir nuevos derechos o para excluir otros.

Concluimos, sosteniendo que la formulación de un núcleo duro de derechos laborales para el comercio internacional está definido por aquellos derechos que aseguran el respeto a la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo; y ese listado corresponde al consagrado por los tratados internacionales de derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

ACKERMAN, Mario E.

1994 *La OIT 75 años después. Otro contexto para los mismos principios*
En: *Revista Relasur*. Montevideo, Oficina Internacional del Trabajo, Número 4.

BONET, Jordi

1999 *Principios y derechos fundamentales en el trabajo. La Declaración de la OIT de 1998*
Bilbao, Universidad de Deusto.

BRETT, William

2001 *Las normas fundamentales del trabajo: un terreno de juego parejo para todos los países*
En: *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, Número 122.

CASAS BAAMONDE, María Emilia

1996 *Normas laborales internacionales, Derecho social europeo y derechos fundamentales*
En: *Revista Relaciones Laborales* Madrid, La Ley – Actualidad, Tomo I.

CHARNOVITZ, Steve

1988 *La influencia de las normas internacionales del trabajo en el sistema del comercio mundial: resumen histórico*
En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 107, Número 1

EDGREN, Gus

1979 Normas equitativas de trabajo y liberalización del intercambio
En: Revista Internacional del Trabajo. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 98, Número 3

FREIXES SANJUÁN, Teresa

2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público*
En: *El núcleo duro de los derechos humanos* de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo

2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho*
En: *El núcleo duro de los derechos humanos* de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.

HIERRO, Liborio

2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho*
En: *El núcleo duro de los derechos humanos* de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.

JAVILLIER, Jean-Claude

1994 *Pragmatismo e innovación en el derecho internacional del Trabajo*
En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 113, Número 4

2001 *Razón de ser de los derechos y principios fundamentales y dinámica de las normas internacionales del trabajo*
En: *Los derechos fundamentales en el trabajo: situación actual y perspectivas*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Educación Obrera, Número 122.

LEARY, Virginia A.

1996 *The Paradox of Worker´s Rights as Human Rights*
En: *Human rights, Labor rights, and International Trade* de Lance A. Compa y Stephen F. Diamond (Editores). Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

MARKS, Stephen P.

1984 *Principios y normas de derechos humanos aplicables en situaciones de emergencia: subdesarrollo, catástrofes y conflictos armados*
En: *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos* de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.

OIT

1961 *Medidas que deben tomarse en relación con la resolución sobre discriminación adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 44ª. Reunión* (Documento GB.148/9/8)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1968 *La OIT y los Derechos Humanos* (Memoria del Director General)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

1977a C*uarto Informe de la Comisión de Programa, Presupuesto y Administración* (Documento GB.202/10/31)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1977b *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo* (Documento GB.203/PFA/5/17)

1979 *Informe final del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*
En: *Boletín Oficial* Vol. LXII, Serie A. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1984 *Las Normas Internacionales del Trabajo* (Memoria del Director General)

Ginebra, Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo.

1987 *Informe del Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del Trabajo*
En: *Boletín Oficial* Vol. LXX, Serie A. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1994 *Actas de la LXXI de la Conferencia Internacional del Trabajo*

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1995 *Fortalecimiento del sistema de control de normas de la OIT* (Documento GB.264/6)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1996 *Fortalecimiento del sistema de control de la OIT* (Documento GB.267/LILS/5 y Corr)

Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

1997 *Curso que ha de darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85ª. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo* (Documento GB.270/3/1)
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo

PLÁ, Américo

1994 *Los Derechos Humanos y la O.I.T.*
En: *Revista Derecho Laboral.* Montevideo, Tomo XXXVII, No. 173-174

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel

2000 *Intervención pública y dimensión internacional de las relaciones laborales: lo viejo y lo nuevo*
En: *Intervención pública en las relaciones laborales* de Antonio Galán García (Coordinador). Madrid, Editorial Tecnos, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

RUBIO LLORENTE, Francisco

2001 *El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Constitucional*
En: *El núcleo duro de los derechos humanos* de Antonio Marzal (ed.) Navarra, J.M. Bosch editor-ESADE/ Facultad de Derecho.

TREBILCOLCK, A.

2002 *La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*
En: *Las Normas Internacionales del Trabajo. Un enfoque global.*
Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo.

VALTICOS, Nicolás

1969 *La Organización Internacional del Trabajo: Cincuenta años de actividades normativas*
En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 80, Número 3

1977 *Derecho Internacional del Trabajo*
Madrid, Editorial Tecnos S.A., trad. María José Triviño.

VAN BOVEN, Theodor C.

1984 *Criterios distintivos de los derechos humanos*
En: *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos* de Karel Vasak (Editor General). París, Serbal/UNESCO, Vol. 1.

LOS SINDICATOS EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN, LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y LAS REFORMAS LABORALES

RAÚL SACO BARRIOS*

"El trabajo humano es sobre todo un valor moral o ético, fruto de la inteligencia y de la voluntad, y es un medio de perfeccionamiento en cuanto es moralizador. Sólo así se concibe el trabajo que dignifica al hombre y no lo denigra sino que por el contrario lo rodea de honra y hace del trabajador un ser respetable y ejemplarizador".

JORGE M. ANGULO ARGOMEDO

"El sindicato debe ser fuerte para poder cautelar debidamente los intereses de los trabajadores; éstos lo saben perfectamente, y es por ello que siempre han luchado por conseguir la fortaleza de sus organizaciones gremiales…".

JOSÉ MONTENEGRO BACA

Sumario:

Introducción. I. Crisis del sindicalismo en el Perú: causas, consecuencias y propuestas. 1.1 Causas de la crisis. 1.2. La política laboral. 1.3. El mercado de trabajo. 1.4. La política económica y la recesión. 1.5. La estructuración de las organizaciones sindicales y la acción sindical. 2. Consecuencias. 3. Propuestas. II. Desafíos del sindicalismo y ejercicio de las funciones sindicales. 1. El establecimiento de sindicatos en atención a su base geográfica. 2. La conformación de centros estratégicos de acción sindical. 3. La cuestión ideológica. 4. La rearticulación del movimiento obrero con los partidos políticos. 5. La coordinación entre los agentes sociales. 6. Prestación de nuevos servicios. III. Conclusión.

(*) Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados (Diploma de Postgrado en Derecho de la Empresa) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, sigue la Maestría en Relaciones Laborales en la misma universidad. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Dirección electrónica: rgsaco@pucp.edu.pe

INTRODUCCIÓN

La veloz expansión del comercio internacional y la liberalización de los mercados financieros motivan singular y muy actual interés en ciertos "estándares laborales" básicos o centrales: entre ellos, el derecho a la libertad de sindicación y a la negociación colectiva.

Destaca el temperamento del Banco Mundial, hoy preocupado en la promoción de tales estándares con miras a lograr el buen funcionamiento de un mercado laboral[1].

Sin embargo, muy distintos sucesos –las *políticas laborales*, las características de los *mercados de trabajo*, las *políticas económicas* y la *recesión*– han afectado el normal desenvolvimiento de las organizaciones sindicales y frenan su capacidad de adecuación a nuevas circunstancias.

Particularmente, la *globalización de la economía*[2] –determinante de la apertura comercial y de la suscripción de tratados de libre comercio (TLC) y, en consecuencia, generadora de un aumento de la competencia en los mercados de productos y de políticas empresariales más interesadas en la reducción de los costos laborales que en la concesión de nuevos o mayores beneficios a los trabajadores[3]– y las *reformas laborales* –la *desregulación* de las instituciones protectoras de los trabajadores– han generado *desafíos* para el sindicalismo[4], relacionados con las *formas tradicionales de organización sindical*, la *conformación de centros estratégicos de acción sindical* (la concentración de la acción sindical en sectores que tienen un lugar estratégico en la economía), el *discurso ideológico* y la *articulación del movimiento sindical con los partidos políticos*[5]; y vinculados también, con la *coordinación entre los agentes sociales*[6] y la *prestación de nuevos servicios*[7]. Para encararlos, *los sindicatos deben incontestablemente modificar el*

---

1) AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS, *Unions and Collective Bargaining. Economic Effects in a Global Environment*, Washington DC, The World Bank, 2002.

2) En este trabajo, utilizamos indistintamente y como sinónimos los términos *globalización*, *internacionalización y mundialización* de la economía.

3) Al respecto: "Una mutación económica que afecta a todos los países ha venido a establecer nuevas relaciones de fuerza entre los actores sociales: … la *mundialización de la economía*, fenómeno que toma varias formas, tales como la expansión de las empresas multinacionales y la multiplicación de los tratados de integración económica regional (la Unión Europea, el Mercosur, etc.). Gran número de los cambios que se pueden observar en este momento en la escena laboral y sindical son la consecuencia directa de esta globalización de la economía" (SPYROPOULOS, Georges, *El sindicalismo frente a la crisis: Situación actual y perspectivas futuras*", en "Revista de Relasur", 1994, p. 84.

4) "Hoy los sindicatos se encuentran con la necesidad de replantear su actuación en el nuevo marco de una economía internacionalizada y enormemente compleja. Un replanteamiento que debe también tener en cuenta las nuevas pautas culturales de las sociedades actuales, diferentes de las imperantes a principios de siglo cuando cristalizaron muchos de los idearios y tramas organizativas de los actuales movimientos sindicales" (RECIO, Albert, *Trabajo, personas, mercados. Manual de Economía Laboral*, Barcelona, Icaria / Fuhem, 1997, p. 205.

5) ZAPATA, Francisco, *¿Crisis del sindicalismo en América Latina?*, México, El Colegio de México, 2003, p. 22.

6) *Vid.* AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS, *op. cit.*, p. 11 y ss.

7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *El trabajo en el mundo. Relaciones laborales, democracia y cohesión social*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1997, p. 33.

ejercicio de las funciones sindicales: la *representación de los intereses profesionales, las acciones de reivindicación y de participación* y la *negociación colectiva*.

En esta ponencia, procuramos aproximarnos a esta "renovación" del movimiento sindical. Para ello, desarrollamos brevemente cada uno de tales aspectos. En la *primera parte* y para mejor entender la situación actual de las organizaciones sindicales, presentamos algunas *causas y consecuencias de la decadencia del movimiento sindical peruano*[8] –en especial, las ocurridas con motivo de la *reforma laboral* introducida en el país a partir de 1991– y nos permitimos adelantar algunas *propuestas* orientadas a paliar tal situación. En la *segunda parte*, presentamos los ***desafíos*** del sindicalismo y su relación con el ejercicio de las *funciones sindicales*. *Al término*, exponemos nuestra *conclusión* y una apreciación ***en perspectiva***[9].

I. CRISIS DEL SINDICALISMO EN EL PERÚ: CAUSAS, CONSECUENCIAS Y PROPUESTAS[10]

1. Causas de la crisis

Consideramos la *política laboral* (de flexibilización), los límites impuestos por el *mercado de trabajo*, los efectos de la *política económica* y la *recesión* y l*a forma de estructuración de las organizaciones sindicales*[11] *y de la acción sindical*.

1.1. La política laboral

La *política laboral*, conducida por el Estado, desmotiva la constitución o desarrollo de las organizaciones sindicales.

Al respecto, debemos mencionar la intervención del Estado en las *relaciones colectivas de trabajo*[12]. Especialmente, acerca del establecimiento de un *número mínimo*

---

8) Al respecto, son especialmente significativas las condiciones socioculturales de los diversos países: "Los climas muy diversos que pueden reinar en los movimientos obreros de las diversas naciones occidentales corresponden muy exactamente a las oposiciones entre las culturas en las cuales participan (…) Muchos rasgos de importancia considerable en la marcha de las organizaciones y que tienen consecuencias para su orientación son, en realidad, rasgos culturales nacionales" (CROZIER, Michel, *Movimiento obrero y conflictos del trabajo*. En: FRIEDMANN, Georges y NAVILLE, Pierre (editores), *Tratado de Sociología del Trabajo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, Vol. 2, pp. 181-182).

9) Enfatizamos las expresiones "desafíos" y "en perspectiva" en atención al nombre de este importante Primer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *"Desafíos actuales y perspectivas del Derecho del Trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú"*.

10) Además de los autores citados en el texto, puede verse: SULMONT, Denis, *Sociología del Trabajo y de la empresa en el Perú: un balance*", en revista "Debate en Sociología", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, Nº 19, pp. 22-33 y los autores y estudios ahí mencionados.

11) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *La sindicalización en el Perú*, Lima, Fundación Friedrich Ebert - Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, p. 85.

12) "Se ha dado una legislación que está alterando de modo radical el modelo de relación entre el estado y el sindicalismo en el Perú y la naturaleza de las relaciones colectivas en el país" (BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, "Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú, en *Debates en Sociología*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú / Departamento de Ciencias Sociales, 1994, Nº 19, p. 114).

–veinte trabajadores[13]– *para la constitución de un sindicato de empresa*[14]; porque tal exigencia "no corresponde a países donde prepondera la pequeña y mediana empresa"[15] y "limita la cobertura sindicalizable, marginando a un no despreciable sector de trabajadores que labora en establecimientos de tamaños menores"[16].

Interesan también algunos aspectos de la legislación sobre las *relaciones individuales de trabajo*, determinantes de una *flexibilización del empleo*[17] (provocada por *la reforma laboral habida en el país desde el año 1991*). Así, podemos mencionar la legislación sobre el *contrato de trabajo*[18], acerca de las *modalidades de contratación* (los contratos de trabajo de duración determinada) y de la *terminación del contrato de trabajo* (en caso de despido arbitrario, es decir, sin expresión de causa justificada o sin prueba de ésta en juicio, el trabajador sólo tiene derecho a una indemnización mas no a la reincorporación); sobre la *intermediación laboral* (acerca de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores)[19]; y sobre la *formación laboral juvenil* y las *prácticas preprofesionales*[20]. En este contexto: es muy poco probable que, por el temor al despido[21], un trabajador eventual o no permanente o "inestable" se afilie a una organización sindical –en la práctica, está fuera de la sindicación y la negociación colectiva[22]–; los trabajadores de las empresas de empleo temporal no pueden afiliarse al sindicato de la empresa donde efectivamente laboran pero tampoco constituyen un sindicato en la empresa donde trabajan formalmente –"por la precariedad en que prestan sus servicios a tales intermediarios, generalmente a

13) Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (modificación introducida por la Ley Nº 27912), artículo 14.

14) Sobre el tema, puede verse: SACO BARRIOS, Raúl, *¿Debe exigirse un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos de empresa?* Estudio elaborado para la incorporación del autor a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2003. Ahí presentamos los planteamientos doctrinarios sobre la vinculación entre el número mínimo y el ejercicio de prácticas antisindicales o discriminatorias o que relievan la inconveniencia del establecimiento de un número mínimo –principalmente porque dificultaría la sindicación en las micro y pequeñas empresas.

15) CIUDAD REYNAUD, Adolfo, "Relaciones Colectivas de Trabajo en América Latina", en *Análisis Salarial*, Lima, agosto 2001, p. 11.

16) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *op. cit.*, p. 86.

17) Por "flexibilización del empleo", se entiende "la extensión masiva de la figura del trabajador contratado o eventual". Así entendida, la flexibilización "no representa una reconversión tecnológica". *Vid.* BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *op. cit.*, pp. 109 y 113.

18) Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por el Decreto Nº 3-97-TR del 21 de marzo de 1997) y Reglamento del Decreto Legislativo Nº 728 (aprobado por el Decreto Supremo Nº 1-96-TR del 24 de enero de 1996).

19) Ley Nº 27626, Decreto Supremo Nº 3-2002-TR del 26 de abril del 2002 y Decreto Supremo Nº 6-2003-TR del 22 de mayo del 2003.

20) Ley de Formación y Promoción Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, aprobado por el Decreto Supremo Nº 2-97-TR del 21 de marzo de 1997) y Reglamento del Decreto Legislativo Nº 728 (aprobado por el Decreto Supremo Nº 1-96-TR del 24 de enero de 1996).

21) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *op. cit.*, p. 85.

22) BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *op. cit.*, p. 92. Según esta misma autora, "la CGTP [Central General de Trabajadores del Perú], la central sindical más importante del Perú, se ha convertido, sin proponérselo, en representante únicamente de los trabajadores estables" (*ibid*.., p. 96). También: "El creciente número de trabajadores precarios (…) y la dificultad de organización y acción colectiva entre el cada vez más numeroso contingente de asalariados de la pequeña empresa (…) han contribuido a la fragmentación de los trabajadores dependientes, han minado la solidaridad sindical y han coadyuvado a una pérdida de representatividad de las centrales sindicales" (ibid., p. 113).

través de contratos a plazo fijo"[23]– ; y los jóvenes en formación laboral y los practicantes prestan sus servicios mediante convenios que "no originan vínculo laboral" por expreso mandato legal[24].

1.2. El mercado de trabajo

Una *abundante oferta de mano de obra* atenúa la presión que acaso puedan ejercer las organizaciones sindicales. También, la existencia de *empresas muy desiguales* en el ámbito de una rama de actividad determinada, que entorpecen la acción colectiva articulada y homogénea en el sector pertinente[25] –han crecido la pequeña y la micro empresas y el sector informal[26].

En otro orden, podemos percibir un cierto *dinamismo* en el mercado de trabajo: existe un conjunto de trabajadores que se califican y están obligados a su inserción en nuevas condiciones –sin estabilidad laboral. Y como "un trabajador contratado está permanentemente puesto a prueba", habrán mayores niveles de competitividad y un incremento de la productividad. Entonces, tiene lugar una *modernización del mercado de trabajo* por cuya virtud "la capacidad técnica constituye el medio que garantiza la renovación de los contratos anuales y el incremento de los salarios"[27].

1.3. La política económica y la recesión

Ante todo, debemos anotar que el (antiguo) *modelo de desarrollo* peruano, promotor tardío y parcial de la *industrialización sustitutiva de importaciones*, permitió la incorporación del empleo asalariado en el proceso productivo, que, entre otros aspectos, implicó a su vez la constitución de sindicatos y el desarrollo del sindicalismo. Sin embargo, dicho modelo fue cuestionado intensamente[28] hasta quedar de lado.

En la última década, las *medidas económicas* adoptadas o impuestas particularmente por Alberto Fujimori, es decir, la implantación de una *política de ajuste* y el seguimiento de un *modelo liberal* (o neoliberal)[29], que amplió notoriamente el número de trabajadores precarios[30] e implicó así mismo una *política de privatización de las empresas estatales* –que "habían llegado a representar a más del 50% de la inversión nacional y se habían convertido en un poderoso bastión del sindicalismo"[31]– y la

23) CIUDAD REYNAUD, Adolfo, *loc, cit*.
24) Ley de Formación y Promoción Laboral, artículo 24.
25) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *op. cit.*, p. 88.
26) BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *op. cit.*, p. 91.
27) *Ibid*., pp. 113-114.
28) *Ibid*., p. 98.
29) "… el movimiento obrero, en una primera instancia, resultó derrotado en los ochenta por el neoliberalismo…" (GARZA TOLEDO, Enrique de la, *El papel del concepto de trabajo en la teoría social del siglo XX*. En: GARZA TOLEDO, Enrique de la (Coordinador), *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 25).
30) BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *op. cit.*, p. 102.
31) *Ibid*., p. 105.

racionalización de la administración pública –se insistió obsesivamente en la reducción del número de empleados públicos[32]–, además de la *recesión* –que, entre otros hechos, amaina la consecución de aumentos salariales y de mejores condiciones de trabajo[33] y, por el contrario, origina la caída de las remuneraciones y propicia el desempleo y el subempleo[34]– han cuestionado definitivamente una práctica sindical gremialista[35]. Cuando surgen problemas que afectan la gestión, la producción y el desarrollo empresariales, ciertamente la pretensión del logro de "reivindicaciones" pierde vigencia –y la huelga como medio de presión, tampoco marcha[36].

1.4. La estructuración de las organizaciones sindicales y la acción sindical

Predomina la *sindicación por empresa*, lo que genera la "atomización" o fragmentación o dispersión del conjunto y resta fuerza a la acción sindical: los sindicatos son pequeños y débiles.

Desde otro punto de vista, debemos destacar *el desgaste y la progresiva pérdida de eficacia del modo de acción sindical*: el énfasis de la confrontación antes que en el diálogo y la búsqueda de entendimiento, una excesiva recurrencia a huelgas y "paros" (nacionales y sectoriales)... El fracaso de tal "estilo" (para solucionar la caída de los salarios y, a mayor plazo, para revertir la política económica[37]) ha lesionado, pues, la legitimidad del sindicalismo[38]. En la actualidad (dada la recesión aludida y aún vigente), *los trabajadores priorizan la preservación del puesto de trabajo* (deponen la fuerza y asumen actitudes de negociación) y *para la generación de ingresos adicionales, optan*

---

32) *Ibid.*, p. 106. Al respecto, la autora destaca la "deslegitimación acelerada" de la Central Intersectorial de Trabajadores Estatales (CITE) (ibid., pp. 106-107).

33) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *op. cit.*, p. 91.

34) BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *loc. cit.*

35) "Los sindicatos han perdido fuerza como resultado de la transformación del Estado y la economía, pero esto ha sido diferencial según el país" (GARZA TOLEDO, Enrique de la, *op. cit.*, p. 27). "Bajo el argumento de la implantación del modelo de economía de mercado, se restringe seriamente la libertad sindical y la autonomía de la negociación colectiva, lo que ha traído como consecuencia un desmoronamiento del sindicalismo en el Perú. No cabe duda de que en todo esto existe una distorsión, porque … la economía de libre mercado exige todo lo contrario, es decir, la no intervención del Estado en las relaciones colectivas de trabajo" (ROMERO MONTES, Francisco Javier, *La reconstrucción del sindicalismo*. En: AUTORES VARIOS, *La reforma laboral en el Perú. El Derecho del Trabajo y la Política Laboral del Estado*. Coordinador: Luis Pastor Iturrizaga, Lima, Universidad Inca Gracilazo de la Vega – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2002, p. 101).

36) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *op. cit.*, pp. 92 y 91.

37) A decir de BALBI SCARNEO: "El sindicalismo se debilitará aún más ante la incapacidad de plantear alternativas a los programas de ajuste propuestos (…) No existió tampoco en el sindicalismo una capacidad de dar respuesta a las motivaciones que se aducen [promoción de la competencia, reducción de precios] para el dictado de esas medidas [reducciones forzosas de los turnos o jornadas de trabajo, cambios de giro empresarial, desprotección legal de los trabajadores…] (…) y, en general, al modelo de desarrollo liberal de las cuales forman parte" (*op. cit.*, pp. 103-104). "El sindicalismo (…) se encuentra en la incapacidad de dar respuesta a los nuevos lineamientos de la política liberal" (ibid., p. 107). "… el sindicalismo no incorporó las reivindicaciones de los trabajadores contratados en sus plataformas (…) los dirigentes denunciaron permanentemente los programas de flexibilización, pidiendo su erradicación, pero sin incluir propuestas frente al desempleo y la contratación eventual. No asumieron (…) el deseo de capacitación de los trabajadores, sobre todo de los jóvenes" (*ibid.*, p. 112).

38) *Ibid.*, pp. 97 y 100. La propia BALBI SCARNEO expone: "Simultáneamente entrarán en crisis las posturas teóricas que asumían a la clase obrera como actor preponderante de un proyecto para el conjunto de la sociedad" (*ibid.*, p. 97). Y también destaca la pérdida de legitimidad de los dirigentes sindicales, de ideas y actitudes muy radicales, y sus "cúpulas" (*ibid.*, pp. 100-101).

por salidas individuales (el "cachueleo" como estrategia de sobrevivencia; y relegan la acción colectiva)[390]. Y por cuanto concierne a los *trabajadores eventuales o no permanentes o inestables*, "la lógica de acción en la defensa de sus intereses pasa, no por la negociación colectiva, sino por la movilidad individual y la apuesta en la calificación"[40]; lo que "los aleja de una opción sindical"[41].

2. Consecuencias

En primer lugar, señalamos la *falta de representatividad* de las organizaciones sindicales. A inicios de 1990, "la imagen que proyecta el sindicalismo peruano aparece ya desgastada, resultado del deficiente desenvolvimiento que ha caracterizado su intervención como actor social en años anteriores... Una de las expresiones más cabales de esta crisis se refleja en su falta de representatividad..."[42]. Ya para el año 2000, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo señala que (debido a la caída del número de trabajadores sindicados respecto a la del número de asalariados: de un número total de asalariados de 809 738 trabajadores, sólo 50 387 están sindicados) la tasa de sindicación es apenas de un 6,2%[43] .

En segundo lugar, el declive de la capacidad de negociación y presión de los sindicatos ha fomentado la disminución (si no la pérdida) del interés de los trabajadores en la sindicación. Tal aspecto se traduce en una cierta *desmoralización* y en la *búsqueda de soluciones de carácter individual*[44]. Así, "la mística del sindicalismo ha sido desplazada por la mística de contar con un puesto de trabajo"[45].

3. Propuestas

Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, adelantamos las *propuestas* siguientes:

A) La activación y dinamismo del movimiento sindical requieren, al parecer, una *reproducción del trabajo asalariado como tal*, esto es, "que la forma principal de absorción de empleo suponga una extensión de la relación capital-trabajo"[46]. Esto supone inversión y crecimiento de la producción.

---

39) *Ibid*., p. 101.
40) *Ibid*., p. 111 (y p. 114).
41) *Ibid*., p. 113.
42) *Ibid*., p. 96.
43) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO, *Boletín de Economía Laboral*, Lima, año 6, octubre 2002, Nºs 22-24, p. 8. De todos modos, adviértase que "la tasa de sindicalización es un indicador parcial de la efectividad de la acción sindical; la influencia efectiva de los sindicatos en la toma de decisiones, las estructuras y los modelos de organización sindical, son también factores que luno dege tener en cuenta para evaluar la efectividad de la acción sindical" (SPYROPOULOS, Georges, *op. cit.*, p. 87).
44) YÉPEZ, lsabel y BERNEDO, Jorge, *loc. cit.*
45) ROMERO MONTES, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 104.
46) BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *op. cit.*, p. 98.

B) Por otro lado, debiera procurarse la *unidad sindical*, para enfrentar la "atomización" o dispersión o fragmentación de las organizaciones sindicales –que afecta la cohesión y fuerza del movimiento[47].

C) Además, *debiera ampliarse la acción sindical* "incorporando al diseño de la táctica un conocimiento de la política económica general y sectorial que permita plantear salidas frente a la crisis y recesión"[48] (*vid. infra* II.3.). Al interior del centro de trabajo, esto requiere el acceso a formas de manejo técnico-productivo y de gestión empresarial: "pasar de una conciencia de asalariado a una de productor"[49].

D) Pareciera convenir, asimismo, la *coordinación de las acciones sindical y política* (*vid. infra* II.4.) y la *articulación del quehacer sindical con el de otros sectores populares*[50].

E) Y debiera promoverse la *instauración de condiciones mínimas que permitan un eficaz ejercicio de la función sindical*[51]. Vale decir, la implantación efectiva del "*fuero sindical*", entendido éste en su más lato sentido: el otorgamiento a los trabajadores de las más amplias garantías para el cumplimiento de la acción sindical[52].

En síntesis, importa una *renovación del sindicalismo*. Satisfecho tal objetivo, debiera propiciarse ineludiblemente el fortalecimiento de este sindicalismo renovado[53].

II. DESAFÍOS DEL SINDICALISMO Y EJERCICIO DE LAS FUNCIONES SINDICALES[54]

Ahora bien, la *renovación del sindicalismo* –frente a la globalización de la economía y a la suscripción de tratados de libre comercio– implica que los sindicatos encaren debidamente algunos ***desafíos*** y modifiquen el ejercicio de las *funciones sindicales*[55]: la

47) "En los países donde prevalece la unidad sindical, la probabilidad de que los sindicatos estén en medida de superar las dificultades son mucho más grandes que en los países donde prevalece la división sindical" (SPYROPOULOS, Georges, *loc. cit.*).

48) YÉPEZ, Isabel y BERNEDO, Jorge, *op. cit.*, p. 95. Según ellos, "no quedarse en la denuncia sino también pasar a la propuesta del "desenmascaramiento", a la alternativa concreta" (*loc. cit.*).

49) *Ibid.*, pp. 95-96.

50) *Ibid.*, p. 96.

51) *Loc. cit.*

52) *Vid*. ERMIDA URIARTE, Óscar, *Protección contra los actos antisindicales*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1998. Al respecto, el maestro José MONTENEGRO BACA tiene claramente escrito: "En nuestro entender, el fuero sindical, en sentido amplio, puede ser definido como la protección especial que se otorga a los trabajadores agremiados en atención a la actividad sindical desenvuelta, ya sea en sus relaciones con el empleador, con el Estado o con los mismos trabajadores" (MONTENEGRO BACA, José, *Concepto amplio de fuero sindical*. En: *Derecho Colectivo Laboral. Asociaciones profesionales y convenios colectivos*, Buenos Aires, Ediciones Desalma, 1973, p. 506).

53) BALBI SCARNEO, Carmen Rosa, *op. cit.*, pp. 114-115.

54) Sobre las funciones sindicales, *vid.*: ERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos en libertad sindical*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985, pp. 45-47.

55) Para ROSANVALLON, la "esencia profunda del fenómeno sindical" es lo que está en cuestión, las "tres funciones esenciales: representar a grupos, contribuir a la regulación social, organizar la solidaridad" (ROSANVALLON, Pierre, *La question syndicale. Histoire et avenir d´une forme sociale*, París, Calmann-Levy, 1988).

representación de los intereses profesionales, las acciones de reivindicación y de participación y la *negociación colectiva*. Veamos, por separado, cada uno de estos temas.

1. El establecimiento de sindicatos en atención a su base geográfica

Un ***primer desafío*** afecta la ***función de representación de los intereses profesionales***: las *formas tradicionales de organización sindical* dificultan y hasta impiden la sindicación[56].

Ciertamente, el fortalecimiento de la representatividad de los sindicatos constituye un aspecto importante "de la necesaria adaptación del sindicalismo a la evolución del mundo"[57]. Así, debe considerarse la necesidad de revisar las estructuras sindicales actuales[58].

En América Latina predominan los *sindicatos de empresa*[59], que congregan a los trabajadores de una sola empresa y restringen el tamaño del sindicato al tamaño de aquélla. Pero al regular los requisitos para constituirlos, las legislaciones latinoamericanas señalan el número mínimo de trabajadores requeridos al efecto[60], que acostumbra ser alto en relación con el tamaño promedio de las empresas[61]. Ciertamente, dichos sindicatos "son *absolutamente inadecuados* a países cuyas empresas son, en general, de mediana o pequeña dimensión porque –en tales circunstancias– resultan proclives a la atomización y debilitamiento del movimiento sindical"[62].

Además de la dimensión de las empresas, las modalidades de contratación (los contratos de trabajo de duración determinada) y la flexibilización del tiempo de trabajo obstruyen igualmente la sindicación por empresa[63] (*vid. supra* I.1.1.).

Entonces, *convendría promover la organización de los sindicatos en atención a su base geográfica*, "que puede reducirse a una parte del territorio nacional, a todo el

---

56) "Los modelos de organización sindical son otro factor que influye sobre la evolución de los sindicatos frente a los cambios económicos y sociales. Por ejemplo, el carácter unitario o pluralista de las estructuras sindicales puede influir sobre la capacidad del sindicalismo de hacer frente a las dificultades creadas por el cambio del entorno económico y social" (SPYROPOULOS, Georges, *loc. cit.*).

57) *Ibid*., p. 101.

58) *Loc. cit.*

59) "En casi todas las legislaciones latinoamericanas se privilegia la existencia de sindicatos de empresa" (MORGADO VALENZUELA, Emilio, *Las relaciones laborales y el tamaño de las empresas*. Ponencia presentada al III Congreso Regional de las Américas, 1999. En: *III Congreso Regional de las Américas. Las Relaciones de Trabajo en el Siglo XXI*, Lima, Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, 1999, p. 65). "Las razones para el predominio de este tipo de organización menor (los sindicatos de empresa) debemos encontrarlas en la historia, la legislación y la idiosincrasia" (PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Realidad actual de la negociación colectiva en Iberoamérica*, Lima, Asociación de Relaciones Industriales, 1979, p. 11).

60) *Vid*. SACO BARRIOS, Raúl, *op. cit.*

61) MORGADO VALENZUELA, Emilio, *loc. cit.*

62) ERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos…*, *cit.*, pp. 83-84. En la región, sin embargo, "en términos generales los Estados se han mostrado indiferentes frente al debilitamiento de los sindicatos, con lo cual han confirmado el desequilibrio de fuerza entre éstos y la empresa" (ROMERO MONTES, Francisco Javier, *op. cit.*, p. 100).

63) ZAPATA, Francisco, *loc. cit.*

territorio nacional y aun internacionalizarse"[64]. Para enfrentar las nuevas formas de organización de las empresas, que se instalan en lugares en los que nunca hubo sindicatos, y con miras a conciliar la concentración espacial de los trabajadores con sindicatos que la evidencien, debiera tratarse de combinar la instauración territorial de las empresas con el movimiento sindical; es decir, "los sectores económicos que han surgido como resultado de la liberalización comercial en lugares sin tradición sindical podrían ser objeto de una ofensiva orientada a la sindicalización de los trabajadores de esos nuevos sectores, como son los de la industria maquiladora, la cosecha de fruta y las flores de exportación, y los servicios públicos. También podrían servir para organizar categorías sociales como las mujeres o los jóvenes que son contratados en condiciones muy precarias"[65]. En suma: "El sindicalismo debe explorar esas alternativas para adecuar las características del nuevo aparato productivo y del nuevo marco institucional a los requisitos de la ***representación colectiva de los trabajadores***"[66].

En similar orientación, puede proponerse al respecto "la articulación de la diversidad del mundo del trabajo y la ampliación de las formas de representación"[67].

2. La conformación de centros estratégicos de acción sindical

Los sindicatos desempeñan predominantemente su ***función de representación de los intereses profesionales*** a través de actitudes *de reivindicación, de enfrentamiento, de contestación* a los intereses estatales o empresariales[68]. El ***segundo desafío*** concierne, pues, a esta ***acción sindical de reivindicación***.

En esta línea, debieran establecerse *centros estratégicos de acción sindical* para fortalecer la *acción reivindicativa* en los sectores estratégicos de la nueva economía y estimular, por tanto, una renovación del sindicalismo, de sus formas de organización y de sus formas de acción[69]. "En efecto, en la industria maquiladora, en la industria de la cosecha y empaque de fruta y de flores de exportación, en la manufactura de autopartes, en las telecomunicaciones y en algunos servicios públicos como la salud y la educación, o no existen sindicatos o no desempeñan el papel que deberían desempeñar dada la importancia de esos sectores en el TMI (modelo de desarrollo consistente en la "transnacionalización" del mercado interno). El movimiento obrero, a partir de esta nueva realidad, en vez de localizar su atención en sus bases tradicionales de apoyo, podría concentrarse en estos sectores que, por ocupar un lugar estratégico en la econo-

64) ERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos…, cit.*, p. 84.
65) *Loc. cit.*
66) *Loc. cit.* (énfasis y letras cursivas nuestros).
67) SULMONT, Denis, *op. cit.*, p. 33.
68) ERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos…, cit.*, pp. 46-47.
69) ZAPATA, Francisco, *loc. cit.*

mía, podrían convertirse en centros de acción sindical que pudieran cuestionar las formas a través de las cuales se han implementado hasta ahora las estrategias exportadoras"[70].

3. La cuestión ideológica[71]

Los sindicatos ejercen asimismo su ***función de representación de los intereses profesionales*** mediante una actitud de *participación*, tanto en organismos públicos o sociales como en la empresa. En la actualidad, "la participación del sindicato en la vida pública de los países ya es una de las funciones sindicales importantes. Hoy, el sindicato participa ampliamente en la vida social, económica y política de numerosos países, poseyendo representantes en gran cantidad de órganos gubernamentales y de las propias empresas, públicas y privadas"[72]. Así, el ***tercer desafío*** atañe a esta ***acción sindical de participación***.

Precisamente, los sindicatos debieran elaborar un "*discurso ideológico*" y *participar* mediante la formulación de proyectos que den sentido a las reivindicaciones logradas o pretendidas. Por ejemplo, la tendencia a la informalidad de los mercados de trabajo (y de las relaciones laborales), el estancamiento de las remuneraciones y la exclusión de los sindicatos de los organismos de toma de decisiones en las instituciones de la salud o de la seguridad social "pueden ser enfrentados *a través de propuestas y de alternativas formuladas por los trabajadores*"[73].

En este orden, convendría también a los sindicatos "la legitimación de los derechos laborales de cara a la opinión pública conquistando espacios en los medios de comunicación de masa y abriendo nuevas formas de solidaridad social"[74].

---

70) *Loc. cit.* (el texto entre paréntesis es nuestro).

71) Hace más de cuarenta años, CROZIER ya había escrito: "Debe observarse en las sociedades más evolucionadas, y en función del éxito mismo de las organizaciones sindicales, un debilitamiento general, aun en épocas de crisis, del aspecto revolucionario de la ideología sindicalista…" (CROZIER, Michel, *op. cit.*, p. 189). A decir de SPYROPOULOS, "la evolución de las *orientaciones ideológicas* de los sindicatos es (también) un ejemplo del impacto que tuvieron los cambios ocurridos sobre los sindicatos. En Europa y América Latina, donde el movimiento sindical tenía en su mayoría una larga tradición de orientación ideológica, las fidelidades políticas tradicionales de los sindicatos están últimamente perdiendo su dominio y las rivalidades ideológicas van atenuándose" (SPYROPOULOS, Georges, *op. cit.*, p. 89). Y más recientemente, RUSSOMANO anota: "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…" (RUSSOMANO, Mozart Víctor, *Globalización, Neoliberalismo y Derecho del Trabajo*, en revista "Análisis Laboral", Lima, vol. XXVI, Nº 302, agosto 2002, Especial Latinoamérica, p. II).

72) ERMIDA URIARTE, Óscar, *Sindicatos…*, *cit.*, p. 47.

73) ZAPATA, Francisco, *op. cit.*, p. 24 (letras cursivas nuestras).

74) SULMONT, Denis, *loc. cit.*, Al respecto, podemos citar un interesante comentario de Juan José Gorriti, secretario general de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), quien hace algún tiempo participó como invitado en una reunión de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Lima, 14 de noviembre del 2003) y, a propósito de una pregunta nuestra sobre la existencia de un "plan estratégico" en la organización, señaló que en un "congreso estatutario" ha quedado establecida la necesidad de un cambio acerca de ciertos puntos clave y objetivos primordiales para la lucha .../

4. La rearticulación del movimiento obrero con los partidos políticos

Un ***cuarto desafío*** consiste en la *rearticulación del movimiento obrero con los partidos políticos*[75]. Tema este, vinculado a la ***acción sindical participativa*** y al ejercicio de la ***negociación colectiva***.

Esto, porque: "De una subordinación estrecha a los imperativos de los partidos tanto en la versión corporativa como en la versión clasista, el movimiento obrero ha pasado a una marginación de sus intereses específicos en el ámbito político. A la deriva, sin articulaciones significativas (…) *los sindicatos defienden a duras penas espacios en el ámbito de la negociación colectiva*, sabiendo que sin vinculaciones con la política, esos espacios son frecuentemente ineficaces. Por lo cual, el movimiento obrero (…) podría quizás recuperar algún grado de influencia en la definición de los objetivos de algunos partidos políticos, los cuales, a su vez, podrían encontrar en el actor sindical, a un aliado que pudiera contribuir con sus votos pero también con sus ideas a *la democratización del proceso de toma de decisiones* en el modelo de desarrollo de la transnacionalización del mercado interno"[76].

5. La coordinación entre los agentes sociales

La *coordinación entre los agentes sociales* constituye un ***quinto desafío***, que corresponde al ***ejercicio de la negociación colectiva***.

Así, debiera facilitarse la *coordinación entre los sindicatos y las organizaciones empresariales* para la fijación de remuneraciones y el establecimiento de las condicio-

---

/... sindical: se busca que la organización sea una central "de los trabajadores", que constituya "un referente real de los trabajadores y del pueblo", un "interlocutor social" frente a las autoridades y quienes participan de la vida política del país; se pretende que se entienda que se trata de "una organización pública y no una organización clandestina" –pero ésta carece de recursos económicos para una más amplia difusión de sus fines e intereses mediante avisos pagados en los medios de comunicación–; se plantea el uso del "diálogo" y la "apertura de nuevos espacios"–*v. gr.*, dialogar también con los gobiernos regionales–; a largo plazo y en conjunto con todas las fuerzas sociales se considera la "refundación" del Perú –"el país requiere cambios profundos para erradicar la corrupción"– mientras que en el corto plazo se procura la "recuperación de derechos perdidos" o la "ampliación de derechos reducidos".

75) Hoy por hoy, puede evocarse curiosamente un hecho notorio previo a la reforma laboral peruana de los años 1991 y siguientes: "Es una constante el que detrás de todo sindicato poderoso hay un partido político, una realidad que no se puede negar ni soslayar (…) No parece necesario a estas alturas, por consiguiente, gastar tinta en el debate sobre la necesidad, la conveniencia, la validez ética de la relación partido-sindicato. Hay una situación de hecho tan poderosa que agota la polémica, una sola e incontrastable verdad: **Quiérase o no, sindicato y partido político siempre se buscan. Y generalmente se encuentran**" (PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Los sindicatos en el Perú*. En: *Los sindicatos en Iberoamérica*. Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis, Lima, Aele, 1988, pp. 287-288 (énfasis del mismo autor citado).

76) ZAPATA, Francisco, *op. cit.*, p. 23 (letras cursivas nuestras). Ya en 1993, el propio ZAPATA había adelantado al respecto que "el problema de fondo (…) es el de la articulación con partidos que deben mediar las demandas específicas de los trabajadores sindicalizados y convertirlas en conquistas generales para todos los trabajadores, estén o no organizados en sindicatos" (ZAPATA, Francisco, *¿Crisis del sindicalismo en América Latina?*, en revista "Economía & Trabajo", año I, Nº 2, julio – diciembre 1993, p. 17.

nes de trabajo[77]. *Tal coordinación influye decididamente sobre el funcionamiento del mercado de trabajo y el rendimiento macroeconómico*[78]. Conforme demuestra un reciente estudio del Banco Mundial, una *negociación colectiva coordinada* conduce a mejores resultados económicos respecto a negociaciones "semicoordinadas", y éstas, a su vez, mejores respecto a negociaciones "descoordinadas": en los países donde existe una negociación colectiva "altamente coordinada", el desempleo tiende a ser menor y menos persistente, la desigualdad salarial es también menor y las huelgas son pocas y de corta duración[79]. Específicamente, la coordinación entre empleadores tiende a producir menor desempleo; al tiempo que la "atomización" sindical y la existencia de diversas confederaciones tienden a propiciar desempleo e inflación[80]. En definitiva, "la coordinación entre los agentes sociales puede promover un mejor clima para la inversión y a la vez fomentar un distribución más equitativa de la producción"[81].

La *coordinación entre los agentes sociales* incide sobre el *nivel de la negociación* colectiva[82]. Entonces, los gobiernos, los empleadores y los trabajadores pueden recurrir a la *negociación colectiva coordinada* (o mejor, "centralizada"), "a nivel nacional", para "asegurarse" frente a las perturbaciones que puedan ocasionar los mercados internacionales. "De hecho, aquellos países que están más expuestos a riesgos externos (tales como la apertura al comercio internacional) tienden a tener una estructura salarial más comprimida, sistemas de negociación colectiva más centralizados y un salario mínimo relativamente más alto"[83].

6. Prestación de nuevos servicios

A saber, "la crisis que atraviesa el Estado del bienestar y las dificultades que conocen los sindicatos para mantener sus afiliados o para atraer nuevos miembros han suscitado un nuevo interés por los servicios sociales que los sindicatos pueden brindar a sus miembros… para un número creciente de empleados y técnicos, la acción colectiva que preconizan los sindicatos aparece menos atractiva que las posibilidades de éxito profesional individual. Si el sindicato no les ofrece bastante, estas categorías de trabajadores no tendrán suficiente motivación para mantener su afiliación"[84].

---

77) "Collective bargaining is potentially a powerful means to facilitate *bargaining coordination*; that is, the extent of coordination between unions and employers´ organizations in wage setting and other aspects of industrial relations (for example, working conditions, holidays and leave provisions and so on)". AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS, *op. cit.*, p. 11.
78) *Loc. cit.*
79) *Ibid*., p. 12.
80) *Loc. cit.*
81) Mamphela Ramphele (Directora Gerente para el Desarrollo Humano, Banco Mundial), en el prólogo del libro: AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS, *cit.*, p. viii.
82) *Ibid*., p. 11.
83) *Banco Mundial Press Release Nº : 2003/211/S*.
84) SPYROPOULOS, Georges, *loc. cit.*

Así, pues, además de las funciones de representación, de reivindicación y participación y del ejercicio de la negociación colectiva, el sindicato realiza distintas ***actividades laterales***, vinculadas con la formación profesional, el quehacer cultural, la salud, la rehabilitación y protección de minusválidos, obras sociales de distinta clase e incluso actividades comerciales, industriales y financieras[85]. También brindan información sobre el mercado de trabajo y las posibilidades de colocación.

Sin embargo, *los sindicatos no deben perder de vista sus funciones esenciales*; "no deben evidentemente dedicar demasiada energía a unas actividades en las que tendrán que competir cada vez más con otras entidades, olvidando su verdadera razón de ser"[86]. En definitiva, se debe "mantener intacto el objetivo primordial, verdadera razón de ser del sindicalismo: la defensa de los intereses de los trabajadores, un objetivo que no puede ser subordinado a ningún otro"[87].

Tal circunstancia instituye un ***sexto desafío***.

III. CONCLUSIÓN

El movimiento sindical es un elemento indispensable para el equilibrio social y para la sociedad en su conjunto, constituye también un "factor de cambio"[88].

Sin perjuicio de ambas consideraciones y para encarar con éxito la globalización de la economía, los sindicatos[89] debieran adecuarse a los "nuevos tiempos", esto es, enfrentar los ***desafíos*** consecuentes y "cambiar" ellos mismos: modificar sus funciones y la forma como tradicionalmente las han venido desempeñando –la representación de los intereses profesionales, las acciones reivindicativa y participativa y el ejercicio de la negociación colectiva.

Ello no obstante, dados "los nuevos mecanismos de mundialización de la economía, no es extraño que los sindicatos no hayan podido todavía adaptarse plenamente a la nueva situación. La defensa de los derechos de los trabajadores exigirá, sin duda, que el movimiento sindical reflexione y fortalezca su organización a nivel internacional"[90].

---

85) ERMIDA URIARTE, Óscar, *loc. cit.*

86) OIT, *op. cit.*, p. 34.

87) SPYROPOULOS, Georges, *op. cit.*, p. 100.

88) CROZIER, Michel, *op. cit.*, p. 174.

89) También las empresas y los gobiernos, por cuanto concierne a las funciones que les son propias. Por lo común, se pide todo o mucho a las organizaciones sindicales y poco o nada a los empresarios y gobiernos. No se toma en cuenta que tanto los sindicatos como los empresarios y gobiernos están involucrados en el proceso de globalización y su impacto y que, por eso mismo, todos deben "adecuarse" a las nuevas circunstancias. Como anota SPYROPOULOS: "Si hay crisis del sindicalismo, es porque las instituciones del trabajo en su conjunto –la empresa, los sistemas de producción, el Estado del bienestar, etc.– están también en crisis" (SPYROPOULOS, Georges, *op. cit.*, p. 82).

90) *Ibid.*, p. 95.

Visto el tema ***en perspectiva*** y aunque las instituciones sociales afirmadas sobre principios asociativos tardan para transformarse, "la hipótesis más verosímil es que también los sindicatos evolucionarán"[91].

En verdad, "el secreto de la permanencia del sindicalismo es precisamente el haberse siempre adaptado con éxito a la evolución de las sociedades"[92].

A propósito de la evolución futura de la acción sindical transnacional e internacional y a pesar de las dificultades actuales, "las perspectivas son potencialmente buenas en razón del trabajo paciente y eficaz realizado por los sindicatos internacionales durante los últimos años"[93]. No debe excluirse "la creación progresiva de un sistema jurídico transnacional de relaciones laborales que impondría a las empresas multinacionales el respeto de ciertas normas mínimas"[94].

De todos modos y frente a una realidad tan desfavorable a su desarrollo, "el sindicalismo debe mantener firme su objetivo de defensa de los intereses de los trabajadores (…), para salvaguardar el valor del trabajo humano. Lo importante es que tengan conciencia de que esa defensa es fundamental para asegurar un auténtico desarrollo humano (no sólo económico), en cuanto aquél constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la Tierra y es la clave de la cuestión social (…). Ese objetivo sólo podrán lograrlo en cuanto consideren que esa defensa (que, más aún, debe ser una efectiva promoción de la justicia social) debe realizarse a través de medios adecuados a la actual situación de cambio acelerado. Muchos de los instrumentos que se utilizaron en el pasado, y que dieron excelentes frutos, hoy quizá no sirvan frente a la modificación de las circunstancias que requieren otras técnicas de protección, a fin de asegurarle al hombre actual la posibilidad real (no sólo en el discurso) de alcanzar un pleno desarrollo de su existencia en su total integridad"[95].

Lima, setiembre del 2004

---

91) OIT, *op. cit.*, p. 55.

92) SPYROPOULOS, Georges, *op. cit.*, p. 102.

93) *Ibid*., p. 99. Este autor agrega: "Los progresos significativos realizados durante la construcción europea –incluso la dimensión social de ella, a pesar de las debilidades bien conocidas de los acuerdos realizados en Maasricht en diciembre de 1991– son un ejemplo de esta aceleración del proceso de transnacionalización. El espectacular derrumbe de los regímenes marxistas-leninistas en la ex Unión Soviética y los países de Europa oriental es otro ejemplo del potencial de recomposición y de reorientación, a medio plazo, del movimiento sindical internacional" (*ibid*., pp. 99-100).

94) *Ibid*., p. 100.

95) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Sindicatos y movimiento obrero. Asociacionismo empresarial*. En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Coordinadores: Néstor de Buen Lozano, Emilio Morgado Valenzuela, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, pp. 167-168.

"DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO Y EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON LOS ESTADOS UNIDOS"

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS[1]
LILIANA TSUBOYAMA SHIOHAMA[2]

Sumario:

Introducción. I. Aspectos laborales del TLC con los Estados Unidos de América. El respeto a derechos laborales mínimos por los Estados partes. 1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva 2. Eliminacion de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. 3. La abolición efectiva del trabajo infantil 4. La eliminacion de la discriminacion en materia de empleo y de ocupacion II. A manera de conclusion

INTRODUCCIÓN

Un tratado de libre comercio (TLC) es un contrato de carácter vinculante entre dos o más países, o entre un país y un bloque de países, cuyo objeto es eliminar obstáculos al intercambio comercial, consolidar el acceso a bienes y servicios y favorecer la captación de inversión privada[1].

Con el fin de profundizar la integración de las economías, el TLC incorpora, además de temas comerciales, aspectos económicos, institucionales, de propiedad intelec-

---

(*) Abogado Pontificia Universidad Católica del Perú.
(**) Graduada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima (1998)

1) Definición adaptada de http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php.

tual, laborales y medio ambientales, entre otros. De otro lado, para resguardar a los sectores más sensibles de la economía, el TLC apunta al fortalecimiento de las capacidades institucionales de los países que lo negocian y establece foros y mecanismos para dirimir controversias comerciales.

Según lo entiende el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR), el TLC ofrece la posibilidad de vender nuestros productos a un mercado con un poder de compra 180 veces mayor que el peruano (ofrecemos un mercado de sólo 26 millones de habitantes con un ingreso promedio de dos mil dólares anuales y ganamos un mercado de 285 millones con un ingreso de 35 mil dólares), así como la de incrementar la estabilidad de nuestros indicadores macroeconómicos al vincularnos más estrechamente con las tendencias de la economía más grande y estable del mundo[2].

Lo anterior produciría una mejora en la productividad de nuestras empresas al facilitarse la adquisición oportuna de tecnologías más modernas a menores precios, pudiendo inclusive participar en compras públicas del gobierno de los Estados Unidos[3].

Adicionalmente, y en lo que a este trabajo interesa, el acuerdo significaría un avance respecto a la globalización con un rostro más humano, ya que se exige el cumplimiento de ciertos estándares laborales mínimos, buscando que las diferencias en materia laboral entre las distintas legislaciones involucradas no propicie el dumping social[4].

Asimismo, un TLC debe significar mejor calidad de vida para las personas a través de múltiples vías: el acceso del consumidor a productos más baratos y de mayor calidad y variedad, la expansión de la oferta de empleo, el incremento de los salarios reales en el sector exportador y la disminución de las tasas de interés en el mediano plazo debido al menor riesgo país.

Por otro lado, es innegable que la integración comercial constituye uno de los factores que más inciden en la decisión de los inversionistas norteamericanos, europeos o asiáticos de asentarse en un país. En efecto, un inversionista extranjero preferirá invertir en un país que se encuentre comercialmente integrado, por cuando ello será un indicio de seguridad jurídica y de apertura comercial que le permitirá expandir los resultados de sus inversiones a otros ámbitos del orbe.

En consecuencia, consideramos que las múltiples ventajas que significaría para nuestro país la celebración de un TLC con EEUU, justifican la decisión gubernamental de su negociación.

---

2) Véase http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php
3) Para un mayor detalle véase http://www.sice.oas.org/TPD/ChiUS_s.asp
4) El dumping social se entiende como el intento de basar la competitividad internacional en el abaratamiento del componente laboral a través de la falta de respeto a los derechos fundamentales en el trabajo.

I. ASPECTOS LABORALES DEL TLC CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. EL RESPETO A DERECHOS LABORALES MÍNIMOS POR LOS ESTADOS PARTES.

El TLC no es ajeno a aquellos derechos laborales de carácter fundamental, por lo que, sin entrar a un detalle de los mismos, al menos se advierte una preocupación por asegurar el cumplimiento de ciertos derechos mínimos (núcleo duro o *hard core*) laborales a fin de que las diferencias en materia laboral entre las distintas legislaciones involucradas no propicie el dumping social y, desde una perspectiva más teleológica, se respete la dignidad laboral de los ciudadanos de los Estados Parte que se ven inmersos en dicho circuito comercial.

Teniendo en consideración los tratados de libre comercio suscritos previamente por EE.UU. y Canadá con países latinoamericanos, podemos advertir que aquellos estándares mínimos que los Estados Parte se comprometen a respetar y hacer cumplir, en materia laboral, son los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo adoptada en 1998[5] (en adelante "La Declaración de la OIT"), los mismos que enumeramos a continuación y cuyo estudio será el eje central del presente ensayo:

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.

1. La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva

Aspectos preliminares

Como lo señala la doctrina laboralista[6], y cuya acepción creemos ha sido recogida al plasmar este derecho en la Declaración de la OIT, el derecho fundamental a la libertad sindical o Derecho Sindical[7] se compone de (i) la sindicación, entendida como el aspecto organizativo, material o estático de la libertad sindical; (ii) la negociación colectiva (derecho a negociar colectivamente) y, (iii) la huelga (derecho de los conflictos laborales), estos dos últimos derechos entendidos como el elemento causal o dinámico

5) Para un mayor detalle de los mismos, nos remitimos a: http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.INDEXPAGE?var_language = SP
6) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú. Organización Internacional del Trabajo. 1999.
7) PALOMEQUE, Manuel C., Derecho Sindical Español, ed. Tecnos, Madrid, 1986. Pág., 18.

de la libertad sindical, que se traduce en la actuación del sujeto colectivo dirigida a obtener la promoción y tutela de los intereses económicos del trabajador.

Respecto al derecho a la sindicación, a nivel internacional, la Declaración de la OIT tiene sus antecedentes en los Convenios 87 y 98.

El artículo 2° del Convenio 87[8], relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, señala que,

"Los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola obligación de observar los estatutos de las mismas"[9].

Asimismo, no podemos dejar de mencionar al Convenio 98[10] de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y la negociación colectiva, el cual señala una serie de garantías que deben brindarse a los trabajadores para que ejerzan sin coacción alguna su libertad de afiliación. Por ejemplo, el artículo 1 del citado Convenio estipula que,

> "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo..."

Finalmente, el Convenio Colectivo 154[11] entiende a la expresión "negociación colectiva" como aquélla que comprende,

> "(...) todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:
> a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
> b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
> c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez."

Situación en América Latina

La tradición continental (romano germánica) ha hecho que en América Latina exista una clara similitud en los sistemas jurídicos que conforman las relaciones labora-

---

8) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 13281 del 15 de diciembre de 1959.
9) Esta disposición de la OIT recoge lo que en doctrina se conoce como el doble aspecto de la libertad sindical, es decir, por un lado, el referido a la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales (libertad sindical individual positiva) y por otro lado la facultad de las personas de afiliarse a este tipo de organizaciones. (libertad sindical individual negativa).
10) Ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa 14712 del 18 de noviembre de 1963.
11) Convenio no ratificado por el Perú.

les, un conjunto de disposiciones encaminadas a regular en detalle las relaciones colectivas, situación que, a juicio de algunos, se inspira en una desconfianza estatal hacia los sindicatos y negociación colectiva[12]. Adicionalmente, en palabras de Vega-Ruiz, pese a algunas reformas en la normatividad laboral en América Latina, aún se mantiene el espíritu intervencionista del Estado en las relaciones laborales evidenciándose ello en disposiciones de algunos países que fijan muchos requisitos burocráticos para la constitución y funcionamiento de organizaciones de trabajadores o las que sujetan la huelga a un procedimiento complicado[13].

Entre los rasgos más relevantes de la regulación de los principios de libertad sindical en nuestra región en la actualidad[14], podemos resaltar los siguientes:

- El primer rasgo es el reducido campo de aplicación de la norma, que no refleja la actual composición del mercado de trabajo y que abarca un número limitado de trabajadores.

En efecto, como lo señala la OIT sin entrar en los códigos y leyes que aún excluyen a determinados grupos de trabajadores asalariados (el sector agrícola en Bolivia y Honduras o algunas de las provincias canadienses y estados de EEUU, el sector público, los aprendices o los trabajadores en formación en Perú, los trabajadores domésticos, entre otros), existe un importante contingente de trabajadores de los que la ley no se ocupa. Así, el sector informal, y el operario independiente -que son según las cifras el número mayor de los integrantes de la Población Económicamente Activa (PEA) regional- no están cubiertos en la mayor parte de los países por la ley laboral, y en tal sentido carecen de un derecho real a ejercer la libertad de asociación, en particular por las dificultades normativas para ejercer el derecho a la negociación colectiva.

- En segundo lugar, tenemos una unicidad sindical en la práctica[15], ya que en muchos países de la región si bien la norma reconoce la negociación y la libertad sindical a todos lo niveles, su desarrollo se regula en detalle en torno a la empresa. Es más, inclusive en torno al nivel de empresa podemos advertir que existen requisitos de funcionamiento que han sido criticados por la OIT por ser limitativos

---

12) BRONSTEIN, A. Elementos para un diagnóstico de las relaciones de trabajo en Centroamérica. San José. http://www.oit.or.cr/oit/papers/estudio2.shtml. En dicho documento de trabajo, el autor señala que "(...) *Los códigos laborales centroamericanos, como en el resto de América latina, responden a influencias ideológicas, que son comunes en algunos aspectos y muy diferentes en otros. Un rasgo común ha sido la mezcla de paternalismo-autoritarismo del Estado, el que se refleja en códigos enciclopédicos que contienen un voluminoso conjunto de disposiciones jurídicas encaminadas a proteger al trabajador individual. Al propio tiempo, un no menos voluminoso conjunto de disposiciones, atinentes a las relaciones colectivas, parece estar inspirado por el temor del Estado hacia los cuerpos intermedios de la sociedad y más en particular, por la desconfianza hacia los sindicatos y la negociación colectiva. (...)*".

13) VEGA-RUIZ, María Luz. Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina. El desarrollo práctico de un principio fundamental. OIT. Documento de Información. Marzo de 2003. pp.22 y siguientes.

14) Véase OIT. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral, p. 17 y ss.

15) De forma más reducida, pero también característica, se mantiene aún en algunos países la tendencia a la unicidad sindical por ley, aunque la propia dinámica del movimiento sindical y la crisis a la que se enfrenta está empezando a modificar cualquier tendencia al monopolio.

del derecho a la libertad sindical. Por ejemplo, la necesidad de un número mínimo de trabajadores para constituir sindicatos de empresa, situado en torno a 20 (aunque llega a 40 en Panamá, y se reduce a 12 en Costa Rica), implica una nueva reducción del campo de aplicación. En Haití la ley obliga a la aprobación gubernamental para constituir un sindicato de más de 20 trabajadores.

- Un tercer rasgo es la existencia de contratos "no laborales" como en el caso de Perú (contratos de formación, aprendizaje, cooperativas de trabajo asociado), Ecuador (contrato por horas), Costa Rica en los bananeros temporales y en ciertos períodos estacionales, y Argentina (aprendizaje y el recurso a contratos de servicios de carácter civil), situación que redunda en la restricción del campo de aplicación de la norma.
- Otro rasgo característico sería la insuficiente regulación del fuero sindical y de la protección de los dirigentes, lo que genera no sólo múltiples comentarios de los órganos de control de la OIT, sino situaciones de cierta indefensión interna. En efecto, los actos de discriminación antisindical han constituido en los últimos cinco años el mayor porcentaje de tipos de quejas examinadas por el Comité de Libertad Sindical.

En resumen, citando textualmente a la OIT, *"si bien se observa una tendencia a la conformidad con las normas internacionales en las diferentes leyes nacionales, al menos en América Latina parece existir todavía una cierta "pesadez jurídica", nacida del antiguo intervencionismo estatal en las formas de organización de la sociedad civil y de una tradición detallista de las legislaciones que no se adapta plenamente a la nueva composición del mercado laboral, a su dinámica y a sus cambios radicales".*[16]

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Si bien el TLCAN, firmado entre Estados Unidos, Canadá y México en diciembre de 1992 y vigente a partir de enero de 1994, regula los aspectos determinantes en la eliminación generalizada y progresiva de las barreras al comercio y la inversión en tales países, dicho tratado también incorpora aspectos no comerciales. En efecto, el TLCAN resulta ser el primer acuerdo simple de libre comercio que va acompañado de dos acuerdos no comerciales, vale decir, uno laboral y otro ambiental, los cuales buscan que el incremento en el comercio regional no produzca un deterioro de las condiciones y derechos laborales y ambientales de los países firmantes.

El Acuerdo Laboral de América del Norte (ACLAN), firmado el 13 de setiembre de 1993, acuerdo complementario al TLCAN en temas laborales, tiene por objeto princi-

16) Véase OIT, Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral, p.18

palmente propiciar el mejoramiento de las condiciones laborales y garantizar el cumplimiento de las leyes laborales de los Estados Parte.

Algunos de los lineamientos que guían la operación del ACLAN son: (i) el reconocimiento del derecho de cada parte contratante de establecer y modificar sus legislaciones, con el límite del respeto de los derechos laborales reconocidos a nivel mundial; (ii) el establecimiento de un mecanismo de consulta y cooperación para asegurar que los objetivos del ACLAN se cumplan y se garantice la existencia de disposiciones y estrategias gubernamentales que promuevan la aplicación efectiva de la legislación laboral de cada país, la existencia y acceso de los particulares a los tribunales del trabajo, así como las debidas garantías procesales; (iii) el establecimiento de mecanismos para la recepción de quejas respecto al incumplimiento reiterado de la legislación laboral por alguna de las partes, cuando dichas quejas se refieran a trabajo vinculado a actividades de comercio exterior.

En lo que al derecho a la libertad sindical atañe, el ACLAN,[17] lo reconoce expresamente, enfatizando inclusive su triple acepción:

- Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse.
- Derecho a la negociación colectiva.
- Derecho de huelga.

Tratado de Libre Comercio Chile-EE.UU.

En el TLC suscrito entre Chile y EE.UU. se estableció que las Partes reafirmaban sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT, entre los cuales se advierte, como hemos citado anteriormente, el respeto a la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Ambos países, reconocen el derecho de establecer sus propias normas laborales internas y, consecuentemente, de adoptar o modificar su legislación laboral, siempre y cuando lo realicen en concordancia con los derechos laborales establecidos en los tratados internacionales de los cuales forman parte y, específicamente las obligaciones establecidas en la Declaración de la OIT. En otras palabras, cada parte podrá establecer, adoptar y modificar su legislación laboral, en la medida que se procure garantizar la plena vigencia, en este caso, del respeto a la libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva.

---

17) A manera de ilustración es interesante precisar que el ACLAN no se limita a reconocer los Principios y Derechos Fundamentales de la Declaración de OIT de 1998, sino que también abarca los siguientes principios:
(i) Condiciones mínimas de trabajo.
(ii) Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales.
(iii) Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales.
(iv) Protección de los trabajadores migratorios.

Adicionalmente, en el TLC Chile – EE.UU. se estableció un mecanismo de cooperación laboral bilateral, mediante el cual se pretende desarrollar y perfeccionar las normas laborales y progresar aún más en los compromisos comunes. Sobre el particular, las Partes se obligan a promover la comprensión, el respeto y la efectiva implementación de los principios que refleja la Declaración de la OIT.

Tratado de Libre Comercio EE.UU. – Centroamérica (TLC EE.UU. – CA)

En este acuerdo comercial las partes declararon que procurarían asegurar que sus legislaciones protejan los principios y derechos laborales internacionalmente recogidos en la Declaración de la OIT y además establecidos en el artículo 16.8 del mismo, entre los que se incluye el de libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva.

Para cumplir ese objetivo se estableció un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades para proveer oportunidades de mejoramiento de las normas laborales y promoción del avance en los compromisos comunes en esta materia.

Sin embargo, es criticable que el TLC EE.UU - CA no exija que la legislación laboral interna de los países cumpla con las normas internacionales básicas, limitándose solamente a establecer disposiciones exhortatorias donde se recomienda a las Partes que procuren asegurar dicho cumplimiento y que no "promuevan el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna". Las Partes que violen estas disposiciones no enfrentarán consecuencias significativas dado que el acuerdo no contempla la posibilidad de multas o sanciones ante tales violaciones[18].

Ello ha provocado que, pese a la celebración del TLC EE.UU- -CA, actualmente la legislación laboral interna de algunos países miembros no cumpla con los estándares internacionales, a pesar de las recomendaciones efectuadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR). Un claro ejemplo de ello, es que en diciembre de 2003, Human Rights Watch informó que la legislación salvadoreña que regula el derecho a la libertad de asociación no protege adecuadamente dicho derecho[19].

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda pendiente

Nuestro país ha suscrito todas las declaraciones de derechos humanos de ámbito mundial y regional que reconocen la libertad sindical, habiendo ratificado además el Convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación (1948)[20], el

18) Véase http://hrw.org/spanish/informes/2004/cafta90days/2.htm
19) Véase http://hrw.org/spanish/informes/2004/cafta90days/2.htm.
20) Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 13281 de 2 de marzo de 1960.

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (1949)[21] y el Convenio 151 sobre relaciones de trabajo en la administración pública (1978)[22].

A nivel constitucional, se reconoce los derechos de asociación, sindicación, negociación colectiva y huelga[23], imponiendo al Estado la obligación de garantizar la libertad sindical, fomentar la negociación colectiva y regular el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Se excluye del ejercicio de dichos derechos a miembros de Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, funcionarios del Estado con poder de decisión o los que desempeñan cargos de confianza y dirección, así como jueces y fiscales[24].

A nivel legislativo se ha consagrado como delito contra la libertad individual la vulneración de la libertad de asociación. El Código Penal establece pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a integrar o no un sindicato (artículo 168º).

Adicionalmente, el derecho de asociación, la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores de las empresas privadas y estatales y de algunos organismos públicos cuyas leyes reguladoras así lo prevén, se rigen por el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – LRCT (02.07.92). El Decreto Supremo 011-92-TR (15.10.92) reglamenta la LRCT.

La LRCT fue objeto de 16 observaciones por parte del Comité de Libertad Sindical de la OIT siendo modificada recién en el año 2003 con el propósito de levantar las mismas. Es así que mediante Ley N° 27912 se efectúan cambios a la LRCT logrando levantar 12 de las 16 observaciones[25].

Si bien en el aspecto legislativo el levantamiento de casi la totalidad de observaciones de la LRCT evidenció una preocupación por el legislador de propender a un sistema democrático de relaciones laborales[26], sin embargo, para arribar plenamente a ese objetivo y con miras a la celebración de un TLC con EE.UU., el cual exigirá la plena vigencia, tanto teórica como práctica, de la libertad sindical, consideramos que ade-

---

21) Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 14712 de 13 de marzo de 1964.

22) Ratificado mediante la 17° Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

23) Artículos 2 inciso 13 y 28, respectivamente.

24) Artículo 49.

25) Queda pendiente de subsanar, entre otras, las observaciones relativas a la lista de servicios esenciales, ya que si bien se ha suprimido una expresión genérica que se prestaba para lecturas restrictivas, la relación sigue siendo demasiado amplia. Asimismo, se encuentra pendiente de levantar la observación relativa a las modalidades atípicas de huelga, prohibidas por la Legislación peruana y admitidas por la OIT siempre que sean pacíficas, y la observación relacionada con la facultad que la LRCT otorga a la Autoridad del Trabajo para establecer un servicio mínimo en caso de divergencia entre las partes.

26) En el terreno laboral, un sistema democrático de relaciones laborales tiene como implicancia a la presencia decisiva de la autonomía colectiva, a través de la cual los representantes de la clase trabajadora y la patronal regulan sus intereses contrapuestos. En este modelo, el Estado, en consonancia con el mandato constitucional adquiere un rol de garante de la libertad sindical y de fomento de la negociación colectiva. Para una mayor explicación del tema véase: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N°3.Año 2003.

más el Estado debe promover el diálogo o concertación social entre los sujetos colectivos, entiéndase organizaciones sindicales y organizaciones de empleadores, situación que eventualmente podría alcanzarse mediante la consolidación del Consejo Nacional de Trabajo[27]. En otras palabras, se deberá buscar lo que en Italia se conoce como el "Garantismo Colectivo" lo cual consiste en la fijación de normas que establecen derechos mínimos, siendo mejoradas por los sujetos colectivos adaptándolas a sus condiciones particulares, debiendo el Estado cumplir un rol de garantizar el diálogo acercando a las partes y hacer cumplir los acuerdos que tomen los sujetos colectivos, a través del fortalecimiento de los servicios inspectivos a cargo de la Administración de Trabajo, es decir, que exista una real preocupación por potenciar presupuestariamente a la Administración Laboral a fin de incrementar y mejorar sus cuadros inspectivos.

2. Eliminacion de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio

Aspectos preliminares.

Libertad de trabajo

El principio que subyace detrás de la proscripción del trabajo forzoso es el de libertad de trabajo, que "*consiste en el derecho de toda persona a decidir si trabaja o no, en qué actividad y para quién.*"[28] En consecuencia, consiste en el derecho de toda persona a no ser coaccionado a trabajar y, si trabaja, a no elegir a su empleador y la actividad a desempeñar.

La libertad de trabajo está consagrada en los artículos 2º inciso 15 y 59º de la Constitución de 1993[29].

Si bien es cierto la propia Constitución de 1993 impone también en su artículo 22º el deber de trabajar, ello no colisiona con la libertad de trabajo, pues se entiende al deber de trabajar como una obligación principista que, como señala Montoya Melgar, *"lejos de pretender imponer una actividad laboral coactiva, se dirige a proscribir programáticamente la ociosidad improductiva y el parasitismo social."*[30]

---

27) Conforme al artículo 13° de la Ley 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, modificado por la Ley N° 28318 de 5 de agosto de 2004, "*El Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo está integrado por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo quien lo presidirá y por representantes de los trabajadores, de los empleadores, incluidos representantes de la pequeña y microempresa, y de las organizaciones sociales representativas vinculadas a los sectores del Ministerio. Tiene por objeto la discusión y concertación de políticas en materia de trabajo, de promoción del empleo y de protección social en función del desarrollo nacional y regional. Asimismo, será de su competencia la regulación de las remuneraciones mínimas vitales.*".

28) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. 1era. edición. ARA Editores. Lima, 1997. p.27

29) Constitución Política del Perú de 1993. *Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (…)*
15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

30) MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo. 16ta. Edición. Editorial Tecnos S.A.. Madrid, 1995, p.35.

Cabe distinguir en este punto que no obstante que en la mayoría de situaciones el trabajador "se ve obligado" por necesidades económicas a poner a disposición de un tercero sus servicios y para ello se somete voluntariamente al contrato de trabajo, ello no desvirtúa el principio de la libertad de trabajo, el cual se circunscribe al aspecto jurídico de prestar el consentimiento para la prestación de servicios a un tercero. Por tal motivo, la constatación práctica de estos hechos es la esencia de la especialidad del Derecho del Trabajo, la cual parte de reconocer la desigualdad económica entre las partes que conforman la relación laboral y por ende el otorgamiento de una protección especial al trabajador.

De otro lado, tal como veremos en el punto siguiente, existe determinados casos en los cuales se permite que la ley obligue a los ciudadanos la prestación de determinados servicios, supuestos no considerados como infractores del principio de la libertad de trabajo.

Definición de trabajo forzoso

Como cuestión previa debemos señalar que un tema íntimamente ligado al trabajo forzoso es aquél referido al trabajo infantil, aspecto que será íntegramente abordado en el Punto 2.3 de la presente ponencia.

El Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo de 1930, Convenio sobre el Trabajo Forzoso, fue ratificado por el Perú el 1º de febrero de 1960. El artículo 2 de este Convenio define al trabajo forzoso u obligatorio como *"todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente."*

Sin embargo, el Convenio 29 excluye de su aplicación:

"a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;

b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;

d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias, epizootías violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;

e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos."

Se entiende entonces que estas exclusiones obedecen a que este instrumento internacional ha considerado que existe ciertos principios de orden social que se encuentran por encima del derecho a la libre elección del empleo, objeto de protección por el Convenio 29.

Con el devenir del tiempo la OIT consideró necesario precisar la definición de trabajo forzoso u obligatorio, en vista de fenómenos que venían ocurriendo en diversos países, tales como personas condenadas a realizar trabajos forzosos por motivos políticos o raciales.

Así, el 17 de enero de 1959 entró en vigor el Convenio 105 sobre Abolición del Trabajo Forzoso, ratificado por el Estado Peruano el 6 de diciembre de 1960. Mediante este instrumento internacional los Estados firmantes se comprometen:

"a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a) Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b) *Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c) Como medida de disciplina en el trabajo; d) Como castigo por haber participado en huelgas; e) Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa."*

De acuerdo a estos convenios, el Estado firmante está obligado a reprimir tanto el trabajo forzoso que se configure por la acción de sus propias instancias como por particulares.

Situación en América Latina

La práctica constitucional latinoamericana en general prohíbe el trabajo forzoso en sus jurisdicciones. No obstante ello, conforme lo señala la OIT, *"los países no han encaminado muchos esfuerzos para determinar su efectiva existencia"*[31]. En efecto, la OIT ha verificado la existencia de casos que atentan contra esta prohibición en Brasil, Perú, Haití, República Dominicana, Bolivia, Guatemala, Belice y Jamaica.

La nota común en dichos países es que, si bien es cierto existe una protección normativa contra el trabajo forzoso, en la práctica existe casos de violación a este

31) Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional de la OIT para América Latina y El Caribe. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la dimensión laboral.

principio que, debido a otras prioridades en las políticas gubernamentales, no se le ha dado la importancia requerida. Ello se explica porque la fiscalización del trabajo forzoso, que muchas veces se manifiesta en lugares alejados o que no son objeto de denuncias por los agraviados, tiende a ser una medida costosa para un Estado en vías de desarrollo, que tiene que movilizar significativos recursos para realizar una eficiente labor inspectiva y, de ser el caso, sancionadora.

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

El TLCAN, el TLC Chile-EEUU, y el TLC EE.UU. – CA, reconocen la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda Pendiente

El artículo 2 inciso 15 de la Constitución de 1993 reconoce el derecho de toda persona a trabajar libremente, con sujeción a la ley. Asimismo, el inciso 24 del referido artículo garantiza la libertad y la seguridad personales, prohibiendo la esclavitud, la servidumbre y trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

En concordancia con lo anterior, el artículo 23 del texto constitucional señala que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, y el artículo 59 señala que el Estado garantiza la libertad de trabajo.

Además el Perú es parte de diversos tratados de derechos humanos que prohíben el trabajo forzoso, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XIV) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 6.1).

A nivel de la OIT, ha ratificado el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso (1930) y el Convenio 105 sobre la abolición del trabajo forzoso (1957).

Asimismo, ha ratificado el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, que establece la obligación de disponer leyes que prohíban y sancionen la imposición de servicios personales obligatorios, remunerados o no, a los miembros de los pueblos indígenas, salvo los casos previstos por ley para todos los ciudadanos.

A nivel infraconstitucional se ha consagrado como delito contra la libertad individual la vulneración de la libertad de trabajo. El Código Penal establece pena privativa de libertad no mayor de dos años al que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución (artículo 168°).

En cuanto a los supuestos aceptados de "trabajo forzoso u obligatorio", tenemos en el Perú el caso del servicio militar (Ley 27178 del 29.09.99), las obligaciones cívicas en períodos de elecciones (Ley 26859 del 01.10.97).

Los órganos de control de la OIT han formulado cuatro observaciones relacionadas con la aplicación del Convenio 29. Dos de ellas se refieren a la regulación norma-

tiva del trabajo penitenciario y las otras dos se vinculan a la existencia de prácticas de trabajo forzoso en ciertas regiones del país. Como consecuencia de dichas observaciones, el gobierno peruano modificó el Decreto Legislativo 654, Código de Ejecución Penal (02.08.91), por la que se establece el carácter voluntario del trabajo que realicen los internos procesados.

Sin embargo, aún queda pendiente la eliminación del trabajo forzoso en determinados lugares del país, que afecta a sectores de la población ubicados en zonas de difícil acceso por parte de las autoridades inspectivas de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Las personas afectadas incluyen niños (ver punto 2.3) y miembros de poblaciones indígenas.

En el ámbito urbano, aún existen rezagos de trabajo forzoso en el servicio doméstico, donde muchas adolescentes y mujeres generalmente provenientes de zonas rurales, son obligadas a desempeñarse como trabajadores del hogar en condiciones muchas veces infrahumanas.

Por lo expuesto, consideramos que una de las tareas principales pendientes en la agenda del Estado Peruano es el reforzamiento de los servicios inspectivos de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dotándole de todos los recursos técnicos y materiales para poder eliminar paulatinamente los casos de trabajo forzoso que aún existen en el país, así como crear consciencia en la población sobre la importancia de su proscripción.

3. La abolición efectiva del trabajo infantil

Aspectos Preliminares

Desde los inicios del desarrollo de la humanidad existe testimonios de la participación de los niños en las tareas productivas de la familia y la sociedad, tales como las evidencias documentales de niños empleados como mano de obra en Babilonia y en el antiguo Egipto, trabajando estos últimos en galerías subterráneas o en minas[32]. Incluso en nuestro país las historias narradas por los cronistas españoles sobre el imperio incaico señalan que todos los miembros de una familia debían contribuir al mantenimiento del ayllu.

Para la OIT una definición amplia de trabajo infantil comprendería toda actividad económica prestada por un niño, ya sea en forma independiente, incluyendo el trabajo familiar no remunerado y las tareas domésticas cumplidas en el hogar familiar, cuando son a tiempo completo o indistinguibles de las labores productivas, quedando excluidas las labores educativo-formativas y lúdicas. En la acepción restringida, la OIT excluye del trabajo infantil las tareas domésticas.

---

32) FERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Francisco y María del C. Campos. Aspectos Jurídicos- Laborales de la explotación infantil en el Trabajo. En: Gaceta Laboral , Vol. 3. 1997.Venezuela. p.78

Situación en América Latina

Tal y como lo señala la propia OIT en su informe "Un futuro sin trabajo infantil[33]", se estima que en América Latina y el Caribe existen al menos 17,4 millones de menores trabajadores, lo que implica que uno de cada cinco niños de la región participa en actividades laborales. Las referidas estimaciones sugieren que el 50% del trabajo infantil se concentra en comunidades campesinas, y el 50% en el sector informal.

En esta misma línea, Neves[34] afirma que la OIT calcula que sólo en el tramo de 10 a 14 años trabajan 7,613,198.00 niños en la definición restringida[35], mientras que esa cifra se incrementaría en un 20 a 25% con la definición ampliada. Por ejemplo[36], en Ecuador trabajan alrededor de 500 mil menores entre los 5 y 14 años, en Colombia se estima que más de 700 mil niños/as entre 10 y 14 años, en Argentina, para el año 2002 se calculaba que los niños trabajadores eran aproximadamente 252,000.00.

Neves añade que las condiciones de trabajo en general, especialmente en lo referido a la duración de las jornadas y al monto de las remuneraciones, son muy malas. Con frecuencia, además, se encuentran por debajo de los pisos fijados por el ordenamiento internacional y los nacionales. Las consecuencias del desempeño de la actividad son, por ello, particularmente negativas para la seguridad y la salud de los niños y los adolescentes. Sin duda que tales efectos llegan a niveles inadmisibles en el rubro que la OIT ha denominado las peores formas de trabajo infantil.

La incidencia del trabajo infantil sobre la educación también es extraordinariamente preocupante. Casi siempre el trabajo infantil comienza cuando todavía no se han concluido los estudios escolares obligatorios, por lo que suele superponerse con ellos. Tal interferencia lleva al atraso, cuando no a la deserción escolar. Según el informe de la Organización No Gubernamental peruana especializada en el trabajo infantil, Centro de Estudios Sociales y Publicaciones (CESIP), citado por Neves[37], el 70% de los niños que trabaja sufre atrasos. Y produce una consecuencia nefasta en el largo plazo: una calificación deficiente que arrastrará una mala inserción futura en el mercado de trabajo. Nuevamente en referencia al mencionado informe, Neves señala que por cada dos años menos de educación, se perderán 20% de los ingresos mensuales en la adultez.

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

El Principio de la abolición efectiva del trabajo infantil se encuentra recogido tanto en el TLCAN, el TLC Chile – EE.UU. y en el TLC EE.UU. – CA. referidos anteriormente.

---

33) Puede consultarse el citado informe en http://www.ilo.org/public/spanish/support/publ/books.htm.
34) NEVES MUJICA, Javier. El trabajo infantil en las acciones de interés publico. En: Ius et Veritas. Revista editada por estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 24. Año 2002.
35) La definición restringida de la OIT de trabajo infantil excluye las tareas domésticas.
36) Fuente: OIT. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral.
37) NEVES MUJICA, El Trabajo Infantil. op. cit.

El TLCAN por su parte, y el ACLAN propiamente, reconocen como un principio fundamental al establecimiento de restricciones sobre el trabajo de menores.

En el TLC Chile-EEUU advertimos que ambos países se comprometen a adoptar o modificar su normatividad interna en concordancia con tratados internacionales de los cuales forman parte a fin de garantizar la abolición del trabajo infantil.

En lo que al TLC EE.UU. – CA se refiere, el ya citado artículo 16.8 (disposiciones laborales) tiene como derecho internacionalmente reconocido, cuyo reconocimiento y cumplimiento deberán asegurar los Estados Parte a la fijación de una edad mínima para el empleo de niños y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda Pendiente[38].

La Constitución de 1993[39] establece que la comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. Asimismo, señala que el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria del Estado, debiendo proteger especialmente al menor de edad.

A nivel internacional, el Perú ha suscrito todas las declaraciones de derechos humanos de ámbito mundial y regional que reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, espiritual, moral o social. Ha ratificado la Convención Sobre los Derechos del Niño[40] (1990), el Convenio 138[41] sobre edad mínima de admisión al empleo

---

38) Para un mayor detalle véase: PERU: PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO. NORMATIVA Y SITUACION. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Lima. En: http://www.mintra.gob.pe/contenidos/destacados/doc_tlc.pdf

39) Ver artículo 23 de nuestro texto constitucional.

40) Convención sobre Derechos del Niño, *Articulo 32°.- 1. «Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social».*
2. «Los Estados partes adoptarán medidas legislativas y administrativas, sociales y educacionales para asegurar la aplicación de este artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados parte, en particular:
a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar
b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; y
c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación eficaz de este artículo"

41) El Convenio Internacional de Trabajo 138; se caracteriza por no estar referido a un único sector de la actividad económica sino a todos y se plantea como objetivo la abolición efectiva del trabajo de los niños y la elevación progresiva de la edad mínima de admisión en el trabajo. Este propósito no se había explicitado antes en el ordenamiento internacional laboral. Antes de estos convenios internacionales sólo se habían acentuado las exigencias, pero no se había trazado una finalidad de erradicación.
Según este Convenio Internacional del Trabajo, la edad mínima no puede ser inferior a aquélla en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, 15 años. Sin embargo, los países en desarrollo pueden fijar dicha edad en 14 años. La edad aumenta a 18 años si se trata de realizar labores peligrosas para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores (pero puede bajar a 16, si ello no ocurre) y disminuye a 13 (ó 12 para países en desarrollo) para el desempeño de trabajos ligeros, si éstos no son susceptibles de perjudicar la salud o el desarrollo, ni impedir la asistencia a la escuela o el aprovechamiento de la enseñanza.

(1973) y el Convenio 182[42] sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999)[43].

A nivel legislativo, la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes (07.08.2000), establece que el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica, y se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo. Señala también que el trabajo del adolescente será protegido siempre que no importe una explotación económica, no importe riesgo o peligro en la salud o desenvolvimiento físico, mental y no afecte el proceso educativo.

Este mismo Código establece la edad mínima para el empleo de 14 años y excepcionalmente la de 12 años de edad cuando la referida labor no ponga en peligro su salud, su integridad física o moral. Esta disposición es concordante con las excepciones establecidas en el Convenio 138 de la OIT. La legislación también establece sanciones penales entre 3 y 10 años para quienes incurran en explotación sexual, que configuran una de las peores formas de trabajo infantil establecidas en el Convenio 182.

Adicionalmente, a nivel sectorial, cabe destacar la creación del Comité Directivo de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil, mediante Resolución Suprema N°018-2003-TR[44], el mismo que se conforma por entidades del Poder Ejecutivo, representantes de empleadores, trabajadores, sociedad civil y organismos de Cooperación Internacional. Las funciones del referido Comité son, entre otras, elaborar el "Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil", proporcionar directrices para la realización de actividades dirigidas a la eliminación del trabajo infantil en el país, asesorar en la selección de áreas prioritarias para el desarrollo de actividades y apoyo del Programa Internacional de Erradicación del Trabajo Infantil, dar seguimiento periódico a las actividades del Programa Internacional de Erradicación de Trabajo Infantil en el país así como velar por el cumplimiento de los objetivos y metas establecidas por los programas de la OIT en el área de trabajo infantil, y otras funciones que resulten pertinentes para

---

42) El Convenio Internacional del Trabajo 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, comparte el objetivo abolicionista del anterior y se propone prohibir y eliminar el trabajo en ciertos rubros de todos los menores de 18 años de edad, como lo son: la esclavitud o servidumbre o trabajos forzosos; la prostitución o la pornografía; las actividades ilícitas, en particular las vinculadas a los estupefacientes; y el trabajo que puede dañar la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. El convenio impone el establecimiento de mecanismos de vigilancia y la adopción de programas de acción.

43) El Perú ha ratificado, adicionalmente a los antes señalados, otros tratados en materia de trabajo infantil, pero éstos son más específicos, y son los siguientes:
(i) Convenio Relativo a la Edad de Admisión de los Niños al Trabajo Agrícola.
(ii) Convenio por el que se fijo la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo.
(iii) Convenio por el que se fija la Edad de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales.
(iv) Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en la Industria.
(v) Convenio Relativo al Examen Médico de Aptitud para el Empleo de los Menores en Trabajos No Industriales.
(vi) Convenio Relativo a la Limitación del Trabajo Nocturno de los Menores en Trabajos No Industriales.
(vii) Convenio Relativo a la Edad Mínima de Admisión al Trabajo de los Pescadores.

44) Debemos indicar que, mediante Resolución Ministerial N° 128-94-TR de 3 de setiembre de 1994, el Ministerio de Trabajo aprobó la Directiva sobre Autorización de Trabajo del Adolescente, Directiva N° 007-94-DNRT.

contribuir a la prevención y erradicación del trabajo infantil, de conformidad con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Peruano[45].

Las cifras[46] que se manejan respecto del trabajo de niños y adolescentes en el Perú, varían entre 1'020,925,000, detectado por la Encuesta de Hogares llevada a cabo por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el cuarto trimestre de 1995 y 1'934,432 que figura en el primer trimestre de 1996. Por su parte en la Encuesta Nacional de Hogares 2001, se determinó que 1'987,165 de niños y adolescentes trabajan.

Los menores que trabajan son en su mayoría de sexo masculino (59%), realidad que crece a medida que se avanza de la niñez ((53.3%) a la adolescencia (57% entre los 12 y los 14 años de edad, y 61.5% entre los 15 y los 17).

En cuanto a las actividades en que principalmente se ocupan, éstas son agropecuarias (40%), servicio doméstico (14%), comercio al por menor (7%) e industria manufacturera (7%), según el Censo de 1993. El trabajo familiar no remunerado aparece como la modalidad más frecuente, especialmente entre los niños más pequeños. El trabajo doméstico de los menores entre 6 y 17 años de edad, es ejecutado casi exclusivamente por mujeres (89.3%).

En lo que al sector formal se refiere, en el año 2003 el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo otorgó 1,464 autorizaciones para el trabajo de adolescentes. De dicho universo, son los adolescentes entre los 16 y 17 años quienes concentraron el mayor número de autorizaciones de trabajo (1,120), representando el 76.50% del total. De manera poco significativa los adolescentes que se encuentran en el rango de edad representan sólo el 6.65%. El número de adolescentes que trabajaron y continuaron estudiando sumaron 745, porcentualmente el 50.89% del total. De dicho total, los varones son 589 frente a 156 mujeres, mientras que la proporción de adolescentes varones y mujeres que no continúan estudiando es equiparado entre 378 y 341, respectivamente[47].

Hay labores que realizan los niños en nuestro país, que por la peligrosidad que generan para su integridad física, su seguridad y moralidad, figuran entre las denominadas por la OIT como peores formas del trabajo infantil. Ellas son las que se llevan a cabo en lavaderos de oro, ladrilleras, camales, construcción, metalurgia, procesamiento de la hoja de coca, pirotecnia, basura y minería o como picapedreros.

---

45) En concordancia con lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, implementó la Dirección de Protección al Menor y Seguridad y Salud en el Trabajo, la misma que se dedica exclusivamente a los temas relativos a la protección de los derechos de los niños y adolescentes trabajadores, así como los referidos a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Son funciones de la referida Dirección, entre otras, la autorización del trabajo de adolescentes, elaboración de campañas sobre la materia, coordinación y promoción de la protección de los derechos de los menores, participación en las diversas comisiones y campañas que corresponden al sector, en general, realizar una labor de prevención y fiscalización del trabajo infantil.

46) Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI): www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/lib0175/indice.htm

47) Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Memoria presentada por el Gobierno Peruano a la OIT sobre las medidas adoptadas para dar efectividad a las disposiciones del Convenio N° 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo. Setiembre 2004.

Esta lista es complementada por el documento del CESIP que identifica como ocupaciones de alto riesgo: los lavaderos de oro de Madre de Dios, donde se estima que un 20% de los mineros tiene entre 11 y 18 años de edad; los niños topos de Arequipa, que serían alrededor de 100; las ladrilleras artesanales localizadas en Huachipa, en las que laboran unos mil niños; unos 200 se desempeñan como carretilleros en los mercados mayoristas de Lima; cerca de 50 son picapedreros en la zona de Carabayllo; en la extracción de larvas de langostino; en talleres pirotécnicos; en la minería artesanal de oro en Ayacucho y Arequipa; en las cosechas de arroz y café en la selva alta; en la recolección y selección de basura; como peladores de mariscos en los terminales pesqueros; cargando bultos en los mercados; en la venta callejera nocturna; y otros[48].

Adicionalmente, es importante precisar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha reportado como casos de trabajo forzoso relacionados con la explotación de niños en nuestro país al (i) trabajo sin remuneración en empresas peladoras de castañas en Puerto Maldonado, (ii) trabajadores de minas y lavaderos de oro de Madre de Dios y (iii) empleo forzoso en las comunidades indígenas de Atalaya.

Si bien nuestra normatividad interna busca contribuir a la erradicación progresiva del trabajo infantil, apreciamos que en la práctica la situación es distinta, ya que debido al escaso margen de acción de los servicios inspectivos laborales, lo cual muchas veces es inevitable por el escaso potencial presupuestario con que cuenta la Administración de Trabajo, existe una proliferación de trabajo infantil, siendo lo más preocupante la existencia de peores formas del mismo.

Con miras a la celebración de un TLC con EE.UU, en el cual la abolición efectiva del trabajo infantil es uno de los principios fundamentales que deberá respetar nuestro Estado, consideramos que se deberá buscar una solución progresiva de erradicación, teniendo en cuenta el entorno del subdesarrollo en el cual nuestro país se encuentra, además de una participación intensa de la fiscalización de los órganos laborales, para lo cual, será indispensable un mayor interés del Estado en dotar de herramientas suficientes a los mismos.

En suma, no se trata simplemente de legislar contra el trabajo infantil sino sobretodo crear las condiciones sociales que nos dirijan hacia su erradicación, ya que, teniendo en cuenta nuestro entorno socio-cultural actual, muchas veces el trabajo infantil es visto como una necesidad.

---

48) NEVES MUJICA, El Trabajo Infantil. op. cit.

4. La eliminacion de la discriminacion en materia de empleo y de ocupacion

Aspectos preliminares

De conformidad con la OIT, *"la discriminación en el empleo y en la ocupación supone una diferenciación de trato de las personas por razón de su raza, color o sexo, entre otros motivos, independientemente de cuáles sean sus aptitudes o de los requisitos del trabajo que deban desempeñar."*[49] Ello restringe a las personas de su derecho a ser seleccionadas para un empleo o de recibir una remuneración en función a sus capacidades, objetivamente consideradas.

El Convenio 111 de la OIT establece que el término "discriminación" comprende (Artículo 1.1):

"a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y con otros organismo apropiados."

El referido Convenio no considera discriminación a *"las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado."*

Las clásicas manifestaciones de la discriminación son el racismo, las desigualdades de género y por edad, sin embargo también se producen casos de discriminación de personas con discapacidad o portadores del VIH / SIDA. Dado que la discriminación proviene de elementos subjetivos, de idiosincrasias, aspectos culturales, sociales y políticos, su contenido varía de sociedad en sociedad y de tiempo en tiempo.

El principio que subyace detrás de la prohibición de la discriminación es el de igualdad ante la ley, es decir, que todos somos iguales ante la ley. Ahora bien, debemos distinguir el principio de "igualdad ante la ley" del de "igualdad de trato". El principio de igualdad ante la ley *"vincula al Estado en el ejercicio de cada una de sus funciones primordiales: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional."*[50] En cambio, el principio de igualdad de trato obliga a las personas privadas, entre los que se encuentra el empleador.

---

49) Organización Internacional del Trabajo. Informe del Director General: "La Hora de la Igualdad en el Trabajo". Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 91ª. Reunión 2003. Oficina Internacional del Trabajo.

50) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. op.cit. p.115.

La discriminación puede ser de dos clases: directa o indirecta. La discriminación directa es la más evidente y se produce cuando *"un empleador trata a un trabajador menos favorablemente que a otro debido a su raza, religión, sexo o cualquier otro motivo prohibido."*[51] De otro lado, la discriminación indirecta se produce *"cuando unas disposiciones y prácticas de carácter aparentemente imparcial redundan en perjuicio de gran número de integrantes de un colectivo determinado, independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate."*[52] Por ejemplo, si en una determinada colectividad una empresa exige a los postulantes de puestos de trabajo contar previamente con un título de post grado, aunque el perfil del puesto no lo requiera, sabiendo que en dicha colectividad es difícil que determinado grupo racial cumpla dicho requisito.

La discriminación en materia laboral puede producirse en el acceso al empleo o durante la relación laboral misma.

Situación en América Latina

En la generalidad de países de la Región existe una consagración constitucional del principio de igualdad ante la ley. Además algunos países han dictado normas especiales en materia de discriminación por género (acoso sexual, trabajadora gestante), así como VIH / SIDA o discapacidad.

Según la OIT, a nivel regional, *"los grupos sociales mayormente afectados por la discriminación en el mercado del trabajo son: (i) las mujeres (…); (ii) los pueblos indígenas y la población afro – latinoamericana (…); (iii) las personas con discapacidades; y (iv) más recientemente, los/as trabajadores/as afectados por el VIH/SIDA."*[53]

Su reconocimiento en otros Tratados de Libre Comercio en la Región

El Tratado de Libre Comercio Chile-EEUU y el TLCAN expresamente recogen la prohibición de la discriminación en el empleo. Sin embargo, en el caso del TLC EE-UU. - CA, si bien es cierto que este tratado las partes tuvieron como objetivo en materia laboral procurar y asegurar el cumplimiento y reconocimiento de los principios y derechos laborales internacionalmente reconocidos en la Declaración de la OIT de 1998, el mismo ha sido duramente criticado por no haber recogido expresamente el principio de la eliminación de la discriminación laboral, como sí lo hizo con los demás principios de la Declaración de 1998[54]. Las partes que infrinjan este principio no se verán expuestas a sanciones o multas, por no estar ello así previsto en el tratado.

---

51) BALTA, José. "El Impacto Adverso". En: Themis N°34,1996. p.117
52) Organización Internacional del Trabajo. La Hora de la Igualdad en el Trabajo. Informe del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo 91a. Reunión 2003. Ginebra. p.21
53) Organización Internacional del Trabajo. Acuerdos de Integración Regional en las Américas: la Dimensión Laboral.
54) Véase http://hrw.org/spanish/informes/2004/cafta90days/2.htm.

Situación en nuestro ordenamiento. Agenda Pendiente

La Constitución de 1993 consagra el principio de igualdad ante la ley, prohibiendo la discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (artículo 2 inciso 2). De otro lado, en el artículo 26º inciso 1 recoge el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, complementado por el segundo párrafo del artículo 23º que señala que ninguna relación laboral pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Ahora bien, a diferencia del texto constitucional de 1979, que se refería a la "igualdad de trato", la redacción actual recoge el concepto de "igualdad de oportunidades". Este concepto no se queda en la verificación de la igualdad formal en una situación similar para un colectivo general, sino que pretende proteger la existencia de una igualdad sustancial, es decir, verificar que dentro de dicho colectivo *"los diversos grupos tienen las mismas oportunidades para disfrutar de los beneficios o no."*[55] Se trata de dar un trato desigual a los desiguales. De esta manera, el concepto de igualdad de oportunidades supone la preexistencia del de igualdad de trato.

El Perú ha suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos que recogen el principio de igualdad ante la ley: artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, también es parte de tratados de derechos humanos que prohíben la discriminación, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2.2), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 3).

En el ámbito de la OIT, ha ratificado el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación (1958), el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidad familiares (1981) y el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (1983).

A nivel infraconstitucional se ha sancionado penalmente a quienes infringen la prohibición de discriminación. La Ley Nº27270, Ley contra actos de discriminación (29.05.2000), incorpora al Código Penal la prohibición de discriminación y prevé la sanción de prestación de servicios a la comunidad para los infractores (artículo 323°).

---

55) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. op.cit. p.119.1) Fuente: Convenio MTPE-INEI, Encuesta Nacional de Hogares, III Trimestre 1996-2001.

Asimismo se han dictado diversas leyes que protegen aspectos puntuales del principio de igualdad de oportunidades:

a) Ley 26772 (17.04.97), que establece que las ofertas de empleo y el acceso a centros de formación educativa no pueden contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato. En materia de discriminación en el acceso al empleo, la sanción aplicable a la infracción de esta ley está constituida por una multa aplicada por la Autoridad Administrativa de Trabajo o el cierre temporal del establecimiento.
   Tenemos que entendido que, desde la vigencia de este dispositivo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ha recibido nueve denuncias, tres de las cuales han dado lugar a la imposición de multas. Sin embargo, consideramos que este problema aún persiste, pues sólo basta dar una mirada a las ofertas de empleo que se publican en los diarios para verificar que muchos de ellos podrían resultar discriminatorios.
b) La Ley 27050 (06.01.99), Ley General de la Persona con Discapacidad. Establece que la persona con discapacidad tiene derecho a gozar de todos los beneficios y derechos que establece la legislación laboral.
   Asimismo, prohíbe la discriminación de la persona con discapacidad, siendo nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.
   Obliga al Estado a contratar personas con discapacidad que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al tres por ciento (3%) de la totalidad de su personal.
   En materia tributaria, se otorga el beneficio de deducción de gastos sobre el importe total de remuneraciones para las entidades públicas o privadas que empleen personas con discapacidad.
c) Ley 26626 (20.06.96), de lucha contra el VIH/SIDA/ETS, establece que la enfermedad no será impedimento para que el trabajador siga laborando mientras se encuentre apto para cumplir sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA.
d) Ley 27942 (27.02.2003) sanciona el acoso sexual en los centros de trabajo públicos y privados.
e) El Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de la Productividad y Competitividad Laboral, considera nulos los despidos por motivos discriminatorios (discriminación por participación en actividades sindicales o de representación de los trabajadores, por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma, por embarazo).
f) El Decreto Supremo Nº 002-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Formación y Promoción de Empleo (27.03.97), fomenta la participación de jóvenes de

sectores que podrían ser objeto de discriminación, estableciendo que el límite de jóvenes de formación laboral juvenil admitido para una empresa (10% del total de trabajadores de la empresa), puede ser duplicado si se contrata a jóvenes con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales, así como jóvenes mujeres con responsabilidades familiares.

Los órganos de control de la OIT no han formulado ninguna observación al Estado Peruano respecto al respeto del principio de no discriminación. Sin embargo, a nuestro entender, existe casos de discriminación que sería necesario se constituyan en el objetivo de los servicios inspectivos de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Como señalamos anteriormente, persisten ofertas de empleo claramente discriminatorias, que exigen a los postulantes determinada edad o provenir de determinado centro de formación universitaria.

De otro lado, un típico caso de discriminación que existe en el país, es el de discriminación por edad. Debido a la reducción de personal operada en muchas empresas a nivel nacional en los últimos años, muchas personas mayores quedaron desempleadas, atravesando muchas dificultades para encontrar un nuevo empleo formal, por lo que en la mayoría de los casos se ven obligadas a dedicarse a actividades informales.

Consideramos que, corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo contar con un equipo de trabajo inspectivo lo suficientemente preparado a nivel técnico y material, para hacer frente a las eventuales denuncias que se presenten en esta materia, especialmente por la dificultad existente cuando se trata de casos de discriminación indirecta. Asimismo, la política del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo debe prever una partida de recursos especiales para difundir y realizar campañas contra la discriminación, conjuntamente con otros estamentos del Estado que aborden este problema desde otros sectores.

Todo ello es importante porque una sociedad sin discriminación promueve la justicia social y el bienestar general.

II. A MANERA DE CONCLUSION

Al elaborar la presente ponencia, hemos podido advertir que, en materia laboral, nuestro Estado ingresa con buen pie a las negociaciones del TLC con EEUU, ya que su normatividad recoge de una u otra manera los Principios y Derechos de la Declaración de la OIT de 1998. Si bien es innegable que existe muchos aspectos por mejorar, entre otros el lograr progresivamente que la normatividad llegue a sectores informales de nuestra economía, los cuales son en realidad mayoritarios, es positiva la existencia de una preocupación por el Estado en hacer más eficaz la aplicación de su normatividad laboral. En efecto, si bien puede existir descontento de algunos sectores con la mayor o

menor protección de los derechos laborales que reconoce nuestro ordenamiento, es importante tener presente que al menos tenemos un ordenamiento protector y que en muchos casos es acorde con el derecho comparado. Lo importante ahora es cumplirlo y, en el caso del Estado, educar a la población para lograr su realización práctica e incentivar su respeto, y, de ser el caso, sancionar su transgresión.

Esto último se podrá lograr no solamente con la potenciación de los servicios inspectivos laborales, sino también con el aporte de todos nosotros hacia un objetivo común, la revalorización de la dignidad del ser humano.

TEMA III:

FUTURO DE LAS PENSIONES EN EL PERÚ: SISTEMA PRIVADO Y SISTEMA PÚBLICO

Ponencias oficiales

César Gonzáles Hunt

Orlando Gonzáles Nieves

Ponencias libres:

César Abanto Revilla

Alfredo Chienda Quiroz / Dorila Valverde Lozano

Alfonso de los Heros Pérez Albela

Leopoldo Gamarra Vilchez

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?

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT[*]

"El plan de Seguridad Social está planteado como parte de un programa general de la política social. Es sólo una parte de un ataque contra cinco males gigantescos: contra la Indigencia física, sobre la que está directamente interesado, contra la Enfermedad que frecuentemente causa la indigencia y que conlleva muchas otras perturbaciones, contra la Ignorancia que ninguna democracia puede permitir entre sus ciudadanos, contra la Miseria y el hacinamiento, que básicamente surgen de la caótica distribución de la industria y de la población, y contra la Ociosidad que destruye la riqueza y corrompe a los hombres, ya estén o no bien alimentados, cuando están ociosos."

William Beveridge. Seguridad Social y Servicios Afines, 1942.

Sumario :

Introducción. I. La Seguridad Social y una de sus prestaciones económicas más relevantes: la pensión. II. El marco normativo de la Seguridad Social en pensiones y otras modalidades de aseguramiento social: 1. La situación del Sistema Previsional al momento de creación del Sistema Privado de Pensiones. 2. El Sistema Privado de Pensiones. III. Hacia el futuro del Sistema de Pensiones en el Perú: 1. Planteamiento. 2. Primer Escenario: Carácter alternativo de los sistemas de pensiones. 3. Segundo Escenario: Coexistencia y complementariedad de ambos sistemas. La pensión mínima en el Sistema Público y la pensión complementaria en el Sistema Privado. 4. Tercer Escenario: El cierre del Sistema Público y la afiliación exclusiva al Sistema Privado de Pensiones con garantía de pensión mínima.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

INTRODUCCION

A comienzos del siglo XXI resulta por demás evidente el estado de crisis que atraviesa el Sistema de Seguridad Social en Pensiones en el Perú, particularmente el Sistema Público. Factores de contenido económico y demográfico, así como el desempleo y la informalidad, han sido determinantes para ello. Adicionalmente, los defectos e incoherencias propias del Sistema Público, tal como ha sido implementado y desarrollado, al igual que su deficiente manejo administrativo e indebida utilización de sus fondos han coadyuvado a ello.

Tal apreciación se ve corroborada en los hechos por la aparición de dos fenómenos concurrentes incubados a lo largo de los últimos años: (i) el geométrico incremento de las obligaciones derivadas de las prestaciones pensionarias, que cada vez se sustentan menos en las aportaciones al régimen y más en la Caja Fiscal[1]; y (ii) la continua y sostenida disminución de las aportaciones de sus cotizantes.

Lo primero se explica por una disminución de los índices de natalidad[2] y una mayor esperanza de vida[3] que han generado el incremento del gasto en pensiones y servicios de salud de este colectivo. Lo segundo tiene directa relación con la aparición en la última década de un sistema de pensiones alternativo, el privado; el desempleo; la sustitución del empleo tradicional por otras formas de empleo más precarias y eventuales; y, la jubilación adelantada.

En este contexto resulta evidente que un sistema de pensiones como el público, ha de encontrarse en una situación sumamente precaria, toda vez que éste se sustenta en una fórmula de reparto basada en la solidaridad intergeneracional, por la cual los trabajadores activos afiliados al sistema sostienen con sus aportaciones las pensiones de los jubilados, con la esperanza que las generaciones venideras sustenten a su vez sus futuras pensiones.

De otro lado, a inicios de la década pasada, como consecuencia del deterioro sostenido del Sistema Público se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro en pensiones. Luego de un intento fallido de reforma del sistema

---

1) Para poder pagar una pensión durante todo el tiempo que ésta debe otorgarse, el Estado asume el 58% del capital necesario en el régimen del Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley Nº 19990) y el 85% en el régimen del Decreto Ley Nº 20530. Durante el año 2003, el Estado financia el 72% de las pensiones del Sistema Nacional de Pensiones y el 98% de las pensiones del Decreto Ley Nº 20530 (Fuente: MEF, ONP).

2) La tasa de crecimiento media de la población total en el quinquenio 1950-1955 fue de 2.69%; en los años sucesivos se produce un incremento de la tasa hasta llegar a 2.92% en el quinquenio 1957-1962. Luego, la tasa de crecimiento media de la población disminuye a 2.41% en el quinquenio 1977-1982. Y se espera que entre los años 2002-2007 sea de 1.40%; entre los años 2027-2032 sea de 0,84% y entre los años 2042-2047 sea de 0.50% (Fuente: INEI. Censo de Población. Estimaciones de Población 1950-2050).

3) La esperanza de vida a los 65 años de edad de los varones en el quinquenio 1950–1955 fue de 75.4 años y de las mujeres 76 años; en el quinquenio 1975-1980 fue de 77.1 años y 78.4, respectivamente; entre los años 2000-2005 será de 80 años y 82.1 años, respectivamente; entre los años 2025-2030 será de 81.8 años y 84.9 años, respectivamente; y en el quinquenio 2045-2050 será de 82.7 años y 86.2 años, respectivamente (Fuente: CEPAL – Tablas Resumidas de Población Perú 1950-2050).

previsional[4], se creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, bajo la modalidad de ahorro forzoso en cuentas individuales de capitalización en las que se deposita el aporte mensual del trabajador y la rentabilidad generada por las inversiones producidas por la empresa privada administradora del Fondo constituido (AFP), que servirán para financiar su pensión.

Un balance desapasionado del Sistema Privado en el tiempo transcurrido desde su implementación ha de poner de manifiesto logros destacables, aún cuando éste requiere ciertamente de cambios y mejoras para poder hacerlo óptimo.

Todo lo anteriormente señalado debe conducir a plantear medidas correctoras para revitalizar los Sistemas de Pensiones en su conjunto y la Seguridad Social, pues en definitiva la finalidad del sistema es servir a sus destinatarios. La razón de ser del sistema de pensiones son sus afiliados y beneficiarios y lo que corresponde al Estado es garantizar la subsistencia del sistema y su proyección en el tiempo, asegurando que se encuentre debidamente financiado y con prestaciones suficientes.

En esta perspectiva, resulta de interés analizar tres escenarios posibles que pueden presentarse en una necesaria reforma del sistema de pensiones en el Perú:

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

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

(iii) El cierre del Sistema Público de Pensiones, manteniéndose éste con los pensionistas actuales hasta su extinción y trasladándose los afiliados activos al Sistema Privado de Pensiones, a los cuáles se les tendría que garantizar una pensión mínima.

A fin de analizar debidamente la viabilidad futura de los escenarios propuestos, resulta necesario - como paso previo - conocer cercanamente en que consiste un Sistema de Seguridad Social en Pensiones y el devenir tanto del Sistema Público de Pensiones como del Sistema Privado de Pensiones en nuestro país. A tal cometido nos abocaremos en el presente estudio.

---

4) A través del Decreto Legislativo Nº 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" el 11 de noviembre de 1991. Se plantea al mismo como complementario al Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasa en virtud a un contexto político adverso y a sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la Décima Sexta Disposición Final del Decreto Ley Nº 25897, que crea el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" el 6 de diciembre de 1992, hoy vigente.

I. LA SEGURIDAD SOCIAL Y UNA DE SUS PRESTACIONES ECONÓMICAS MÁS RELEVANTES: LA PENSIÓN

Originalmente, el foco de atención de las incipientes medidas protectoras estaba dirigida a los pobres e impedidos[5]. Posteriormente, se adoptaron decisiones políticas de sistematización y generalización de la acción social benéfica para, finalmente, irrumpir las disposiciones normativas creadoras de los seguros sociales basados no en la caridad que busca proteger a los pobres, sino en la constitución de relaciones jurídicas de aseguramiento que protege a los trabajadores bajo el modelo promovido por el Canciller alemán BISMARK a fines del siglo XIX[6].

Este modelo concibe a los seguros sociales como regímenes obligatorios de carácter nacional e institucionalizados normativa, administrativa y financieramente. La organización de estos seguros es caracterizada como corporativa, de alcances limitados a los aportantes y de responsabilidades administradas en función de las disponibilidades. A este modelo se le considera históricamente como una alternativa política y social ante la protesta laboral, especialmente obrera, y de edificación de un sistema que concilia la iniciativa del capital con las demandas de justicia del ámbito laboral[7].

Coetáneamente a estas primeras disposiciones normativas que reordenaron y perfeccionaron los seguros sociales, desde mediados del siglo XX se plantea un nuevo diseño de Seguridad Social esbozado por el economista inglés William BEVERIDGE que teniendo como objetivo prioritario la redistribución de la riqueza, propone la sustitución del sistema financiero de capitalización por el de reparto que exige aportaciones a un fondo común. Al respecto, "*el plan de Seguridad Social es, en primer lugar y fundamentalmente, un método de redistribuir la renta de forma que se ponga en primer término, las necesidades más urgentes y que se haga el mejor uso posible de todos los recursos que estén disponibles*"[8].

A tal efecto, BEVERIDGE definió a la Seguridad Social como el conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra aquellos riesgos de concreción individual que jamás dejarán de presentarse por óptima que sea la situación de conjunto de la sociedad en que vivan. La Seguridad Social, vale como prevención y

---

5) En un excelente y preciso trabajo, Joaquín APARICIO TOVAR explica que la protección a los pobres originó la dación de leyes especificas para garantizar esta protección. Para acogerse a las denominadas Leyes de Pobres en Inglaterra se requería cumplir ciertos requisitos. En términos gráficos puede decirse que no todos los pobres están en igualdad de condiciones para recibir la ayuda social. Sobre el tema y su vinculación con la Seguridad Social véase APARICIO TOVAR, Joaquín: "La Seguridad Social y la Protección de la Salud", Editorial Civitas, Madrid, 1999, pp. 141 y siguientes.

6) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "Protección Social Privada y Protección Social Pública. Dos Técnicas Convivientes" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, pp. 128 y 130.

7) BERNEDO ALVARADO, Jorge: "Ganancia para algunos y desprotección para todos", Bocetos, Lima, 2000, p.11.

8) BEVERIDGE, William: "Seguridad Social y Servicios Afines". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, p. 286.

remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y ésta es incapaz de evitar en su primera fase de riesgos[9].

En ese orden de ideas, el objeto de protección de la Seguridad Social es el ciudadano ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar. Los riesgos implican acontecimientos de realización incierta que afectan la plenitud de las facultades físicas y mentales de una persona, disminuye sus recursos económicos o determina su desaparición. De otro lado, las contingencias sociales que inciden sobre las facultades físicas y mentales pueden ser la enfermedad, la invalidez, la maternidad, los accidentes de trabajo, la vejez y ciertamente la muerte.

En efecto, como sostienen ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, la Seguridad Social cubre las contingencias y sobre todo se trata de necesidades cambiantes, pues "*cada período histórico tiene un ideal de cobertura al que se aproxima el sistema de cada país, habiendo sido tendencia moderna - cuando menos desde comienzos del siglo XX – la ampliación de los riesgos cubiertos*"[10].

En el mismo sentido, se expresa MONEREO PEREZ: "*Es la seguridad social, la síntesis de múltiples esfuerzos en vistas de corregir las consecuencias de los mecanismos económicos para adoptar los recursos de los individuos y de sus familias a sus necesidades teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes de todo tipo*"[11].

Por ello los instrumentos fundamentales de la Seguridad Social han insistido con firmeza en asuntos tales como el alcance de la cobertura (personal y por contingencia) y el nivel de protección otorgado por el Estado.

Es así como la Seguridad Social surge en 1919 como un concepto fundamental de la protección de los trabajadores y de sus familias y contra determinados riesgos inherentes a su condición social (Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo - OIT).

Para hacer posible que la Seguridad Social proteja al individuo frente a los riesgos y contingencias que se presentan en la vida, ésta cuenta con un patrimonio, integrado por un conjunto de derechos sobre las cotizaciones, rentas, aportaciones estatales, acciones, derechos y bienes, así como los frutos, intereses y productos derivados de éstos y cualesquiera otros ingresos patrimoniales. El patrimonio de la Seguridad Social se constituye como un patrimonio único, distinto del Estado (considerándose sus bienes y derechos como inembargables), el cuál es destinado a los fines específicos de la Seguridad Social[12].

---

9) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis: "Instituciones de Seguridad Social", 17º Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001, p. 19.

10) Ibidem, p. 21.

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

12) ALMANZA PASTOR, José: "Derecho de la Seguridad Social", Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 544 y 546.

Como bien se ha señalado, la Seguridad Social en sus concepciones más modernas, es un componente esencial de un sistema más amplio, el de la protección social integral. En esta visión, sus aspectos institucionales y administrativos deben estar al servicio de un fin mayor, el de bienestar general, y en esa misma medida, ser una columna de los derechos humanos fundamentales. Es por ello que en el más reciente de sus informes mundiales, la OIT adopta esta perspectiva y ubica a la seguridad social dentro del concepto de seguridad del ingreso, del sostenimiento de las familias[13].

Es en esta concepción de protección social integral que las pensiones se insertan como prestaciones económicas periódicas derivadas de las contingencias producidas por la invalidez, la vejez o el fallecimiento. Sin embargo, en el caso del Derecho del Trabajo la construcción de la protección se ha basado en un esquema de inclusión de los trabajadores y con dificultades para quienes no son trabajadores, por lo que dentro de una protección social integral debe buscarse que la protección de la persona se presente cuando es trabajador, cuando es pensionista o cuando se presenten situaciones de inactividad laboral[14].

Al respecto, cabe señalar que la Seguridad Social se manifiesta a través de dos tipos de prestaciones: prestaciones de salud[15] y prestaciones económicas; estas últimas están materializadas – entre otras - a través del pago de las pensiones.

Las pensiones son pagos periódicos e indeterminados que se otorgan a los afiliados a un sistema determinado de protección, cuando se presentan las contingencias que habilitan su abono. Las mismas son otorgadas luego de cumplirse los requisitos que la ley establece, requisitos en cuanto a los periodos de afiliación o de aportación, las cuáles tenderán a variar de acuerdo a su naturaleza: jubilación, cesantía, sobrevivientes (viudez, orfandad y ascendientes), etc.

Respecto a las pensiones se postula una administración centralizada y vinculada a un sistema único de financiamiento que ha de constituir expresión práctica del principio de la unidad, característico de la Seguridad Social.

Desde el punto de vista económico una administración unitaria aliviaría los costos administrativos a entidades pequeñas y débiles que no tendrían que destinar sus escasos recursos a la Administración de, por ejemplo, las pensiones. Esta medida se proyecta sobre los sistemas de Seguridad Social como presupuesto para un mejor otorgamiento de las pensiones y satisfacción de las necesidades de los asegurados.

---

13) OIT, World Labour Report 1999–2000, "Income Security in a Changing World", Geneve, 2000. Citado por BERNEDO ALVARADO, Jorge EN: Ob. Cit., p.11.

14) Precisamente sobre el tema de la protección social y la necesidad de políticas de inclusión y no de exclusión puede revisarse la ponencia de Fernando GARCIA GRANARA: "Los cauces de la protección social en la globalización: Interacción entre los ordenamientos internos y la acción internacional" presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Lima - Perú, en setiembre de 2001. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

15) Para una revisión de la Seguridad Social y sus fundamentos desde la perspectiva de la seguridad social en salud, nos remitimos a APARICIO TOVAR, Joaquín: Ob. Cit., pp. 33 y siguientes.

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

Justamente el sistema de reparto se sustenta en uno de los principios medulares de la Seguridad Social: la solidaridad. Así, las sumas aportadas por los cotizantes al régimen pensionario son destinadas a un Fondo de Pensiones que es utilizado para abonar las pensiones de – entre otros – los incapacitados o jubilados. Como lo plantea MONEREO PEREZ en relación con la reforma ocurrida en España en el año 2002: "*La reforma debe inspirarse en los principios de solidaridad e igualdad, pero junto a una mayor dosis de homogeneidad social (que no implica uniformidad), debe basarse en el trabajo y la seguridad inherente a todo sistema provisor que se tenga por tal*"[16].

De ese modo, "*la ley concibe a la Seguridad Social como una tarea nacional, que impone sacrificios a los jóvenes respecto de los viejos, a los sanos respecto de los enfermos, a los ocupados respecto de los que están sin empleo*"[17].

En buena cuenta, este principio está directamente vinculado con el régimen de financiamiento que lo sustenta y permite cumplir con el rol social que se le atribuye: contribuir con el bienestar de la población. Este es un aspecto medular en la subsistencia del sistema y en su proyección en el tiempo: el equilibrio en su financiamiento que permita otorgar las prestaciones debidas, las que se determinan en función de la habilitación de fuentes de financiamiento y del monto de los recursos que son necesarios para ello. No es posible admitir una Seguridad Social sin financiamiento[18].

La solidaridad busca una transferencia de recursos de los sectores más favorecidos hacia aquellos con menos ingresos, de las contingencias menos onerosas hacia las que generan mayor gasto, de las personas más alejadas del riesgo hacia las más cercanas a éste, por lo que la Seguridad Social procura no sólo ser un mecanismo de protección sino que también crea un proceso que entraña una redistribución de la renta nacional y a través de ello, logra una elevación de la calidad de vida de la población[19].

---

16) MONEREO PEREZ, José Luis. Ob. Cit., p. 50.
17) ALMANZA PASTOR, José: Ob. Cit., p. 121.
18) En el Perú recientes sentencias del Tribunal Constitucional han puesto de relieve la vinculación entre el elemento económico y el régimen previsional dentro de las políticas legislativas. A tal efecto, cabe hacer mención en forma particular al Décimo Cuarto Considerando de la sentencia del 27 de junio de 2003, expedida en el Expediente Nº 002-2003-AI/TC, en una de las acciones de inconstitucionalidad seguidas contra los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la Ley Nº 27617.
19) PASCO COSMOPOLIS, Mario: "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 170.

Como puede apreciarse de lo hasta aquí señalado, un sistema como el Privado de Pensiones, sustentado en un mecanismo de capitalización individual, resulta incompatible con uno basado en la unidad y solidaridad, como es el Público, por lo que cabe apreciar que el Sistema Privado no constituye una manifestación de la Seguridad Social[20]. Simple y sencillamente se trata de un mecanismo de aseguramiento social cuyo basamento no se encuentra en la idea de la redistribución de la riqueza como manifestación de la responsabilidad social del Estado en la que éste tiene una participación medular, como es el caso del Sistema Público de Pensiones.

Respecto al sistema de reparto intergeneracional de las cargas, el Banco Mundial establece que "*este es el sistema formal más común, obligatorio para todos los trabajadores cubiertos en todos los países; la responsabilidad mayor en este caso, es del Gobierno, el cuál ordena, financia, administra y asegura las pensiones públicas. Estos planes ofrecen beneficios definidos que no están vinculados actuarialmente con los aportes, en general se financian con un impuesto sobre la nómina (a veces con un suplemento proveniente de ingresos generales del Gobierno) y funcionan con el principio de efectuar los pagos con ingresos corrientes. Permiten redistribuir el ingreso real, tanto entre generaciones como dentro de una misma generación*"[21].

II. EL MARCO NORMATIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y OTRAS MODALIDADES DE ASEGURAMIENTO SOCIAL

El artículo 10º de la Constitución de 1993 reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley.

Consecuentemente, la normativa constitucional remite a la legislación ordinaria determinar las contingencias sociales que serán materia de protección en el marco garantista que postula respecto a la Seguridad Social. Ciertamente, en el marco de un Estado Social de Derecho como el que consagra la Constitución[22], lo anterior no implica que el Estado puede desentenderse de al menos dos de las prestaciones más relevantes de la Seguridad Social como son la salud y las pensiones.

Es por ello que, el artículo 11º de la Constitución de 1993 garantiza el libre acceso de todos los ciudadanos a las prestaciones de salud y pensiones a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

---

20) En el mismo sentido, PASCO COSMOPOLIS, Mario: Art. Cit., pp. 177-178.

21) "Envejecimiento sin Crisis. Políticas para la Protección de los Ancianos y Promoción del Crecimiento". Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo. Banco Mundial, Washington D.C., octubre de 1994, p. 9.

22) Similar posición expresa TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: "Los Derechos Laborales en las Constituciones de 1979 y 1993" EN: Balance de la Reforma Laboral Peruana, Víctor Ferro Delgado Coordinador, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, pp. 23-25.

Repárese que la regulación constitucional admite, en materia pensionaria, al igual que en la salud, la coexistencia de los Sistemas Público y Privado como formulas alternativas sin establecer preeminencias, tal como ocurre en la actualidad. Así, podemos distinguir un Sistema Público de Pensiones de un Sistema Privado de Pensiones.

El Sistema Público de Pensiones comprende a los regímenes que son administrados por el Estado, como es el caso del Sistema Nacional de Pensiones regido por el Decreto Ley Nº 19990 – administrado por la ONP – y los regímenes especiales de los mineros, metalúrgicos y siderúrgicos, trabajadores de construcción civil, amas de casa, etc.; el régimen que corresponde a los funcionarios públicos regidos por el Decreto Ley Nº 20530, administrado por las entidades en las cuales laboró el funcionario; y, el régimen de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales regido por el Decreto Ley Nº 19846, mediante el cuál se determina el derecho a pensión del personal militar y policial cuyo Fondo Pensionario es administrado por la Caja de Pensiones Militar Policial, a cargo de los Ministerios de Defensa y del Interior.

Del mismo modo, hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 28091 – 20 de octubre de 2003 – los servidores diplomáticos contaban con un régimen especial de pensiones regulado por el Decreto Legislativo Nº 894, que tenía como antecedente a los Decretos Leyes Nº 26117 y Nº 22150.

Los diplomáticos que contaran con 15 años o más de servicios al momento de promulgarse la Ley N°28091, se siguen rigiendo por un régimen especial, es decir bajo el Decreto Legislativo N°894, al igual que sus derechohabientes y actuales pensionistas, en virtud de un reconocimiento legal de derechos adquiridos; pero los diplomáticos con menos de 15 años de servicios se sujetarán a las normas previsionales generales, teniendo la posibilidad de optar por el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) o el Sistema Privado de Pensiones (SPP).

Adicionalmente a estos regímenes, tenemos el privativo de los pescadores que realizan labores artesanales e independientes o dedicados a la pesca de consumo humano creado mediante Decreto Supremo Nº 01 del 22 de enero de 1965 y actualmente administrado por la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (CBSSP).

Cabe resaltar que hoy en día, todos estos regímenes se encuentran en crisis, motivo por el cuál están inmersos en procesos de reforma[23], de tal modo que estos sectores

---

23) Respecto a los pescadores, se han planteado dos posibles escenarios de reforma: el primero de ellos proponía la desactivación de la CBSSP siendo trasladados los pescadores activos a una AFP, mientras que el segundo escenario proponía su reestructuración pero redimensionada y modificada en cuanto a sus funciones actuales. El Comité Multisectorial de Reestructuración de la CBSSP se ha decantado por el segundo escenario.
Por otro lado, respecto al personal militar policial, el Poder Ejecutivo ha constituido un Comité Técnico Multisectorial para elaborar un proyecto de reforma previsional militar policial con la finalidad de plantear medidas para mejorar el sistema, considerando su viabilidad económica, financiera, técnica y legal. Paralelamente a ello, se están planteando la dación de nuevas leyes de reforma al citado régimen de pensiones. Cabe añadir que actualmente se están realizando estudios actuariales con la finalidad de definir su viabilidad financiera. A tal efecto, mediante la Resolución Ministerial Nº 832-2004-DE/MGP.../

laborales vean garantizado su derecho a recibir una pensión que procure elevar su nivel de vida y les permita vivir de una manera acorde con su dignidad.

Respecto al Sistema Privado de Pensiones, si bien el Decreto Legislativo Nº 724 en noviembre de 1991 dispuso la creación del mismo, recién a partir de la promulgación del Decreto Ley Nº 25897 en el mes de diciembre de 1992, las AFP asumirían las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio de los trabajadores estatales o privados (dependientes e independientes) incorporados a este Sistema.

Como adelantáramos, el Sistema Privado de Pensiones, a diferencia del alterno Sistema Nacional de Pensiones que adscribe al sistema de reparto intergeneracional de las cargas, opera bajo la modalidad de cuentas individuales de capitalización en las que se deposita el aporte periódico del trabajador y la rentabilidad generada por las inversiones realizadas por las AFP, que sustentarán el pago de sus pensiones.

Por otro lado, es necesario mencionar que existen otros instrumentos legales que consagran a la Seguridad Social como un derecho, estableciendo a la vez la protección del mismo, tal como ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio Nº 102 de la Organización Internacional del Trabajo (relativo a la norma mínima de la seguridad social)[24].

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, consagra a la Seguridad Social como un derecho fundamental, de ese modo en su artículo 22° expresa que "*toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*".

En el mismo sentido, se expresa en su artículo 25°, al establecer que "*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure así como a su familia, la salud y el bienestar; tiene asimismo el derecho a seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia (...).*"

De otro lado, el Convenio 102° de la OIT, también protege en sus disposiciones a la Seguridad Social como derecho universal; señala a qué personas deberá protegerse (arts. 9°, 15°, 21°, 27° y 33°), la cuantía de las prestaciones (art. 22°) y los modos de financiamiento

---

/... (publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" el 29 de julio de 2004) se aprueba la contratación de un estudio matemático actuarial para respaldar las propuestas de sistema previsional de las Fuerzas Armadas que se vienen elaborando por parte del Sector Defensa.

En cuanto al régimen de los diplomáticos, la mayor dificultad que presenta el traspaso del personal con menos de 15 años de servicios al SPP es que no se les puede conceder Bono de Reconocimiento, dado que uno de los requisitos para su otorgamiento es haber estado aportando al SNP al momento del traspaso. La solución a este problema sería la emisión de una ley que autorice su otorgamiento a éste colectivo.

24) Adoptado en junio de 1952, aprobado por Resolución Legislativa Nº 13284 del 15 de diciembre de 1959 y ratificado el 23 de agosto de 1961.

para los riesgos de enfermedades, desocupación, vejez, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, muerte, invalidez y cargas familiares.

Como quiera que la adopción de las disposiciones internacionales establecidas en los Convenios o Tratados resultan vinculantes para el Estado que las ratifica, debe buscar armonizarse su contenido con la normativa nacional, sin dejarse de lado la coyuntura económica, política y social del país.

Ahora bien, a efectos de analizar el devenir del Sistema Privado de Pensiones y sus implicancias hacia el futuro, consideramos necesario establecer previamente el panorama de la situación del sistema pensionario en el país al momento de la creación del Sistema Privado, que explican en buena cuenta las razones de su introducción en nuestro Sistema de Pensiones.

1.- La situación del Sistema Previsional al momento de creación del Sistema Privado de Pensiones

Antes del ingreso del Sistema Privado, el sistema de Seguridad Social en general era administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS); en el área de salud existía una convivencia entre el sector social y privado, el aseguramiento de los trabajadores dependientes al IPSS era obligatorio, los cuáles podían contar complementariamente con seguros privados; mientras que en el área de pensiones estos últimos no habían incursionado[25].

El IPSS tenía bajo su administración el Sistema Nacional de Pensiones. Adicionalmente, cabe mencionar a los servidores y pensionistas regidos bajo el régimen del Decreto Ley Nº 20530, sistema que se cerró el 11 de julio de 1962[26] y a partir de esta fecha en adelante, los trabajadores se incorporarían a la Caja del Seguro Social del Empleado, que desde 1973 es el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley Nº 19990.

Como se le ha descrito en términos generales, "*el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) es un sistema público en el cuál las aportaciones de los trabajadores activos deben cubrir las pensiones de los jubilados, incapacitados y familiares en orfandad (...); en este caso, el monto de las prestaciones tiene relación directa con la recaudación, que depende del volumen de los afiliados efectivamente aportantes (...) hay una aportación proporcional al ingreso que se percibe, y la seguridad de obtener una pensión, aunque de monto impredecible*"[27].

---

25) NEVES MUJICA, Javier: "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica" EN: Thémis, Revista de Derecho, PUCP, Nº 25 (1993), p. 25.

26) No obstante este carácter cerrado fue alterado para lograr a través de la dación de normas especiales, la reapertura del régimen a efectos de permitir la incorporación o reincorporación de colectivos de trabajadores o establecer la posibilidad de acumulación de servicios para efectos pensionarios. Desde el año 1981 se han dictado hasta 9 leyes que han reabierto el sistema.

27) VEGA-CENTENO, Máximo y REMENYI, María Antonia: "El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones" EN: Economía/PUCP, Vol. 19 Nº 37-38, julio – diciembre 1996, p. 375.

Este sistema comprende, entre otros, a los trabajadores de la actividad laboral privada, trabajadores de la actividad laboral pública que no se encuentren dentro del ámbito del Decreto Ley Nº 20530, trabajadores del hogar y aquellos que realizan actividad económica independiente.

En 1991, el SNP se encontraba a punto de colapsar; las pensiones eran extremadamente bajas (estaban por debajo de su valor real), existía una alta incertidumbre en el valor de las mismas (al depender los incrementos de decisiones políticas y administrativas) y una carencia de mecanismos de financiamiento realistas que aseguren la sostenibilidad del sistema en el mediano y largo plazo[28].

A pesar del reducido nivel de las pensiones (la pensión promedio en noviembre de 1991 era equivalente a US$ 69.00)[29] y el porcentaje de aportación que se imponía (9% de la remuneración), el SNP era insostenible. Aportaban al SNP aproximadamente 2 millones de trabajadores, pero los recursos captados no eran los suficientes para cubrir los beneficios otorgados a los 278 mil pensionistas[30].

La cobertura del SNP disminuyó, pasó de 33.7% de la PEA en 1985 a 28% en 1990 y a 21.3% en 1992; asimismo, el ratio de dependencia se redujo de 13.6 aportantes por pensionista en 1980 a 7.3 en 1991[31].

El Sistema Nacional de Pensiones se hallaba en una situación de crisis financiera ya que no contaba con los recursos necesarios para financiar el pago de las pensiones, a esto se sumaba la escasa transparencia en el manejo de sus fondos.

Las razones del desfinanciamiento del Sistema Nacional de Pensiones fueron, centralmente, la utilización por parte de los sucesivos Gobiernos Centrales del Fondo de Pensiones (que según el artículo 14º de la Constitución de 1979, no podían ser destinados a fines distintos de los de su creación) para cubrir sus propios problemas de inversión y liquidez; haber mantenido un régimen especial de jubilación que permitió, hasta la entrada en vigencia de la Ley Nº 25967 en diciembre de 1992, obtener ese beneficio con sólo 5 años de aportación, mientras el régimen general exigía 15 años para los varones y 13 para las mujeres; el desajuste irracional entre lo aportado y lo recibido[32]; y el haber modificado de manera sucesiva la Ley del Sistema Nacional de Pensiones en base a decisiones políticas de corte electorero que anticiparon las edades jubilatorias a grupos ocupacionales que tenían aún capacidad para trabajar.

---

28) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y OTROS: "La Economía Política de las Reformas Institucionales en el Perú: los casos de Educación, Salud y Pensiones", Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., marzo 1999, p. 35.

29) Ibidem. p. 37.

30) MORON, Eduardo y CARRANZA, Eliana: "Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, Retos y Reformas (1993 – 2003)", Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, diciembre 2003, p. 23.

31) Ibidem, p. 21.

32) Mario PASCO COSMOPOLIS nos recuerda que en materia de pensiones la regla universal de la Seguridad Social fue establecer su monto en función de la última remuneración o del promedio de los últimos 12 meses, cuando en realidad no es ésa la remuneración sobre la cuál el trabajador ha cotizado a lo largo de su vida laboral, sino apenas en los últimos meses. EN: Art. Cit., p. 174.

Adicionalmente, coadyuvaban a tan precaria situación el período de gastos por el que atravesaba el SNP, en que la proporción de asegurados aportantes por jubilado se había reducido y sin que a lo largo de los 19 años de funcionamiento se hubieren generado recursos significativos que permitieran el pago de pensiones decorosas a los pensionistas actuales; y haber modificado su régimen financiero pasando de un sistema de prima escalonada a uno de reparto simple, en el que todo lo ingresado se distribuye entre los actuales pensionistas[33].

Por otro lado, los problemas administrativos eran crecientes. El IPSS sufrió una fuerte burocratización, mostrando un elevado cuadro de crecimiento, especialmente administrativa[34].

Cabe añadir que el IPSS adoleció no sólo de una deficiente administración sino también de una falta de autonomía. El Estado no efectuaba sus aportes como empleador y con frecuencia captaba los recursos recaudados por el IPSS para financiar obras y gastos corrientes. De otro lado, las inversiones de los dineros obtenidos por recaudación de contribuciones no eran realizadas con criterios adecuados, lo que motivó que gran parte del Fondo se fuera perdiendo por efecto de la inflación.

En este punto cabe advertir que el Fondo de Pensiones había sufrido una descapitalización dramática (particularmente durante la década de 1980)[35]; producto de diversos factores como el rendimiento negativo real de inversión (del 21% en 1981 al 29% en 1987); una significativa deuda estatal contraída por los sucesivos Gobiernos (194 millones de dólares) que virtualmente desapareció debido a tasas de inflación muy elevadas y la falta de indexación y gastos administrativos enormes (52% del total de gastos para 1986 debido en gran parte al ajuste de salarios del personal a la inflación)[36].

A todo lo anterior habría que sumar la considerable evasión y mora por parte de los empleadores, originado por una falta de definición del derecho de propiedad de los trabajadores sobre sus aportes, eliminando de esta manera cualquier incentivo para que éstos ejerzan una vigilancia que garantice la buena administración del Sistema[37] y,

---

33) DANÓS ORDOÑEZ, José: "El Instituto Peruano de la Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones" EN: Dilemas Actuales, Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y Respuestas, Cedal, Lima, 1994, Primera Edición, p. 19.

34) A tal efecto, Gabriel ORTIZ DE ZEVALLOS pone de relieve que el IPSS pasa de 25,000 trabajadores en 1985 a 45,000 en 1990, EN: Art. Cit., p. 37.

35) ntre 1981 y 1987 el IPSS perdió anualmente entre el 20% y 30% del capital que invirtió una vez descontado el efecto de la inflación (Fuente: Estudio de Carmelo MESA - LAGO citado en Apoyo al Congreso. Servicio de Asesoría Económica, Año 1, Nº 11, Publicación del Instituto Apoyo).

36) MESA – LAGO, Carmelo: "La Reforma de la Seguridad Social y las Pensiones en América Latina", Santiago de Chile, 1994, p.26.

37) En el mismo sentido se expresa Emilio MORGADO VALENZUELA, al establecer que tanto la evasión como la morosidad generan serios efectos; por un lado afectan la posibilidad de acceder a una pensión de vejez o conducen a que la pensión obtenida sea de monto inferior al que les correspondería recibir, y por otro lado, aumenta el compromiso estatal de financiar el otorgamiento de pensiones mínimas o asistenciales, de ser el caso. MORGADO VALENZUELA, Emilio: " Reforma de la Seguridad Social en Chile: El Sistema de Pensiones por vejez" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p.81.

por el contrario, promoviendo incentivos para la evasión del pago de las contribuciones.

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

Por ello, comentando el régimen pensionario sobre el que se cimienta el Sistema Nacional de Pensiones, se afirma que "*un sistema de reparto simple es muy dependiente de los cambios demográficos ya que fácilmente puede quedar desfinanciado si empieza a reducirse el grupo de trabajadores jóvenes que financian las prestaciones que reciben los trabajadores de mayor edad (ratio de dependencia), lo cuál significa una mayor carga tributaria financiada por un número cada vez menor de jóvenes. Esta es precisamente una de las debilidades que tiene el sistema antiguo y que significó parte de su deterioro, ya que se produjo un desequilibrio entre los ingresos y egresos del sistema debido al lento crecimiento de la población de afiliados activos en relación con el grupo de pensionistas*"[38] [39].

En adición a lo anterior habría que agregar la falta de estudios actuariales durante períodos prolongados que habrían de determinar con certeza la conveniencia en la elevación de la tasa de aportación sobre las remuneraciones ante la progresiva reducción del ratio de dependencia.

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

2. El Sistema Privado de Pensiones

Como ya se ha señalado, en el mes de diciembre de 1991, el Poder Ejecutivo tuvo un primer intento de reforma del sistema previsional al dictar el Decreto Legislativo Nº 724, mediante el cual se creaba el Sistema Privado de Pensiones como complementario al SNP, regido por el sistema de capitalización individual administrado por las AFP. La afiliación al nuevo sistema sería optativa para todos los trabajadores, con una contribución del 8% de su remuneración y un aporte de solidaridad al IPSS del 1% de la remuneración a cargo de los empleadores.

---

38) MORON, Eduardo y CARRANZA, Eliana: Ob. Cit., p. 20.

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

En un contexto político adverso a la reforma y ante los vacíos y falencias de la propuesta estructurada en el Decreto Legislativo Nº 724, que requerían la aprobación de normas con rango de ley, se optó por revisar la norma con el propósito de relanzar la reforma pensionaria.

Así, en el mes de diciembre de 1992, se emite el Decreto Ley Nº 25897 que deroga el Decreto Legislativo Nº 724 y pone en vigencia el Sistema Privado de Administradoras de Fondos de Pensiones (SPP), el mismo que es concebido como alternativo al SNP (que a partir de enero de 1994 ya no sería administrado por el IPSS sino por la Oficina de Normalización Previsional, a tenor de lo dispuesto por la Ley Nº 26323), con un aporte del 13% sobre la remuneración del trabajador[40], estableciéndose un incremento salarial para aquellos trabajadores que decidieran trasladarse al SPP.

La norma legal fue promovida argumentándose que introduciría competencia en el sistema previsional entre la opción del sistema de reparto y el basado en el ahorro individual. El nuevo sistema no induce ni reglamenta reorganización alguna en el Sistema Público el cuál se mantendría, en principio, inalterable.

Un primer balance de la introducción del Sistema Privado de Pensiones mostraría una activación de los traslados del Sistema Público al SPP, aunque de manera paulatina[41] [42].

Cabe apreciar que la reforma tuvo diferentes significados para distintas clases de trabajadores. Así, para los trabajadores de niveles socioeconómicos altos, la reforma significó la oportunidad de acceder a un sistema que otorgaba pensiones consistentes con sus remuneraciones y los aportes que efectuaban, es decir, representaba la vía de salida de un sistema de reparto que pagaba pensiones completamente desvinculadas con los aportes efectuados; mientras tanto, los trabajadores con menos ingresos veían con desconfianza un sistema en el cuál la provisión de sus beneficios de jubilación ya no estaba a cargo del Estado sino de agentes privados; y los pensionistas del IPSS pensaban que con la reforma se estaban recortando los ingresos que obtenía el SNP y con ello el sistema colapsaría y suspendería el pago de sus pensiones[43].

En ese contexto, surge la reforma del Sistema en Pensiones teniendo como objetivo central garantizar a la mayor cantidad de trabajadores el acceso a una pensión de jubilación acorde con el esfuerzo individual realizado durante su vida activa, asegurándoles un ingreso estable. La manera en la cual esta reforma pretendió cumplir este objetivo fue privatizar el manejo de los fondos previsionales y crear derechos individuales de propiedad sobre dichos fondos. Desde la perspectiva del Gobierno, la creación del

40) Actualmente asciende al 8% de la remuneración del trabajador, en virtud de lo dispuesto por el artículo único de la Ley Nº 28147, vigente desde el 31 de diciembre de 2003.

41) AYALA, Ulpiano: " ¿Qué se ha aprendido del Sistema de Pensiones en Argentina, Colombia, Chile y Perú?", Documento de Trabajo Nº 330. Banco Interamericano de Desarrollo, diciembre de 1996, p. 15.

42) En los primeros 30 días de aplicación del SPP se habían afiliado a este sistema 78,383 trabajadores (Fuente: SAFP).

43) ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y OTROS: Art. Cit., p. 39.

SPP significó la reforma previsional más importante que se haya dado en la historia de los sistemas de pensiones en el país.

Adicionalmente, la reforma del sistema de pensiones es considerada como un elemento clave en el paquete de reformas económicas actualmente en marcha en varios países de Latinoamérica[44].

En el esquema normativo propuesto por el Sistema Privado, las AFP se constituyen como sociedades anónimas cuya función es administrar el Fondo de Pensiones de cada afiliado; dichos fondos son colocados de manera diversificada de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados.

Entre otras funciones, las AFP otorgan una serie de prestaciones a los trabajadores afiliados al SPP, como son la jubilación, invalidez[45], sobrevivencia[46] y gastos de sepelio, además de encargarse de la recaudación de los aportes, la cobranza de aportes impagos, tramitación de Bonos de Reconocimiento, la información a los afiliados y el otorgamiento y pago de las prestaciones previstas en la legislación en el momento en el cuál los afiliados cumplan con los requisitos establecidos.

De otro lado, una de las principales modificaciones introducida por la reforma previsional es la administración privada de los fondos de los afiliados a través de las cuentas individuales de capitalización (CIC). Esta es una cuenta creada a nombre de cada afiliado por la AFP en la que se encuentre incorporado. En esta se consignan todos los movimientos que respecto de un mismo afiliado se realizan en el Fondo de Pensiones como el aporte obligatorio, aporte voluntario, aportes adicionales efectuados por el empleador, Bonos de Reconocimiento.

Al igual que el SNP, el SPP tiene la obligación de incorporar a todo trabajador ya sea dependiente o independiente que elija libremente afiliarse a él, trátese de un trabajador que por primera vez participa en un sistema previsional o de un trabajador que ya estuvo afiliado al Sistema Público. El trabajador afiliado al SPP sólo podrá revertir su decisión de incorporación al SPP por causal de nulidad taxativamente señalada en la Ley.

Es importante mencionar que al producirse el traslado de un trabajador que estaba afiliado al SNP al SPP, a éste se le otorga un Bono de Reconocimiento[47] a efectos de

---

44) ROJAS ROJAS, Jorge: "La Rentabilidad del Sistema Privado de Pensiones en el Perú: 1993- 1997", PUCP, Departamento de Economía, Lima, 1998, p. 1.

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

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

47) El artículo 7º de la Ley Nº 27617, vigente desde el 2 de enero de 2002, que sustituye el primer y segundo párrafos del Decreto Supremo Nº 054-97-EF - Texto Unico Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones establece que tienen derecho a Bono de Reconocimiento los trabajadores que a diciembre de 1992 estaban afiliados a los sistemas de pensiones administrados por el IPSS y que hubieran cotizado en el SNP, un mínimo de 48 meses en total dentro de.../

reconocerle los años aportados en el SNP, lo cuál incrementa el capital individual del afiliado, aunque no en forma equivalente a los aportes realizados.

Actualmente, la cotización promedio del trabajador al SPP asciende aproximadamente al 11.5% de la remuneración asegurable, dentro de la cuál se encuentran incluidos el 8% que se destina a la CIC del trabajador y el resto se distribuye entre la empresa asegurada que asume los riesgos de invalidez y sobrevivencia, y la AFP correspondiente en virtud de los servicios otorgados al afiliado.

Los aportes acumulados de los trabajadores afiliados al SPP más los ingresos generados por las AFP producto de las inversiones realizadas, han llevado a que al 10 de setiembre de 2004, la cartera administrada por las AFP ascienda a S/.23,841 millones ($7,138 millones, aproximadamente), lo cuál equivale a más del 10 % del PBI del Perú. El Poder Ejecutivo estimó que si se mantiene este ritmo de crecimiento - $1,000 millones anuales - para el año 2015 el total de fondo administrado por las AFP podría ascender a $ 21,500 millones aproximadamente[48], pero para esto se necesitará brindar una mejor protección y seguridad al Fondo Privado de Pensiones.

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

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

1. Planteamiento

Como puede apreciarse de los apartados precedentes, el Sistema de Pensiones requiere un proceso integral de reforma, como consecuencia de una serie de cambios en la coyuntura social y económica del país. Por ello se necesita plantear nuevas alternativas para este Sistema, que lo hagan viable desde una perspectiva social y financiera, a fin de garantizar el otorgamiento de pensiones dignas a sus afiliados y derechohabientes. Es este el rol que los sistemas de protección deben cumplir en las sociedades modernas.

/... los 10 años previos al 6 de diciembre de 1992, fecha de creación del SPP. Cabe añadir que los trabajadores deben manifestar su derecho al Bono de Reconocimiento al momento de afiliarse al SPP, probando el cumplimiento de los requisitos para obtener este derecho a fin de que la ONP (en virtud de la Ley Nº 26323) les otorgue el Bono que les corresponde. Dichos Bonos deben ser entregados por la ONP a la AFP que el trabajador indique, la que a su vez lo debe entregar a una entidad de servicio de guarda física de valores, salvo que los mismos se encuentren representados por anotaciones en cuenta.

48) Diario Gestión, Sección Economía, Ediciones del 31 de agosto y 15 de setiembre de 2004.

En la concreción del rol atribuido a los sistemas de protección social se deben considerar principalmente una serie de factores que han sido determinantes para plantear la reforma del Sistema de Pensiones, como son: el **factor demográfico**[49], ya que la caída de las tasas de natalidad y el crecimiento de la población en edad de retiro han traído consigo graves problemas para los sistemas cuya financiación se basa en el relevo generacional; el **factor social**, debido a que los sistemas protectores podrían no estar cumpliendo plenamente su misión de cobertura al quedar fuera de su ámbito protector algunas de las nuevas necesidades sociales; el **factor administrativo**, al considerar que los métodos tradicionales de administración de los sistemas previsionales han carecido de eficacia y eficiencia y han permitido la proliferación de situaciones de utilización indebida de la protección, en perjuicio colectivo cuando son éstos los que deben ser los beneficiarios de los mismos y el **factor económico**, debido a que los costes de los sistemas de protección social, encarecen la producción.

Sobre este último punto, debe apuntarse a un financiamiento garantizado. Los recursos del sistema deben estar no sólo garantizados en cuanto a que su destino es el previsional sino que debe garantizarse contar con estos recursos. La fuente puede ser el propio asegurado, el Estado, la rentabilidad obtenida de la administración de estos fondos, u otras fuentes, pero en modo alguno puede aceptarse la idea de un sistema desfinanciado. Es importante resaltar que este financiamiento no es actual, sino que en todo momento debe proyectarse a futuro en tanto que los actuales cotizantes al sistema son los futuros pensionistas, y no sólo en un futuro inmediato sino a 10, 15, 20, 25 o 30 años.

Como bien se señala: "*El sistema debe prever esta situación financiera que es consustancial a su existencia y realizar los ajustes que el caso pueda requerir en orden a preservar la esencia de la protección de la seguridad social y la equidad en las prestaciones. Por ello, no debe llamar la atención ni generar posiciones de enfrentamiento la modificación periódica de las tasas de aporte o el monto de algunas prestaciones, como tampoco debe soslayarse la aplicación de mejoras y ventajas para los asegurados quienes deben ver en la seguridad social una garantía individual y colectiva*"[50].

---

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

50) GARCIA GRANARA, Fernando: "Seguridad Social, Pensiones y equidad.", En prensa, Lima, 2004.

En esta perspectiva, las alternativas a plantear deben tener presente que existiendo un objetivo central en la reforma previsional como es el otorgamiento de pensiones dignas, existen otros objetivos[51] que no deben ser dejados de lado.

A nuestro entender, en el contexto actual, cabría plantear hasta tres escenarios[52] alternativos de desarrollo a futuro del Sistema de Pensiones y por alguno de ellos debería transitar la necesaria reforma del mismo.

2. Primer Escenario: La reforma integral del Sistema Público de Pensiones que se mantendría como alternativo al Sistema Privado de Pensiones, tal como ocurre en la actualidad[53].

Como primer escenario se tendría un único Sistema Público de Pensiones que reemplace a los regímenes públicos preexistentes el cuál coexistiría con el Sistema Privado de Pensiones.

En este escenario tanto el Sistema Privado como el Sistema Público participan en el sistema previsional, pero adoptando medidas innovadoras de tal modo que ambos sistemas garanticen a todos los ciudadanos el acceso a un mejor nivel de sus pensiones y a una vida acorde con su dignidad.

El enfoque central y las expectativas se encuentran en la creación de un nuevo régimen público de pensiones, ya que éste tendría que adoptar características que puedan hacer viable el Sistema Público que hoy se encuentra en crisis.

En puridad, no se trata de estructurar un nuevo Sistema Público que ha de competir en igualdad de condiciones con el Sistema Privado, en tanto que el modelo de reparto en el que se asienta éste requiere incrementar progresivamente la base de sus aportantes activos que han de sustentar las pensiones de los pasivos, lo que ciertamente

---

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

52) El Banco Mundial considera un escenario adicional considerando como un tercer pilar alterno a los sistemas de reparto y de capitalización individual: el ahorro voluntario. A nuestro entender, su viabilidad en nuestro país resulta limitada por el nivel de ingresos de la población empleada y la escasa cultura de ahorro de su población. Además, en el Sistema Privado de Pensiones se considera la posibilidad que tanto el titular como el empleador realicen aportes voluntarios en las cuentas individuales de capitalización. Para mayor información respecto a este pilar, ver: Banco Mundial. "Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Resumen del Informe del Banco Mundial sobre Investigaciones relativas a políticas de desarrollo. Washington, D.C. EE.UU, Primera Edición, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 1994.

53) Planteamiento originalmente expuesto por Javier NEVES MUJICA en el "Informe sobre los Sistemas Públicos de Pensiones: Los Derechos Adquiridos, La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Necesidad de una Reforma Integral", en una Consultoría brindada a la Defensoría del Pueblo en base a la cuál se produjo el Informe Defensorial Nº 85, "La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes Nº 19990 y 20530: Los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral", aprobado mediante Resolución Defensorial Nº 012-2004/DP publicado en el Diario Oficial "*El Peruano*" el 26 de mayo de 2004.

no ocurrirá en tanto el modelo requiere ajustes estructurales que lo harán menos atractivo al alterno Sistema Privado.

La viabilidad de un nuevo régimen público de pensiones pasa por adoptar las siguientes medidas:

*Estudios Actuariales.- R*ealizar los correspondientes estudios actuariales a efectos de determinar si resulta necesario elevar la edad de jubilación, los años de aporte para obtener una pensión completa y la eventual disminución de la tasa de reemplazo.

Requisitos para la Jubilación.- La jubilación se alcanzaría en base a dos elementos: la edad del afiliado y los años de aportación al sistema. Con ello se lograría un equilibrio entre los aportes de un afiliado y los beneficios que se obtenga.

Reajuste de Pensiones.- El reajuste de las pensiones tendría que determinarse sobre la base de parámetros que hagan viable financieramente al Sistema, teniendo en cuenta la realidad socioeconómica por la que atravesamos.

Administración.- La administración del régimen estaría a cargo de una institución autónoma e independiente del Poder Ejecutivo, esta medida sería ventajosa para el sistema como anteriormente habíamos señalado a propósito del principio de unidad.

Convenios y Recomendaciones de la OIT.- Se adoptarían todas las medidas de la reforma en concordancia no sólo con las disposiciones de nuestra Constitución sino también con los planteamientos formulados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en virtud del compromiso asumido por el Estado al ratificar el Convenio 102°. Los planteamientos principales son básicamente tres:

a) Garantizar una prestación reducida al afiliado que haya cumplido un periodo de empleo de 15 años (art. 29° párrafo 2, inciso a[54]);
b) Aumentar el monto de las pensiones pagadas al SNP, para alcanzar el nivel prescrito por el convenio (art. 65 y 66[55]); y
c) Prever la participación de los representantes de las personas protegidas en la gestión de los sistemas de pensiones (art.72°, párrafo 1[56]).

---

54) Convenio 102. Art.29º inciso 2.-"Cuando la concesión de la prestación mencionada en el párrafo 1 esté condicionada al cumplimiento de un periodo mínimo de cotización o de empleo, deberá garantizarse una prestación reducida, por lo menos: a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con las reglas prescritas, un periodo de calificación de 15 años de cotización o de empleo".

55) Convenio 102. Artículos 65º y 66º, párrafo 1.-"Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique este artículo, la cuantía de la prestación aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que para el beneficiario tipo a que se refiere el cuadro anexo a la presente parte, sea por lo menos igual, para la contingencia en cuestión, al porcentaje indicado en dicho cuadro, en relación con el total de las ganancias anteriores del beneficiario o de su sostén de familia y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo".

56) Convenio 102. Artículo 72º párrafo 1.-"Cuando la administración no esté confinada a una institución reglamentada por las autoridades públicas o a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, representantes de las personas.../

Regulación.- Se regularía de manera pormenorizada la transición entre los actuales sistemas y el propuesto, evitando los errores cometidos en los regímenes anteriores.

Todos estos cambios normativos serían aplicados a todos los afiliados a los actuales regímenes públicos.

Por otro lado, para dar efectividad al proyecto de reforma, sería necesaria la modificación de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, para así crear un Sistema Público que fusione a los diferentes regímenes pensionarios con aplicación inmediata de nuevas reglas para las pensiones existentes, las cuales podrían afectar derechos adquiridos, salvo en caso que provengan de mandato judicial firme.

Como podemos ver, todo se orienta a mejorar los sistemas actuales de protección social en pensiones, la cuál puede ser vista como una pieza clave y de convivencia solidaria, garante de la "paz social" y generadora de compromisos que aúnan de forma solidaria a los miembros de cada generación y a los de las distintas generaciones[57].

Sería necesario que a partir de estas propuestas, analicemos si verdaderamente podemos avanzar en el perfeccionamiento y consolidación del actual Sistema de Pensiones, de tal modo de hacerlo viable financieramente, a través de un Sistema Público de prestaciones económicas que comprenda como modalidades de protección, una modalidad contributiva de prestaciones económicas de carácter público y obligatorio, que constituyen el núcleo esencial del sistema[58].

También sería conveniente fomentar una profunda revisión en clave restrictiva de la jubilación adelantada la cuál causa un claro perjuicio a la viabilidad del Sistema Público de Pensiones.

Otro tema que no debemos olvidar, es el importante papel que debe cumplir el Estado para lograr el restablecimiento del sistema, ya que además de regular pertinentemente los diferentes aspectos del sistema de pensiones resulta necesario que analice de manera permanente las tendencias del mismo y corrija las desviaciones que puedan producirse durante el funcionamiento del sistema. Así por ejemplo, será necesario que realice periódicamente estudios actuariales y demográficos que le permitan anticiparse ante los efectos del aumento de la esperanza de vida así como también la adopción de diversas medidas que demuestren su eficacia y eficiencia.

Estas medidas que pueda adoptar el Estado con la finalidad de lograr un mejor otorgamiento de las pensiones deben ir acompañadas de la participación de los mismos

---

/... protegidas deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo, en las condiciones prescritas; la legislación nacional podrá prever asimismo la participación de representantes de los empleadores y de las entidades públicas".

57) ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis: "Las Propuestas de Privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La Situación en España" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998, p. 90.

58) Ibidem, p.93.

aportantes y pensionistas, a través de la representación de quienes son destinatarios y proveedores últimos de los sistemas de pensiones de tal modo que puedan vigilar y controlar los sistemas bajo los cuáles están acogidos. Para esto será necesario fomentar mediante una serie de incentivos la participación de quienes son los beneficiarios de los sistemas pensionarios.

Además, todos los beneficiarios del sistema deben de contar con una información clara y detallada, facilitada de manera continua, de tal modo que éstos puedan conocer con precisión, los deberes y derechos que les corresponden, así como la forma de manejo y funcionamiento del sistema.

3. Segundo Escenario: El Sistema Público de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones coexistirían brindando ambos pensiones a todos los afiliados activos. El Sistema Público garantizaría una pensión mínima y el Sistema Privado brindaría una pensión complementaria

En este escenario todos los trabajadores están afiliados a ambos Sistemas, cotizando en forma obligatoria un porcentaje menor al Sistema Público bajo la modalidad de reparto, que garantizaría una pensión mínima; y, un porcentaje sensiblemente mayor al Sistema Privado de Pensiones, bajo la modalidad de capitalización individual, la cuál brindaría pensiones complementarias.

Los trabajadores que actualmente se encuentran cotizando bajo el régimen público de pensiones también contarían con una cuenta de capitalización individual, y del mismo modo, a los trabajadores que actualmente se encuentran bajo el Sistema Privado de Pensiones se les garantizaría una pensión mínima a cargo del Sistema Público.

En estricto, la base del sistema es la pensión mínima y el aporte al Sistema Público, que se convierte en el eje de la pensión. El Sistema Privado no es ciertamente excluyente sino complementario, un modelo mixto o multi-pilar, teniendo como plataforma al sistema de reparto, el cuál coexistiría con el sistema de capitalización individual aplicable a los tramos restantes. A la vez, se utilizaría fórmulas adecuadas de financiación, que permitan contemplar ambas figuras de manera conjunta.

Ciertamente ambos Sistemas serían reformados, incorporándose en buena medida las modificaciones propuestas al tratar los otros dos escenarios alternativos. Este escenario permitiría un diseño único del sistema y sin posibilidades de una reversión que altere el sistema desde el punto de vista financiero y de proyección en el futuro, teniendo en cuenta que la base de la proyección futura depende del mantenimiento de un número mínimo de aportantes que con la idea de la libre afiliación y reversibilidad de la elección entre el Sistema Público y Privado no puede garantizarse.

En este escenario, el Estado garantiza acceso a la Seguridad Social y permite la existencia del Sistema Privado que estaría dirigido a un grupo mayor de aportantes aunque no necesariamente con mayores ingresos en conjunto.

Debería entonces regularse de manera pormenorizada la transición entre los actuales Sistemas Público y Privado y el propuesto, permitiendo libertad para la elección y sobre todo garantizando la pensión mínima con el aporte de todos los afiliados y no de una parte.

Cabe resaltar que la alternativa propuesta es absolutamente compatible con el modelo constitucional en Seguridad Social, en tanto que el Estado a través del Sistema Público garantizaría el otorgamiento de pensiones, complementándose con las pensiones que se concederían en el Sistema Privado.

4. Tercer Escenario: El cierre del Sistema Público de Pensiones, manteniéndose este con los pensionistas actuales hasta su extinción y trasladándose los afiliados activos al Sistema Privado de Pensiones, a los cuáles se les tendría que garantizar una pensión mínima

Aquí el Sistema Privado se convierte en el único sistema pensionario, en donde a todos los que se trasladen del Sistema Público al Privado se les garantiza el derecho a una pensión mínima, que se complementa con los montos aportados en su cuenta de capitalización individual y el rendimiento que éstos produzcan.

La propuesta de tener un pilar único como sistema de pensiones, que se convertiría en obligatorio para todos los afiliados, tal y como sucede en Chile, aún cuando reñido con las disposiciones constitucionales vigentes, tal como veremos más adelante, constituye un escenario técnicamente factible cuando se han de analizar todas las vías posibles para dar sostenibilidad al Sistema de Pensiones.

Aún cuando de los apartados precedentes se aprecia con nitidez que el Sistema Privado ha mostrado tener mayores ventajas que el Sistema Público, por la seguridad en la pensión y en su monto, ello no significa que éste no posee desventajas, las mismas que habría que superar para poder concebir su funcionamiento como único en el sistema previsional.

A tal efecto, habría que realizar las siguientes modificaciones al Sistema Privado actualmente vigente:

Bono de Reconocimiento.- Aunque cuando la fórmula de reconocimiento de los años aportados al Sistema Público de aquellos que se trasladaron al SPP a través de los correspondientes Bonos de Reconocimiento no corresponde exactamente con el tiempo de servicios y aportación, el principal cuestionamiento que se formula en esta materia es la demora en su otorgamiento, lo cuál causa un

perjuicio al trabajador. La ONP, encargada de administrar el SNP y asumir el reconocimiento de los derechos adquiridos, ha venido requiriendo un plazo de 3 años para verificar la documentación que sustenta el derecho a Bono de Reconocimiento, esta demora afecta a todos los que tienen derecho al mismo, siendo más desventajosa para los afiliados que estén cerca de la edad de jubilación. Se requiere pues establecer los mecanismos que convengan a fin de acelerar el proceso de verificación documentaria y otorgamiento del Bono.

Ausencia de Incentivos Tributarios.- La carencia de un incentivo tributario para fomentar los aportes voluntarios al sistema, puede también ser considerado como una desventaja para el SPP[59]. A tal efecto, debería considerarse un tope máximo a las aportaciones superado el cuál los montos adicionales serían considerados como aportes voluntarios pasibles de gozar de incentivos de naturaleza tributaria.

Pensión Mínima.- La ausencia de una pensión mínima para los trabajadores dentro del SPP (la cuál había sido desestimada por temor a que se convierta en fuente de desfinanciamiento del nuevo sistema) ha constituido desde el inicio de su implementación un serio cuestionamiento al Sistema.

A pesar que ello se corrigió al promulgarse la Ley Nº 26504 (art.13°)[60]; la modalidad de fijación y reajuste del monto de la pensión mínima no era aún establecida claramente. Posteriormente, la Ley Nº 27617 (con vigencia al 2 de enero de 2002, pendiente aún de reglamentación), en su artículo 8°[61], establece el derecho de los afiliados a una pensión mínima en el Sistema Privado de Pensiones[62] y los requisitos que debe cumplir para hacerse acreedor de la misma al momento de su jubilación, aún consideramos que dicha norma requiere fijar el monto de la pensión mínima.

Al respecto, debemos recordar lo estipulado por el Convenio 102º de la OIT, en relación a este tema. El artículo 29º párrafo 1, conjuntamente con los artículos 28°, 65°

---

59) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana: Ob. Cit., p. 29.

60) El artículo 13° de la Ley Nº 26504 señala: "Por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas se establecerán los requisitos y las condiciones que permitan al Sistema Privado de Pensiones garantizar una pensión mínima de jubilación a sus afiliados".

61) El artículo 8° de la Ley Nº 27617 estipula: "Los afiliados al Sistema Privado de Pensiones podrán acceder a una pensión mínima en caso de jubilación, siempre que cumplan con todos los requisitos y condiciones siguientes: a) Haber nacido a más tardar el 31 de diciembre de 1945 y haber cumplido por lo menos 65 años de edad. b) Registrar un mínimo de 20 años de aportaciones efectivas en total, entre el Sistema Privado de Pensiones y el Sistema Nacional de Pensiones; y c) Haber efectuado las aportaciones a que se refiere el inciso anterior considerando como base mínima de cálculo el monto de la remuneración mínima vital, en cada oportunidad.
La parte de la pensión mínima no cubierta por el Sistema Privado de Pensiones con recursos de la cuenta individual de capitalización del afiliado y con el producto de la redención del Bono de Reconocimiento será financiada a través de un Bono Complementario, que será emitido por la ONP con la garantía del Estado Peruano. Por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas se aprobarán las normas reglamentarias de la presente Disposición Final y Transitoria, así como las condiciones de redención del Bono Complementario referido en el párrafo anterior".

62) La Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la OIT, estableció que las medidas adoptadas en la Ley N°27617, sobretodo en relación a la pensión mínima en el SPP, apuntan a otorgar mediante el Fondo Nacional de Ahorro Público, bonificaciones a los pensionistas.

y 66°, establece que deberá garantizarse a la persona protegida una prestación de vejez igual al 40% del salario de referencia, cuando ésta haya cumplido, antes de la contingencia, un periodo de calificación que podría consistir en 30 años de cotización.

Sin embargo, nuestro país no ha cumplido con lo establecido por el Convenio, ya que la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la Organización Internacional del Trabajo, ha entregado un informe al Gobierno Peruano señalando que la pensión mínima que reciben los trabajadores en el SPP, está por debajo del 40% del salario base de cotización del trabajador, monto mínimo estipulado por el Convenio[63].

En este orden de ideas, cabe poner de relieve la necesidad del otorgamiento de una pensión mínima en el SPP, ya que permitiría proteger a los afiliados de bajos ingresos en un escenario de masivo traslado de trabajadores del Sistema Público al SPP[64].

Costos adicionales al sistema.- Ciertamente la cotización del trabajador al SPP no se circunscribe únicamente al aporte destinado a su cuenta individual de capitalización sino que implica afrontar una serie de costos adicionales, tales como los servicios que brindan las AFP por administrar e invertir dichos aportes.

Al inicio del Sistema Privado se consideró que los excesivos costos adicionales constituían un fenómeno transitorio, dado que se pensaba que a medida que aumentara el número de afiliados y como consecuencia de la competencia entre las distintas AFP se lograría una reducción del costo de los servicios prestados por cada AFP. Lamentablemente ello no ha ocurrido en la magnitud esperada.

A nuestro entender, lo anterior responde a la inercia de la Superintendencia de Banca y Seguros en este tema en particular. Consideramos que la SBS debiera asumir un papel activo en la búsqueda de la promoción de una sana competencia por costos entre las diversas AFP. En primer término, ésta podría solicitar mayor información a las AFP sobre su estructura y determinación de los costos que son trasladados a los afiliados, así como publicar periódicamente en los medios de comunicación dicha información. Así, se buscaría sensibilizar a los participantes del Sistema respecto a esta variable con el propósito que evalúen su permanencia en una u otra AFP.

De otro lado, podría solicitar información relativa a los indicadores de rentabilidad neta de comisiones, a efectos que los afiliados al Sistema puedan evaluar el distinto desempeño de las AFP. Con ello, los aportantes tendrían una mayor conciencia respecto al precio (rentabilidad y comisiones).

---

63) El experto en Educación Obrera de la OIT, Eduardo Rodríguez ha indicado "que es importante señalar que sigue existiendo un conjunto de déficits en el tema de la aplicación y cumplimiento de las normas laborales internacionales. Asimismo reveló que la Comisión de Expertos de la OIT solicitó al Gobierno Peruano más información sobre 16 temas sobre seguridad social que el país no estaría cumpliendo a cabalidad, como por ejemplo sobre el monto de las pensiones, la cobertura, la participación de los trabajadores en la administración de los sistemas tanto de pensiones como de salud, entre otros. EN: Diario Gestión, Sección Economía, Edición del 12 de julio de 2004.

64) MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana: Ob. Cit., p .62.

En cuanto a los costos excesivos cobrados por servicio de mantenimiento del sistema[65], la Comisión de Expertos en Aplicación de Normas de la OIT ha señalado que el Convenio Nº 102 en su artículo 71º párrafo 1 establece que "*el costo de las prestaciones (...) y los gastos de administración de estas prestaciones deberán ser financiadas colectivamente por medio de las cotizaciones o de impuestos, o por ambos medios a la vez, en forma que evite que las personas de recursos económicos modestos tengan que soportar una carga demasiado onerosa y que tenga en cuenta la situación económica del miembro y la de las categorías de personas protegidas*".

Otras medidas adicionales.- Entre las medidas que podrían adoptarse para hacer más efectivo el Sistema Privado está la implementación de un sistema de multifondos, en el cual se abriría la posibilidad de que los trabajadores afiliados puedan acceder a diferentes alternativas de inversión de acuerdo con sus propias características y preferencias.

También debería analizarse la posibilidad de establecer un mecanismo que facilite el traspaso de afiliados de una AFP a otra. A tal efecto el Internet podría ser una herramienta adecuada, utilizándose el portal de cada AFP. Ciertamente tendrían que implementarse tal medida asegurándose la confidencialidad y veracidad de la operación.

Así mismo, resulta absolutamente trascendente lograr que los empleadores sean conscientes de su responsabilidad como agentes de retención de los aportes de sus trabajadores, y lograr rebajar sensiblemente el índice de morosidad actualmente existente (cercano al 45%). En vez de utilizarse los métodos tradicionales de cobranza judicial, debería promoverse la implementación de un procedimiento ad hoc más célere y sencillo que permita una rápida y eficaz acción judicial con medidas cautelares. Paralelamente, debiera potenciarse la acción inspectiva del Ministerio de Trabajo en esta materia y hacer más drásticas las sanciones penales por la retención indebida de los aportes previsionales, como medidas coercitivas para el estricto cumplimiento de pago de los aportes.

Respecto a las alternativas de inversión, creemos que una medida inmediata para mejorar el sistema sería ampliar el porcentaje de inversión de las AFP en el extranjero ya que esto permitiría diversificar los riesgos, generando mayor seguridad para los fondos[66]; muestra de ello son los datos estadísticos que actualmente demuestra la cartera

---

65) En el mismo sentido se establece en el Informe del Banco Mundial,"Manteniendo la Promesa de la Seguridad de la Pensión de Jubilación en Latinoamérica", que las tarifas para la administración privada de los ahorros han sido altas, sobretodo para trabajadores de bajos ingresos, y los nuevos afiliados han tenido que resistir el embate de los costos de los nuevos sistemas. Y puesto que muchos países donde se ha aplicado la reforma requieren que los beneficios tomen la forma de una pensión vitalicia, esto puede resultar costoso para algunos grupos sociales en desventaja con una baja expectativa de vida, ya que las primas cargadas por los proveedores de pensiones están sobre las que podrían serlas actuarialmente justas para esos grupos. En: www.worldbank.org/lacpensionsconf

66) Actualmente, las AFP están solicitando al BCR que amplíe el límite de inversión en el extranjero de 10.5% a 20%, con la finalidad de diversificar sus riesgos y porque en un futuro no lejano, pretenden implementar un sistema multifondos. .../

administrada por las AFP, cuyo incremento se debe principalmente a las inversiones en títulos del sector no financiero y a las inversiones en el extranjero.

Esta última medida no pretende dejar de lado las inversiones en el país lo cual resulta altamente positivo e importante para el desarrollo del mismo en diversos aspectos, lo que se quiere es que se reconozca que mediante un porcentaje más elevado de inversiones en el extranjero será posible otorgar mayor seguridad a los fondos de pensiones además de lograr un crecimiento económico dentro del país producto de las inversiones productivas realizadas en el exterior.

Si se mantuviera la situación actual, en el que poco más del 90% de los fondos se encuentran colocados en el ámbito doméstico, cualquier evento negativo que afecte al mercado local tendría un efecto directo sobre las carteras, que no podría ser compensado con el rendimiento de otros mercados[67].

Además, recordemos que la finalidad principal del Sistema es el logro de una mejor pensión para el afiliado antes que fomentar el crecimiento interno mediante la inversión de los aportes de los pensionistas, este objetivo debe lograrse en tanto se alcance el objetivo principal. Como puede apreciarse, no nos encontramos ante dilema alguno, siendo absolutamente compatible el fomento del crecimiento del mercado de capitales interno con la posibilidad de autorizar progresivamente mayores inversiones en el exterior.

Por otro lado, no debemos dejar de lado que otro problema que influye fuertemente en la viabilidad del Sistema de Pensiones en general es la informalidad que impera en nuestra sociedad; actualmente el 60%[68] de los trabajadores no están afiliados a ningún sistema previsional.

Este resultado es producto de la realidad del mercado laboral; el cual es un factor común en toda América Latina; marcado por el desempleo, el subempleo y las bajas remuneraciones.

Actualmente, tanto empresarios como trabajadores tienen incentivos para operar de manera informal, con el objeto de evitar diversas obligaciones tributarias y operar con mayor flexibilidad, además es posible que el tipo de ahorro que ofrece el Sistema

---

/... Sin embargo, el BCR considera más conveniente que estas inversiones se realicen en el Perú, y hacia este fin se orientan el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y la Comisión Supervisora de Empresas y Valores(CONASEV), trabajando en la ampliación del mercado de capitales.

67) "Construyendo el Futuro: 10 años del Sistema Privado de Pensiones", Asociación de AFP, Editorial Mercados & Norandina, Lima, 2003, p. 86.

68) Por ejemplo, entre 1991 y el 2002 se redujo el número de personas empleadas por el sector formal de 47.3% a 43.8%; mientras los trabajadores informales aumentaron en cuatro puntos porcentuales de 1990 a 1992. EN: Diario Gestión, Sección Economía, Edición del 12 de julio de 2004.
La presente ponencia ha sido redactada sobre la base de los aspectos más importantes tratados en la investigación realizada, en el presente año, por el autor, conjuntamente con Germán Álvarez y Antonio Paredes en el Centro de Investigación Parlamentaria. La investigación forma parte de un proyecto más amplio destinado al estudio de la seguridad social en el Perú, que se viene realizando en el marco de un Convenio con el BID. Los resultados aparecerán en la página web: www.congreso.gob.pe/cip/index

Privado no sea muy atractivo para los sectores informales, cuyos ingresos suelen caracterizarse por su inestabilidad y tienen además mejores opciones de inversión de aquellos recursos que podrían destinar al ahorro previsional.

El reto más próximo sería adaptar el Sistema de Seguridad Social Privada a las condiciones existentes en el mercado laboral peruano de tal modo que se pueda atraer al mayor número de informales a afiliarse al Sistema Privado de Pensiones. Para ello se deberá ofrecer a los trabajadores informales, los independientes y los trabajadores de las PYME un producto que resulte beneficioso para estos sectores laborales, que representa el porcentaje mayoritario del país.

Tal vez una de las alternativas sería ofrecer a estos sectores informales incentivos tributarios a efectos de afiliarse al Sistema, además de aminorar los costos por los servicios ofrecidos y mantenerlos informados de los beneficios que conlleva afiliarse al Sistema Privado de Pensiones, ya que muchos permanecen en la ignorancia por falta de información de todas las ventajas que un Sistema de Seguridad Social les puede ofrecer, considerando que la jubilación es irreal o innecesaria o simplemente que es una pérdida de dinero, ya que no se les suele reconocer todo el dinero aportado al Sistema.

A lo anterior, habría que adicionar el explorar la posibilidad que el Estado promueva directamente la afiliación al Sistema de los sectores informales a través de una aportación efectiva en las cuentas individuales de capitalización de cada uno de los trabajadores informales afiliados al Sistema durante un lapso de tiempo determinado. De esa manera, si por ejemplo el Estado garantizara a cada trabajador informal un aporte en su cuenta individual del equivalente al 5% de la Remuneración Mínima Vital durante los primeros 48 meses de su afiliación al Sistema, se ganaría un aliado dispuesto a defender su mantenimiento en el régimen pensionario. Ciertamente tanto el empleador de tal trabajador como él mismo sería empadronado a efectos de realizarse un seguimiento del devenir de la Empresa y sus servidores.

Ahora bien, la implementación del Sistema Privado como único sería contrario a la normativa constitucional vigente en tanto el modelo adoptado consagra un Estado Social de Derecho en el que el Estado no puede dejar de tener una participación activa en el ámbito de la Seguridad Social brindando prestaciones de salud y de pensiones. Así, la viabilidad de este escenario pasa necesariamente por una expresa reforma constitucional que la habilite.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMANZA PASTOR, José: "Derecho de la Seguridad Social", Sexta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989.

- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis: "Las Propuestas de Privatización de la Seguridad Social en Iberoamérica. La Situación en España" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998.

- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José: "Instituciones de la Seguridad Social", 17º Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

- APARICIO TOVAR, Joaquín: "La Seguridad Social y la Protección de la Salud", Editorial Civitas, Madrid, 1999.

- ASOCIACIÓN DE AFP: "Construyendo el Futuro: 10 años del Sistema Privado de Pensiones", Editorial Mercados & Norandina, Lima, 2003.

- AYALA, Ulpiano: " ¿Qué se ha aprendido del Sistema de Pensiones en Argentina, Colombia, Chile y Perú?", Documento de Trabajo Nº 330. Banco Interamericano de Desarrollo, diciembre de 1996.

- BANCO MUNDIAL: "Envejecimiento sin Crisis. Políticas para la Protección de los Ancianos y Promoción del Crecimiento". Informe del Banco Mundial sobre investigaciones relativas a Políticas de Desarrollo, Washington D.C., octubre de 1994.

- BANCO MUNDIAL: "Manteniendo la Promesa de la Seguridad de la Pensión de Jubilación en Latinoamérica", 2004, EN: www.worldbank.org/lacpensionsconf.

- BERNEDO ALVARADO, Jorge: "Ganancia para algunos y desprotección para todos", Bocetos, Lima, 2000.

- BEVERIDGE, William: "Seguridad Social y Servicios Afines". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid.

- BID: "Desarrollo más allá de la economía". Progreso Económico y Social en América Latina. Informe 2000, Washington D.C., 2000.

- DANÓS ORDOÑEZ, José: "El Instituto Peruano de la Seguridad Social y el Sistema Privado de Pensiones" EN: Dilemas Actuales, Sistema Privado de Pensiones: Desafíos y Respuestas, Primera Edición, Cedal, Lima, 1994.

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique: "Protección Social Privada y Protección Social Pública. Dos Técnicas Convivientes" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General

- de la OISS, Madrid, 1998.

- GARCIA GRANARA, Fernando: "Los cauces de la protección social en la globalización: Interacción entre los ordenamientos internos y la acción internacional", ponencia presentada al V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Lima - Perú, en setiembre de 2001, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

- GARCIA GRANARA, Fernando: "Seguridad Social, Pensiones y equidad.", En prensa, Lima, 2004.

- MESA – LAGO, Carmelo: "La Reforma de la Seguridad Social y las Pensiones en América Latina", Santiago de Chile, 1994.

- MONEREO PEREZ, José Luis: "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social." EN: Relaciones Laborales. Segundo Semestre 2001.

- MORGADO VALENZUELA, Emilio: "Reforma de la Seguridad Social en Chile: El Sistema de Pensiones por vejez" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998.

- MORON, Eduardo y CARRANZA, Eliana: "Diez años del Sistema Privado de Pensiones. Avances, Retos y Reformas (1993 – 2003)", Universidad del Pacífico, Centro de Investigación, Lima, diciembre 2003.

- NEVES MUJICA, Javier: "Sistema Nacional de Pensiones y Sistema Privado de Pensiones: Opción Diabólica" EN: Thémis, Revista de Derecho, PUCP, Nº 25 (1993).

- NEVES MUJICA, Javier: "Informe sobre los Sistemas Públicos de Pensiones: Los Derechos Adquiridos, La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Necesidad de una Reforma Integral", Defensoría del Pueblo, octubre de 2003.

- ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel y OTROS: "La Economía Política de las Reformas Institucionales en el Perú: los casos de Educación, Salud y Pensiones", Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., marzo 1999.

- PASCO COSMOPOLIS, Mario: "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de Seguridad Social?" EN: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Secretaría General de la OISS, Madrid, 1998.

- ROJAS ROJAS, Jorge: "La Rentabilidad del Sistema Privado de Pensiones en el Perú: 1993- 1997", PUCP, Departamento de Economía, Lima, 1998.

- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: "Los Derechos Laborales en las Constituciones de 1979 y 1993" EN: Balance de la Reforma Laboral Peruana, Víctor Ferro Delgado Coordinador, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

- VEGA-CENTENO, Máximo y REMENYI, María Antonia: "El Sistema Previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones" EN: Economía/PUCP, Vol. 19 Nº 37-38, julio – diciembre 1996.

FUTURO DE LOS REGÍMENES PENSIONARIOS EN PERÚ. SISTEMA ESTATAL DE PENSIONES

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES*

Sumario:

Introduccion. I. El nuevo contexto mundial y sus vinculaciones con la seguridad social 1. Mundialización y desarrollo económico. 2. Interrelaciones y consecuencias en el suministro de la Seguridad Social. II. Sinopsis internacional del derecho previsional. 1. Diferentes velocidades continentales. 2. Demografía y seguridad social. 3. El rol reciente de la O.I.T. en materia de Seguridad Social. III. Problemática de las pensiones a cargo del estado peruano. 1. Entorno problemático general. 1.1. Sociológico – laboral - previsional. 1.2. Histórico – político. 1.2.1. Sistema Nacional de Pensiones del D.L. 19990. 1.2.2. Régimen estatal de pensiones del D.L. 20530. 1.3. Económico – financiero. 2. Problemática jurídica. 2.1. En el ámbito legislativo. 2.1.1. Interferencias entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social. 2.1.2. Legislación inestable y vacilante. 2.1.3. Reforma constitucional en materia de pensiones. 2.2. En el ámbito jurisprudencial (Algunas de las principales soluciones del Tribunal Constitucional en materia de pensiones). IV. Perspectivas del derecho previsional en el Perú. Consideraciones conclusivas generales.

(*) Profesor de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas en las Universidades Nacional de Trujillo y Privada "Antenor Orrego" de Trujillo - Perú.

INTRODUCCION.

Uno de los grandes problemas mundiales, a veces no debidamente aquilatados, sobre todo en los países del Tercer Mundo, es el de la seguridad social en el área del Derecho Previsional. Los cambios profundos en la economía y otros ámbitos de la vida social, como producto de un envolvente e ineludible proceso de globalización, con nuevas tecnologías, a pesar de algunas opiniones discordantes, propicia un mundo más interdependiente que nunca. Una mayor interdependencia en las relaciones económicas -sean estas comerciales, de inversión, finanzas, producción en escala, etc.- debe y tiene que implicar necesariamente una mayor interacción social y política para hacer frente a los nuevos desafíos, porque la seguridad social está íntimamente ligada al desarrollo económico.

El Derecho Previsional tiene diferentes velocidades o desarrollos a nivel continental e intra-continental, por las vinculaciones descritas e implicantes con polivalentes disciplinas científicas. En este trabajo, luego de una ligera revisión global del entorno, trataremos de identificar, dentro de un país atrasado y lleno de problemas como es el Perú, cuáles son los aspectos principales de la problemática de las pensiones a cargo del Estado: Sistema Nacional de Pensiones del D. L. 19990 y Régimen de Pensiones del D.L. 20530.

A continuación haremos una sucinta mención a los problemas actuales de la seguridad social peruana en materia de pensiones, para luego tratar de avizorar cuál es el futuro o las perspectivas del sistema estatal en sus dos vertientes.

Como es usual en este tipo de eventos científicos, esta ponencia busca provocar la discusión, intenta presentar parte de la realidad para motivar la reflexión y el debate entre las múltiples visiones o concepciones de los asistentes, todo lo cual coadyuvará en la búsqueda de alternativas serias a tenerse en cuenta por todos los que de un modo u otro tienen que ver con el asunto para la elaboración de estrategias de reforma o solución a mediano y largo plazo.

I. EL NUEVO CONTEXTO MUNDIAL Y SUS VINCULACIONES CON LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Mundialización y desarrollo económico.

La mundialización o globalización es un fenómeno complejo y dinámico propio de la expansión de la economía capitalista y sus soportes técnicos e ideológicos. Implica la creciente gravitación de los procesos económicos, sociales y culturales de carácter mundial sobre los procesos nacionales o regionales. Se expresa fundamentalmente en la movilidad de los capitales y finanzas, la desrregulación y creciente competitividad de los mercados en un contexto de operaciones empresariales integrales y alianzas estratégicas a escala mundial o regional, en la expansión vertiginosa de las tecnologías de la informa-

ción y la comunicación, en los cambios de formas de vida y modelos de consumo que conllevan la globalización de la cultura, de las competencias reguladoras y de la gobernación (con el consiguiente debilitamiento del papel del Estado en la generación de nuevas normas e instituciones para la conducción de las relaciones sociales), y la integración de las sociedades en un sistema político y económico liderado por un poder central.

Como resultado de lo anterior se hace ostensible el crecimiento de la interdependencia entre países y regiones en el flujo de capitales y circulación de bienes y servicios (vía la reducción o eliminación de barreras arancelarias y liberalización del comercio), multiplicación de grupos empresariales y culto exacerbado a la competitividad, estandarización de los modelos de consumo en un número creciente de naciones y disminución de la importancia de las fronteras nacionales, con pérdida de control de los gobiernos y Estados sobre la circulación de capitales.

En el campo del trabajo, lo ya dicho trae como correlato claramente perceptible en los países subdesarrollados, entre otras, las siguientes consecuencias: aumento del desempleo y subempleo; reducción de los salarios reales y descenso de la participación del salario en la renta nacional vía modalidades salariales ligadas al rendimiento, flexibilización de los horarios, etc., en el supuesto erróneo de que así se logra mejorar la competitividad internacional de la producción; precarización del empleo asalariado y aumento del empleo de baja calidad; informalidad, inestabilidad e inseguridad laboral; empeoramiento de las condiciones de trabajo; segmentación de la mano de obra con establecimiento de pisos diferenciados entre los trabajadores estables y los contratados por tiempo determinado; "huída" de las relaciones laborales hacia el derecho privado vía la locación de servicios o la implementación a veces discutible de regímenes o relaciones especiales de trabajo; pérdida de importancia y poder negociador de las organizaciones sindicales, etc.. Este fenómeno es conocido como la flexibilización del Derecho del Trabajo, que quiérase o no , contribuye a una creciente diferenciación social y, por ende, a la exclusión social.

2. Interrelaciones y consecuencias en el suministro de la Seguridad Social.

De lo sostenido en el punto 1.1. se puede apreciar que la mundialización trae grandes consecuencias en el campo del trabajo y, por añadidura, en el de la seguridad social, ya que el desempleo y el subempleo, la residualización o restricción del ámbito de validez personal del Derecho del Trabajo, el vaciamiento de sus contenidos, el desarrollo vertiginoso de la informalidad, las diferencias cada vez mayores y espeluznantes entre ricos y pobres y múltiples fenómenos adicionales exponen cada vez más a las sociedades a efectos sociales negativos por carencias de protección social.

La O.I.T. está muy preocupada por estos problemas, ya que su visión de la Seguridad Social y sus objetivos cuando adoptó sus principales instrumentos internacionales relativos a dicha materia han cambiado radicalmente, tan es así que en uno de sus últimos informes señala que se han producido "cambios espectaculares a nivel social, económico, tecnológico y político que habían provocado nuevas formas de empleo, un aumento de la inseguridad en una economía mundial, un sector informal cada vez mayor, la transición de muchos países a una economía de mercado y cambios en las relaciones de género y en las estructuras familiares".[1]

A fines de 1998 un tercio de la población activa mundial (mil millones de trabajadores) eran desempleados o subempleados. Las personas desempleadas disponibles para el trabajo en todo el mundo eran alrededor de 150 millones (probablemente solo un cuarto de éstas están amparadas por prestaciones de desempleo, y están concentradas sobre todo en los países industrializados). Entre el 25 % y el 30 % de los trabajadores de todo el mundo estaban subempleados (trabajaban menos de la jornada a tiempo completo, pero deseaban trabajar más o ganaban menos que el salario mínimo vital).[2]

Siempre en relación a lo dicho con anterioridad, otro de los problemas fundamentales de la Seguridad Social actual es que más del 50 % de la población mundial (trabajadores y familiares a cargo) está excluida de cualquier tipo de protección de la Seguridad Social. No está cubierta ni por un régimen de seguridad social contributivo ni por una asistencia social financiada a través del Fisco, mientras que otra importante proporción solo está cubierta en ciertos casos.

En el Africa Subsahariana y en el sur de Asia, la cobertura de la seguridad social obligatoria se cifra entre el 5 y el 10 % de la población activa, porcentaje que en algunos casos está disminuyendo. En América Latina la cobertura oscila aproximadamente entre el 10 y el 80 % y está en franco estancamiento. En el sudeste y en el este de Asia, la cobertura puede variar entre el 10 y casi el 100 % y en muchos casos estaba aumentando hasta una fecha reciente. En la mayoría de los países industrializados, la cobertura se aproxima al 100 %, aunque algunos de éstos, especialmente en los que se encuentran en proceso de transición, el grado de cumplimiento ha disminuido en los últimos años.[3]

En síntesis, es urgente que con la mundialización, que a menudo expone a las sociedades a una mayor inseguridad en los ingresos, aumenta el desempleo y el subempleo, aumenta la informalidad, provoca graves tensiones sociales y limita la capacidad de los Estados subdesarrollados de financiar la protección, se considere seriamente que la seguridad social es parte integrante de un sano proceso de desarrollo. Si las cosas no se

---

1) O.I.T.: "Seguridad Social: un nuevo consenso", presentada a la Conferencia Anual, 89ª reunión, 2001. Primera edición. Ginebra, 2002, pág. 8.
2) Ibid, pág. 58.
3) Ibid., pág. 38.

entienden en esa dimensión, los grandes progresos logrados por la Seguridad Social en el siglo XX se transformarán en grandes incertidumbres durante el siglo XXI.

II. SINOPSIS INTERNACIONAL DEL DERECHO PREVISIONAL.

1. Diferentes velocidades continentales.

Para ubicarnos rápidamente en el tema, transcribimos el Cuadro sobre Gastos Públicos de Seguridad Social publicado en el Anexo Estadístico del Informe de la OIT sobre "Seguridad Social: un nuevo consenso", Reunión 2001, ya citado anteriormente, debido a su claridad y concisión.

CUADRO N° 1.
GASTOS PUBLICOS EN SEGURIDAD SOCIAL EN EL MUNDO: 1990.

Región	Gastos totales de seguridad	Pensiones	Atención de salud Social
	(Porcentaje del PBI)	(Porcentaje PBI)	(Porcentaje del PBI)
Todos países	14.5	6.6	4.9
África	4.3	1.4	1.7
Asia	6.1	3.0	2.7
Europa	24.8	12.1	6.3
Amér.Lat. y Caribe	8.8	3.1	2.8
América del Norte	16.6	7.1	7.5
Oceanía	16.1	4.9	5.6

Nota: Los promedios corresponden únicamente a los países respecto de los cuales se tienen datos.

En el Cuadro precedente se nota claramente que Europa es el continente que más invierte en seguridad social, seguido de América del Norte y Oceanía, mientras que África y Asia como continentes y América Latina y el Caribe como sub - continente son los que menos inversión tienen en los gastos totales de la seguridad social en relación al PBI.

Analizando la información al interior de cada uno de los continentes se presenta la siguiente situación:[4]

A. EN CUANTO A LOS GASTOS PÚBLICOS EN SEGURIDAD SOCIAL COMO PORCENTAJE DEL P.B.I.

a) En Europa: Suecia gastó el 32.2 %, los Países Bajos el 29.7 %, Dinamarca el 28.7 %, Noruega el 27.1 %, Francia el 26.7 %, Bélgica el 25.6 % y Alemania el 25.5 %, mientras que la pequeña Malta solo gastó el 13.3 %. En Oceanía,

4) Ibid., págs. 129 -132.

Nueva Zelandia gastó el 22.2 % y Australia el 14.5 %. En América del Norte: Canadá gasta el 17.6 % y EE.UU. el 14.1 %.

b) En el mismo rubro en América Latina y el Caribe: los más altos porcentajes del gasto están en: Chile con el 16.2 %, Cuba con el 15.2 %, Uruguay con el 14.2 % y Brasil con el 10.8 %; Argentina gastó en término medio el 9.8 %, mientras que Ecuador y El Salvador solo gastaron el 2.1 % y 1.9 % (Los datos del Perú ni siquiera aparecen). En Asia los gastos aparecen bastante diferenciados según el grado de desarrollo de cada país, por ejemplo: Israel y Japón gastan el 14.2 y 11.3 %, respectivamente, mientras que Filipinas e India solo gastaron el 1.7 % cada uno. Por último, en Africa también hay diferenciación, ya que mientras Argelia y Túnez gastaron el 7.6 y 7.0 %, respectivamente, Nigeria solo gastó el 1.0 %.

B. EN CUANTO A LOS GASTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE PENSIONES COMO PORCENTAJE DEL P.B.I.

a) Nuevamente se aprecia que en materia de pensiones los gastos de los países europeos fueron en orden decreciente los siguientes: Países Bajos: 13.6 %; Francia: 12.2 %; Bélgica: 11.2 %; Alemania y Suecia gastaron 10.3 % cada uno; Noruega gastó 9.1 % y Dinamarca 8.2 %

b) En Oceanía los gastos en pensiones también fueron discordantes: Nueva Zelandia gastó 8.2 % mientras que Australia solo gastó 4.6 %.

c) En América del Norte EE.UU. gastó en pensiones el 6.6 % y Canadá 4.8 %.

d) En Asia los gastos también fueron discordantes: Israel y Japón gastaron 5.9 y 5.5. %, mientras que Filipinas solo gastó 0.5 %.

e) En América Latina y el Caribe los que más gastaron fueron Cuba con el 7.0 % y Chile con el 6.0 %, mientras que los gastos más bajos se dieron en Argentina con el 3.6 %, Ecuador con el 1.1. % y El Salvador con el 0.7 %.

f) En Africa los gastos también fueron poco significativos y extrapolados, por ejemplo: mientras Argelia y Túnez gastaron el 3.3 y 2.3. %, Nigeria aparece en la información con el 0.0%.

En síntesis y como conclusión de éste ítem, hay que señalar que en los países europeos mencionados los gastos totales en seguridad social van del 57.7 % al 47.9 %. Les siguen Uruguay y Chile en América Latina, con el 54.7 % y 45.6 % y EE.UU. y Canadá en América del Norte, con 40.6 % y 36.9 %, respectivamente, y Australia, en Oceanía, con el 38.7 %.

Dentro de ese contexto, el panorama en América Latina es desalentador por el alto desempleo y la informalidad, donde la O.I.T. ha identificado cuatro tendencias en cuanto a la estructura del empleo: 1.- La privatización. De cada 100 nuevos empleos, 95 son generados en el sector privado; 2.- Terciarización de la economía. Por cada 100 empleos, 83 se generan en el sector servicios; 3.- Aumento del sector informal, que

representa el 46 % de la ocupación total y contribuye con la creación de 60 de cada 100 nuevos empleos; y, 4.- Disminución de la calidad de empleo: 55 de cada 100 nuevos empleos de trabajadores asalariados no cuentan con seguridad social.

2. Demografía y seguridad social.

El planeta vive una inexorable evolución demográfica donde las pirámides poblacionales se están convirtiendo en pilas poblacionales, donde cada vez hay menos niños y jóvenes y un porcentaje cada vez más respetable de ancianos. Ese es el destino demográfico de la mayoría de los países del mundo, en el corto, mediano o largo plazo, según las circunstancias y condicionantes de cada cual. Sus consecuencias en el otorgamiento de las pensiones de la seguridad social son y serán determinantes e ineludibles para todos los actores sociales, de ahí la necesidad de abordar y planificar la solución de los problemas con una referencia mínima en el tiempo de por lo menos treinta o cincuenta años. Es social, económica y políticamente irresponsable fijarse solo en la coyuntura.

Dentro del contexto condicionante precedente, señalaremos a continuación algunas ideas complementarias.

Los cambios acelerados se producen porque asistimos a una transición demográfica donde se está pasando de un régimen de altas tasas de mortalidad y natalidad a un régimen de tasas bajas. Generalmente, según Partida, el descenso de la natalidad antecede al de la fecundidad, por lo que la tasa de crecimiento poblacional es ascendente hasta que la tasa de natalidad comienza a disminuir. El descenso de la tasa de mortalidad, cuando está muy separada en el tiempo del descenso de la tasa de natalidad, trae como riesgo o consecuencia el acelerado crecimiento poblacional (por ejemplo: en México el descenso de la mortalidad antecedió por casi cuarenta años al descenso de la natalidad, por lo que en solo 26 años se duplicó la población, subiendo de 41.7 millones de habitantes en 1964 a 83.8 millones en 1990, pero como ya disminuyó la tasa de natalidad, hacia el año 2043 la población solo crecerá el 57 % respecto de 1990,alcanzando los 132.4 millones de habitantes; luego, la tasa de crecimiento natural seguirá cayendo hasta llegar a un valor negativo a partir del año 2049). En este orden de ideas, el descenso de la mortalidad y natalidad conllevan a un paulatino proceso de envejecimiento de la población en los países desarrollados, pero la misma tendencia aparecerá en los demás países al final de la primera mitad del siglo XXI, con grandes impactos en el financiamiento de las pensiones[5].

---

5) PARTIDA BUSH, Virgilio: "La transición demográfica y sus efectos en los Sistemas de Pensiones". Síntesis de la ponencia presentada en el Coloquio "Situación actual de los regímenes de pensiones estatales". Toluca, Estado de México, 25.04.02. Vid.: Conferencia Interamericana de Seguridad Social: "Revista de Seguridad Social", Nº 237, págs. 14-24, en pág. Web CISS.org.mx.

De la generación de los "baby boom", inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial, hemos o estamos pasando a la generación de los "papy boom". La primera se jubilará dentro de 10-15 próximos años, ello aunado a los bajos índices de natalidad y el continuo aumento de la esperanza de vida ha propiciado que el coeficiente entre las personas mayores de 65 años y las personas en edad de trabajar se doblará entre los años 2000 y 2050. Entre los Estados miembros de la Unión Europea se prevé que el gasto en pensiones aumente considerablemente más o menos a partir del 2015, lo que suscita grandes preocupaciones en lo que respecta a la capacidad de las pensiones futuras para garantizar a los jubilados un nivel de vida decente y la viabilidad financiera de los Sistemas de Pensiones[6].

Otros estudios sobre las tendencias demográficas y la fuerza laboral, revisando las tasas de participación laboral de los hombres de 60 a 64 años desde los años sesenta para adelante, señalan que dichas tasas se han reducido sustancialmente entre 1960 y 1996; a principios de la década de los sesenta las tasas de participación de ese estamento poblacional eran superiores al 70 %, a mediados de los noventa esta tasa decayó a menos del 20 % en Bélgica, Italia, Francia y Holanda, a cerca del 35 % en Alemania y al 40 % en España. La baja de las tasas de participación en la fuerza laboral fueron más moderadas que las precedentes en los EE.UU. (bajó del 83 % al 53 %) y en Suecia (57 %), mientras que Japón mantuvo la tasa más estable (se redujo del 83 % al 75 %)[7].

En términos generales, una cuarta parte de su existencia los pensionados gozan de su pensión de jubilación. Esto se relaciona no solo con los aspectos precedentes sino con las políticas salariales, como son los efectos negativos de los incentivos al retiro adelantado en los Planes Previsionales. Estas tendencias al retiro adelantado son el resultado de beneficios muy generosos, incluso en el campo de la seguridad social, por eso es que los trabajadores tratan de retirarse en edad temprana, aceptando continuar en el trabajo solo si se les otorgan nuevos incentivos en relación a la pensión de jubilación; de ese modo, en Bélgica, Francia, Italia y Holanda las tasas de sustitución en edad temprana promedian en 77 %, 91.6 %, 75 % y 95 %, respectivamente, mientras que en Canadá equivalen al 20 % y en los Estados Unidos cerca del 41 %[8].

Otro tema de gran discusión es el de la edad de la jubilación, no tanto en términos de diferenciaciones teóricas y prácticas entre la edad biológica, cronológica y funcional, sino de modo general. Muchos países fijan una edad discriminatoria entre hombres y

6) ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL: "Primera evaluación de la Comunidad Europea sobre estrategias nacionales para garantizar unas pensiones adecuadas y viables", en "Informe sobre la Seguridad Social, 2002", págs. 14-24, en www.oiss.org.

7) WISE, David: "El envejecimiento como un reto a la política económica: perspectiva de una comparación internacional". Resumen presentado a la Conferencia: "Tercera Edad en el Siglo XXI", Fortaleza, Ceará, Brasil, 26-28 noviembre 2001, en C.I.S.S.: "Revista de Seguridad Social", Nº 234, págs. 11-18,en pág. Web CISS.org.mx.

8) Ibid., pág. 13.

mujeres, favoreciendo a las últimas. Se ha sugerido dos motivos como los causantes de dicha discriminación formal: a) Los hombres suelen casarse con mujeres más jóvenes y de esta forma podrían retirarse más o menos al mismo tiempo; y, b) es para compensar la doble carga que sobrellevan al salir a trabajar y al realizar al unísono el trabajo del hogar. Empero, la diferencia es muy cuestionada porque la esperanza de vida de las mujeres es estadísticamente superior a los varones en todas las latitudes, lo que sugeriría más bien la posibilidad de ampliar la edad de jubilación más allá de la de los varones. Sin embargo, los debates sobre cuál debe ser la edad de jubilación son acalorados: la mayoría sostiene que reducir la edad de jubilación de los varones es inviable por los grandes costos que ello supondría y la desproporción entre el aumento de la población pasiva en relación a la activa.[9] Otra corriente de pensamiento plantea que la edad de jubilación debe aumentarse en vez de reducirse.

En el caso de América Latina durante las dos últimas décadas se experimentó grandes cambios demográficos, económicos y sociales. Los cambios demográficos están relacionados con un envejecimiento acelerado de la población que causa grandes impactos en los programas de protección social basados en esquemas que implican de alguna manera transferencias de recursos entre generaciones. El grupo de personas de 60 años presenta el más rápido crecimiento y bordea los 40 millones de personas, con posibilidades de duplicarse en 20 años. Una de las características del envejecimiento en América Latina es su excesiva rapidez: mientras en los países desarrollados este problema tardó de 6 a 10 décadas, en la mayoría de países de la región tomará tan solo dos o tres décadas. Algunos países ya está relativamente envejecidos (Uruguay, Argentina y Cuba), otro grupo está en las etapas intermedias de la transición demográfica por lo que el envejecimiento se producirá en las próximas décadas (Panamá, Brasil, Perú, Colombia, Ecuador, México, etc.). Un tercer grupo seguirá teniendo por largo tiempo poblaciones relativamente jóvenes (Bolivia, Honduras, Nicaragua)[10].

3. El rol reciente de la O.I.T. en materia de Seguridad Social.

Cerca del 20 % del total de Convenios Internacionales adoptados por la O.I.T. desde su fundación hasta la fecha desarrollan en sustancia varios de los temas de la seguridad social, sin perjuicio de la existencia de otros Convenios que abordan tangencialmente el problema. Ha sido considerada como derecho humano fundamental en la Declaración de Filadelfia de la O.I.T. en 1944 y en la Recomendación sobre la

9) O.I.T.: "Seguridad Social: un nuevo consenso", pág. 87.

10) BERTRANOU, Fabio: "La provisión de seguridad social en un contexto de cambio: experiencias y desafíos en América Latina", Resumen del trabajo presentado al Seminario Internacional "Tercera Edad en el Siglo XXI", Fortaleza, Ceará, Brasil, 26-28 noviembre del 2001, en publicación oficial de la Conferencia Interamericana de Seguridad Social "Revista de Seguridad Social" Nº 234, págs. 39-40, en pág. Web ciis.org.mx.

seguridad de los medios de vida, 1944, y tratada "in extenso" y con lujo de detalles en los Convenios Internacionales Nºs 102, 118, 128 y 157.

Sin embargo, es de advertir que la seguridad social en el nuevo contexto internacional de la globalización y la constante innovación tecnológica tiene que tener un trato bastante diferente al de antaño por parte de la O.I.T. y todos los actores involucrados. Los actuales sistemas de seguridad social surgieron en un contexto macroeconómico de post - guerra en el cual el funcionamiento de la economía era casi pleno y el empleo casi total; ahora el panorama se presenta totalmente diferente.

Entre otras medidas, en 1998 se adoptó la declaración relativa a los principios y derechos fundamentales como respuesta a los desafíos de la mundialización y a su impacto social y en 1999 se resaltó los objetivos de reducción del déficit de trabajo decente en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana, todo esto resultó insuficiente frente al mega - problema de la seguridad social en materia de prestaciones por vejez o jubilación.

Aparte de la declaración sobre principios y derechos fundamentales de 1998 y el impulso del trabajo decente en 1999, en la 89ª reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo del 2001, la O.I.T. aprobó una Resolución relativa a la seguridad social con 21 conclusiones vitales, densas e interesantísimas, siendo de destacar sintéticamente las siguientes: hay que extender la cobertura de la seguridad social porque es un derecho humano fundamental y contribuye a garantizar la paz social y la integración social y una herramienta importante para evitar y aliviar la pobreza, ello implica la maximización de la prioridad a las políticas que aporten seguridad social a personas no cubiertas por los sistemas vigentes, como son los asalariados de los pequeños lugares de trabajo, trabajadores independientes, migrantes y a las personas activas en la economía informal; es más necesaria que nunca frente a la mundialización y las políticas de ajuste estructural y bien administrada puede aumentar la productividad y ser instrumento para el desarrollo socioeconómico sostenible; a través del trabajo decente y la educación permanente hay que promover el abandono de la economía informal y la ayuda a los grupos vulnerables con financiamiento de toda la sociedad; hay que fomentar una seguridad social basada en los principios de la igualdad de género (lo que incluye la lucha contra la discriminación salarial) porque los sistemas basados en el modelo del varón como sostén de familia corresponden cada vez menos a las necesidades de nuestras sociedades y hay que mantener las prestaciones de sobrevivientes en examen con disposiciones de transición protectoras de las mujeres; el envejecimiento de la población afecta tanto a los sistemas financiados por capitalización como por el reparto, ya que los trabajadores activos financian a los pasivos con el peligro de quedar desguarnecidos a futuro, las soluciones deben buscarse sobre todo aumentando las tasas de empleo y buscando mayores niveles de crecimiento económico sobre la base del aumento del empleo productivo; por último, también es de resaltar la propuesta de que la viabilidad

financiera de los sistemas de pensiones deben garantizarse a largo plazo, con proyecciones actuariales periódicas que introduzcan los ajustes necesarios oportunamente y que es imprescindible se realicen evaluaciones actuariales completas antes de adoptar cualquier nueva reforma legislativa[11].

III. PROBLEMÁTICA DE LAS PENSIONES A CARGO DEL ESTADO PERUANO.

1. Entorno problemático general.

1.1. Sociológico – laboral - previsional.

a) Población.- Según reciente información del INEI la población total del Perú al 30.06.04 es de 27'546,574 habitantes, siendo la proyección para el 2005 de 27'947,000, con una tasa de crecimiento intercensal en el quinquenio 2000-2005 de 1,5 %. La estructura de la población por sexo en el 2002 fue de 13'454,000 hombres (50,3 %) y 13'295,000 mujeres (49,7 %). Los componentes del crecimiento poblacional entre los años 2001 y 2002 fueron de 628,800 nacimientos (tasa de mortalidad de 27,7 %), 164,900 muertes (tasa de mortalidad de 6,2 %) y - 62,100 de migración neta (tasa de migración de – 2,3 %)[12].

La estructura etárea de la población por grupos en edad de trabajar en el año 2001 fue la siguiente: de 14-21 años el 31,5 % (30,8 % urbana y 32,8 % rural), de 25-44 años el 38,2 % (39,5 % urbana y 35,4 % rural), de 45-64 años el 21,1 % (20,9 % urbana y 21,7 % rural), y de 65 y más años el 9,2 % (8,8 % urbana y 10,1 % rural)[13]. De esto se puede colegir que la ancianidad se incrementará largamente dentro de los próximos 40 años, con lo que nuestras pirámides poblacionales de los próximos censos nacionales y/o proyecciones estadísticas cambiarán drásticamente en el futuro mediato y en el largo plazo, con grandes consecuencias en la previsión social.

Por otro lado, para poder ubicarnos claramente en el contexto, no hay que perder de vista que la población peruana en estado de pobreza, considerando la información oficial al año 2001, ha sido de 54,8 % y de extrema pobreza de 24,4 %. En lo referente a estructura de edades, aproximadamente de los 15 a 29 años son pobres y extremadamente pobres el 50,0 % y 18,0 %, de los 30 a los 64 años son el 46 % y el 20 %, y de los 65 a 80 y más años son pobres el 42,2 % y extremadamente pobres el 17,5 %. Resumiendo, según ámbitos geográficos, a un valor de cambio de S/. 3.40, tenemos que **en las líneas de pobreza total y pobreza extrema** en Lima Metropolitana se

11) O.I.T.: "Seguridad Social: Un Nuevo Consenso", págs. 1-7
12) Www.inei.gob.pe
13) Loc. Cit.

percibe $ 76.52 mensuales o $ 2.55 diarios y $ 35.88 mensuales o $ 1.19 diarios, respectivamente, mientras que en la Costa Urbana y Rural se percibe en promedio $ 53.51 mensuales o $ 1.78 diarios y $ 29.61 mensuales o $ 0.98 diarios, en Sierra Urbana y Rural se percibe en promedio $ 54,45 ($ 1.81 diarios) y $ 32.25 ($ 1.07 diarios), y en la Selva Urbana y Rural se percibe en promedio $ 53.45 ($ 1.81 diarios) y $ 34.29 ($ 1.14 diarios). De ese modo, **faltan sólo 7.8 puntos para que las personas de la tercera edad lleguen al 50 % de pobreza total y 2.5 puntos para que lleguen al 20 % de extrema pobreza.**

Aún en esas paupérrimas circunstancias, el promedio de vida al nacer en el año 2004, según el Inei, es de 70.25 años en promedio, habiendo estado el 2002 en 66.6 años para los varones y 71.6 para las mujeres. Sin embargo, no está demás recordar que según el Banco Mundial (Informe de Desarrollo Mundial 2003) la esperanza de vida como indicador de desarrollo humano en el mundo difiere según los habitantes sean de regiones de ingresos bajos, medios o altos.

b) Aspecto ocupacional.- La población peruana en edad de trabajar al 2002 fue de 67,9% del total. Al año 2004 la Población Económicamente Activa está integrada aproximadamente por 10'500,000 personas y se distribuye entre los sectores primario, secundario y terciario de la economía en porcentajes que bordean el 33%, 16% y 51%. El empleo adecuado es cercano al 40%, el subempleo al 50 % (con características preocupantes de generalización, tercerización, heterogeneidad, informalidad, precariedad, baja productividad y bajos salarios), mientras que el desempleo bordea su promedio histórico de 10%.

En el año 2001, la tasa de subempleo, según grupos de edad, incluyendo el subempleo visible e invisible con respecto a la PEA de cada edad fue en el grupo de 65 a más años de 50,8%.

Del total del empleo, el 35% se da en el Sector Privado (la gran y la mediana empresa) generan el 8%, mientras que la pequeña y micro-empresa generan el 27% del empleo), 10% es en el Sector Público, 53% es autoempleo y 2 % es en hogares. Entre ambos Sectores solo se proporciona empleo a 5'100,000 personas. Obviamente, la seguridad social funciona más en el caso de la gran y mediana empresa del Sector Privado y en parte del Sector Público, siendo escasa o casi nula en los demás Sectores.

c) Protección de la seguridad social.- En términos generales gran porcentaje de la PEA Ocupada urbana no está afiliada a la seguridad social (74,0 %), sólo está afiliada el 26,0 %. De los asegurados dos tercios son hombres y un tercio mujeres.

Sólo como referencia, ya en 1998, de la fuerza laboral de Lima Metropolitana cotizaba a la seguridad social en general el 14, 3 % de los asalariados del Sector Informal y el 58,8 % de los asalariados del Sector Formal, con una reducción del – 11,0

puntos respecto del año 1980.[14] A nivel del Perú urbano, en el mismo año, al Sistema Privado de Pensiones (SPP) estaba afiliado el 14,20 % de los asalariados y el 0,70 % de los independientes, al Sistema Estatal – ONP – el 25,50 % de los asalariados y el 6,60 % de los independientes, a otros Sistemas estaba afiliado el 2,30 % de los asalariados y el 0,20 % de los independientes, mientras que en el rubro ninguna afiliación estaba el 58,10 % de los asalariados y el 92,50 % de los independientes.

Entre los años 1998 al 2004 ha habido cambios porcentuales entre los asegurados al S.P.P. y la O.N.P. debido a que las afiliaciones al primero se han ido incrementando en desmedro del segundo. Cruzando la información proporcionada en internet por el S.P.P., la O.N.P. y el Ministerio de Economía y Finanzas tenemos que a mediados del 2004 están como afiliados activos al S.P.P. cerca de tres millones 300 mil personas, pero sólo cotiza un porcentaje no muy significativo de aquellos y perciben pensiones de jubilados y sobrevivientes más o menos 35,000; en el régimen del D.L. 19990 están afiliados activos aproximadamente 1'300,000 personas, pero sólo cotizan 449,962 asegurados (obligatorios y potestativos) y reciben pensiones 400,700; y, en el régimen del D.L. 20530 están como afiliados activos o cotizan cerca de 27,000 y reciben pensiones 295,000. De ese modo, si consideramos que la población total a mediados del 2004 es de 27'546,574 habitantes y que sólo están cubiertos por los principales sistemas provisionales en total cerca de 4 millones 600 mil personas y son pensionistas cerca de 730,700, tenemos que a futuro, si se mantienen los guarismos, solo gozará de pensiones alrededor del 16,69 % de la población total (43,80 % de la PEA, pero esto sólo en apariencia o como posibilidad, ya que hemos visto que un buen porcentaje está afiliado pero no cotiza, y algunos de los que cotizan no llegarán a cumplir a fin de cuentas los requisitos mínimos para la percepción de las pensiones) y sólo goza de ellas en la actualidad cerca del 2,65 % del total de la población.

d) Funcionamiento interno en cifras de los dos principales sistemas previsionales administrados por el Estado. A continuación presentamos en síntesis algunos datos estadísticos que nos parecen importantes para después poder visualizar globalmente el tema del financiamiento.

d.1.- Sistema Nacional de Pensiones (D. Ley 19990)

No hay coincidencia en la información respecto del número de afiliados al S.N.P.; pero si la hay en cuanto al número de afiliados activos aportantes al Sistema: del 2000 al 2004 el promedio de aportantes anuales obligatorios y facultativos según la División de Recaudación de la O.N.P., Essalud-Orcinea y Sunat, fue de 450,000 personas (en promedios aproximados cerca de 435,000 fueron aportantes obligatorios y 15,000 facultativos). Al 30.06.04 habían exactamente

14) AELE: "Informe Laboral". Director: Luis Aparicio Valdez, Volumen XV, N° 168 y 169, Lima, enero – febrero 2000, págs. 1 y 3.

445,738 aportantes, de los cuales 439,282 eran obligatorios y 6,456 eran facultativos.[15] Es decir, globalmente considerados el 97 % de los aportantes son obligatorios y el 3 % facultativos.

En cuanto al número de pensionistas y clases de pensiones, solo hemos podido acopiar información del ex - IPSS hasta 1995, donde claramente se diferenciaba el número de pensiones de vejez, jubilación, viudez, orfandad y ascendientes (en ese entonces, del total de 332,448 pensionistas: 541 eran por vejez, 230,896 por jubilación, 68,594 por viudez, 18,375 por orfandad y 1,392 por ascendientes). Como en el 2004 hay 400,700 pensionistas, repitiendo los porcentajes de 1995, por falta de información fidedigna, ya que la O.N.P. no hace las disgregaciones del caso, hay que señalar que las pensiones de vejez deben seguir en involución hasta su total desaparición por estar sustentadas en normatividad precedente, alrededor del 71 % debe ser por jubilación, 21 % por viudez, 6 % por orfandad y 0,42 % por ascendientes.[16]

En cuanto a poder adquisitivo las remuneraciones y las pensiones están totalmente deprimidas en el Perú, los ingresos que se perciben ahora son casi el 10 % de lo que se percibía hace dos décadas. Considerando la pensión promedio del D.L. 19990 versus ingresos promedio en el Perú al 2001, tenemos que las pensiones son en promedio el 70 % del 100 % de los ingresos promedio (51,5 en el área urbana y 187,1 % en la rural), mientras que en la costa urbana, sierra urbana, selva urbana y Lima Metropolitana son de 68,5 %, 68,8 %, 61,9 % y 39,9 %, respectivamente.

Las pensiones mínimas han sufrido incrementos en abril 96, noviembre 98, setiembre 2001 y enero 2002, por lo que las de jubilación con un mínimo de 20 años de aportación y las de invalidez subieron de 200 a 250, 300 y 415 nuevos soles respectivamente, mientras que las pensiones por derecho derivado (viudez, orfandad y ascendientes) subieron de 100 a 145, 193 y 270 nuevos soles, respectivamente. Esto significó un incremento en dicho período de 38,13 % para la jubilación e invalidez y 65,36 % para las pensiones por derecho derivado, de lo cual hay que deducir la inflación acumulada de 1996 al 2001 que fue del 35, 64 %. A su vez, en similar período, la pensión máxima subió de 600 a 696, 807.36 y 857.36 nuevos soles.

En un estudio elaborado en 1997 por la Universidad del Pacífico con la Defensoría del Pueblo, se presentó un rango de pensiones a febrero de dicho año, de manera que, acumulando la información 289,792 pensionistas (90,23 %) percibían hasta S/. 300; 10,934 pensionistas (3,40 %) percibían entre S/. 300 y 400; y, sólo 20,402 pensionistas (6,35 %) percibían entre S/. 400 y 600. A junio del 2004 la ONP tiene cuadros estadísticos donde aparece que las pensiones promedio de jubilación y vejez, considerando los diferentes grupos por años de aportación, de diciembre de 1997 a junio del 2004 subie-

15) www.onp.gob.pe
16) I.P.S.S.: Dirección Nacional de Informática – Dirección Nacional de Pensiones

ron de S/. 280.60 a S/. 519.76 (85 %), las de invalidez subieron de S/. 261.65 a S/. 447.89 (71 %), las de derecho derivado, en sus 3 subclases promediadas, subieron de S/ . 138.73 a S/. 266.26 (91 %). La pensión promedio general, considerando todas las anteriores, subió de S/. 240.54 a 447.43 (S/. 86 %).[17] Esta información tampoco detalla cuál es el número y la clase de pensionistas en cada caso, por lo que no se puede saber a ciencia cierta cuáles son los montos promedio de pensiones por número de pensionistas. Sin embargo, algunos analistas señalan que a agosto del 2003 más del 90 % de los pensionistas percibían una pensión mensual que no superaba los S/. 857.36.

d.2.- Régimen de pensiones del D.L. 20530

Según informaciones cruzadas de diferentes medios, 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. Se dice que en 1997 el Congreso de la República detectó 40,250 incorporaciones indebidas a la "cédula viva": 27,840 pertenecían al Gobierno Central, 260 a los Gobiernos Regionales, 1,540 a las Municipalidades, 7,040 a las Empresas Públicas, 2,800 a las Universidades y el ex – IPSS y 700 a actividades diversas[18].

Todos los aportantes tienen la calidad de asegurados obligatorios, por tratarse de un sistema cerrado. En el 2003, del total de 295,331 pensionistas, 290,500 (98,36 %) tenían una pensión mensual que no superaba los S/. 1,200, mientras que sólo los restantes 5,331 (1,64 %) percibían pensiones que estaban entre S/. 1,200 y S/. 32,000.[19] Recientemente el Ministro de Trabajo, Dr. Javier Neves Mujica, ha señalado que los pensionistas que reciben más de S/. 3,200 mensuales son aproximadamente el 3,5 % del total y que el 9 % de los que ganan más de dicha cifra tienen más de 70 años.[20] (Hace algunos años, a principios de 1996, en un estudio preparado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social durante la gestión de Sandro Fuentes, se señaló que: 84,000 pensionistas (30 %) percibían entre S/. 100-200; 140,000 pensionistas (50 %) percibían entre S/. 200-400; 28,000 pensionistas (10 %) percibían entre S/. 400-600; 14,000 pensionistas (5 %) percibían entre S/. 600-1,000; 8,400 pensionistas (3%) percibían entre S/. 1,000-4,000; y, por último, 5,600 pensionistas (2 %) percibían más de S/. 4,000.

No se cuenta con información fidedigna respecto del número de las pensiones por derecho derivado. Lo que sí está claro es el monto de las pensiones percibidas por cada concepto, que han sido establecidas por la Ley 27,617, de 28.12.01.

---

17) Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (CIUP) – Defensoría del Pueblo: "Los procesos de otorgamiento de pensiones en el régimen regulado por el D.L. 19990", Serie Investigaciones Especiales, Informe N° 1, Lima, junio 1997 y www.onp.gob.pe

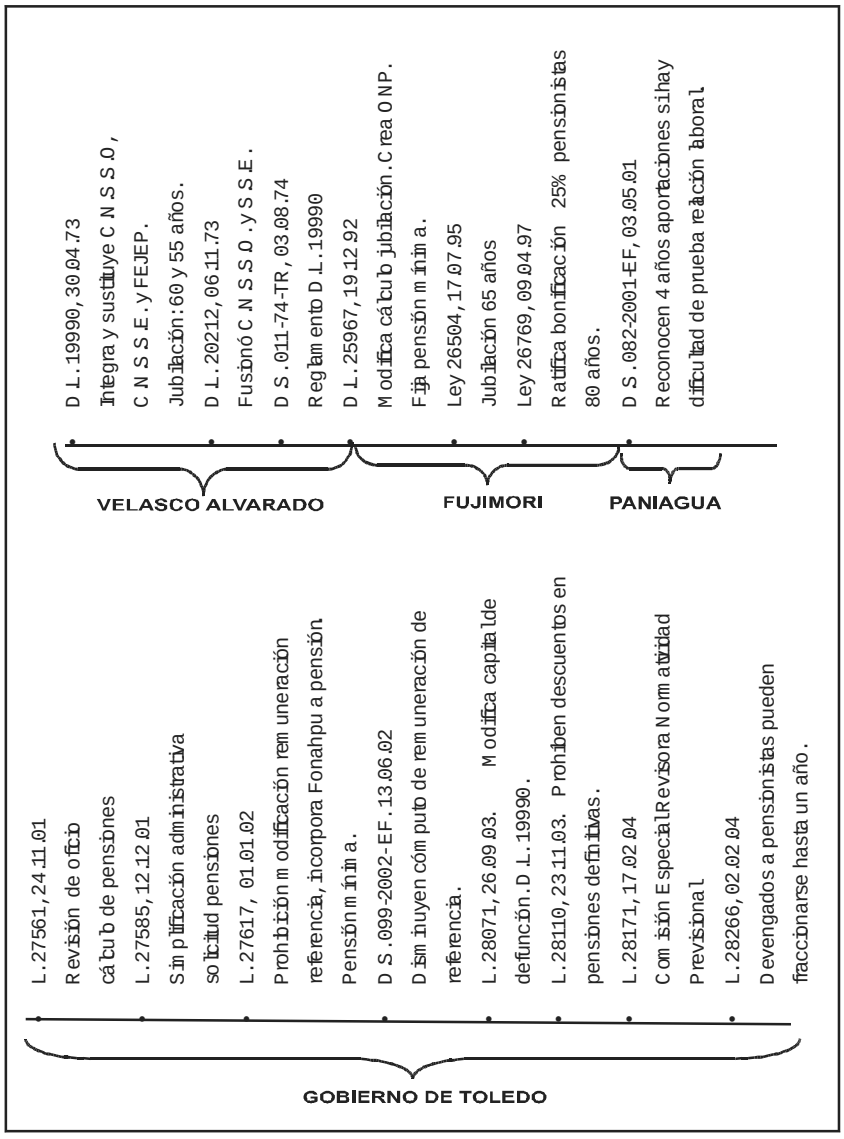
18) Diario "La República", Lima, 29.06.97.

19) GACETA JURIDICA: "Legal Express", Año 3, N° 32, agosto 2004, págs. 4-7.

20) Diario "Gestión", Lima, 23.08.04. También Investia Noticias de 29.08.04.

CUADRO N° 2

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRINCIPAL LEGISLACIÓN DEL SNP (D.L. 19990) 1973-2004



En cuanto a pensión mínima y pensión máxima en este régimen, el D.L. 817, de 22.04.96, fijó en su cuarta D.C. las pensiones mínimas mensuales para pensionistas por derecho propio (S/. 200 para los que tenían 20 o más años de aportación y montos menores en el caso de aportaciones menores), y para los pensionistas por derecho derivado se tomaron los porcentajes de la pensión mínima del causante fijada en S/. 200. Las pensiones mínimas por invalidez también se fijaron en S/. 200. Estos montos eran aplicables a todas las comprendidas en la Planilla Pública de Pensiones. Sin embargo, normas posteriores solo incrementaron la pensión mínima para el D.L. 19990, dejando confusa la pensión mínima de los afiliados al D.L. 20530. Las pensiones máximas tienen todo un historial en este régimen, tal como queda indicado en otra sección de este trabajo. Solo precisamos que según la Ley 28047, de 31.07.03, el monto máximo de las pensiones es de una Unidad Impositiva Tributaria (fijada en el 2004 en S/. 3,200), debiendo concordarse con la Ley 27617 que también señala montos máximos para las pensiones por derecho derivado.

1.2. Histórico – político.

Más que en la historia general o política, vamos a incidir en éste ítem en una sinopsis de la historia legislativa de las pensiones a cargo del Estado.

1.2.1. Sistema Nacional de Pensiones del D.L. 19990.-

Los antecedentes históricos de éste D.L. están en cuatro instrumentos jurídicos: a) Ley 8433, de 12.08.36, (gobierno de Benavides) que creó la Caja Nacional del Seguro Social Obrero para las prestaciones de enfermedad, invalidez, vejez y muerte; b) Ley 13640, de 21.04.61 (segundo gobierno de Manuel Prado), que creó el Fondo de Jubilación Obrera; c) Ley 13724, de 18.11.61 (Prado) que instauró el Seguro Social del Empleado, con las Cajas de Enfermedad-Maternidad y Pensiones; y, d) Ley 17262, de 29.01.68 (gobierno de Belaúnde), que creó el Fondo Especial de Jubilación de Empleados Particulares – FEJEP.

A continuación consignamos un cuadro esquemático de los hitos legislativos relacionados con éste Sistema Provisional.

El esquema presentado, que podría ser tildado como demasiado panorámico, requiere la siguiente apretada explicación:

a.- Sólo se trata de algunos aspectos importantes de la legislación involucrada. No pretende una esquematización acabada por razones prácticas y de espacio. Hay muchas otras normas también importantes que quedan fuera.

b.- El D.L. 19990 tuvo una perspectiva técnico-política muy especial, no solo unificó la normatividad dispersa sobre empleados y obreros particulares, sino que tuvo la visión de incorporar en dicho sistema a los trabajadores del régimen laboral de la actividad pública ingresados a partir del 01.05.73.

c.- Estableció como requisito general para la jubilación la edad de 60 años para los hombres y 55 para las mujeres. Quizá por la presión de las circunstancias internas y por falta de visión de largo plazo de los políticos de entonces, tuvo el error histórico de fijar también como requisito general, aparte de las excepciones contenidas en la propia ley, el tener 15 años completos de aportación los varones y 13 años completos las mujeres.

d.- La Ley 25967, después declarada inconstitucional en otros aspectos, fijó los años de aportación al sistema en 20 años completos como mínimo, estableció nuevas reglas para el cálculo de la remuneración de referencia en función del quantum de aportación, puso un tope a las pensiones de jubilación de S/. 600 mensuales y tuvo la buena idea de crear un organismo centralizado para la administración del Fondo de Pensiones: la Oficina de Normalización Previsional, después vapuleada por la ciudadanía por sus propios errores y ataduras condicionantes, pero que resulta fundamental para llevar adelante una administración seria de un régimen previsional.

e.- La Ley 26504 generalizó la edad de jubilación de hombres y mujeres en 65 años, mientras que la Ley 26769 ratificó normas precedentes de inferior jerarquía otorgando una bonificación mensual de 25 % de la pensión total a los pensionistas de 80 a más años.

f.- Paniagua, probablemente por la cortedad de su mandato, no abordó sistemáticamente el tratamiento del D.L. 19990 (en realidad no lo ha hecho nadie, con excepción del Gobierno Militar de Juan Velasco Alvarado); pero en su gestión se expidió una norma importante, el D.S. 082-2001-EF, por el cual se reconoció hasta 4 años de aportación cuando se acredite el vínculo laboral pero el postulante a pensionado tiene dificultades para acreditar sus aportaciones con los libros de planillas.

g.- Durante el gobierno de Toledo se han emitido diversas normas, hasta ahora asistemáticas o inorgánicas. Por ejemplo: la Ley 27561 dispuso que la O.N.P. debería resolver de oficio las solicitudes de pensión de jubilación en 60 días y ordenó la revisión de oficio de los procesos donde se aplicó retroactivamente la Ley 25967; la Ley 28171 dispone por fin la creación de una Comisión Especial revisora de la normatividad legal en materia previsional para elaborar "Anteproyectos de Textos Unicos Ordenados de los Regímenes Previsionales". Aparte de ello, las Leyes 27585, 27617, D.S. 099-2002-EF, 28071, 28110 y 28171, se encargan respectivamente de: simplificar administrativamente las solicitudes de pensiones, prohibir la modificación del cálculo de la remuneración de referencia si a la fecha de la dación de la norma el aportante contaba con menos de 55 años de edad, incorporar la bonificación Fonahpu a la pensión y fijar la pensión mínima en S/. 415 mensuales para quienes tienen 20 años de

CUADRO Nº 3

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRINCIPAL LEGISLACIÓN DEL REGIMEN ESTATAL DE PENSIONES DEL D.L. 20530 (1974-2004)

GOB. VELASCO A.

- D.L. 20530. 26.02.74
  Reg. Cerrado Cesantía, Jubilación y Monterio
- D.L. 22150, 25.04.78
  Incorpora diplomáticos

GOB. MORALES B.

- Constitución 1979, 28.07.79
  Nivelac. Serv. Art. Vidas más 20 años servicios.
- L. 23329, 03.12.81
  Acumul. Tiempo Serv. Cesantes Reingresantes.

GOB. BELAUNDE TERRY

- L. 23495, 19.11.82
  Nivelac. Pensiones
- L. 24029, 12.12.84
  Nivelación automática de remuneraciones de profesorado.
- L. 24156, 06.06.85
  Prof. Simultáneos no simultáneos

GOBIERNO DE GARCIA PEREZ

- L. 24366, 21.11.85
  Incorpora Serv. Públicos desde Feb. 67 (7 años serv.)
- L. 24700, 24.06.87
  Doble cómputo tiempo serv. Casos P. Judicial
- L. 24779, 23.12.87
  Reconoc. Tiempo cargos políticos
- L. 25066, 21.06.89
  Incorpora Serv. Públicos nombrados contratados al 26.02.74
- L. 21146, 19.12.89
  Incorpora Serv. Banco de la Nación.
- D.L. 556, 31.12.89
  Incorporación de Serv. Todos volumenes presupuestarios Gno. Central.
- L. 25171, 04.01.90
  Reconoce 4 años formac. Profes. A Jub. Cualquier Reg. Pensionarios (más de 70 años al 09.06.85)
- L. 25212, 19.05.90
  Incorpora magisterio nacional.
- L. 25219, 31.05.90
  Incorporación trabajadores Petroperú
- Resoluciones Trib. Serv. Civil anteponen 4 años profes. A fecha ingreso real.
- L. 25273, 16.07.90
  Incorporación Empr. Estatales Derecho Público o Privado

GOBIERNO DE FUJIMORI

- D.L. 25303, 16.01.91
  Topes Pensionarius Presup. 91
- 763, 08.11.91
  Nulidad incorporac. y reincorporaciones 20530. Deroga 23329
- D.L. 767, 29.11.91
  Incorporan magistrados 10 años servicios.
- Trib. Const. Sentencia 18.12.91
  Topes son constitucionales
- L. 25388, 08.01.92
  Topes pensionarios Presup. 92
- L. 25400, 07.02.92. Deroga D.L. 763
- D.L. 25456, 27.04.92
  Deroga Ley 25400 y Restituye Vigencia D.L. 763.
- Constitución 1993. Derechos adquiridos pensionistas
- L. 25986, 14.12.92
  Topes pensionarios presup. 93
- D.S. 017-93.JUS, 27.07.93
- L. O. Poder Judicial Ratifica Norma Incorporación
- Ley 26268, 30.12.93
  Topes pensionarios, Presup. 94
- D.L. 817, 24.04.96.
  Imprescriptibilidad nulidad incorporacionales.
  Deroga D.L. 24156-25171
  Tope: Sueldo Congresistas
- Tribunal Constituc., 23.04.97
  Inconstituc. Parcial D.L. 817
- L. 26835, 03.07.97. Pensiones Nivelables igual cargo público.
  Juicios por incorporaciones indebidas.
- D.S. 070-98-EF, 10.07.98
  T.U.O. Reg. Pensionario Estado.
- Corte Suprema SDC y S., 02.10.98 y 26.12.97, dejo sin efecto jurisprudencia de Trib. Sent. Civil.

GOBIERNO DE TOLEDO

- Trib. Constit., 15.06.01
  Inconstitucionalidad de Topes 26835.
- R.M. 271 -2001-Ef./10, 15.08.01 – Nuevos Topes (se integran 27.06.01 – 14.08.09)
- L. 27617, 28.12.01
  Modifican pensiones sobrevivientes y pensión mínima.
- L. 27719, 11.05.02
  Adm. y Pago pensiones vuelve org. Originarios.
- Trib. Constituc., 06.08.02
  Vuelve anteposición años formar profes. (Vict. Yupanqui Mendoza).
- L. 28040, 25.07.03
  Trib. Adm. Previsional.
  Trib. Constituc.
- L. 18.06.03
  Descarta sumatoria retroact. Form. Prof. (Maldonado Duarte)
- L. 28046, 31.07.03
  Fondo Asist. Previsional Contrib. Solid. Previsión
- L. 28047, 31.07.03
  Cierre D.L. 20530
  Fija pensión máxima
- L. 28115, 06.12.03
  Precisa Ley 27719
- D.L. 948, 27.01.04
  Precisa Ley 27719
- D.L. 948, 27.01.04
  Precisa Ley 28046
- D. 28171, 17.02.04
  Comisión Especial Revisora Normatividad Previsional

aportación, disminuir el cálculo de la remuneración de referencia para los afiliados menores de 55 años, rebajando los porcentajes del 30 % al 45 % por los primeros 20 años de aportación, rebajar el porcentaje de los años adicionales de aportación al 2 % y las formas de cálculo de la remuneración de referencia para el mismo grupo, fijar nuevas normas para el cálculo del capital de defunción, prohibir los descuentos, retenciones, recortes o medidas similares a las pensiones definitivas generadas por derecho propio, derivado o invalidez, sin mandato legal expreso, y, por último, estipular que los devengados a los pensionistas del D.L. 19990 solo pueden fraccionarse hasta por un año, salvo excepciones previstas en la misma ley.

1.2.2. Régimen estatal de pensiones del D.L. 20530.

Este D. L. amparaba originalmente a los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado con anterioridad al 11.07.62. Tiene sus antecedentes más remotos en la Ley de Goces de 1850, de 22.01.1850, y en la Ley 13724, de 12.07.62, que dispuso los servidores públicos ingresados después del 11.07.62 y comprendidos en el D.L. 11377, quedaron adscritos al Régimen de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado, cerrando de ese modo y a partir de esa fecha el régimen de cesantía, jubilación y montepío. Para visualizar mejor el panorama presentamos la siguiente sinopsis:

Como se puede apreciar de una rápida visión, los hitos fundamentales en esta evolución histórica en nuestro criterio han sido los siguientes:

a.- En regla general, los autores del D.L. 20530 fueron parcialmente lúcidos al señalar que era necesario perfeccionar el régimen porque su dispersión normativa no aseguraba debidamente el reconocimiento del derecho de los interesados, que eran cerca de 30,000, ni el cautelamiento del patrimonio fiscal, razón por la que lo declararon como régimen cerrado, y cuyos ingresos y reingresos posteriores se han incrementado en forma totalmente desproporcionada. No fueron nada lúcidos al legislar que los trabajadores adquirían derecho a pensión al alcanzar 15 años de servicios reales y remunerados los hombres y 12 y medio las mujeres. También se estableció la denominada “cédula viva” (que después ha degenerado en el “efecto espejo”), que la misma ley califica como “pensión renovable” y que sólo correspondía a los trabajadores que hayan cumplido 30 o más años de servicios y 60 o más años de edad los hombres y 25 o más años de servicios y 55 o más años de edad las mujeres, respectivamente.

b.- Del cuadro precedente también se colige que dicho régimen comenzó a ser flexibilizado durante el Gobierno de Morales Bermúdez y por buena parte de los partidos políticos que participaron en la elaboración de la Constitución de 1979. Belaúnde Terry fue más flexibilizador, pero nadie superó en flexibilización o distorsiones al Gobierno de García Pérez. El Gobierno de Fujimori pretendió

adoptar una política diferente y trató de enmendar rumbos, pero haciéndolo parcialmente tuvo algunas vacilaciones lamentables. Toledo, urgido por los graves problemas económico-financieros generados por dicho sistema, también ha tratado de dar marcha atrás, pero con políticas inorgánicas, fragmentarias, antitécnicas y sin formar parte de programas políticos globales. Recién en el 2004, después de haberse planteado el debate de la reforma constitucional de la normatividad pensionaria, algunos representantes del Gobierno y algunos representantes de los políticos de oposición parecen haber tomado el toro por las astas y en el Consejo de Ministros se ha aprobado un polémico Proyecto de Ley de Reforma Previsional, cuyo debate recién está comenzando.

g.- La 8ª Disposición General de la Constitución de 1979 cambió las reglas de juego del D.L. 20530, dispuso que las pensiones de los cesantes con más de 20 años de servicios y de los jubilados de la Administración Pública no sometidos al entonces régimen del Seguro Social del Perú, se nivelaran progresivamente con los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, es decir, se rebajó la edad de 30 y 25 años para acceder a la "cédula viva" o al "efecto espejo" a solo 20 años, con lo que muchos trabajadores durante cerca de media vida pueden gozar de pensión nivelable a cargo del Estado (la Ley de desarrollo constitucional que complementó estas disposiciones fue la 23495).

h.- La Ley 23329 quebró el D.L. 20530 al disponer la acumulación del tiempo de servicios de los cesantes reingresantes en el mismo Sistema. La Ley 24156 reconoció a los servidores públicos hombres y mujeres que tenían 15 y 12 y medio años de servicios prestados al Estado, respectivamente, hasta 4 años de formación profesional, simultáneos o no simultáneos, para beneficios pensionarios y otros efectos, cualquiera sea el régimen de pensiones en el que se encuentren.

i.- Las 10 normas legales dictadas entre los años 1985 - 1990 que hemos reseñado en el cuadro precedente son todas importantes y reflejan claramente el maltrato que afectó al régimen pensionario del Estado en dicho período. En prieta síntesis son de resaltar las leyes que incorporan al Sistema primero a los servidores públicos con 7 años de servicios anteriores a la 20530, o sea, desde febrero de 1967; reconocen el tiempo de servicios desempeñado en cargos políticos; luego incorporan a los servidores públicos nombrados y contratados al 26.02.74, a los trabajadores del Banco de la Nación, a los servidores de todos los volúmenes presupuestarios del Gobierno Central, a los miembros del Magisterio Nacional ingresados hasta el 31.12.80, a los de Petroperú y a los de empresas estatales de derecho público o privado. En este período el Tribunal del Servicio Civil instauró la curiosa y absurda tesis de la anteposición de los 4 años de estudios profesionales a la fecha de ingreso real del trabajador, emitiéndose múltiples resoluciones sobre el particular.

j.- Durante el decenio de los noventa el poder político intentó poner los cascabeles al gato, de ese modo se emitieron múltiples normas sobre topes pensionarios, que fueron una prueba de fuego para el Tribunal Constitucional porque primero los declaró constitucionales y después inconstitucionales; por D.L. 763 se instauró la posibilidad de plantear cuando correspondía la nulidad de las incorporaciones y reincorporaciones al D.L. 20530, pero dicha norma se derogó por Ley 25400 y se restituyó por D.L. 25456; el D.L. 767 y las normas sustitutorias tuvieron el yerro garrafal de incorporar al régimen a los magistrados con fiez años de servicios; la Constitución de 1993 reguló en su primera, segunda y tercera disposiciones finales y transitorias que los nuevos regímenes que se establezcan en materia de pensiones para los trabajadores públicos no afectan legalmente los derechos adquiridos, que el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias y las posibilidades de la economía nacional y que es nulo todo acto o resolución que acumule los servicios prestados en la actividad pública y privada; el D.L. 817 decretó la imprescriptibilidad de la nulidad de las incorporaciones al D.L. 20530, derogó las normas que acumulaban hasta 4 años de estudios profesionales y señaló como tope para las pensiones del régimen estatal el sueldo de un congresista; la Ley 26835 señaló que las pensiones eran nivelables a las de igual cargo público. En el último tercio de ese período diversos fallos de la Corte Suprema dejaron sin efecto la jurisprudencia precedente del ya derogado Tribunal del Servicio Civil.

k.- Durante el Gobierno actual también se han emitido múltiples normas sobre pensiones, siendo de destacar: la Ley 27617 que modifica varias normas sobre pensiones de sobrevivientes, retornando en regla general al 50 % de pensión de viudez y manteniendo el 100 % solo cuando dichas pensiones eran menores de una remuneración mínima vital y derogando el reconocimiento de pensión de orfandad para las hijas solteras mayores de edad, también reguló la pensión mínima; la Ley 27719, precisada por la Ley 28115, retornó la obligación de reconocimiento y pago de pensiones a los organismos públicos de origen, en vista de que el Tribunal Constitucional resolvió que la ONP no era competente para conocer sobre el particular; la Ley 28040 creó el Tribunal Administrativo Previsional como última instancia administrativa; la Ley 28046, precisada por el D.L. 948, se animó a gravar las pensiones con disposiciones tributarias y la Ley 28047 cerró nuevamente el régimen previsional del D.L. 20530, subió los aportes que deben pagar los trabajadores activos a partir de los meses de agosto de los años 2003, 2006 y 2009 a 13 %, 20 % y 27 %, respectivamente, y fijó la pensión máxima en una Unidad Impositiva Tributaria. En este período el Tribunal Constitucional siguió haciendo evidentes sus posiciones erráticas sobre diver-

sos temas pensionarios, como la nueva anteposición de los años de formación profesional y su pronta superación al descartar definitivamente la sumatoria retroactiva de los años de formación profesional, así como otros asuntos que tratamos en el ítem 3.2.2.

1.3. Económico – financiero.

El S.N.P. es un sistema técnicamente quebrado, con crecientes obligaciones no autofinanciadas. El Sistema Estatal del D.L. 20530 está en la ruina.

En una Ayuda Memoria del MEF en el 2003 se ha indicado que la situación económico-financiera es inviable. En el año 2002 más de S/. 6,000 millones de los recursos 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). En el 2003 el presupuesto inicial fue de S/. 6,300 millones, de los cuales S/. 3,800 millones se destinaron al financiamiento de las pensiones de la 20530; la planilla del D.L. 19990 en dicho año fue de S/. 2,837 millones, lo que requirió un subsidio de S/. 2,061 millones (76,6 %). La reserva actuarial, definida como el capital requerido para cumplir con el pago de todas las pensiones de los beneficiarios directos e indirectos comprendidos en la población cubierta (pensionistas y activos), hasta el fallecimiento del último de ellos, considerando las reformas normadas por la Ley 27655, el fallo del Tribunal Constitucional en el caso de las hijas solteras, Ley 27617 y 28047, asciende a us$ 40,142 millones aproximadamente ($ 24,416 millones del d.l. 20530 y $ 15,726 millones del d.l. 19990) , lo que significa el 70 % del pbi y 65 % del valor de la suma de la deuda interna más externa del país.

En el Presupuesto del 2004, que en total es de S/. 44,156 millones, se ha destinado S/. 6,274 millones para gastos previsionales (pensiones de cesantes y jubilados), de dicha cantidad el 88 % se financia con recursos ordinarios, ejerciendo enorme epresión sobre la Caja Fiscal. De ese modo, al año 2003 el subsidio estatal unitario para un pensionista actual promedio en cada sistema previsional, calculado sobre remuneraciones y pensiones promedio es de 58 % del capital requerido per cápita en el D.L. 19990 y 85 % del capital requerido per cápita en el D.L. 20530. Dicho subsidio unitario se mantendrá, salvo reformas, en éste último régimen, pero tenderá a reducirse con el tiempo en el S.N.P. como resultado de las reformas implementadas por la Ley 27617 que buscó adecuar este último Sistema a la esperanza de vida actual y a los cambios demográficos del país.[21]

En el D.L. 19990 el costo total de las planillas en el 2003 y 2004 es de S/. 2,785’185,356 y S/. 3,087’312,153. Dicho costo se cubre con recursos ordinarios (apor-

21) www. Transparencia económica.mef.gob.pe

tados por el Estado a través del MEF) de S/. 2,020'321,589 y S/. 2,319'125,201, respectivamente; los aportes recaudados y por recaudar en los mismos años como contribución a los Fondos son de S/. 164'863,766 y 788'186,952. En el Presupuesto del 2005 la participación de las pensiones se reduce de 16.2 % a 14.5 %, ascendiendo a la suma de 7,182 millones de nuevos soles.

Si se implementa la reforma constitucional en materia de pensiones y se aprueba el Proyecto del Poder Ejecutivo de Reforma del D.L. 20530. según el M.E.F. el ahorro financiero será en el primer año de S/. 57,3 millones y la implementación de los aumentos programados para las personas de ingresos más bajos generará un gasto de S/. 61,9 millones. Sin embargo, ese desbalance en el costo sólo sucederá durante el primer año, en el segundo cambiará. El pago del total de las pensiones a cargo de los sistemas estudiados representa cerca del 14 % del presupuesto del país, pero las modificaciones, de aceptarse, generarán en los próximos 5 años un ahorro promedio anual de S/. 1,438 millones, que se pueden dedicar a otros gastos sociales.

2. Problemática jurídica.

2.1. En el ámbito legislativo.

Solo por razones de especialidad hemos separado esta problemática de la precedente, pero es claro que la taxonomización de problemáticas son por simples razones pedagógicas, ya que todos los factores interactúan y se condicionan recíprocamente. En ese contexto desarrollaremos a continuación los campos legislativo y jurisprudencial. En el primero presentaremos brevemente algunos aspectos de la legislación relacionada con los regímenes de los DD.LL. 19990 y 20530; en el segundo sintetizaremos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que nos parecen importantes, sin perjuicio de muchos otros que por razones obvias no trataremos en esta ponencia.

2.1.1. Interferencias entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social.

Las interferencias interdisciplinarias se dan en diversos ámbitos. Veamos algunos de ellos:

a.- Antes el Derecho de Seguridad Social fue un capítulo del Derecho del Trabajo. Por esa razón es que, quiérase o no, arrastra todavía varios principios propios de la disciplina matriz, independientemente de los suyos que están claramente diferenciados. A pesar de que la sétima disposición complementaria del D.L. 817 precisó que "los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social", en la práctica nuestra legislación previsional aplica varios principios, destacando dentro de ellos el de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación (a veces más bien clara-

mente discriminatorio). Esto tiene grandes consecuencias en la creación y manejo normativo y en su aplicación jurisprudencial.

b.- El temor de los mal llamados "sobrecostos" de la seguridad social, de acuerdo a la idiosincracia del empresariado peruano, hace que en muchos casos estos busquen la informalidad. Independientemente de las consecuencias del trabajo o del empleo en la seguridad social, el "temor a la seguridad social" restringe el libre funcionamiento de la contratación laboral y los aspectos propios de la prestación y la contraprestación.

c.- La Constitución de 1979 prescribió que el Estado debería tener un Sistema Único de Remuneraciones y de Pensiones. Belaúnde intentó avanzar algo en la búsqueda de organicidad o sistematicidad del primero con el D.L. 276, pero fracasó por la incomprensión de los actores sociales y por las propias limitaciones técnicas de su gobierno, al igual que ocurrió con los subsiguientes. Sostenemos que no se avanzó casi nada en el impulso del Sistema Único de Pensiones, tanto más cuando la Constitución de 1933 ni mencionó el tema; sin embargo, en la actualidad nuevamente se presenta la posibilidad de instaurar nuevos procesos técnicos viabilizados por la Ley Nº 28175, denominada Ley Marco del Empleo Público, que no solo regula algunos aspectos del tema sino que impulsa la próxima aprobación de leyes referidas a las carreras de los servidores y funcionarios públicos, empleados de confianza y ley de remuneraciones del empleo público, entre otros. Pero de lo dicho se concluye claramente que ambos sistemas se involucran, difieren y complementan a la vez . El asunto está en dilucidar hasta qué punto es posible o no romper y en qué casos el cordón umbilical que une a ambas disciplinas jurídicas.

d.- En el Perú siempre ha existido una íntima vinculación entre remuneraciones y pensiones. Ello ocurre porque clásicamente todo lo que constituye remuneración es base de cálculo para los aportes y/o descuentos por leyes sociales, en consecuencia toda remuneración es pensionable y todo el Derecho Pensionario está literalmente "amarrado" a las remuneraciones, empezando por las remuneraciones mínimas vitales. ¿Es correcta dicha vinculación o ya es tiempo de buscar otra salida? ¿Es adecuada la equiparación o se debe buscar conceptos pensionarios referenciales independientes? ¿Siendo en la actualidad los sistemas previsionales de reparto, capitalización o mixtos, deben quedar siempre vinculados a las remuneraciones? La Ley 28112 ha desarrollado el art. 39 de la Constitución sobre la jerarquía y remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado y ha creado la Unidad Remunerativa del Sector Público (URSP), pero a su vez se ha cuidado en sus disposiciones transitorias de señalar que ninguna de las normas sobre jerarquía y remuneraciones puede afectar el régimen de pensiones establecido por el Decreto Ley 20530 y sus modificatorias y complementarias.

Al parecer, aquí habría un germen de independización de conceptos que exige una discusión más profunda y razonada.

e.- Se aprecia otro punto de interferencia en el caso de la extinción del contrato de trabajo. Durante el decenio de los noventa e incluso desde antes, en la experiencia peruana ha aparecido un vicio generalizado o una actitud cómoda y técnicamente irresponsable en el manejo del derecho pensionario, ya que para proceder a los despidos colectivos de los trabajadores en el Sector Público y para de algún modo justificarlos, se les ofrecía y se les otorgó como uno de los "incentivos" el reconocimiento de 3 y a veces hasta 5 años de servicios como tiempo de aportación para pensiones, sin que el trabajador haya prestado servicios reales y efectivos (en el fondo se trataba de una "indemnización por despido disfrazada", pero a costas no del empleador activo, sino de la seguridad social). No tenemos información estadística, pero suponemos que más de 50,000 personas se han acogido a esta ganga anti-técnica. La actual Administración Gubernamental lamentablemente ha caído en el mismo juego, ya no en vía de otorgamiento de incentivos por cese, sino en vía reparatoria de aquellos, en relación a las Leyes 27452, 27487, 27586, 27803 y 28299, así como sus normas conexas y reglamentarias, referidas a los ceses colectivos arbitrarios ocurridos durante el Gobierno del ingeniero Fujimori; dentro de una de las alternativas ha dispuesto la jubilación adelantada a los 55 años para los hombres y 50 para las mujeres siempre y cuando cuenten con un mínimo de 20 años de aportación, el reconocimiento de hasta doce años de aportes para fines pensionarios, siempre y cuando los ex - trabajadores no hubieran estado laborando para el Estado en dicho lapso, computados desde la fecha efectiva del cese hasta la entrada en vigencia de la Ley 28299, de fecha 22.07.04. El error técnico en este punto es que el tiempo no trabajado por motivo de ceses colectivos arbitrarios constituye una suspensión perfecta desde el punto de vista del Derecho del Trabajo (no se ha reconocido reintegros a los trabajadores), pero resulta indirectamente una suspensión imperfecta desde la óptica del Derecho de la Seguridad Social - Pensiones.

Lo poco que acabamos de decir sobre esta interrelación esperamos demuestre que hay que dar un debate profundo sobre el tema.

2.1.2. Legislación inestable y vacilante.

Durante el último decenio del siglo pasado y primero del actual la legislación sobre pensiones ha sido anárquica y antitécnica, sólo pretendió poner parches para solucionar aisladamente algunos problemas. Los especialistas y el Congreso de la República se han centrado más en la discusión de la reforma constitucional como prerrequisito para cualquier tratamiento de una nueva Ley de Pensiones que unifique los Sistemas de los Decretos Leyes 19990 y 20530 (el Ministerio de Trabajo incluso ha tomado ya la inicia-

tiva), pero no se ha propuesto una Ley General de Pensiones que sobre la base de un título preliminar sustancioso recoja los aspectos y principios fundamentales y regule armónicamente los regímenes común y especiales de la seguridad social. Es una tarea pendiente que tiene que plantearse como estrategia de trabajo sistemático y de largo alcance.

Algunas muestras, entre muchas otras, de esta legislación inestable y vacilante son las siguientes:

1. Con el D. L. Nº 763, de 08.11.91, se pretendió cerrar el régimen del D.L. 20530; sin embargo eso duró solo hasta el 07.02.92, en que se derogó dicho dispositivo legal.
2. A partir del año 1996, cuando la II D. C. del D. Leg. Nº 817 facultó a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial a crear instancias judiciales especializadas en materia de pensiones, hubieron marchas y contramarchas preocupantes. Por ejemplo, por Resolución Administrativa Nº 131-CME-PJ, de 25.06.96, se creó en la Corte Superior de Lima una Sala Especializada en Derecho Público, otra en Acción Contencioso - Administrativa y un Juzgado Previsional Transitorio para los casos del D. L. 20530. Luego, se retiró la competencia a los Juzgados Especializados de Trabajo de Provincias y se dispuso que todos los procesos judiciales sobre dicha Ley sean remitidos a Lima. Después de varios meses de confusión, sin resolver nada, se volvió a disponer que ellos sean tramitados en sus respectivos Juzgados de origen, aparte de que hubo disposiciones, también derogadas después, que prohibían a los magistrados que estaban protegidos directa o indirectamente por dicha Ley a conocer sobre el particular.
3. En mérito a que la Ley 27617 autorizó a que por D. S. se puedan modificar los criterios para determinar la remuneración de referencia y los porcentajes aplicables para la determinación de la pensión dentro del D.L. 19990, el D.S. Nº 099-2002-EF, de 13.06.02, a partir del 02.01.02 y para aquellas personas que a dicha fecha no habían cumplido 55 años, se ha rebajado los porcentajes del valor de la remuneración de referencia para pensiones por los primeros 20 años de aportación (antes era el 50 %, ahora oscila entre el 30 % y el 45 %), así como el porcentaje por los años de aportación adicionales (antes era el 4 % de la remuneración de referencia, ahora es el 2 %). La intencionalidad, clara e irrebatible, es disminuir el monto de las futuras pensiones de jubilación en un intento desesperado por evitar el colapso del Sistema.
4. Los topes pensionarios en el D.L. 19990 no han generado problemas, excepto las sentencias del Poder Judicial que en los polémicos casos fundamentalmente derivados de la aplicación del D.L. 23908 han dispuesto el pago de pensiones mayores. En cambio, los topes pensionarios del D.L. 29530 han sido ardorosamente disputados tanto en la legislación como en la jurisprudencia (ver

ley 25303, 25388, 25986, 26268, D.L. 817, 26835, R.M. 271-2001-EF/10, 27617, 28047 y sentencias del Tribunal Constitucional de 18.12.91, 23.04.97, 15.06.01, entre otras.

2.1.3. Reforma constitucional en materia de pensiones.

Por Ley N° 27600, de 15.12.01, se suprimió la firma de Fujimori en la Constitución de 1993 y se dispuso que la Comisión de Constitución del Congreso de la República proponga un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979; una vez aprobado por el Congreso sería sometido a referéndum y de ser aprobada quedaría abrogada la actual Constitución. Esto dio lugar a intensos debates, se creó incluso una Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional integrada por brillantes constitucionalistas y el Tribunal Constitucional, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad contra dicha ley interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco (Exp. N° 014-2002-AI/TC), emitió una señera y académicamente muy bien lograda sentencia, de fecha 21.01.02, donde reprodujo las tres alternativas desarrolladas por la Comisión de Estudio de las Bases y declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad. Con ello el debate se enfrió, así como por las complicaciones sociales, económicas, políticas y de otro tipo que traería cualquier intento de reforma.

Amainado el debate de la reforma constitucional total, basándose en el punto 13 del Acuerdo Nacional suscrito por líderes políticos y algunos partidos (reforma en materia provisional relacionada con el D.L. 20530 en aras de la sostenibilidad fiscal y la equidad del sistema de pensiones), y en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27.06.03 (Exp. N° 002-2003-AI/TC, sobre acción de inconstitucionalidad contra la Ley 27617) que sugería una reforma constitucional para viabilizar la aplicación de nuevas condiciones para la percepción de pensiones en el D.L. 20530 teniendo en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional y la sentencia de 28.02.03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el denominado caso “Cinco pensionistas contra el Perú”, se presentó un Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, el mismo que ha sido aprobado en primera legislatura ordinaria de acuerdo al art. 206 de la Constitución en el primer semestre del 2004 y está a punto de entrar a una segunda votación en los próximos días. Si se aprueba la reforma, ella afectará a los pensionistas del D.L. 20530, sino a los otros regímenes provisionales a cargo del Estado, como son el S.N.P., Caja de Pensiones Militar y Policial, etc.

Al margen de los debates académicos y políticos sobre la oportunidad de la propuesta, el Proyecto de Reforma Constitucional propone la modificación de los arts. 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993. Los

aspectos centrales de la Reforma, los analizaremos y sintetizaremos a continuación en tres puntos.[22]

El primer aspecto se refiere a la propuesta de modificación del art. 11 de la Constitución que pretende corregir varias deficiencias con la creación de un órgano del Gobierno Nacional que administre los regímenes de pensiones a cargo del Estado. En realidad, se trataría de una reedición de la experiencia de la O.N.P. (con dicho nombre u otro), que en nuestro criterio y al margen de sus errores ha tenido lados buenos, como son, entre otros, la centralización y control de la identificación del personal incorporado al régimen del D.L. 20530, la utilización de criterios uniformes de interpretación y aplicación de normas en materia pensionaria y la defensa judicial del Estado.

Antes de la existencia de la O.N.P. y después de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 15.06.01, (Exp. Nº 01-98-AI/TC), que declaró la inconstitucionalidad de la mayor parte de la Ley 26835 y le quitó competencia a dicho organismo para reconocer y declarar pensiones en el régimen del D.L. 20530, ha vuelto la anarquía al Sector con la dación de la Ley 27719, que retorna dichas facultades a los organismos originarios del Estado. Ahora son cerca de 106 las unidades ejecutoras de éste régimen (organismos públicos del Gobierno Central y Gobiernos Regionales, otros organismos descentralizados, organismos autónomos, empresas estatales de derecho público y privado, municipios, etc) las que pueden pronunciarse respecto de las solicitudes de incorporación o reincorporación, acumulación de tiempos de servicio, reconocimiento de los años de formación profesional con los derechos adquiridos antes de la derogatoria de los dispositivos legales pertinentes, reclamaciones administrativas respecto a las remuneraciones pensionables, monto de la pensión y otros derechos y/o pretensiones que puedan surgir vía conflictos jurídicos pensionarios. Como es obvio, todo esto deviene en caótico e intolerable porque es antitécnico, a veces se hace con falta de conocimientos y experiencia, cuando no con incapacidad o fomentando antiéticamente favores políticos o compadrazgos mezquinos.

El segundo aspecto está relacionado con la propuesta de modificación del segundo párrafo del art. 103, que intenta consagrar a nivel constitucional la teoría de los hechos cumplidos, emulando y reproduciendo el art. III del Título Preliminar del C.C., con la precisión adicional de que la ley **"desde su entrada en vigencia"** se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Ello implica que los hechos no cumplidos de las relaciones existentes se rigen por la nueva norma a partir de su vigencia, incluso algunos sostienen que se aplica a los hechos ya cumplidos

22) Para mayores ampliaciones, véase: MORALES CORRALES, Pedro: "Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen Pensionario del Decreto Ley N° 20530"; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: "¿Adiós a la pensión 20530 de la "China Tudela?"; ABANTO REVILLA, César: "Crónica de una muerte anunciada. Comentarios sobre la reforma el D.L. N° 20530"; y GONZALES HUNT, César: "El futuro de la cédula viva. Reforma constitucional del régimen provisional del Estado", en Revista "ACTUALIDAD JURIDICA", publicación mensual de "GACETA JURIDICA", Tomo 126, Mayo del 2004, págs. 9 -15, 17 – 20, 21 – 29 y 31 – 40, respectivamente.

pero cuyos efectos son revisados por norma posterior. Se considera que esta modificación es importante en el concierto jurídico nacional porque en forma unánime nuestra doctrina ha consagrado la teoría de los hechos cumplidos como regla general del sistema, con algunas excepciones, entre ellas la de los regímenes pensionarios a cargo del Estado. La aprobación de esta reforma permitiría aplicar en forma inmediata las normas de desarrollo constitucional a los trabajadores activos y pensionistas del D.L. 20530 y D.L. 19990.

En tercer lugar está lo más importante, la propuesta de reforma o sustitución de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. El texto actual de aquella señala que el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra, con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional. La propuesta de reforma tiene varios puntos: declara cerrado definitivamente el régimen pensionario del D.L. 20530 (con lo cual cualquier ley o disposición legal que intentara abrir el régimen estaría viciada de inconstitucionalidad); prohibe las nuevas incorporaciones o reincorporaciones (muchas normas quedarían derogadas, incluso las leyes especiales de los magistrados y los diplomáticos); los trabajadores activos del D. L. 20530 que no cumplieran los requisitos para obtener la pensión correspondiente deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones; las nuevas reglas pensionarias establecidas por la ley se aplicarán inmediatamente a los trabajadores y pensionistas a cargo del Estado según corresponda. No se podrá prever en ellas la nivelación de las pensiones con las remuneraciones; las modificaciones en los regímenes pensionarios actuales y en los que se establezcan a futuro deberán regirse por los criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación; por último, se autorizaría a la autoridad competente a iniciar las acciones legales correspondientes para que se declare la nulidad de las pensiones obtenidas ilegalmente, salvo los casos definidos por sentencias con carácter de cosa juzgada que se hayan pronunciado expresamente sobre el fondo del asunto o que las respectivas acciones hubieran prescrito.

En cuanto a la prescripción no hay muchas expectativas de lograr resultados favorables debido a que están sometidas al plazo de 10 años previsto en el art. 2001 del C.C.[23] Incluso hay autores que consideran inadecuado el texto en este punto y cuestionan la aplicación de criterios civilistas sobre la prescripción en cuestiones que no son de derecho común, sino de interés público, por lo que sugieren se contemple las bases de una regulación que habilite la interposición de acciones de nulidad sin sujetarse a las reglas civiles sino a las que se pudiera disponer al efecto con un plazo diferente[24].

---

23) ABANTO REVILLA, César: op. cit., pág. 29.
24) GONZALES HUNT, César: op. cit., pág. 40.

2.2. En el ámbito jurisprudencial (Algunas de las principales soluciones del Tribunal Constitucional en materia de pensiones).

1.- Exp. Nº 007-96-I/TC (acumulado), sentencia de 23.04.97, en los seguidos por Bernardo Fernández Gil, y más de 5,000 ciudadanos, sobre acción de inconstitucionalidad contra los arts. 7, 8, 9, 10 y la Disposición Transitoria única del Decreto Ley Nº 25967, que modificó el goce de pensiones que antes administraba el ex- Instituto Peruano de Seguridad Social, y contra los arts. 1 y 2 de la Ley 26323, que permitieron los pensionistas del D.L. 20530 sean transferidos a la Oficina de Normalización Previsional, liberando de responsabilidad del pago de las pensiones a la entidad en que los mismos prestaron servicios y cesaron, afectando su derecho a una pensión de cesantía nivelada.

Dicha sentencia es bastante densa y de contenidos sustanciales. Solo resaltamos como algunos de sus aspectos medulares la declaración de inconstitucionalidad del art. 10 del D.L. 25967, por contravenir lo dispuesto en los arts. 51, 138 y 200 de la Constitución, el reconocimiento de una situación excepcional de ultractividad de los derechos legalmente obtenidos en materia pensionaria con los D.L. 19990 y 20530; que los asegurados inscritos en el D.L. 19990, que hasta antes de la vigencia de los D.L. 25967 y 26323 habían cumplido 60 años los varones y 55 las mujeres, a condición de que reúnan los requisitos de aportación señalados en la ley, tienen derecho a pensión en los términos y condiciones que la norma anterior establece, incluyéndose los criterios para calcularla; que el nuevo sistema de cálculo se aplicará solo y únicamente a los asegurados que con posterioridad a la dación del D.L. 25967 cumplan con los requisitos señalados en el D.L. 19990, y no a aquellos que los cumplieron antes de la vigencia del citado D.L. 25967, y que los derechos adquiridos por los pensionistas de los D.L. 19990 y 20530 tienen que ser necesariamente respetados por el legislador ordinario, por la sola voluntad del constituyente, también tiene que ser respetado el derecho a una pensión nivelada.

2.- Exp. Nº 008-96-VTC, sentencia de 23.04.97, en los seguidos por cerca de 27,000 ciudadanos representados por Maximiliano Cárdenas Díaz y otros, sobre demandas de inconstitucionalidad acumuladas de diversos artículos del D.L. 817.

Esta sentencia también es vasta y rica en contenidos, siendo en nuestro criterio fundamentales los siguientes: a) Se declaró fundadas en parte las demandas de inconstitucionalidad, en consecuencia inconstitucionales, varios artículos del D.L. 817 que asigna al Tribunal de la Administración Pública competencia para conocer reclamaciones sobre derechos y deberes laborales de los servidores públicos, crea la Sala Laboral, regula sobre la imprescriptibilidad de la declaración de nulidad de las resoluciones administrativas de la O.N.P., la obligación de los jueces de no contravenir las disposiciones del D.L. 817, impedimentos de los jueces y fiscales para conocer procesos en materia previsional, ejecución de sentencias y creación de instancias especializadas en el Poder Judicial, por legislar en materia no delegada; la declaración de la O.N.P. como la única entidad competente para otorgar derechos pensionarios y por vulnerar el

principio de irretroactividad de las leyes; considera que la 12° D.C. del D.L. 817 no es inconstitucional porque la intención del legislador no es la de establecer la aplicación retroactiva de la norma en cuanto a normas de procedimiento, el D.L. 817 solo puede aplicarse a hechos y situaciones jurídicas que se configuren a partir de su vigencia, y como tiene rango de ley puede modificar válidamente normas preexistentes; el derecho a una pensión nivelable se adquiere desde el momento en que se cumplen de hecho los requisitos señalados en la ley, aún cuando el administrado continúe laborando efectivamente, en consecuencia, aquellos que se encontraban bajo el amparo del D.L. 20530 y ya han cumplido los requisitos señalados por aquella, esto es, laboraron 20 o más años, antes de la entrada en vigencia del D.L. 817, tienen derecho a una pensión nivelada y los que no alcanzaron los 20 años del servicios al 24.04.996 no tienen derecho a una pensión nivelable, etc.

3.- Exp. Nº 549-99-AA/TC, sentencia de 10.12.99, en los seguidos por César Enrique Orrego Espinoza contra el Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, sobre acción de amparo por violación del derecho a la igualdad ante la ley, libertad de creación intelectual y al trabajo efectivo, por haber sido cesado por límite de edad a los 70 años (nótese que con posterioridad, 11.09.02, se ha emitido una sentencia similar, Exp. N° 1485-2001-AA/TC).

La sentencia comentada revocó la de segunda instancia y declaró fundada la acción de amparo ordenando la no aplicación de la Resolución Rectoral que dispuso el cese del profesor universitario demandante en aplicación del art. 35, inc. a) del D.L. 276 y art. 186 del D.S. 005-90-PCM.

Esta sentencia ha sido defendida por algunos cultores de la especialidad[25]. Sin embargo, nosotros discrepamos de aquella por múltiples razones, dentro de las que liminarmente consideramos: a) Por experiencia personal, conocemos de reincorporaciones de servidores públicos mayores de 70 años por mandato judicial, el drama es que no se sabe hasta cuándo seguirán laborando. Si son longevos y viven 100 años, como aparentemente "no existe" límite en la edad de jubilación para dicho tipo de actividad, podrán seguir laborando hasta dicha edad; pero eso es anti - técnico y anti - humano; b) Como dijimos supra, en el Perú deberían existir estudios multidisciplinarios previos que coadyuven a fijar, aparte de la edad general de jubilación de 65-70 años que funcionan en el Derecho de Seguridad Social común, edades especiales de jubilación mayores y menores que las precitadas, en función de las características y riesgos de cada tipo de trabajo; solo hay algunos avances en algunos sectores; mientras tanto tiene que funcionar la supletoriedad expresa o tácita, hasta que el desarrollo jurídico del país de para la aprobación de una Ley General de Seguridad Social que involucre a

25) Ver TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: Jubilación obligatoria: los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, Nº 68, mayo, 2004, págs. 51-62.

todos los sectores; c) La sentencia del Tribunal constituye un yerro garrafal porque en este caso la aplicación supletoria es expresa e indiscutible por mandato de los arts. 35, inc a) del D.L. 276, art. 186 del D.S. 005-90-PCM y art. 52, inc. g) de la Ley 23733 y los propios Estatutos de las Universidades, d) La jubilación en el Perú, y no hablamos de las jubilaciones anticipadas porque no es el punto, tanto en el sector público como en el privado, en regla general y salvo algunas excepciones, es potestativa a los 65 años y obligatoria y automática a los 70 años; mientras no existan otras normas tenemos que aplicar aquellas porque no podemos dejar los problemas concretos en el limbo de la indefinición; e) En su naturaleza jurídica la jubilación es el reconocimiento del derecho al descanso del trabajador que ha completado su ciclo laboral, por tanto genera una prestación de la seguridad social que constituye una protección contra las personas de la tercera edad ("descanso socialmente retribuido"); no somos de la idea de que se trate de una presunción de incapacidad de los trabajadores mayores, porque dicho asunto es altamente polémico y depende del tipo de actividades realizadas, sin embargo, en cualquier debate sobre el particular no puede dejarse de lado la tasa de mortalidad e incremento del promedio de vida y demás factores demográficos y de envejecimiento de la población; y, f) Por último, no creemos que, en las circunstancias actuales del desarrollo del país y de sus aspectos sociales, la jubilación obligatoria y automática sea una figura inconstitucional.

4.- Exp. Nº 0703-2002-AC/TC, sentencia de 27.12.02, en los seguidos por la Asociación Nacional de Obreros Municipales Pensionistas D.L. 19990 contra la O.N.P., sobre acción de cumplimiento de la ley 23908.

En esta sentencia se nota la variación de criterio del Tribunal Constitucional, ya que en sentencias anteriores, como la de 27.04.00, recaida en el Exp. Nº 630-99-AA/TC, en los seguidos por Santiago Trivelli Aduvire contra la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre acción de amparo, se declaraba improcedentes este tipo de reclamaciones. Sin embargo, en el caso comentado, donde se revocó la recurrida y se declaró fundada en parte la demanda ordenando que la emplazada cumpla con reajustar la pensión de jubilación de acuerdo a los parámetros de la Ley 23908, son de resaltar los siguientes aspectos: a) El Tribunal señala erróneamente que tienen derecho a la determinación de la pensión inicial o mínima, con arreglo al criterio de la Ley 23908 (monto mínimo de las pensiones de jubilación en el Sistema Nacional de Pensiones es de tres salarios mínimos vitales) , los pensionistas que adquirieron el derecho antes de la entrada en vigencia del D.L. 817, de 23.04.96,y, b) Por lo demás, los errores interpretativos contenidos en esta sentencia han sido claramente expuestos por López Trigoso, a cuyo trabajo nos remitimos[26].

---

26) LOPEZ TRIGOSO, Edwin: "Sobre el respeto al debido proceso en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional sobre la aplicación de la Ley 23908", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, Nº 67, abril 2004, págs. 55-77.

5.- Exp. Nº 2135-2002-AA/TC, sentencia de 23.01.03, en los seguidos por Marietta Elba Picón Murgueytio contra la sentencia de la Sexta Sala de la Corte Superior de Lima, sobre acción de amparo contra la O.N.P. por haber denegado el derecho a pensión de sobrevivientes - orfandad a una hija soltera mayor de edad.

En este caso el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de amparo y dispuso que se otorgue pensión de sobrevivientes - orfandad, hija soltera mayor de edad, en base a las consideraciones fundamentales estimadas por dicho organismo de que el requisito de no estar amparado por algún sistema de seguridad social se refiere a que en la actualidad no se está gozando de una pensión y de que la madre no gozó de la pensión de viudez por haber fallecido antes de su otorgamiento, y que como ésta no se hizo efectiva mientras la titular estaba en vida, no procede afirmar la exclusión de la pensión de sobreviviente de la hija.

Esta sentencia también contiene yerros lamentables, no solo porque violenta la clara disposición contenida en el inc. c) del art. 34 del D.L. 20530, por el cual la pensión de viudez excluye a la de orfandad para la hija soltera mayor de edad, sino porque confunde el momento en que se genera la pensión con el momento en que administrativamente se hace efectivo su pago[27].

En relación a este tema también es bueno precisar que por Ley 26717, publicada el 01.01.02, se modificó la Ley 20530 disponiéndose el retorno al 50 % por la pensión de viudez (los arts. 25 y demás pertinentes de ésta última señalaban que el importe de la pensión de sobrevivientes era el 50 % de la pensión de cesantía que correspondía al causante; sin embargo, por Ley 25008, de 26.01.89, sin justificación alguna y solo por razones "políticas" de baja alcurnia, se incrementó el porcentaje al 100 %) y se derogó la pensión de orfandad para las hijas mayores de edad, que en la mayoría de los casos daba lugar a grandes vicios. Contra dicha ley se presentaron varias acciones de inconstitucionalidad, las que fueron acumuladas en algunos casos y resueltas por sentencias de 24.04.03 y 21.09.03. En la primera de ellas, recaída en el Exp. Nº 005-2002-AI/TC, se estableció absurdamente que en las pensiones de sobrevivientes nos encontramos frente a un derecho adquirido con condición suspensiva desde el momento en que el causante tiene derecho a pensión, independientemente de la fecha en que se produzca el fallecimiento. Como bien dice Abanto Revilla, y nosotros estamos de acuerdo con ello, se trata de otro error garrafal del Tribunal Constitucional, no es posible considerar que el derecho a pensión de sobrevivientes se genere a partir del momento en que el trabajador cumplió 15 años de servicios porque el art. 48 del D.L. 20530 estipula que dicho derecho se genera desde la fecha de fallecimiento del causante. Con el razonamiento ilógico del Tribunal nos encontramos frente al absurdo de que un causante

27) Vid. ABANTO REVILLA, César: "D.L. 20530. El Tribunal Constitucional y su interpretación de los requisitos para acceder a pensión de sobrevivientes. La orfandad para las "hijas solteras", en "Diálogo con la Jurisprudencia, Nº 70, Julio, 2004, año 10, págs. 67-73.

puede generar derecho a pensión de sobrevivientes incluso antes de que esté casado y antes de que tenga hijos[28]. Dicho de otro modo, si el causante, supongamos profesor del Estado ingresado el 01.11.80 cuando tenía 22 años de edad, incorporado al D.L. 20530 por mandato de la Ley 25212, de 20.05.90, se casó el 01.11.00, cuando tenía 20 años de servicios y fallece en octubre del 2004 dejando dos hijas pequeñas. Supongamos que la madre también fallece y a las dos hijas, cuando lleguen a la mayoría de edad, no les da la gana de casarse porque conocen dichas sentencias, pues tendrían derecho a recibir pensión de sobrevivientes como hijas solteras mayores de edad hasta su fallecimiento, o hasta que se casen, o hasta que se les compruebe convivencia en sentido estricto, salvo que cambie la legislación aplicable previa reforma constitucional. El Estado tendría que mantenerlas durante muchos años, lo que resulta no solo ilógico, irracional e injusto, sino oneroso para nosotros los contribuyentes.

6.- Exp Nº 189-2002-AA/TC, sentencia de 18.06.03, en los seguidos por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros y la O.N.P., sobre acción de amparo, para que se le abone su pensión nivelable con los haberes que percibe su homólogo en actividad en la SBS.

Esta sentencia implica un cambio de posición respecto de la aplicación del régimen pensionario del D.L. 20530 y es abiertamente contradictoria con la posición desarrollada por dicho Tribunal en el Exp. Nº 156-2001-AA/TC, sentencia de 06.08.02, donde se dispuso que el Ministerio de Salud cumpla con expedir la resolución correspondiente para que Rosa Carmen Medina Pantoja de Farro acceda a una pensión dentro del D.L. 20530 por haber trabajado más de 18 años en favor del Estado, aún cuando a la emisión de la Ley 24366, de 22.12.85, ya había cesado en sus funciones a su propia solicitud. Los fallos abiertamente contradictorios en los casos Medina Pantoja y Maldonado Duarte trasladaron la polémica de los Decretos Leyes 19990 y 20530 a la I y II D.T. y C. de la Constitución, que se refieren a los derechos adquiridos por los pensionistas y que el Estado garantiza el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones que administra con arreglo a las previsiones presupuestarias y a las posibilidades de la economía nacional.

En la nueva sentencia, de 18.06.03, el Tribunal se "autocritica" de la sentencia anterior y se justifica señalando que se inclinó por aplicar la Ley 20530 por los principios del "in dubio pro operario", equidad e igualdad, ya que la Ley 24366 invocada por la demandante para ingresar al sistema no permitía su acceso porque las condiciones establecidas no eran plenamente satisfechas en su caso (ver fundamento 16). Luego, se corrige y, considerando que la Constitución promueve un sistema de seguridad social no solo justo, sino también factible, eficaz y sostenido por cálculos actuariales realistas, reabre y profundiza el examen de la materia y en armonía con otras disposiciones de la

28) Loc. Cit.

Carta Magna resolvió apartarse del criterio adoptado, precisando que en los casos análogos no está abierto el acceso al régimen del D.L. 20530.

Diversos especialistas han desarrollado sendos enfoques críticos sobre dichas sentencias, siendo de resaltar, entre los tantos que cada uno de ellos menciona, los siguientes razonamientos:

a.- El Tribunal admitió valientemente que los criterios que antes venía aplicando eran equívocos. Deja de ser suficiente que el servidor público acredite 15 o 12.5 años de servicios si es varón o mujer, respectivamente, para acceder al régimen del D.L. 20530, sino que se debe cumplir otros requisitos. La nivelación de las pensiones debe hacerse con referencia al servidor público que se encuentre en actividad, según el nivel y categoría que ocupó el pensionista al momento del cese.[29]

b.- Las condiciones económicas influyen en el tratamiento de las pensiones, por lo que es indispensable reestructurar la política nacional en ésta materia , pues las disposiciones que permiten jubilación adelantada y pagar pensiones generosas solo empeorará la situación económica nacional[30].

c.- A pesar de que el Tribunal rectifica gruesos errores de apreciación jurídica, resulta altamente preocupante la errática jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución en estas materias; ojalá que a futuro esté a la altura de la función social que la Constitución le impone. Uno de los equívocos más clamorosos en la sentencia de la señora Medina Pantoja fue considerar que en la causa se presentó un conflicto de normas que llevó al Tribunal a optar por la aplicación de una en desmedro de otra, ya que nunca hubo un conflicto de normas porque el art. 4 del Decreto Ley 20530 regula un supuesto para acceder al derecho a pensión, mientras que el art. 1 de la Ley 24366 regula otro supuesto.

Por lo demás, es obvio que la experiencia jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de pensiones dentro de los regímenes de los D.L. 19990 y 20530 es vastísima y muy interesante. Debe ser motivo de nuevos estudios analíticos y sistematizadores.

IV. PERSPECTIVAS DEL DERECHO PREVISIONAL EN EL PERÚ.

De acuerdo a los datos sociológicos y estadísticos nacionales, en el Perú hay en la actualidad aproximadamente dos millones y medio de personas en la tercera edad, de ellos alrededor del 42 % está en situación de pobreza total y 26 % en situación de extrema pobreza. Como tenemos cerca de 730,000 pensionistas en los principales regí-

29) MORALES CORRALES, Pedro: "El fracaso de los sistemas pensionarios a cargo del Estado y la resolución del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 2003", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, Nº 58, julio 2003, págs. 25-33.

30) ABANTO REVILLA, César: "Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley Nº 20530", en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, Nº 58, julio 2003, págs. 35-43.

menes previsionales (incluyendo las pensiones de derecho-habientes), aproximadamente dos millones de personas en dicha edad no goza de ninguna protección previsional, con lo que el principio de solidaridad que informa el Derecho de Seguridad Social se reduce a su mínima expresión y cuestiona toda la arquitectura social. Esto es dramático ahora y será peor en el futuro porque la pirámide poblacional se irá convirtiendo en una especie de cúpula de catedral rusa, donde el referido estamento poblacional se incrementará peligrosamente.

Hemos visto también que con el déficit estructural del empleo y con un total de sólo el 26.0 % de la PEA ocupada que está afiliada a la seguridad social, en los años venideros crecerá la población de la tercera edad, pero decrecerá el número de habitantes con derecho a pensión de jubilación por no estar asegurados, o por estarlo y no haber cumplido los requisitos mínimos de 20 años de aportación.

Es indiscutible que los sistemas de pensiones administrados por el Estado está desfinanciados, casi en la ruina, lo que provoca la asignación de recursos del Presupuesto público en altísimos porcentajes. Es cierto también que los sistemas de financiación afrentan inmensos retos presentes y futuros porque están mal preparados para hacer frente a la mundialización y al envejecimiento de la población y porque las cargas financieras impuestas a los contribuyentes y a los afiliados han llegado a límites que son poco tolerables. Los efectos fatales de la mundialización deberían llevarnos a tratar de imaginar o concretar un nivel más alto de protección social en los países atrasados, siempre pensando en la relación positiva que existe entre la productividad y la seguridad social. El envejecimiento no será el principal problema para la financiación de los regímenes pensionarios si es que podemos contener la dependencia social de la población activa respecto de la pasiva. Los métodos de financiación más conocidos son tres: sistema de reparto (donde no hay capitalización anticipada), sistema de capitalización (ayudan a reducir los límites de dependencia) y el sistema mixto o de capitalización intermedia parcial (en la práctica agrupa a la mayoría de regímenes en el mundo, incluso agrupa a algunos que originalmente fueron diseñados como de capitalización plena, pero que por culpa de las debacles económicas, la inflación y los errores políticos vieron abruptamente reducido el valor de sus reservas; normalmente combinan un fondo de reserva con un régimen de reparto). Sin embargo, todos ellos son sensibles a los cambios demográficos, económico-financieros, políticos, etc.

Si bien en el Perú los regímenes de pensiones administrados por el Estado son mixtos, hay que imaginar y trabajar salidas originales para que no existan descomunales diferencias entre lo que aportan el Estado y los asegurados. La sostenibilidad financiera constituye un punto fundamental para el éxito de cualquier sistema pensionario. Sin embargo, lo principal es tener siempre presente que el empleo es la clave para la financiación futura de la protección social en todas las sociedades. Sin empleo, todo el

resto son nada más que buenas intenciones. Hay que trabajar en relación al objeto primordial de la O.I.T.: la promoción de oportunidades para que las personas puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, y hay que tener en cuenta que la seguridad social es un elemento clave del objetivo del trabajo decente.

Por otro lado, la implantación de nuevos esquemas de financiación, la reforma constitucional y la decantación jurisprudencial a cargo del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en estos aspectos, deben aportar de una vez por todas a la unificación de los sistemas pensionarios a cargo del Estado, el establecimiento de un sistema único de pensiones, debiendo tenerse en cuenta en la medida de lo posible la igualdad de trato en las prestaciones de vejez y prestaciones de sobrevivientes, la creación, dentro del Ministerio de Trabajo, de un Vice - Ministerio de Protección Social, la generación y aprobación de una Ley General de Pensiones que abarque el derecho previsional común y especial, así como el impulso de Salas Especializadas dentro del Poder Judicial para la solución de conflictos previsionales.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS GENERALES.

Primera.- La mundialización, con los cambios espectaculares que genera a nivel social, económico - financiero, productivo, político y tecnológico, ocasiona graves consecuencias en el ámbito del Derecho del Trabajo y por natural añadidura en el Derecho de la Seguridad Social. Las carencias en cuanto al trabajo se convierten en o acarrean carencias de protección social. El subempleo y desempleo mundiales han propiciado que, entre otras causas, más del 50 % de la población del planeta esté excluida de cualquier tipo de protección de la seguridad social, y sus estragos son mayores en los países del Tercer Mundo.

Segunda.- Los cambios demográficos tienen particular importancia en el derecho pensionario. La superación de las altas tasas de mortalidad y natalidad en el mundo han llevado a la aparición del problema del envejecimiento y ello tiene grandes impactos en el funcionamiento de cualquier sistema previsional, por lo que hay que hacer un estudio razonado y debidamente respaldado por cálculos actuariales, así como tener rigurosa selectividad y cuidado con la normatividad referida a los años de aportación para tener acceso a las pensiones, el adelanto o la disminución de las edades de jubilación sin distinción de sexos, los planes de jubilación adelantada y los alcances del principio de solidaridad para poder atender al resto de la población marginada de este derecho.

Tercera.- Hay un evidente pésimo manejo económico - financiero y político del problema. En lo económico – financiero la irresponsabilidad salta a la vista, de modo que la falta de Planes de Desarrollo Nacional y la improvisación son el

principal causante de la virtual quiebra de ambos sistemas pensionarios: en el 2004 el 88 % de la planilla está siendo financiada con los recursos ordinarios del Presupuesto Público, el año pasado el Estado otorgó un subsidio per cápita de 58 % para los pensionistas del D.L. 19990 y 85 % para los beneficiarios del D.L. 20530. En cuanto a lo político los gobiernos de las dos y media últimas décadas han llevado a la debacle ambos sistemas con un anti - técnico cuando no caótico manejo. Adicionalmente, los fenómenos de la estructura poblacional, estructura ocupacional y los ingresos en el Perú, la existencia de una legislación inestable y vacilante, la mantención de una línea jurisprudencial errática a cargo del Tribunal Constitucional, en menor o en mayor medida y junto a muchas otras causas, han coadyuvado a que nos encontremos en una delicada situación para la supervivencia de dichos sistemas.

Cuarta.- La propuesta de reforma constitucional en materia de pensiones, sin desconocer su urgencia, debería implementarse con muchísimo cuidado. De acuerdo a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y las recomendaciones de la O.I.T., no debería propiciar la reducción, sino más bien la ampliación de la cobertura de pensionistas, proscribiendo para siempre las denominadas "pensiones doradas" y sin sustento fáctico, económico y ético que un escaso número de personas percibe en el D.-L. 20530.

Quinta.- Es urgente e imprescindible que de una vez por todas se dicte una Ley General de Regímenes Previsionales que sobre la base de un Título Preliminar señero aborde los sistemas comunes y los especiales de pensiones, que tenga por vocación e implemente con propuestas financieras y realistas el objetivo de una cobertura secuencial y programada de otorgamiento de pensiones mínimas para ciertas categorías de personas de la tercera edad, que no desconozca sino más bien reconozca la teoría de los derechos adquiridos o teoría de la irrenunciabilidad de derechos a nivel de norma mínima, para propiciar, en concepción similar al "trabajo decente", una "pensión decente" acorde con la dignidad humana, que independice como base de cálculo las remuneraciones, que son institución propia del Derecho del Trabajo, y las sustituya por patrones de cálculo sui-géneris, como podrían ser las "Unidades de Referencia Previsional" que nos ayudarían a evitar multiplicidad de conflictos por la fijación de pensiones mínimas o por los topes pensionarios, que se unifiquen los cálculos de las "remuneraciones de referencia" en la óptica precitada, que la jubilación sea fundamentalmente en función de los años de aportación, que se supriman las pensiones de derecho derivado para los hijos mayores de edad, salvo que sufran invalidez o incapacidad total o parcial grave, que se prohiba la nivelación de las pensiones, etc.

LA CRISIS DE LOS REGÍMENES DE PENSIONES ADMINISTRADOS POR EL ESTADO Y EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

CÉSAR ABANTO REVILLA*

"Debemos, por tanto, abandonar el equívoco sentimiento mercantil que nos invade (la Seguridad Social tiene que devolverme lo que he pagado) y recuperar el sentido colectivo y solidario (estoy protegido porque los demás me protegen), que es el eje del Sistema"

Manuel Alonso Olea y otro

Sumario:

Introducción I. El Sistema de Pensiones en el Perú. 1. Los regímenes administrados por el Estado. 2. El Sistema Privado de Pensiones. II. La crisis del Sistema Nacional de Pensiones. 1. Antecedentes: el origen de la crisis. 2. Planteamientos de reforma del SNP. 2.1 Suprimir la pensión de jubilación adelantada 2.2 Establecer una pensión máxima (tope) única 2.3 Reducción del margen de morosidad III. La crisis del Decreto Ley N° 20530 1. Antecedentes: el origen de la crisis 2. Proyecto de reforma constitucional. IV. El futuro de la seguridad social en el Perú

INTRODUCCIÓN

La seguridad social es un mecanismo de protección del ser humano ante las contingencias que se producen durante su vida y que generan una disminución en su capaci-

(*) Catedrático de Derecho de la Seguridad Social. Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

dad laboral (accidentes, enfermedades, vejez, etc.), que tiene por finalidad elevar o -cuando menos- mantener su nivel económico social a partir de la redistribución de la renta.

Para cumplir tal objetivo se manifiesta a través de dos prestaciones: de **salud** (atención médica o económica -a través de los subsidios- de las contingencias físicas o mentales transitorias de los asegurados, pensionistas y sus familiares) y **pensiones** (pago de una suma de dinero periódica que se otorgará luego del cumplimiento de los requisitos establecidos por ley, mismos que varían de acuerdo al tipo de pensión: jubilación, cesantía, invalidez, sobrevivientes, etc.).

En el presente trabajo nos centraremos en el análisis de las pensiones, por lo que resulta necesario recordar que para el Estado la seguridad social es una política[1] y, como tal, dependerá de la tendencia del gobierno de cada país (en determinado momento histórico) establecer el modelo de la seguridad social en pensiones (Sistema Previsional o de Pensiones) que aplicará, esto es: si será un régimen basado en un único pilar[2] público; uno en el cual concurren un pilar público con uno privado; uno con un único pilar privado; etc.

En el Perú existe en la actualidad un sistema de pensiones en el que coexisten un pilar público y uno privado, el mismo que tiene como basamento el artículo 11º[3] de la Constitución Política de 1993 (cabe precisar que el cuarto párrafo del artículo 14º de la Constitución Política de 1979 contemplaba la participación del sector privado en las pensiones, siempre que las prestaciones que se otorgase fueran mejores o adicionales, y que existiera consentimiento del asegurado).

El régimen público de pensiones peruano (cuyo origen se remonta a inicios del siglo XIX) se encuentra en un estado de crisis crónica que data de la década de los setenta y alcanzó su punto crítico a fines de los noventa, producto de una administración deficiente -por decir lo menos- de su principal órgano de gestión (Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS), la utilización para fines ajenos a lo pensionario de sus fondos y la creciente morosidad de los empleadores (encabezados por el Estado) en el pago de las aportaciones correspondientes; a ello, se sumó la pérdida del valor real de las cotizaciones efectuadas por los asegurados (principalmente del Decreto Ley N° 19990) como consecuencia de la hiperinflación de los ochenta y los cambios sucesivos de moneda, lo

---

1) Como correctamente señala Carlos Martí Buffil (citado por: FAJARDO CRIBILLERO, Martín. "*Teoría General de Seguridad Social*". Lima, Ediciones Luis Alfredo, página 19), cuando alguien se refiere a la seguridad social generalmente lo hace desde un ángulo concreto: para el hombre común es un derecho, para la Ciencia Jurídica una disciplina, para la Administración un servicio público, para la Filosofía es expresión de justicia, etc.

2) Con relación al análisis de los sistemas de pilares públicos y privados en pensiones se recomienda la lectura del informe elaborado por el Banco Mundial en el año 1994, que se publicó bajo el nombre de: "*Envejecimiento sin crisis: Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del empleo*" (Washington D.C., Octubre 1994).

3) *Artículo 11º*.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

cual ha originado montos diminutos de pensiones y -con ello- el malestar social.

En este escenario, analizaremos los factores principales que ocasionaron la crisis (y el fracaso) de los regímenes de pensiones administrados por el Estado y los cambios estructurales que -consideramos- se deberían efectuar con el fin de detener el colapso del Tesoro Público, planteando a partir de tal reforma un panorama del futuro de la seguridad social en pensiones en el Perú.

I. EL SISTEMA DE PENSIONES EN EL PERÚ

1. Los regímenes administrados por el Estado

Con relación a las pensiones públicas debemos distinguir entre los regímenes que son administrados por el Estado (como el caso del Sistema Nacional de Pensiones, que comprende al Decreto Ley N° 19990 y a los regímenes especiales de los trabajadores mineros, de construcción civil, amas de casa, etc.) y los que corresponden a los funcionarios y servidores públicos[4] (Decreto Ley N° 20530) y a los miembros de las fuerzas armadas y policiales (Decreto Ley N° 19846: Caja de Pensiones Militar Policial).

Primero, el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) del Decreto Ley N° 19990 que es administrado por la Oficina de Normalización Previsional - ONP, entidad pública descentralizada del Sector Economía creada por el Decreto Ley N° 25967 (modificado por la Ley N° 26323), que actualmente cuenta con 401,801 pensionistas[5], grupo que está conformado por los trabajadores independientes (asegurados facultativos), los dependientes (particulares y estatales) y aquellos incluidos por norma expresa (como las amas de casa: Ley N° 24705).

En segundo lugar, el régimen de pensiones de los funcionarios y servidores públicos del Estado, regulado por el Decreto Ley N° 20530 (26 de Febrero de 1974), cuya calificación y reconocimiento de derechos pensionarios está en la actualidad a cargo de las entidades en las cuales laboró el funcionario o servidor, bajo las pautas y fiscalización posterior del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 27719[6].

Este régimen, que cuenta en la actualidad con más de 295,000 pensionistas, generó sólo en el año 2003 un gasto aproximado a los S/. 4,500 millones de nuevos soles, lo

---

4) Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28091 (20 de Octubre del 2003) los servidores diplomáticos contaban con un régimen especial de pensiones establecido por el Decreto Legislativo N° 894 y las normas que lo antecedieron (Decretos Leyes N° 26117 y N° 22150), el mismo que ha quedado derogado para los nuevos servidores.

5) Información a Julio del 2004 (Fuente: Oficina de Normalización Previsional - ONP).

6) Publicada en el diario El Peruano el 12 de Mayo del 2002. Esta norma fue dictada como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 26835 (Expediente N° 001-98-I/TC) fallo por el cual se eliminó la competencia exclusiva de la ONP para calificar derechos pensionarios del Decreto Ley N° 20530. Con relación a esta sentencia ver: ROUILLON GALLANGOS, Carlos y otro. "*Efectos de la sentencia del TC sobre la inconstitucionalidad de la Ley Nº 26835*". En: diario El Peruano, 20 de Setiembre del 2001, página 28.

cual ha obligado al Poder Ejecutivo a presentar al Congreso de la República un Proyecto de Reforma Constitucional que le permita fijar límites a las altas pensiones que se abona, principalmente por el efecto espejo de la nivelación[7], que otorga a los pensionistas con más de 20 años de servicio el derecho a percibir una pensión en un monto igual al haber del servidor o del funcionario que ocupe el mismo cargo ejercido por aquellos al cese.

Finalmente, el régimen de pensiones de los miembros de las fuerzas armadas y policiales, que se encuentra a cargo de la Caja de Pensiones Militar Policial, creada por el Decreto Ley N° 21021 (7º de Diciembre de 1977). Este régimen, regulado por el Decreto Ley N° 19846, cuenta con más de 11,000 pensionistas y, según los cálculos efectuados por su propia administración, en el año 2006 el ingreso por los aportes será inferior al egreso por pago de pensiones, por lo que el Estado debería establecer las alternativas de solución al ser su principal acreedor (como empleador).

Como veremos en los puntos siguientes, estos regímenes pensionarios están en un punto crítico que hace inviable su sostenimiento financiero futuro, por lo que resulta indispensable proceder a su reestructuración a corto plazo, con el fin de garantizar una pensión digna a sus beneficiarios sin que ello implique la afectación del Tesoro Público y -con ello- de los recursos estatales.

2. El Sistema Privado de Pensiones:

Si bien el Decreto Legislativo N° 724 (publicado el 11 de Noviembre de 1991) dispuso la creación originaria del Sistema Privado de Pensiones - SPP, será recién bajo las pautas del Decreto Ley N° 25897 (publicado el 6º de Diciembre de 1992)[8] que las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones - AFPs (empresas particulares) asumirán las prestaciones de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio de los trabajadores estatales y privados (dependientes e independientes), que se afilien a este sistema.

El SPP, a diferencia del Decreto Ley N°19990 (sistema de reparto con prima escalonada), funciona bajo la modalidad capitalización en cuentas individuales, en las que

---

7) Como expresamos en un trabajo anterior (ABANTO REVILLA, César. "*Comentarios a los recientes fallos (y fallas) del Tribunal Constitucional sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530*" En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 58, Julio 2003, Gaceta Jurídica, página 39), este régimen es conocido como el de la **cédula viva** justamente por la naturaleza variable del efecto nivelatorio, pero dicha institución no fue concebida en el texto original de la norma, sino introducida posteriormente por la 8va. Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979, y desarrollada por la Ley N° 23495 y su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo N° 015-83-PCM). El Decreto Ley N° 20530 regulaba en sus artículos 49º y siguientes la institución de la pensión **renovable**, que se otorgaba a los servidores con más de 35 años de servicio, a los pensionistas con 80 años de edad, entre otros casos, que es utilizada de manera errónea como sinónimo de la "nivelación" por algunas autoridades, juristas e, inclusive, magistrados.

8) Actualmente: Decreto Supremo N° 054-97-EF, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones (SPP), del 14 de Mayo de 1997.

se deposita el aporte mensual del trabajador[9] y la rentabilidad de las inversiones efectuadas por la AFP, que servirán para el pago de su pensión.

En la actualidad existen cuatro AFP (Horizonte, Integra, Profuturo y Unión Vida) que cuentan con 3´322,367 afiliados y un fondo de pensiones que supera los S/. 23,800 millones de nuevos soles[10], a pesar de lo cual son cuestionadas a nivel nacional[11] e internacional[12], al extremo que recientemente se aprobó en el Congreso de la República un proyecto de ley[13] autorizando la desafiliación excepcional del SPP para retornar al SNP (Decreto Ley N° 19990).

El SPP es supervisado en cuanto a su funcionamiento por el Estado a través de la Superintendencia de Banca y Seguros - SBS, a partir del 25 de Julio del 2000 (Ley N° 27328)[14]. La supervisión implica el control o fiscalización de las actividades de las AFP, así como la emisión de las normas generales sobre la estructura del sistema y los aspectos operativos para su mejor administración.

II. LA CRISIS DEL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES

1. Antecedentes: el origen de la crisis

El 24 de Abril de 1973 es promulgado el Decreto Ley N° 19990, norma por la cual se crea el Sistema Nacional de Pensiones con el fin de unificar y sustituir los regímenes previsionales -entonces separados- de los obreros y empleados.

Este régimen estuvo a cargo del Seguro Social del Perú (creado mediante Ley N° 20212, del 6º de Noviembre de 1973), institución descentralizada del Sector Trabajo que existió hasta el 28 de Diciembre de 1987, fecha en la cual se creó el Instituto Peruano de Seguridad Social - IPSS (mediante Ley N° 24786) como una institución con autonomía administrativa, financiera y presupuestal.

El IPSS -al igual que su antecesor- se encargaba de brindar las prestaciones de salud y pensiones, administrando sumas considerables de recursos que en reiteradas oportunidades fueron utilizados como "caja chica" por el gobierno de turno, lo que

---

9) Mantenido en 8% según prórroga dispuesta por la Ley N° 28147 (30 de Diciembre del 2003). A este porcentaje se deberá agregar la comisión de la AFP y el costo de la prima de seguro (aproximadamente un 3 a 3.5% adicional al aporte).

10) Información al 30 de Agosto del 2004 (Fuente: Superintendencia de Banca y Seguros – SBS).

11) Sobre el particular, desde sus orígenes: NEVES MUJICA, Javier. "*Sistema Nacional y Sistema Privado de Pensiones: Opción diabólica*". En: Themis N° 25, Revista PUCP, 1993, páginas 7-10.

12) Un reciente informe de Mayo del 2004 elaborado por el Banco Mundial ("*La promesa de seguridad de los ingresos en la vejez en América Latina*") señala en sus conclusiones que la cobertura de las pensiones privadas continúa siendo baja en la región a pesar que los costos de la reforma han sido más altos de lo previsto. Puede accederse a la versión en ingles del informe en: www.bancomundial.org.

13) En la primera semana de Mayo del 2004 ha sido remitida al Poder Ejecutivo para su aprobación.

14) Mediante esta ley, la SBS reemplazó en sus funciones a la extinta Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones - SAFP (ente supervisor originario).

sumado a su excesiva y sobredimensionada burocracia[15] originó que fuera una de las entidades más deficientes de los años ochenta, razón por la cual se dispuso escindirla en dos organismos, cada uno de los cuales habría de asumir unas de las prestaciones mencionadas: el IPSS[16], que se encargaría de las prestaciones de salud; y la Oficina de Normalización Previsional - ONP, a cargo de las pensiones del SNP a partir del 1º de Enero de 1994[17].

El SNP está conformado por los asegurados al Decreto Ley N° 19990 y a los regímenes especiales como el de los trabajadores mineros, de construcción civil, marítimos, periodistas, amas de casa, entre otros.

El régimen se basa en un sistema de reparto con prima escalonada en el que la totalidad de los aportes de cada uno de sus asegurados se destinan a un fondo común del cual se deberían obtener los recursos para atender el pago de las pensiones de los beneficiarios, sin embargo, en la medida que estos fondos se utilizaron con fines ajenos a lo previsional por los gobiernos de turno, y aunado ello a la pérdida de valor de las cotizaciones por la hiperinflación de la década de los ochenta, los sucesivos cambios de moneda (de sol oro a intis, de intis a intis millón, y de estos a nuevos soles) y la creciente morosidad en el pago de los aportes retenidos por los empleadores (encabezados por el Estado) se está ante un escenario que reclama acciones inmediatas en el plano jurídico para, a partir de ellas, tentar una recuperación (al menos parcial) del régimen.

Respecto al adeudo del Estado con la seguridad social es ilustrativo recordar que el artículo 2º del Decreto de Urgencia N° 067-98 (publicado el 15 de Enero de 1999) aprobó parte de la deuda que algunas entidades tenían al IPSS desde Enero 1988 a Diciembre 1996, fijándola en S/. 1,271´638,148.42 nuevos soles.

En cuanto a la morosidad, es alarmante constatar que de cada 10 asegurados obligatorios (trabajadores dependientes en actividad inscritos en el SNP) sólo se efectúa el aporte real de 3 de ellos[18], sin embargo, de acuerdo al artículo 70º del Decreto Ley N° 19990 dichos asegurados podrían acceder a una pensión a pesar que el empleador no haya efectuado el pago del aporte a la ONP, lo cual implicará el reconocimiento de una pensión "de por vida" (inclusive su eventual extensión a los derecho habientes del beneficiario) sin respaldo alguno[19].

---

15) A manera de ilustración, bastará recordar que el Seguro Social (IPSS) pasó de 25,000 trabajadores en el año 1985 a 45,000 en el año 1990 (casi el doble en sólo 5 años).

16) Mediante Ley N° 27056 (publicada el 30 de Enero de 1999) se cambió la denominación del IPSS, creándose sobre la base del mismo al Seguro Social de Salud - EsSalud. En relación a dicha entidad, ver: DELGADO APARICIO, Luis. "*La Seguridad Social en el Perú. La creación de EsSalud*". Lima, 2000, Fimart Editores, 532 páginas.

17) Conforme a lo dispuesto por el artículo 7º del Decreto Ley N° 25967, modificado por el artículo 1º de la Ley N° 26323.

18) Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas. Cabe recordar que en el punto 4.5 (página 5) del informe de la Comisión Especial creada por el Decreto Supremo N° 003-2001-TR (publicado el 15 de Julio del 2001, separata especial) se estableció que la morosidad en el SNP ascendía a un 53% por ciento, habiéndose incrementado casi en una mitad en apenas 3 años.

19) En el Sistema Privado de Pensiones (SPP) no se reconocen pensiones que no tengan como respaldo los aportes a la cuenta individual de capitalización (artículo 32º del Decreto Supremo N° 054-97-EF, T.U.O. de la Ley del SPP).

Un aspecto de igual importancia es el relacionado a la rentabilidad generada de la inversión de los fondos del SNP, que si bien a partir de la administración financiera de la ONP ha logrado cifras destacables a nivel del mercado interno (incluso en comparación al SPP), tiene aún en el pasado del IPSS algunos de los porcentajes más bajos a nivel mundial (**- 37.4%** en el periodo 1981-1988)[20].

Por si ello fuera poco, existen una serie de pronunciamientos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional[21] que, partiendo de la aplicación excepcional de la Teoría de los Derechos Adquiridos en materia pensionaria[22], han interpretado de manera errónea diversas instituciones jurídicas del Decreto Ley N° 19990, tales como la pensión máxima (tope)[23] y la pensión mínima (Ley N° 23908)[24], que han originado miles de procesos judiciales en contra de la ONP, lo cual -a su vez- implica un costo adicional al Estado por concepto de defensa técnica.

2. Planteamientos de reforma del SNP

Efectuado este breve recuento de los antecedentes del SNP y las causas que -a nuestro criterio- han originado su crisis crónica actual, pasamos a formular lo que consideramos una serie de propuestas de reforma en el plano legal para evitar que el sostenimiento financiero de las pensiones que son atendidas por este régimen sigan afectando al Tesoro Público, a saber:

2.1 Suprimir la pensión de jubilación adelantada

La pensión de jubilación es una prestación económica que se otorga al asegurado cuando alcanza una edad avanzada (vejez) que ocasiona su incapacidad para el trabajo[25], siempre que acredite -además- contar con una cantidad mínima de años de aportación efectuados al SNP.

En su texto original el Decreto Ley N° 19990 contemplaba 4 modalidades de jubilación, que exigían años de edad y de aportación distintos:

---

20) Banco Mundial. Informe citado (1994), página 110 (Gráfico 3.7)

21) En especial la recaída en el Expediente Nº 007-96-I/TC (acción de inconstitucionalidad del Decreto Ley Nº 25967), publicada el 26 de Abril de 1997.

22) Recogida por la 1ra. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

23) Por ejemplo, la ejecutoria recaída en el Expediente N° 3170-2000 de la extinta Sala de Derecho Público (publicada el 5º de Noviembre del 2001), que disponía el pago de una pensión de jubilación del Decreto Ley N° 19990 sin tope alguno. Sobre la aplicación de la pensión máxima se ha pronunciado también la Defensoría del Pueblo en su Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI (aprobado por Resolución Defensorial N° 004-2002, que fue publicada el 29 de Enero del 2001), punto de vista que hemos criticado en su momento: ABANTO REVILLA, César. "*El Decreto Ley N° 19990 y la pensión máxima (topes)*". En: diario El Peruano, 19 de Marzo del 2002, página 10.

24) Sobre este tema, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 703-2002-AC/TC, criticada (entre otros) por: PARÉDEZ NEYRA. Ivan y otro. "*Ley N° 23908: Pensión mínima e indexación en el Sistema Nacional de Pensiones a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional*". En: Asesoría Laboral, Diciembre 2003, páginas 11-15.

25) En este sentido, por todos: ROMERO MONTES, Francisco. "*La Jubilación en el Perú*". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio, página 75.

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General artículos 38º y 41º	60 (hombres)	15
	55 (mujeres)	13
2. Régimen Especial[26] artículos 47º al 49º	60 (hombres)	5 años
	55 (mujeres)	ambos sexos
3. Pensión Reducida artículo 42º	60 (hombres)	+ de 5 pero – de 15
	55 (mujeres)	+ de 5 pero – de 13
4. Pensión Adelantada[27] artículo 44º	55 (hombres)	30
	50 (mujeres)	25

El 19 de Diciembre de 1992, con la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25967, se incrementan los años de aportación mínimos para acceder a una jubilación del SNP a 20 años (para hombres y mujeres), quedando derogados el Régimen Especial y la Pensión Reducida. De igual manera el 18 de Julio de 1995 es publicada la Ley N° 26504, que en su artículo 9º fijó en 65 años la edad de jubilación en el SNP (hombres y mujeres).

De tal manera, en la actualidad existen las siguientes modalidades para acceder a una pensión de jubilación:

MODALIDAD	AÑOS DE EDAD	APORTACIÓN
1. Régimen General	65	20
2. Pensión Adelantada artículo 44º	50 (mujeres)	20
	60 (hombres)	25

La pensión adelantada es una modalidad concebida con el fin de otorgar una prestación económica a los asegurados que iniciaron sus labores a temprana edad, permitiéndoles acceder a la jubilación anticipadamente respecto de los demás asegurados (que tendrían que esperar hasta los 65 años, en la actualidad). Sin embargo, el otorgamiento de esta pensión implica aceptar el descuento del 4% del monto que correspondería como pensión por cada año que se adelantó respecto de la edad general.

---

26) Sólo aplicable a los asegurados nacidos antes del 1º de Julio de 1931 (hombre) o 1936 (mujeres) inscritos en las Cajas de Pensiones del Seguro Social obrero o del empleado.

27) Si el cese laboral era producto de una reducción de personal (conforme lo dispuesto en el Decreto Ley N° 18471) los años de aportación exigidos se reducirían a 15 y 13 años, según se tratase de hombre o mujer respectivamente.

En tal sentido, partiendo de la premisa que un sistema pensionario de reparto requiere que sus asegurados formen una pirámide[28] en la cual la base esté conformada por los trabajadores en actividad que sostienen a los pensionistas (cúspide), resulta indispensable extender la vida laboral de estos trabajadores para proveer de aportaciones actuales que sirvan de sustento (parcial) al pago de las pensiones del SNP.

Esta propuesta es congrüente con el Principio de Solidaridad[29], pues las mayores aportaciones (en años) efectuadas por los asegurados que han iniciado sus labores a temprana edad servirán para atender el pago de las pensiones de aquellos cuyas diminutas aportaciones no sustentarían el pago de una prestación (siquiera mínima) de por vida.

2.2 Establecer una pensión máxima (tope) única

La pensión máxima mensual o tope es el monto mayor que se abona por una prestación en el SNP. Es una institución jurídica contemplada por el artículo 78º del Decreto Ley N° 19990 que fue evolucionando durante las décadas de los setenta y ochenta a través de fórmulas que la vincularon a conceptos laborales como la remuneración mínima vital, hasta que el 19 de Diciembre de 1992 el Decreto Ley N° 25967 (artículo 3º) establece un monto fijo (S/. 600 nuevos soles) que podría ser incrementado.

Es el caso que, como consecuencia del fallo del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 007-96-I/TC, la Defensoría del Pueblo emite el Informe N° 001-2002-DP-ORLC-UI, en el cual sostiene que para una correcta aplicación ultractiva del Decreto Ley N° 19990 en cuanto al tope se tomará la fórmula vigente al 18 de Diciembre de 1992 (un día antes a la vigencia del Decreto Ley N° 25967), esto es que la pensión máxima es igual al 80% de la suma de 10 RMV (según el Decreto Ley N° 22847), la misma que debe utilizar como referencia el valor de la RMV vigente en el momento del cese laboral del asegurado. Por ejemplo: Juan Pérez tiene los requisitos para acceder a jubilación del SNP al 18 de Diciembre de 1992 pero continúa laborando hasta el año 2002 -fecha en que la RMV equivalía a S/. 410 nuevos soles-, el pensión máxima o tope aplicable en su caso sería S/. 3,280 nuevos soles, casi 4 veces el tope vigente en la actualidad: S/. 857.36 nuevos soles (Decreto de Urgencia N° 105-2001).

La tesis de la Defensoría del Pueblo parte de una premisa errónea: que el tope establecido por el artículo 3º del Decreto Ley N° 25967 constituye un supuesto distinto al regulado por el artículo 78º del Decreto Ley N° 19990, en lugar de un escalón mas en la evolución de dicha institución jurídica previsional, por lo que su aplicación (incluso a los beneficiados por los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional antes

28) MARTÍ BUFFIL, Carlos. "*Derecho de la Seguridad Social: Las Prestaciones*". Madrid, 1954, Diana - Artes Gráficas, página 386. Según este autor, al reducirse el grupo de los trabajadores activos estaremos en una situación de desequilibrio (pirámide invertida).

29) En virtud del cual quien aporta más (en tiempo o dinero) colabora con la prestación que se otorgará a quien aportó menos. Como idea trascendental: FAJARDO CRIBILLERO, Martín. Obra citada, páginas 29-31.

citada) no puede generar situaciones de inequidad tan manifiesta dentro de las pensiones que se otorgan al interior del mismo SNP[30].

De lo expuesto, se desprende la necesidad de establecer un monto tope único que pueda ser aplicado a todos los pensionistas del SNP (actuales y futuros), lo cual podrá materializarse a partir de la esperada reforma de la 1ra. Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993; o en su defecto, uniformizar los criterios del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en cuanto al origen y evolución legal de esta institución, a fin de aplicar validamente el Decreto Ley N° 25967 y sus modificatorias.

2.3 Reducción del margen de morosidad

En el SNP existen 3 tipos de asegurados: **(i)** los obligatorios, que son los trabajadores dependientes que aportan a través de su empleador, quien les retiene un porcentaje de su remuneración mensual para entregarlo al ente recaudador[31]; **(ii)** los facultativos, que son trabajadores que realizan actividad económica independiente y aportan de modo directo; y **(iii)** los de continuación facultativa, que son aquellos que al cesar en su trabajo como asegurados obligatorios no reunían aún los requisitos de edad o de aporte, prosiguiendo con su aportación al SNP como facultativos.

Como hemos referido en los puntos precedentes, en la actualidad es el Estado quien asume algo mas del 70% de las pensiones del SNP, lo que implica que se percibe el aporte real de 3 de cada 10 asegurados por la morosidad y la falta de pago a la ONP (vía SUNAT) de las aportaciones retenidas a los **asegurados obligatorios** de parte de sus empleadores, a pesar de lo cual dichos asegurados tienen garantizado su derecho a una eventual pensión con sólo acreditar los servicios prestados (según el artículo 70º del Decreto Ley N° 19990), desfinanciando al régimen en la medida que se otorga una prestación sin respaldo dinerario tangible.

En este escenario resulta impostergable la dación de dispositivos legales que establezcan procesos especiales en sede administrativa (coactiva)[32] y judicial (tanto en sede civil como penal) que de manera célere permitan la recuperación de la mayor cantidad de aportes retenidos y no pagados, sirviendo a la vez de medios disuasivos para la práctica evasiva.

---

30) Cabe destacar que recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (por todos, ver: Expediente N° 1163-2001-AA/TC) reconocen la legalidad de la aplicación del tope, tomando como origen del mismo al artículo 78º del Decreto Ley N° 19990.

31) Desde 1999 la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT es la entidad encargada de recaudar los aportes al SNP (Ley N° 27038).

32) Si bien el artículo 13º del Decreto Ley N° 19990 habilita la sede coactiva (desde 1999 a cargo de la SUNAT), ello no obsta que puedan dictarse normas complementarias que establezcan plazos, procedimientos y pautas especiales adicionales para estos cobros.

En cuanto a los procesos judiciales civiles consideramos que al igual que en el caso del SPP[33] se debería dar mérito ejecutivo a las liquidaciones de adeudos de aportaciones al SNP y establecer pautas especificas que faciliten su aseguramiento (vía cautelar) y recuperación en el corto plazo.

Respecto de los procesos judiciales penales, si bien hemos sostenido en oportunidades anteriores la vigencia del artículo 4º de la Ley N° 20604, que regula el delito de apropiación ilícita de los aportes al SNP[34], en la medida que su definición resulta insuficiente para los supuestos que se presentan actualmente, tomando de base la propuesta contenida en el Proyecto de Ley N° 1067[35], debe dictarse una Ley de Delitos en materia Previsional que abarquen el SNP, SPP[36] y los demás regímenes.

III. LA CRISIS DEL DECRETO LEY N° 20530

1. Antecedentes: el origen de la crisis

El Decreto Ley Nº 20530 fue dictado para reemplazar a la Ley General de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de Enero 1850[37] (la denominada "Ley de Goces" del Gobierno de Ramón Castilla).

La norma nació como un régimen cerrado, pues regularía el otorgamiento de derechos pensionarios para los servidores y funcionarios públicos ingresados al Estado con anterioridad al **11 de Julio de 1962**; el Estatuto de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Decreto Supremo del 11 de Julio de 1962) estableció que todo trabajador que ingrese a prestar servicios para el Estado a partir de esta fecha cotizaría para esta Caja de Pensiones, la misma que en el mes de Mayo de 1973 fue unificada con el régimen de los obreros en el Sistema Nacional de Pensiones, regulado por el Decreto Ley Nº 19990.

En efecto, originalmente este régimen pensionario comprendería a un reducido grupo de servidores (aproximadamente 30,000) que estaban sujetos al régimen laboral de la actividad pública (Ley Nº 11377), sin embargo, a partir de la década de los ochenta,

---

33) El artículo 38º del Decreto Supremo N° 054-97-EF (T.U.O de la Ley del SPP), con la modificación de la Ley N° 27242, contempla una serie de disposiciones particulares a favor de las AFP (competencia especial, causales taxativas para la contradicción del mandato ejecutivo, etc.) para el proceso civil de cobro de adeudos de aportaciones.

34) ABANTO REVILLA, César. "*El delito de apropiación ilícita de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones*". En: Revista Peruana de Ciencias Penales N° 11, 2002, páginas 77-88. Sostenemos su vigencia por cuanto el delito de apropiación ilícita contenido en el artículo 190º del Código Penal de 1991 efectúa una tipificación en la cual los elementos objetivos y subjetivos no encuadran en el supuesto planteado en la Ley N° 20604, por lo cual no habría operado su derogación (tácita, ni expresa).

35) Ver el texto del proyecto y su Exposición de Motivos en: www.congreso.gob.pe.

36) Si bien el tercer párrafo del artículo 35º del Decreto Supremo Nº 054-97-EF (T.U.O de la Ley del SPP) contempla la posibilidad de accionar en sede penal contra empleadores que maliciosamente no pagan los aportes retenidos, por el delito de apropiación ilícita, en la práctica dicha imputación podría resultar ineficaz por los argumentos expuestos en el pie de página N° 34.

37) Esta norma tuvo a su vez como antecedente a la Real Orden del Rey de España del 8º de Febrero de 1803, que fuera aplicada en el Perú a partir de 1820 en tiempos del Virrey Joaquín de la Pezuela, conforme lo anota: HEREDIA MENDOZA, Madeleine. "*La acción de amparo y el régimen de pensiones del Decreto Ley Nº 20530*". En: Gaceta Jurídica N° 30, 1996, página 41-B.

por razones de índole político, este régimen fue abierto con la dación de normas de excepción que permitieron el ingreso de cientos de trabajadores de empresas estatales y organismos públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada (Ley Nº 4916), lo que originó un engrosamiento desmesurado de sus pensionistas (incluidos sus derecho habientes) y con ello la consecuente afectación al Tesoro Público y al presupuesto de las empresas y entidades estatales que debían asumir el pago de dichas pensiones[38].

Por esta razón, el Gobierno se vio obligado a emitir el Decreto Legislativo Nº 763 (15 de Noviembre de 1991) que declaró la nulidad de pleno derecho de los actos de incorporación que se hubiesen efectuado en contravención a las disposiciones del Decreto Ley Nº 20530. En virtud a esta norma, las empresas y entidades del Estado emitieron resoluciones administrativas declarando la nulidad de dichas incorporaciones, contra lo cual los pensionistas interpusieron demandas de amparo acogidas favorablemente por el Poder Judicial, forzando al Gobierno a dictar el Decreto Legislativo Nº 817 (publicado el 23 de Abril de 1996), que otorgó a la ONP la competencia exclusiva para el reconocimiento de los derechos pensionarios derivados del Decreto Ley Nº 20530 (artículo 4º); la facultad imprescriptible de declarar nula las incorporaciones indebidas (artículo 5º, segundo párrafo, in fine); y el patrocinio de la defensa de los intereses del Estado en todos los procesos judiciales que trataban sobre la aplicación de derechos pensionarios de ese régimen (1ra. Disposición Complementaria).

Esta norma fue sometida a una acción de inconstitucionalidad, proceso que concluyó el 26 de Abril de 1997 al ser publicada en El Peruano la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 008-96-I/TC. Se dicta luego la Ley N° 26835 (publicada el 4º de Julio de 1997), que también pasa por el tamiz constitucional, siendo derogada casi en su integridad con el fallo emitido en el Expediente Nº 001-98-I/TC (publicada el 27 de Junio del 2001), perdiendo la ONP sus facultades administrativas y judiciales vinculadas a este régimen.

Casi un año después de publicada esta sentencia, ante la existencia de miles de solicitudes pendientes de resolver en sede administrativa y otros tantos de procesos judiciales paralizados, el Gobierno dictó la Ley Nº 27719[39] mediante la cual se otorgó a la entidad en la cual se hubiera prestado servicios (artículo 1º) la competencia para reconocer, declarar, calificar y pagar los derechos pensionarios del Decreto Ley Nº 20530, y la representación del Estado ante el Poder Judicial; la norma precisa (artículo 3º) que el Ministerio de Economía y Finanzas sería el encargado de aprobar los lineamientos y directivas para la aplicación uniforme de la ley, efectuando a la vez el control administrativo y supervisión de dichos actos. Mediante Decreto Supremo Nº 159-2002-EF (anexo publicado el 25 de Octubre del 2002) se aprobaron dichos lineamientos.

---

38) Como precisa: GASTIABURÚ JASHIMOTO, Carlos. "*El fallo del Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817*". En: Asesoría Laboral, Junio 1997, página 10.

39) Publicada en el diario El Peruano el 12 de Mayo del 2002.

El resultado de esta evolución temporal plagada de excesos legales y judiciales es el incremento excesivo de los pensionistas de 30,000 (cálculo inicial) a unos 295,000 aproximadamente, que solo en el año 2003 representaron al Estado un gasto superior a los S/. 4,500 millones, lo que es totalmente inviable desde el punto de vista financiero para un país como el Perú, razón por la cual el Poder Ejecutivo ha presentado un Proyecto de Reforma Constitucional que le permita reestructurar este régimen, el mismo que explicaremos a continuación.

2. Proyecto de reforma constitucional[40]

El Proyecto N° 10344/2003-CR, presentado el 14 de Abril último, plantea que sean modificados 3 temas puntuales de la Constitución Política de 1993:

2.1 Incorporar al artículo 11º un segundo párrafo, en el cual se precise que la ley establecerá la entidad del Gobierno Nacional que administrará los regímenes de pensiones a cargo del Estado[41].

2.2 Sustituir el texto del artículo 103º, con la finalidad de establecer en todo el ordenamiento legal (sin excepción adicional a la penal) la Teoría de los Hechos Cumplidos, en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo.

2.3 Reemplazar en su totalidad la 1ra. Disposición Final y Transitoria con el fin de suprimir la referencia a los "derechos adquiridos" en materia de pensiones de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530, generando:

- El cierre definitivo del Decreto Ley N° 20530
- La aplicación inmediata de las modificaciones
- La supresión de la nivelación de pensiones
- La aplicación (gradual) de un tope único
- El inicio de acciones de nulidad por incorporaciones indebidas

En la medida que el presente trabajo no pretende ser un comentario de las citadas reformas constitucionales, nos limitaremos a indicar que el 26 de Mayo último el Congreso de la República aprobó en primera legislatura la reforma (con una mayoría impensada: 96 votos a favor), estando pendiente el debate del Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional para la segunda legislatura, el mismo cuyo inicio se ha previsto para el 20 de Octubre; esperemos que, igual que en la oportunidad anterior, los congresistas dejen de lado sus intereses personales y permitan una reforma estructural del

---

40) Para ahondar sobre los comentarios a la reforma, ver: GONZALES HUNT, César. "*El futuro de la cédula viva. Reforma constitucional del régimen previsional del Estado*". En: Actualidad Jurídica N° 126, Mayo 2004, páginas 31-42; FAJARDO CRIBILLERO, Martín. "*Modificaciones constitucionales al régimen pensionario regulado por el Decreto Ley N° 20530*". En: Asesoría Laboral, Julio 2004, páginas 7-10; ABANTO REVILLA, César. "*Comentarios sobre el Proyecto de Reforma Constitucional del Decreto Ley N° 20530*". En: Asesoría Laboral, Agosto 2004, páginas 25-29.

41) El artículo 9º del Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional del Proyecto de Reforma establece que sería el Ministerio de Economía y Finanzas la entidad encargada para tal fin, el mismo que podrá -a su vez- delegar dicha facultad en otras entidades.

régimen pensionario estatal que haga viable su manejo financiero, paliando en parte la situación económica nacional actual, cuyo destino es incierto en tanto subsista la carga previsional mencionada que constituye una traba para el desarrollo del país.

IV. EL FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ

Esbozado el panorama de la situación actual (crisis crónica) de la seguridad social en pensiones de los regímenes administrados por el Estado, la misma que no es mediatizada de manera eficiente en bienestar de la colectividad con la presencia conjunta de los particulares (en el SPP a través de las AFP), en la medida que -conforme a lo expuesto por el propio Banco Mundial en el informe señalado del año 2004- las pensiones privadas otorgadas son bajas a pesar de los altos costos de la reforma, resulta manifiesto que el Sistema de Pensiones del Perú debe ser reestructurado de manera inmediata.

En tal sentido, consideramos que debe procederse a desarrollar (por cada uno de los regímenes administrados por el Estado) un **estudio actuarial** íntegro, en el cual se determine: **(i)** el número exacto de pensionistas registrados, con una proyección grupal de espectro futuro de vida y las cargas familiares eventuales; **(ii)** el número exacto de asegurados (trabajadores en actividad aportantes), con la determinación de los empleadores morosos, a fin de determinar los ingresos potenciales con que podría contar cada fondo; y, **(iii)** el monto exacto con que cuentan en la actualidad cada uno de los fondos y reservas previsionales, para establecer las acciones futuras de inversión.

Paralelamente a esta medida, que debería ir aparejada con la aprobación de la reforma constitucional (luego, legal) de los regímenes de pensiones del Estado, se debe proceder al establecimiento de un **régimen previsional unificado**, al cual aporten todos los trabajadores (dependientes e independientes, estatales y particulares) de manera obligatoria, el mismo que funcionaría con el esquema del sistema de reparto con prima escalonada, pero con reservas obligatorias y actualización o reajuste periódico de las pensiones (para evitar la caída de su valor como consecuencia de la inflación o los cambios monetarios), sirviendo el pilar privado como un sistema complementario **voluntario**, financiado bajo el modelo de capitalización individual, al que el trabajador aportará un porcentaje adicional para incrementar el monto de la pensión que percibiría en el futuro del pilar público obligatorio[42]. El régimen previsional privado seguiría aún bajo la supervisión del Estado, en cuanto a su funcionamiento

Se entiende que el nuevo régimen previsional unificado funcionaría bajo una pensión de jubilación (en que se exija una edad no menor a 65 años, y cierta cantidad de

42) Como ocurre con el Sistema de Pensiones de la Argentina, conforme anota: ROMERO MONTES, Francisco. "*Seguridad social: En busca del sistema adecuado*". En: temas de derecho N° 1, Revista UPSMP, 1995, páginas 60-61.

años de aportes mínimos, no menores a 20 ó 30), eliminándose toda prestación vinculada únicamente (como en el caso del Decreto Ley N° 20530 para la cesantía) a los años de servicio. Junto a dicha pensión también se reconocerían las prestaciones de invalidez (con ciertas reformas menores) y sobrevivientes (con los porcentajes que rigen en el Decreto Ley N° 19990, esto es, sin otorgamiento del 100% de la pensión, como dispuso la Ley N° 25008 en el régimen previsional de los servidores y funcionarios públicos del Estado).

En efecto, mas allá de que el Estado sea (generalmente) un mal administrador de los recursos dinerarios[43], lo cierto es que la seguridad social debe propender a la atención mayoritaria de las necesidades básicas de la colectividad, claro está, dentro de las posibilidades económicas y financieras del país -puesto que de lo contrario, y sin los ajustes radicales en la estructura actual previsional de los regímenes estatales, todo proyecto nacerá condenado a muerte-, y plantear un esquema de competencia entre pilares públicos y privados sujetos a formas de financiamiento, tasas de aportes y demás instituciones esenciales distintas (como la presencia de una pensión máxima y una mínima) en un país en el que el inversionista privado no sería proclive a introducir factores de solidaridad en su gestión de las pensiones[44], podría poner en riesgo el reconocimiento real de la seguridad social como un derecho universal (por más que sea progresivo)[45], razón por la cual nuestra propuesta apunta a lo antes dicho.

Para finalizar el presente trabajo, queremos recordar al lector que el establecer un sistema adecuado de seguridad social es un trabajo que dependerá de una decisión política -al final-, pero el camino para llegar a asumir un determinado destino estará supeditado a circunstancias y factores económicos, sociales e -inclusive- demográficos[46], razón por la cual en toda reforma del régimen de pensiones de un país se debe efectuar una evaluación previa y precisa de esas condiciones para determinar el sistema a seguir, sin dejar de señalar de modo expreso la responsabilidad administrativa, civil y penal que se atribuirá a quien (o quienes) den un destino indebido a los fondos y reservas previsionales.

---

43) Las estadísticas relativas a la situación del SNP antes de la reforma del año 1992 se pueden cotejar en: MONTORO, Carlos. "*Costo de la reforma del Sistema Nacional de Pensiones: Una adaptación del modelo de generaciones traslapadas*". En: Estudios Económicos, Julio 1999, Revista del Banco Central de Reserva, páginas 57-77; PAYET PUCCIO, José. "*La reforma estructural en el Sistema de Pensiones*". En: Ius et veritas N° 5, Revista PUCP, 1992, páginas 15-20; BOLOÑA BEHR, Carlos. "*Cambio de rumbo: El programa económico para los ´90*". Lima, 1993, Instituto de Economía de Libre Mercado, 248 páginas; APARICIO VALDEZ, Luis. "*La reforma de la seguridad social en el Perú*". En: Derecho & Sociedad N° 11, Revista PUCP, 1996, páginas 124-132.

44) A tal punto que algunos autores plantean, con cierta validez, que el SPP no puede ser considerado seguridad social. Por ejemplo: PASCO COSMÓPLIS, Mario. "*¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social?*" En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica, Madrid, 1998, Secretaría General OISS, página 170.

45) Debe tenerse en cuenta que ciertos autores sostienen que la seguridad social debería estar siempre bajo el control público estatal. En ese sentido: SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda. "*Seguridad social y Constitución*". Madrid, 1995, Editorial Civitas, 155 páginas.

46) En ese sentido: HENKE, Klaus. "*Dependencia de la política social a las condiciones económicas y demográficas*". En: LACHMANN, Werner (Editor). "Seguridad Social en la Economía Social de Mercado". Buenos Aires, 1995, Konrad Adenauer, página 279; Oficina Internacional del Trabajo. "*Seguridad Social: Un nuevo consenso*". Ginebra, 2002, página 99.

LOS NUEVOS ASPECTOS SENSIBLES EN LOS CAMBIOS Y REFORMAS QUE SE ESTÁN DANDO EN LA SEGURIDAD SOCIAL

*DIEGO ALFREDO CHIENDA QUIROZ**
*DORILA VALVERDE***

Sumario:

I. Una reflexion inicial. II. Sensibilidad a nivel social. III. Sistemas creibles. IV. Principio de universalidad V. Sostenibilidad económica y disponibilidad de los sistemas. VI. Las opciones

En materia de Seguridad Social algunos paradigmas han sido reformulados, adaptados; para algunos especialistas estos cambios los vienen cuestionando por los resultados, pero lo cierto es que, además en este esquema se ha incorporado una nueva visión en el alcance económico y financiero de las pensiones, lo que ha originado el debate sobre los sistemas de reparto y los capitalización individual donde prevalece la participación del sector privado.

Un considerable sector de países aplicó una reforma de sus sistemas a partir de la década de los años noventa.

Tenemos que "más de la mitad de los países latinoamericanos han adoptado sistemas de capitalización individual obligatoria"[1]. Claro, aunque no todos muestran un alcance integral y uniforme ni tampoco exclusivo. Los hay según desde aquellos que *sustitutivos* que han reemplazado al tradicional, como es el caso de Chile, Bolivia, México, El Salvador

---

(*) Abogado, miembro de AELE.
(**) Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo.
1) Katharina Müller, "Las Reformas de Pensiones en América Latina y Europa oriental" .Estudios de la Seguridad Social Año 2003-Nº 92 , pág. 10.

y Nicaragua; los *paralelos* que funcionan en Perú y Colombia, en los cuales subsiste el tradicional; el *mixto* en Argentina y Uruguay, en los cuales comparten escenario el sistema tradicional de reparto con el privado en base a capitalización individual[2].

Así apreciamos que en América Latina se han institucionalizado los sistemas de capitalización, con diversos alcances, sustituyendo a los de reparto, compartiendo alcances o bien con un alcance complementario, paralelo, mixto, entre otros.

En cambio en los países ex socialistas si comparamos las reformas estructurales en materia de seguridad social, se aprecia que en la gran mayoría, Hungría, Polonia, Letonia, Bulgaria, Croacia, Estonia y Macedonia se han aplicado sistemas mixtos a excepción de Kazakistan en el que se aplicó el sistema sustitutivo.

Un elemento importante que ha marcado el alcance y desarrollo de los sistemas, según Carmelo Mesa Lago, es la oportunidad en que aparecieron en América Latina. Por ello clasifica las reformas en sistema "pioneros", "intermedios" y "tardíos", atendiendo a la creación de los programas de reforma en el tiempo.

No obstante, nos parece que un elemento inicial integral no se ha considerado en el análisis global del cambio, pues la complejidad económico de los sistemas tradicional en el cambio nublaron los efectos que otras materias estaban influenciando en la seguridad social. Así, el contexto altamente inflacionario de los años ochenta, las devaluaciones, la presión de la deuda externa y los efectos sobre el empleo, dejaron ni siquiera en un tercer ni cuarto nivel de importancia, el desarrollo de la sociedad con el sistema tradicional y las particulares organizaciones nacidas en el tiempo, lo que en cada país presentaba antecedentes y líneas totalmente distintas. En el Perú los sistemas se centralizaron en uno solo, mientras que en Chile prevaleció la proliferación de Cajas o sistemas de acuerdo al sector o labor. En Argentina, se estructuró mayormente teniendo como pilar definitorio el esquema de la Administración Pública y del movimiento sindical.

Inclusive algunos países europeos como Alemania, Suecia, España, Suiza y Gran Bretaña han " debido reconocer que su esquema- tradicional de seguridad social , basado en el Estado de bienestar- ha sido rebasado por la ruptura del sano punto de equilibrio ingreso- egreso, y por otros factores que al parecer no se pensaron o planearon adecuadamente en su surgimiento; el creciente número de pensionados, trabajadores parados, o sujetos improductivos entre otros , han propiciado la obligada búsqueda de nuevos esquemas de protección financieramente viables y factibles"[3].

Ahora, tenemos un gran reto pues muchos de esos elementos y otros derivados tampoco se han tenido en cuenta en toda su magnitud en la reforma emprendida; son pues estos los que nos reclaman su parte en la reforma, pues se aprecia que la situación actual presenta también problemas que requieren pronta solución.

---

2) CARMELO MESA LAGO, AIOS,FIAP, 1998-2000-2001 Krishock e investigaciones propias, Cit. K.M. (1).
3) RUIZ MORENO Angel , Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ed. Porrúa. 2002. pág. 565.

Es así que en el resultado de las reformas de los sistemas pensionarios promovidos por el Banco Mundial a inicios de la década de los años noventa, y la evaluación de la participación de entidades privadas en este ámbito, se aprecia la importancia que ha significado la consolidación de un fondo de ahorro interno cuya misión esencial es profundizar los esquemas de inversión sin tener que recurrir a fuentes externas.

Una de las metas de la aplicación de la reforma previsional, al concebirse el sistema fue que a la vez que se establecía una seguridad previsional pensionaria alejada de los embates e influencias políticas, se formara un fuerte y sólido mercado de capitales en base al ahorro interno, lo cual obviamente, podría eliminar o combatir el desempleo, el paro laboral etc. que está en debate la aparición de algunos conceptos que podrían estar marcando el futuro de la seguridad social, aspectos legados a materias ajenas a las tradicionales de recaudación, empleo, la proyección económica o financiera, etc.

Sin tratar de analizar y agotar el debate de esos elementos a que nos hemos referido y que ahora al parecer están repotenciando otros, cuyo antecedente era negado o de incidencia menor, creemos importante atender en esta breve ponencia los conceptos y términos más importantes que estarían diseñando una reflexión de fondo sobre la reforma de los sistemas previsionales, teniendo como marco lo ya recorrido y aquellos elementos que no se le ubicaron en el debido papel que les corresponde.

I. UNA REFLEXION INICIAL

Es necesario que se reflexione sobre los nuevos conceptos o consideraciones que están debatiéndose para estar al corriente de los fenómenos que producen y no incurrir en los mismos errores, o enriquecer nuestros sistemas con experiencias que están dando mejores y mayores resultados.

"Parece ser que, en definitiva, mercado y gobierno son dos sistemas imperfectos de acción, y quizás lo más aconsejable sería intentar hallar la combinación estratégica de ambos, de la acción pública y privada que optimice en cada caso el bienestar conjunto de la sociedad y que obtenga mayores logros con el menor costo posible, en beneficio de todos"[4].

Quizás esto explica el por qué predomina en el mundo la tendencia a que los sistemas previsionales tengan algún componente de sistema mixto y además la consolidación de nuevos conceptos y materias que trataremos de sintetizar a continuación.

---

4) RUIZ MORENO Angel , Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ed. Porrúa. 2002. pág. 568.

II. SENSIBILIDAD A NIVEL SOCIAL

Se parte para este concepto de revisar nuevamente el entorno social en el que se desenvuelve el sistema previsional, tanto en cuanto se refiere a las diferencias al aspecto económico de la sociedad en su conjunto como al nivel de ingresos y la perspectiva situacional en el tiempo.

En el caso peruano por ejemplo el subempleo parece no dejar su parte y permanece de manera invariable en los últimos 10 años. Asimismo, dentro del rango de más del 60% hasta el 70% se desenvuelve la pobreza en nuestro país en más del 60% de los departamentos.

De otro lado, los programas económicos no han tenido los resultados esperados ni en materia de ingresos ni en empleo, por lo que los sistemas previsionales no han ampliado el horizonte de atención; al contrario se aprecia una desaceleración del sistema, a pesar que existen sectores a los que penden abordar, como lo es el sector de independientes pero para los cuales los sistemas no han sido preparados pues en su concepción está el empleo formal, lo que hace que la administración, riesgos y demás aspectos no se apliquen por los riesgos que abarca.

Esa carencia de *sensibilidad* radica en que los propios países contribuyen a la marginación y a acrecentar los sectores de excluidos, al determinar en muchos sectores económicos que la seguridad social sea un derecho opcional, solo por el mero objetivo inmediatista de reducir aparentemente costos, lo que en verdad al desproteger a gran parte de la población, tiene un efecto inverso, pues eleva los costos de los países frente a ese sector desprotegido, frente a los que desarrollan otras actividades, a los que sus ingresos les permite gozar de pensiones en el retiro, o como afirma Darlomer D. Hoskins: "algunos países tienen sistemas financieramente sostenible, pero socialmente inaceptables, porque se ocupan de los ricos, y obviamente no de los pobres"[5].

La sensibilidad a nivel social no es un concepto ligado a una tendencia socialista que en algunos casos es de nefasta recordación, sino más bien en nuestro concepto implica la necesidad de retomar dos elementos esenciales:

a) Retomar el escenario básico dejado de lado al implementar los sistemas previsionales reformados y atender a la búsqueda de soluciones que procuren la incorporación de vastos sectores de la población, a los beneficios de la seguridad social pues es un derecho humano al cual debe acceder toda la población y no un derecho patrimonial de los que más tienen. En la mayoría de estos casos existen condiciones para esa incorporación, pero no se cuenta con el medio;

---

5) RUIZ MORENO Angel , Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ed. Porrúa. 2002. pág. 568.

b) Racionalizar la participación estatal allí donde es materialmente imposible que el principio de universalidad se aplique a toda la población por múltiples factores. No sólo convertir al Estado en un aparato de asistencia social sino un impulsor de la conversión de las situaciones particulares de la población, con la finalidad de atender sí directamente aquellas franjas de extrema pobreza en las que es imposible una participación activa de las propias personas.

En ambas acciones si bien debe existir una participación estatal, nada impide que el sector privado participe en este empeño, pues estimamos que es inherente al reto de los tiempos, peor solos no podrían dar solución a esta realidad.

Una muestra de esta necesidad la encontramos en la clasificación que se maneja del modelo social europeo actual. Este ha desembocado en cuatro tipos de protección: la escandinava, la anglófona, la continental y la sureuropeo. Estas cuatro formas afectan a los cuatro elementos esenciales de los modelos: a) a la protección de las contingencias y acceso a la protección, b) a la estructura de las prestaciones, c) a los mecanismos de financiación y d) a la organización de la gestión.

En los países escandinavos se concibe la seguridad social como un derecho de los ciudadanos, al cual acceden todos y cuya protección básica alcanza a todos por igual. Los ciudadanos económicamente activos disponen de un segundo mecanismo complementario y obligatorio de protección[6].

Finalmente cabe señalar que un aspecto sensible en materia de seguridad social, es considerar que "se debe dar protección no solo a los que tienen derecho", sustentando que la seguridad social no solo sirve para que el Estado construya justicia social y paz social, teniendo en cuenta que debe calzar los ingresos de las cotizaciones con las prestaciones que se dan en un sistema de seguridad social, sino también tales acciones respondan a las necesidades propias de cada país".

III. SISTEMAS CREIBLES

La credibilidad de los sistemas en uno de los conceptos que debe abordarse mas aún en esta etapa de la evaluación de cambios de la reforma, pues la claridad en sus alcances, la *transparencia en su accionar* y el hecho de resaltar las bondades y ventajas que representa lo consolida.

Este constituye un concepto que se ha dejado de lado en el desarrollo de los sistemas previsionales, pues no se ha transmitido los derechos que otorga el sistema y el esquema posible aplicable a las personas.

Es por ello que en el futuro de la seguridad social se requiere que los países atiendan con mayor énfasis los temas siguientes derivados de este concepto:

---

6) Estudios de la Seguridad Social Año 2003 Nº 91, pág.16.

a) Que el cálculo de las pensiones sea difundido en base a datos ciertos, fáciles de entender.
b) Que el sistema funciona si se aplica el esquema general y no solo una parte o lo que lo hace vulnerable. No asumir el sector privado las responsabilidades propias del sistema resta solidez al mismo, pero aún es derivar sus responsabilidades a terceros, sin tener mecanismos de protección seguros y confiables, por ejemplo nos referimos al tema de la participación de las compañías de seguros.
c) Resta credibilidad que el sistema represente un costo al asegurado mayor del que recibe. Es por ello necesario que el sistema sea revisado y revitalizado en todo su escenario para que se racionalicen los costos. De no reflexionarse sobre este tema pasarán otros 30 años y solo un sector de la población habrá accedido a las prestaciones pensionarias.
d) credibilidad también pasa por el filtro de difusión de la información y de estar atento a que ese sector que no alcanzará una protección sea atendida responsablemente por los gobiernos que asumieron la responsabilidad de brindar seguridad social bajo este nuevo cambio; de lo contrario se está incumpliendo con los asegurados en primer lugar, con los inversionistas probados, con la sociedad en su conjunto.

Se afirma que la credibilidad del sistema conlleva un concepto adicional que es el cariz *social* que tienen los sistemas de pensiones, lo cual los aleja de las pretensiones de ciertos sectores del ámbito bancario o financiero de incursionar en materia de seguridad social.

No dejará de inquietar en las próximas décadas este importante concepto que acerca más a las administraciones con los afiliados, más que si continúan como hasta ahora alejados. Pues este acercamiento no solo es tangible sino se debe plasmar en las recomendaciones legislativas que el tema requiere.

Así se evitará que la seguridad Social complementaria privada, debido a que responde a un sistema económico basado en la capitalización del ahorro individual, y sus beneficios solo son conocidos en el momento en que el riesgo social se realiza (vejez, muertes, invalidez etc). Así, si bien el valor de la prestación depende exclusivamente del valor acumulado de las contribuciones individuales o de los ingresos que las inversiones financieras propician a la entidad gestora de esos recursos, los cuales, por mala administración o factores económicos adversos, se pueden revelar como un engaño en el momento de la jubilación o muerte del asegurado, es aquí en donde los actores y el propio Estado deberán poner énfasis en la protección de los derechos de los afiliados a fin de que no se vean burlados. Es así que una auditoria de técnicos externos al sistema y al poder político le daría una mayor, oportuna y eficaz credibilidad, lo que se complementaría como una supervisión independiente técnico especializada y libre de influencias del poder político.

Es ahora importante recalcar las palabras de Daykin en 1995 cuando señaló que: "Es preciso que una instancia de responsabilidad pública regule y supervise de modo exhaustivo los sistemas de pensiones administrados o por el sector privado. La instancia reguladora también debe tener acceso a asesoramiento actuarial"[7].

IV. PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

¿Se debe replantear el concepto de *universalidad* considerado como meta o en verdad es un principio, pero que de ninguna manera puede constituir una meta?

Si partimos que uno de los factores exógenos a la seguridad social y que la afecta esencialmente es el nivel de empleo de los países. Debemos pensar que además de esa necesidad, incluso el sector de pleno empleo puede quedar al margen del sistema, si no se incorpora el concepto de reconversión, polivalencia o capacitación en otros oficios a los programas y planes laborales a corto mediano y largo plazo.

Cada vez con más fuerza gana terreno la idea de que manteniendo tal como está concebido el Principio de Universabilidad, pasarán otros 30 años y la cobertura de la seguridad social no superará el 30 a 40 por ciento de la población.

La reflexión de fondo es que no debería ser viable mantener una concepción tradicional de este principio y que debe por tanto explorarse su adecuación a la búsqueda de resultados posibles y viables.

Obviamente la universalidad pasa por el análisis de los efectos que mantiene la seguridad social por cuanto depende esencialmente del desarrollo económico de los países. Para Alvaro Castro Gutierrez, "siendo los países en vías de desarrollo-que concentran la mayoría de la población mundial- los más numerosos, se puede afirmar que la universalización de la protección social queda, hoy en día , como una meta por alcanzar"[8].

Dos problemas se anexan al resultado de esta evaluación, *uno básico* es la posibilidad de acceder a los sistemas de protección, peor aún es que los gobiernos, como sucede en el Perú favorezcan con normas legales absurdas que la seguridad social sea opcional, con lo cual la deficiencia de universalidad se agrava. Tal es el caso de los trabajadores del agro como el de las microempresas. Lo más adecuado hubiera sido mantener la obligación de buscar métodos de productividad y calidad y nichos de negocios productivos y activos en lugar de ir por lo más fácil, cortar derechos.

El otro problema es el de las menores y *deficientes prestaciones* en la seguridad social. En algunos casos por ser costosos o por que el propio Estado tiene la responsabilidad de cubrir el sistema reduce los beneficios a niveles deplorables, o bien por cuanto el financiamiento no permite proporcionar adecuadas prestaciones.

---

7) FIDEL FERRERAS ALONSO, Pág. 14, Revista de Relaciones Laborales Nº 10, Año XVIII-Mayo 2002. ED. La Ley - Madrid.
8) CHRISTOPHER D. DAYKIN, Estudios de la Seguridad Social, 1995, Nº 3-4, pág. 87-104.

Así la universalidad también pasa por definir soluciones sobre la financiación como sobre el recurso humano comprendido. La primera solución es inherente al sistema laboral imperante, a mayor permanencia y estabilidad del empleo mayores posibilidad de financiar un sistema que proporcione mayores prestaciones. En caso contrario vemos que como en el caso del Perú entre seis u ocho millones de personas tiene un ingreso mensual pero están al margen de la seguridad social.

Pero siendo complejo este tema, algunos aspectos deben de señalarse:

a) Debe crearse un sistema que consolide todas las posibilidades de acceso a prestaciones en materia de pensiones.
b) Las respuestas tradicionales o las innovadoras de capitalización individual no han respondido eficazmente a solucionar este tema.
c) Definir el alcance de la protección y la estructura de las prestaciones.
d) Determinar la organización de la gestión en base a capacidad instalada posible de compartir (municipios, entidades de salud etc.).
e) Establecer sistemas de financiamiento en base a aportes individuales o mediante ayudas directas del estado en aquellos sectores totalmente desprotegidos, bajo condicionantes rígidos. La participación del sector privado y del Estado, gobiernos locales regionales y gobierno central son importantes ahora más que nunca.
f) La inacción resta credibilidad al sistema.

Tal como se ha definido y mostrado, este tema de la universalidad, es uno de carácter social que compete a la sociedad en su conjunto por lo que no puede estar aislado del principio de solidaridad, el cual debe ser racionalizado, pero nunca excluido de esta materia. Es en todo caso *la nueva solidaridad* como un concepto que le da sostenimiento y acrecienta la credibilidad en el sistema.

V. SOSTENIBILIDAD ECONÓMICA Y DISPONIBILIDAD DE LOS SISTEMAS

La sostenibilidad económica pasa también por un concepto de transparencia. Es quizás lo que más se ha desarrollado en materia de seguridad social, por los fracasos de los últimos 30 años.

Pero, teniendo en cuenta las tendencias actuales y futuras, mucho de lo que para algunos es una conquista se puede perder, ya que el empleo no es permanente, no está asegurado pues depende en muchos casos de factores exógenos a la seguridad social y lo que es peor ahora de los propios países.

Incluso los sectores formales pueden ser desactivados por una cuestión de polivalencia de especialidades o carencia de mano de obra adecuada o del nivel de capacitación que se requiera.

No son solo el empleo vigente ni el modelo de relaciones laborales los que definirán en el futuro el grado de éxito en materia de seguridad social, sino la capacidad de los sistemas tanto laborales como de seguridad social de adaptarse a los cambios y desafíos.

Nada podrá extrañar que en pocos años, si ya en verdad resulta necesario, las administradores de pensiones, brinden asesoría a los afiliados para que aporte sumas adicionales para favorecer una mejor pensión o bien tratar de revertir los épocas de desempleo. Obviamente esto debe llevar a aplicar comisiones diferenciadas o de rendimiento fijo, pero en este campo se debe ser creativo.

Otro concepto que no solo esta vinculado a la *sostenibilidad económica* del sistema es la *disponibilidad de los fondos*, concepto distinto a la tradicional tentación de los gobiernos de tomar los fondos.

Esto pasa también por una reflexión sobre la eficiencia del aparato estatal frente a la participación de entidades privadas o públicas; es otro concepto importante en estas reformas.

El concepto de disponibilidad de fondos es un elemento que está inmerso en la propia seguridad social y que es ajena al logro de mejores y mayores resultados sobre el fondo acumulado por inversiones que de seguro podrá proporcionar un acrecentamiento del fondo de jubilación, pero cuál es el costo o instrumentos con que cuenta el sistema para que las colocaciones, teniendo en cuenta determinados factores de permanencia en empleo, paro laboral, entre otros, permita acceder a pensiones de refugio o adelantada , lo cual puede, por su implicancia desmejorar las pensiones de aquellos no comprendidos en la medida. Esto implica que las inversiones deben realizarse en consideración a ciertos factores que deben determinarse.

Es así que las nuevas leyes o reformas que se den en materia de pensiones no deben dilatarse sino definirse con claridad y oportunidad para evitar la incertidumbre y la puesta en cuestionamiento del sistema.

Tenemos en el caso peruano por ejemplo una serie de afiliados que están en una situación compleja no definida, y ni el poder político la define con prontitud, ni el órgano supervisor define la solución, esto por cuanto no es autónomo.

VI. LAS OPCIONES

Estos y otros conceptos estarán el debate sobre el futuro de la seguridad social, pero lo importante es definirlos, detectarlos, pues cada país es diferente, y además blindar soluciones oportunas y eficaces que favorezcan el desarrollo de la seguridad, y que este a través de ese instrumento favorezca el desarrollo económico, social y político del país.

Siguiendo la clasificación de Alvaro Castro, con algunas precisiones el futuro de la seguridad social en materia de pensiones, no dejará de tener como esquema de trabajo lo siguiente:

a) Un régimen obligatorio y contributivo de reparto, que proporcione un ingreso en sustitución en la vejez, relacionado con los ingresos en actividad hasta una alícuota máxima del último ingreso de referencia, el mismo que puede ser administrado por entidadades privadas, publicas o mixtas;
b) Un régimen obligatorio adicional de ahorro individual que sea complementario al anterior, el mismo que puede ser administrado por entidades privadas, publicas o mixtas;
c) Un régimen adicional a los anteriores, de ahorro voluntario, el mismo que puede ser administrado por entidades privadas, publicas o mixtas;
d) Dependiente del nivel de desarrollo o cobertura de los países puede implementarse una red de protección financiada con impuestos, para aquellos que no están protegidos por ninguno de los anteriores sistemas o solo parcialmente por ellos.

REALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

ALFONSO DE LOS HEROS P.A.*

Sumario:

I. Una buena noticia: el Sistema Privado de Pensiones en el mundo. II. Situación del Sistema Privado de Pensiones en el Perú. III. Definición Constitucional del Sistema Privado de Pensiones. IV. Marco legal del Sistema Privado de Pensiones. V. Medidas legales positivas para los afiliados. VI. Factores del éxito del Sistema Privado de Pensiones. VII. El Futuro del Sistema Privado de Pensiones.

I. UNA BUENA NOTICIA: EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL MUNDO

Pese a que la situación social y política en muchos países del mundo se ha tornado especialmente difícil, debilitando la seguridad en todas sus formas y salvo el caso de la crisis argentina en que se vulneró el principio básico de separación del riesgo entre el ahorro previsional y el riesgo país, en general, el SPP en el mundo ha evolucionado favorablemente estableciéndose en muchos países sistemas privados que alientan el ahorro previsional.

Este sistema ha penetrado incluso en países tradicionalmente de bienestar y en los que el Estado soporta una enorme carga previsional y de asistencia social, tales como Estados Unidos y Suecia, funcionando también en Hong-Kong.

En los 21 países que tienen un régimen privado de pensiones, existe un total de más de 88 millones de afiliados que acumulan en sus cuentas de ahorro individual fondos

(*) Abogado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

por más de 200 Mil millones de dólares. En el año 2001 el número de afiliados se incrementó en 23% y se va incrementando año a año.

En América Latina, en donde existen alrededor de 55 millones de afiliados, su número creció en un 22% y los fondos previsionales privados ascienden a casi 100 Mil Millones de dólares. En general, en todos los países en que existe el sistema privado, hay un marcado aumento del número de afiliados y de fondos.

Las grandes cifras antes mencionadas convierten al SPP a nivel internacional en un verdadero motor de la economía, participando de manera decisiva en el ahorro interno y en el PBI de cada uno de los países.

Es importante señalar que la reforma previsional que supone un sistema privado, tiene un alcance fundamental, que es otorgar más poder a la sociedad civil, desplazando al Estado de las decisiones, la mayor parte de las veces erradas, respecto al manejo y destino de los fondos. Ahora el afiliado es propietario, no solamente su ahorro personal, sino, a través del fondo, de grandes empresas, de importantes depósitos, de valores y bonos y de múltiples inversiones, que los sitúan en una posición especialmente protagónica en su propia realidad económica.

Los sistemas de reparto en bancarrota, son una lógica consecuencia de su concepción original, por desplazar hacia el Estado los derechos de su manejo, por no alinear, en cabeza del ciudadano, la contribución y el beneficio, permitiendo la manipulación política y el fracaso económico de los mismos.

Es cierto que la mayoría de los trabajadores no tienen cobertura formal, obligando al Estado a actuar de buen samaritano con todos los que quedan al margen, pero también es cierto que la ineficiencia del Estado ha marcado un alto costo a esta realidad, porque no crece económicamente el sistema privado por falta de masa crítica, creando ello una desventaja social, tornando al Estado ineficiente para dedicar sus esfuerzos a otras urgencias hoy no cubiertas debido a esa misma ineficiencia.

II. SITUACIÓN DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES EN EL PERÚ

Como lo relatan Eduardo Morón y Eliana Carranza en “Diez Años del Sistema Privado de Pensiones- Avances, Retos y Reformas” (Centro de Investigación Universidad del Pacífico, 1ª Ed., 2003), la reforma que instala en el Perú el sistema privado de pensiones, “surge como consecuencia del desequilibrio financiero del antiguo sistema - cuya tendencia de largo plazo era reforzada por el cambio en el patrón de envejecimiento de la población -, la presencia de incentivos hacia la distorsión de los beneficios percibidos por los jubilados – existía discriminación por género, grupos ocupacionales y generacionales -, y sobre todo buscando evitar que los ahorros previsionales de los trabajadores queden ampliamente expuestos a riesgos asociados a factores políticos”.

Si bien esto no satisface a muchos políticos que basan su clientela electoral en el manejo de promesas y beneficios asociados a este tipo de derechos sociales (por ejemplo la Ley 20530 ha sido perforada dieciocho veces por leyes clientelistas), sin embargo, se logró instalar y mantener hasta hoy el sistema.

Al presente y después de más de once años de vigencia, el SPP ha logrado un desarrollo sumamente importante, pues representa aproximadamente el 45% del ahorro interno de la economía, el 35% de la capitalización bursátil y el 8% del PBI, convirtiéndose en un verdadero pilar de la economía nacional.

Su manejo especializado, el alto grado de experiencia en el tipo de inversiones a largo plazo que caracterizan al sistema, combinado con la independencia en el manejo de los fondos, la obtención de la rentabilidad más alta con el menor riesgo, la diversificación en las inversiones, las que tienen limites señalados por ley y la inversión de una parte todavía pequeña de los fondos en el exterior para evitar la saturación del mercado peruano, cuyo tamaño es limitado, han contribuido a gestar un sólido fondo de capitalización individual que cuenta con más de un tercio de la PEA laboral y un valor cercano a los 26 mil millones de soles, que representan algo más de 8 mil millones de dólares, que rinden una rentabilidad nominal anualizada superior al 10%.

La propiedad de estos fondos pertenece exclusivamente a los trabajadores afiliados que tienen cuentas individuales perfectamente separadas (situación que no se da en el Sistema Nacional de Pensiones) y son independientes y ajenas al patrimonio de las propias AFP que los administran, de tal manera que cualquier riesgo empresarial que corra o pueda sufrir una AFP, no afecta al fondo de propiedad de los trabajadores.

La fiscalización e información a cargo de la SBS tiene carácter diario y existe una estrecha coordinación entre la entidad del Estado y las AFP que no tiene otro objeto que consolidar el sistema al hacerlo más eficiente y seguro.

Se puede afirmar, sin lugar a dudas, que en el Perú, en materia previsional, hay un manejo exitoso de intereses sociales en el sistema privado de pensiones, que el Estado tiene la especial obligación de promover y proteger, sobre todo si se tiene en cuenta y ello debe señalarse sin ambages, que la historia de la previsión social pública en el Perú, desde su aparición organizada en un régimen nacional y universal en la década del 60, ha sido una sucesión de malas decisiones, tanto en lo económico como en lo político, que han llevado a generar una deuda pública interna previsional dos veces mayor a la deuda externa del Estado.

III. DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

Dentro del debate constitucional que se inició hace un par de años se aprobaron varias proposiciones referidas al derecho a la seguridad social, a las prestaciones que

cubre, a su regulación legal y al destino exclusivo de los fondos de la seguridad social a sus fines sociales y a su administración.

Falta sin embargo decidir sobre la regla referida al sistema privado de pensiones, esto es a la concurrencia o participación de entidades privadas en la cobertura de prestaciones de seguridad social en las áreas de salud y pensiones.

Vale la pena recordar que la Constitución de 1993 en su artículo 11° señala con acierto que "*el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento*".

Esta fórmula sencilla deja a la ley, tal como también lo señala el artículo 10° de la Carta, la regulación de estas prestaciones y de los sistemas que las administran.

Es dentro de esta línea de acción que resulta necesario que se consagre sin ambages la participación de las entidades privadas en la seguridad social administrando sistemas de salud o pensiones de acuerdo a ley y bajo la supervisión del Estado, estableciéndose que sus fondos se destinen exclusivamente a sus fines bajo las responsabilidades de ley, garantizándose la diversificación y valorización técnica de las inversiones y reservas y guardando el Estado neutralidad en el destino de las mismas.

Sin embargo es frecuente escuchar la necesidad de migrar del sistema privado al público y viceversa, de la necesidad de la solidaridad y de la participación laboral en la marcha del sistema privado.

No debe existir un trabajador que no tenga un sistema de seguridad social. Tampoco tiene sentido la migración entre el sistema privado y el público, no solamente por su distinta naturaleza (uno es de capitalización individual y el otro de reparto), sino porque no habría forma de liquidar la cuenta individual de una trabajador sin causarle un perjuicio no solo al modificar su naturaleza individual, privada y de capitalización para convertirlo en un fondo solidario de propiedad del Estado, que pasaría a un sistema público quebrado y en la práctica inexistente, sino porque el valor del fondo individual, podría verse perjudicado.

La solidaridad que con frecuencia se invoca como necesaria en un sistema previsional, debe darse a nuestro juicio, mediante mecanismos tributarios o de pensiones mínimas, pero no mediante mecanismos que afecten la propiedad del fondo de cada trabajador, fondo que, contrariamente a lo que algunos piensan, no pertenecen a las AFP sino a sus afiliados.

Finalmente, la participación en la supervisión no es posible pues esta es una función del Estado, altamente técnica, a cargo de un organismo como la Superintendencia de Banca y Seguros, cuya organización y funciones, no permiten según creemos, semejante mecanismo. No existe además, dentro de dicha institución la instancia en la que puedan participar trabajadores, más aún si no tiene los conocimientos

técnicos que requiere la función. Ello resulta tan inconveniente como una propuesta legislativa que se presentó hace un tiempo para que los afiliados participen en los Directorios de las AFP, cuando en realidad la conducción de la AFP como empresa no tiene vinculación con el fondo que esta administra y la presencia de una afiliado en el Directorio de una AFP no conduciría al objetivo supuestamente perseguido por el proyecto, que debería ser la posibilidad de fiscalizar el fondo de pensiones, ajeno y distinto al patrimonio de la AFP.

IV. MARCO LEGAL DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

El Sistema Privado de Fondos de Pensiones (SPP), fue creado por Ley 25897 de 6 de diciembre de 1992 tanto en beneficio de los trabajadores dependientes como de los trabajadores independientes, siendo sus principales características:

- la capitalización individual de los aportes de sus afiliados,
- la libre afiliación,
- la administración del fondo por entidades especializadas y exclusivas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), y
- la regulación y fiscalización minuciosa del sistema por parte del Estado, la cual se efectúa a través de la Superintendencia de Banca y Seguros.

El SPP con las características descritas, compite con el Sistema Nacional de Pensiones (SNP) que es un régimen pensionario estatal que opera bajo la modalidad de reparto. Ambos regímenes son pues cualitativa y cuantitativamente diferentes, ya que:

- sus contribuciones difieren (11.55% en el caso del SPP y 13% en el caso del SNP),
- el manejo del fondo se basa en cuentas de capitalización individuales en el caso del SPP y en un fondo de reparto en el caso del SNP. Es importante señalar que el SNP recauda mensualmente sólo un 20% de lo que significa el costo de las pensiones, las que se financian en un 70% con fondos del Tesoro Público y en un 10% con el rendimiento del Fondo Consolidado de Reservas,
- las pensiones del SPP son más altas que las del SNP, las que además están sujetas a topes,
- además, el número de afiliados del SPP es dos veces mayor que el del SNP.

Hemos mencionado que la aportación promedio del trabajador al SPP es de 11.5% aproximadamente, sobre su renta imponible, de la cual 8% va a la cuenta de capitalización individual y el resto se distribuye entre la empresa aseguradora que asume los riesgos de invalidez y sobrevivencia y la respectiva AFP. El SPP otorga a sus beneficiarios, pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia.

V. MEDIDAS LEGALES POSITIVAS PARA LOS AFILIADOS

Hay varios hechos relevantes que se han producido en los últimos dos años y que han significado una mejora evidente para el sistema. Entre ellos, podemos señalar los siguientes:

- La jubilación anticipada para trabajadores afiliados al SPP que realizan labores de alto riesgo para la vida o la salud.
- Se ha incorporado a la Superintendencia de Banca y Seguros el control de las AFP.
- Se han promulgado nuevas normas sobre calificación y clasificación de riesgo de inversiones, en especial, para el financiamiento de concesiones, estableciéndose también los instrumentos elegibles, requerimientos y modalidades para esta inversión.
- La transferencia al exterior de fondos pertenecientes a afiliados que dejan el país en forma definitiva.
- El establecimiento de una pensión mínima para equiparar los beneficios de los sistemas privado y público.
- Se ha permitido la jubilación adelantada dentro del régimen del Decreto Ley 1990 para aquéllos afiliados que cumplen los requisitos pero que optaron por afiliarse a una AFP.
- El establecimiento de un régimen especial de jubilación anticipada para desempleados que tengan más de 55 años de edad y doce meses sin empleo.
- La actualización de los bonos de reconocimiento hasta el año en curso reconociendo así los aportes efectuados por los trabajadores al sistema público, eliminando los requisitos de tiempo de aportación mínima para afiliarse a una AFP.
- La administración de fondos múltiples que permitan a las AFP ofrecer diferentes productos de acuerdo al perfil de inversiones que prefieran los afiliados para su ahorro previsional. La idea es combinar, en razón de la edad de los afiliados, productos de mayor riesgo pero también de mayor rendimiento cuando el afiliado es joven para luego optar por productos de menor riesgo cuando el afiliado llega a una determinada edad.

Adicionalmente, existe otra medida pendiente que serán de beneficio para los afiliados y que consiste en flexibilizar los límites de inversión y permitir que las inversiones en el exterior puedan incrementarse paulatinamente hasta 20% del fondo, diversificando de esta manera el riesgo y asegurando una rentabilidad más estable para los afiliados, evitando la sobreinversión en papeles locales y del gobierno. Esto implica un criterio de diversificación del portafolio para minimizar el riesgo país y como una forma de evitar las limitaciones que tiene el tamaño del mercado local. Además, evitaría riesgos como los producidos en otro país de la región, por la sobreinversión en papeles del Estado a

que se vieron obligadas las AFP, tal el caso de Argentina en que en la práctica se expropió la mitad del fondo mediante la obligación de comprar papeles del Estado, medida que fue seguida más tarde del conocido "corralito".

VI. FACTORES DEL ÉXITO DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

El Sistema Privado de Pensiones ha tenido éxito, porque ha significado un cambio cualitativo en los regímenes de pensiones, al vincular la pensión del trabajador al esfuerzo de capitalización y ahorro individual, resultando en una solución adecuada frente al fracaso de los sistemas públicos de reparto que han convertido los regímenes pensionarios en una enorme carga para el Estado y han provocado una precarización de las pensiones y por consiguiente de la situación de los jubilados.

Lo positivo de los fondos privados de pensiones es que los agentes del mercado financiero y las autoridades competentes han contribuido a dinamizar y hacer crecer el mercado previsional, colaborando también al crecimiento y fortalecimiento de la economía del país, trayendo resultados positivos no sólo a los individuos beneficiarios del sistema, sino también al mercado de valores y al proceso de capitalización de las empresas, todo ello bajo la atenta mirada fiscalizadora del Estado respecto al manejo de los fondos e inversiones.

En este sentido, la estructura normativa del sistema previsional privado vigente y las medidas legales que se han venido implementando en los últimos años, han provocado el crecimiento y consolidación del sistema, lo cual ha permitido no solamente ofrecer mejores opciones al afiliado, sino también hacerlo en forma más económica.

Frente a la excesiva intervención e ineficiencia del Estado en materia previsional y como respuesta positiva en beneficio de los trabajadores, se ha ido consolidando el sistema privado a pesar de que en algunos casos se la ha querido desacreditar con generalidades o prejuicios sobre su carácter capitalista y privado o sobre su costo, sin tener en cuenta que este cuenta tan sólo con once años de vida, que es necesario que se le otorgue seguridad jurídica en el largo plazo y que no debe ser presa de influencias políticas o medidas populistas, porque debemos entender que al momento de en que un trabajador se jubila, este sistema satisface de manera justa y adecuada las expectativas previsionales de sus afiliados y lo hace de mucha mejor manera que en el tradicional sistema de reparto, resultando más ventajoso desde todo punto de vista.

Cabe destacar también, que parte importante del éxito del sistema ha sido y es la posibilidad de que los afiliados van a recibir una pensión mejor a la que recibirían si continuaran en el sistema público.

Por otro lado, el fondo previsional privado ha creado un mercado de capitales que no existiría en la magnitud que actualmente tiene si no fuera por la inversión previsional. Ello contribuye a fortalecer las empresas, a mejorar las buenas prácticas de gobierno

corporativo en las que están listadas en bolsa, incentivan la actividad de las empresas calificadoras y aún son útiles al gobierno cuando emite bonos para distintos fines.

VII. EL FUTURO DEL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

Las expectativas del sector son positivas, si tenemos en cuenta que con las medidas comentadas, en especial la pensión mínima, la igualdad de beneficios con el sistema público y la desregulación en materia de inversión, tendremos, como se ha tenido, una rentabilidad superior a la de otros instrumentos financieros, como la Bolsa o los ahorros bancarios, de tal manera que sea posible un mayor volumen de afiliación y poder contar dentro del quinquenio venidero con un crecimiento en el número de afiliados, no menor del 40% de su número actual, lo que permitiría duplicar el fondo existente a la fecha dentro de dicho período y lograr una mayor masa crítica de afiliados, reduciéndose al mismo tiempo los costos para los mismos.

Tal como se ha señalado, entre las medidas emitidas, se han establecido normas sobre la clasificación y calificación de riesgo de inversiones en los distintos tipos de inversiones en las que pueden participar las AFP, en especial, en valores representativos de derechos sobre acciones en depósito, certificados de suscripción preferente, cuotas de fondos mutuos y de inversión, instrumentos de inversión emitidos por empresas constituidas en el exterior que desarrollen sus actividades mayoritariamente en el país e instrumentos de inversión emitidos para el financiamiento de concesiones o infraestructura.

La diversidad de fondos y la modernización de los sistemas financieros hará que tengan más presencia las inversiones institucionales nacionales, disminuyendo la vulnerabilidad externa de la economía y contribuyendo al desarrollo del mercado interno, lo cual presiona al mantenimiento de políticas económicas sostenibles. Esto favorece a los pensionistas para quienes el valor de compra de sus ahorros depende de la estabilidad de precios, de la evolución de los tipos de interés y de las ganancias de productividad, con tasas elevadas de crecimiento a largo plazo, aumentando la eficiencia, desarrollando mercados más sólidos y aumentando la efectividad de la intermediación del sistema financiero.

El crecimiento del sector va a permitir a las AFP un abaratamiento del costo de sus servicios y una mayor competencia en el corto y mediano plazo dentro de un mercado abierto que tiende a ser más eficiente. El trabajador tiene la libertad de elegir no solamente la administradora que considere más eficiente, sino también, de optar entre los diversos tipos de fondo que éstas le puedan ofrecer.

La mayor diversidad y apertura del mercado previsional traerá mayores beneficios al afiliado, dentro de un sistema que por su propia legislación y organización y por los mecanismos de fiscalización que ejerce el Estado, resulta ser un régimen

seguro que garantiza las aspiraciones previsionales de los afiliados, ya que se trata de invertir en instrumentos capaces de dar una adecuada rentabilidad y seguridad al fondo.

Como comentario final, vale la pena señalar que las regulaciones en materia previsional deben tender a otorgar un marco legal y tributario claro, sin afectar el ahorro previsional, incentivando el desarrollo de los mercados de capitales, fomentando la inversión nacional y extranjera y estableciendo únicamente límites máximos a la inversión.

En un futuro cercano, sería ideal terminar con los sistemas de reparto y generalizar la capitalización del ahorro individual, facilitando la inversión, diversificando internacionalmente los portafolios, canalizando recursos hacia proyectos de infraestructura básica, homologando las reglas y requisitos para el otorgamiento de pensiones y aumentando la cobertura a los trabajadores independientes.

Posiblemente el reto más importante en este campo es promover en los trabajadores una verdadera cultura previsional, un cambio de mentalidad que les haga comprender las ventajas de la previsión y el ahorro individual. Este esfuerzo debe partir desde la escuela y la familia para que las nuevas generaciones entiendan la importancia del ahorro y lo perjudicial que puede ser la imprevisión.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones – FIAP – Boletín Estadístico 2003.

González Almaraz, Francisco, *Regulación y Supervisión de Marketing y Venta*, conferencia Seminario AIOS-FIAP, Diciembre de 2002.

Morón, Eduardo y Carranza, Eliana, *Diez Años del Sistema Privado de Pensiones – avances, retos y reformas*, 1993 – 2003, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 1ra. Edición, diciembre 2003.

Morón, Eduardo y Carranza, Eliana, Dubois, Fritz y Valderrama, José, *Estudio sobre el Sistema Privado de Pensiones y las AFP*, Universidad del Pacífico – IPE, 2000.

Packard, Truman G., *Cobertura de la Seguridad Social en América Latina*, conferencia Seminario AIOS-FIAP, Diciembre de 2002.

Palacios, Robert, *Regulación y Supervisión de las Inversiones*, conferencia Seminario AIOS-FIAP, Diciembre de 2002.

Piñera, José, *¿Puede Latinoamèrica ganar esta década*?, en Separata ENADE 2001, pp. 49-56.

Piñera, José, Una Nota sobre la Revolución Mundial de las Pensiones. En www.pensionreform.org

Uthoff, Andras, *Problemas de cobertura en los Sistemas de Capitalización*, conferencia Seminario AIOS-FIAP, Diciembre de 2002.

FUTURO DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL PERÚ: RÉGIMEN PENSIONARIO DEL DECRETO LEY 20530*

*LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ***

Sumario:

Introducción. I. Las modificaciones planteadas. II. Los límites de la potestad parlamentaria. III. La aplicación de la ley en el tiempo. IV. La cosa juzgada. V. A manera de conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La modificación última, por parte del Congreso de la República, de los artículos 11º, 103º y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, constituye a nuestro juicio un valioso aporte para la reforma del sistema previsional, específicamente el régimen del Decreto Ley 20530.

No obstante, corresponde distinguir tres niveles específicos de discusión jurídica, en los cuales, según nuestra opinión, los aportes de eventos académicos como el Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se tornan necesarios:

a) Los límites de la potestad constituyente derivada o de reforma constitucional, en tanto se plantea la posibilidad de que estemos ante una reforma autorizada sólo a un poder constituyente originario.

(*) La presente ponencia ha sido redactada sobre la base de los aspectos más importantes tratados en la investigación realizada, en el presente año, por el autor, conjuntamente con Germán Álvarez y Antonio Paredes en el Centro de Investigación Parlamentaria. La investigación forma parte de un proyecto más amplio destinado al estudio de la seguridad social en el Perú, que se viene realizando en el marco de un Convenio con el BID. Los resultados aparecerán en la página web: www.congreso.gob.pe/cip/index

(**) Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

b) La aplicación de la ley en el tiempo, puesto que se estaría afectando la irretroactividad de la ley y la ultractividad normativa prevista para los regímenes pensionarios vigente.
c) La cosa juzgada, por la posibilidad que la nueva norma derogaría decisiones judiciales que tienen la calidad de cosa juzgada.

Por ello, el propósito de esta ponencia es desarrollar los elementos de juicio de los temas de discusión jurídica planteados líneas arriba. Vamos a tratar los cambios introducidos a través de las modificaciones planteadas (2), los límites de la potestad constituyente o reforma constitucional (3), la aplicación de la ley en el tiempo (4), el tema de la cosa juzgada (5), y finalmente incidir en algunos puntos a manera de conclusiones (6). Se adjunta referencia bibliográfica.

I. LA MODIFICACIÓN PLANTEADA

La historia de la seguridad social en el Perú es la de un continuo y sistemático intervencionismo del Estado en la creación y defensa de los seguros sociales para cautelar los derechos de los trabajadores frente a las contingencias de la vida. Así, el 12 de agosto de 1936 se creó el seguro social obligatorio a través de la Ley 8433. Posteriormente, de forma paralela, se fueron creando otros regímenes y fondos para determinados trabajadores, basándose en la actividad económica que realizaban. A partir de 1970 lograron su unificación, lo que significó reordenar el sistema existente, superar las diferencias laborales antitécnicas e ingresar a utilizar principios de universalidad, integralidad y solidaridad.

En 1973 se creó el sistema nacional de pensiones con el Decreto Ley 19990, que articuló dentro de su ámbito, además de la pensión de jubilación, la de invalidez y la de sobrevivientes, a los que accedían todos los trabajadores sin distingo laboral. Sin embargo, en 1974 con el Decreto Ley 20530, se aprobó una modalidad de pago de pensiones por el Estado que, por la forma cerrada en que fue articulada, favoreció solo a un sector de empleados públicos[1]. En realidad, sustituyó a la Ley de Goces de Cesantía, Jubilación y Montepío de Funcionarios y Empleados Públicos, "dictada por el Gobierno del mariscal Ramón Castilla el 22 de enero de 1850, en plena bonanza del guano, en virtud de la cual se concedió pensiones con cargo al Tesoro Público a un grupo muy reducido de funcionarios del Estado, como recompensa por los servicios prestados"[2].

---

1) "Por su carácter cerrado, el régimen del Decreto Ley 20530 se irá extinguiendo a medida que cesen en el trabajo quienes ahora están aún en su ámbito. Tal es la razón por la cual este régimen no puede funcionar como un seguro: al pasar a la cesantía los aportantes, cuyo número es fijo, la base de funcionamiento del régimen desaparece. Por consiguiente, el Estado debe asumir necesariamente el pago de las pensiones"(Jorge Rendón Vásquez, Derecho de la Seguridad Social, Ed. Tarpuy, Lima, 1992, pág. 325).
2) Pedro Morales Corrales, "Alcances de la Reforma Constitucional del Régimen pensionario del Decreto Ley Nro. 20530", en la Revista Actualidad Jurídica, Tomo 126, mayo 2004, pág. 9.

El régimen 20530 fue diseñado como sistema de reparto y cerrado, para los trabajadores del Estado de la carrera pública, no incorporados al Decreto Ley 19990. Se le conoce como "cédula viva" significando que cualquier incremento de remuneraciones públicas, arrastra un aumento similar en las pensiones acordadas. En el año 2003, los 3 863 millones considerados en el presupuesto del sector público (ver el cuadro siguiente), serán cubiertos casi en su totalidad con recursos ordinarios del tesoro público. Una fuente distinta[3] anota que la carga previsional del Estado para la planilla 20530 es de S/. 4 577 millones, equivalente al 98%.

Un problema colateral es el provocado por las listas pasivas, que imponen la cédula viva; ésta toma como espejo la remuneración del trabajador activo, de modo que cualquier incremento debe reflejarse instantáneamente en la pensión. Como quiera que esas listas pasivas han crecido exponencialmente a raíz de las normas de incorporación y reincorporación que se dictaron en la década de los 80, así como los numerosos casos de fraude e incorporaciones ilegales, unido todo ello al hecho incontrovertible de que el Estado no tiene fondos o capitales destinados a cubrirlas, cualquier incremento en la remuneración formal del trabajador debe ser multiplicado, no por el número de servidores en actividad, sino por el total, incluyendo a cesantes y jubilados[4] .

PENSIONES D.L. 20530: 2003

RANGO DE PENSIONES	Pensionistas		Planilla Anual	
	CANTIDAD	%	MILLONES S/. 1 /	%
Más de S/. 5113	600	0,2	60	1,5
Más de S/. 3000 hasta S/. 5113	3153	1,1	161	4,2
Más de S/. 1550 hasta S/. 3000	17895	6,2	520	13,5
Más de S/. 0 hasta S/. 1550	268874	92,5	3123	80,8
TOTAL	**290522**	**100,0**	**3863**	**100,0**

Fuente: ONP. Elaboración: BCR

En este sentido, el principal hecho relevante de la modificación, por parte del Congreso de la República, es la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución

3) Exposición del Vice Ministro de Economía ante la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República, octubre 2003.

4) Sobre la situación del personal en la administración pública ver el documento de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar y elaborar un informe sobre la situación del personal de la administración pública. Dicha Comisión fue creada por el D.S. Nro. 004-2001-TR del 23 de febrero, publicado el 28 de febrero y vigente desde el 1 de marzo del 2001. También ver el documento de trabajo del Centro de Investigación Parlamentaria (CIP) "Carrera Pública: Problemas y propuestas", Junio 2003.

de 1993 en los siguientes términos[5]: "Primera.- Declárese cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley 20530. En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de esta reforma constitucional: 1. No están permitidas las nuevas incorporaciones o reincorporaciones al régimen pensionario del Decreto Ley 20530. 2.Los trabajadores que, perteneciendo a dicho régimen, no hayan cumplido con los requisitos para obtener la pensión correspondiente, deberán optar entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema privado de Administradoras de Fondos de Pensiones".

Dicha modificación podemos puntualizarla en:

a) Cierre definitivo del régimen del Decreto Ley 20530.
b) Prohibición de incorporación o reincorporación a dicho régimen.
c) Prohibición de acceso a trabajadores de dicho régimen que no han cumplido con los requisitos para obtener la pensión.
d) Aplicación inmediata de las nuevas reglas pensionarias a trabajadores y pensionistas de los regímenes a cargo del Estado.
e) Prohibición de homologación remunerativa.
f) Criterios de sostenibilidad financiera y no nivelación deben ser los aplicables a las modificaciones y a los nuevos regímenes.
g) Autorización para iniciar acciones legales para la nulidad de pensiones obtenidas ilegalmente, salvo que haya cosa juzgada.

Asimismo, la norma supone la derogación del régimen excepcional de derecho adquirido que la actual Primera Disposición Final y Transitoria expresa (aspecto que analizaremos en el punto 4), al señalar que los nuevos regímenes pensionarios del sector público que se establezcan no afectan los derechos legalmente reconocidos a los regímenes actuales, en especial a los de los Decretos Leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias[6] .

Las modificaciones de los artículos 11º y 103º de la Constitución, resultan irrelevantes, en tanto que en sí mismo no suponen modificación del régimen constitucional, sino incorporación de principios y organización que de hecho se ejecutaban[7].

En efecto, la modificación del artículo 11 es un agregado de la siguiente manera: "Artículo 1. Agréguese al artículo 11 de la Constitución como segundo párrafo el texto siguiente: La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado". Es decir, dicho párrafo resulta irrelevante y no justifica una reforma constitucional, toda vez que en mérito a la función legislativa

---

5) Esta modificación está pendiente de una segunda votación en el Congreso para la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530. La propuesta del Ejecutivo se encuentra, desde el mes de setiembre, en las Comisiones de Constitución y de Seguridad Social del Congreso.
6) Al respecto, ver Revista Análisis Laboral, Vol XXVIII, Nro. 322, abril 2004, pág. 21-23.
7) Sin embargo, debemos reconocer que es necesario su incorporación en la Constitución, puesto que todas las leyes que se dieran en ese sentido resultarían inconstitucionales.

consagrada en el artículo 103 y siguiente de la Constitución en concordancia con el artículo 102 inciso 1), el Congreso puede expedir leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

Además, debe destacarse, que en la actualidad ya existen normas que regulan el funcionamiento de una institución de Derecho Público, presidida por el Ministro de Economía y Finanzas denominada Fondo Consolidado de Reservas Previsionales-FCRP, la cual se encarga de administrar los fondos de pensiones a cargo del Estado, incluido el Decreto Ley 20530. Dicha entidad fue creada por el artículo 19 del Decreto Legislativo 817 en abril de 1996, regulada y ampliada por diversa normatividad incluso dada por los gobiernos sucesores como el actual, que por mandato de ley viene administrando los fondos que le han sido asignados. Las facultades de dicha entidad no han sido declaradas inconstitucionales, en atención que su constitución no reúne vicios de ilegalidad.

II. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REFORMADORA DEL PARLAMENTO

Uno de los límites de la potestad reformadora del Parlamento, por no ser un poder constituyente originario, es la imposibilidad de modificar las cláusulas o disposiciones constitucionales pétreas o intangibles, ya sean expresas, cosa que no sucede en nuestra Constitución o que sean implícitas, esto es a valores fundamentales que conforman el espíritu o *telos* de la Constitución. En ese sentido, en la doctrina del poder constituyente, desde hace muchos años, se considera que "la Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación"[8].

En el Perú, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado a propósito de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley 27600, que da origen a la hasta hoy inconclusa reforma de la Constitución de 1993. De la siguiente forma:

> "75. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral, donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo pero, en cambio, materialmente vacío de sentido.

8) Enmanuel Sieyés, ¿Qué es el Tercer Estado?, Ed. Americalee, Buenos Aires, 1943, pág. 110.

76. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Éstos, a su vez, pueden ser de dos clases:

i. Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquéllos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del artículo 89° de la Constitución de Francia de 1958, el artículo 139° de la Constitución italiana de 1947 o el artículo 119° de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del artículo 183° de la Constitución de 1839 y el artículo 142° de la Constitución de 1933.

ii. Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría «destrucción la « de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado.

77. En consecuencia, aquella reforma que no observara dichos límites, o simplemente los ignorara, resultaría ilegítima en términos constitucionales".

El sentido de la larga cita es conocer el organismo competente –el actual Congreso de la República o una Asamblea Constituyente– para producir la reforma, esto es si estamos ante una cláusula pétrea o intangible de la Constitución que sólo puede ser modificada por un Poder Constituyente Originario, sin limitación jurídica ni sometimiento a norma legal alguna –ni siquiera constitucional– para producir tal cambio.

Por ello, debemos preguntarnos si ¿la modificación de la primera disposición final y transitoria constituye una modificación en el estatuto de los derechos humanos, una modificación de un núcleo inderogable de la Constitución en lo que es el estatuto de los derechos humanos en el Perú? La respuesta, a nuestro entender, es negativa. No hay tal cambio y, por el contrario, se ajusta a los criterios de necesidad y justificación de una reforma constitucional por las consideraciones siguientes:

En primer lugar, no estamos ante un caso de derogación del estatuto constitucional de los derechos humanos, que es lo que en primera instancia prohibe esta limitación. Por vía de reforma no se puede derogar la declaración de los derechos humanos. En ese sentido, la carta de derechos humanos de la Constitución de 1993, y dentro de los derechos económicos, sociales y culturales el régimen de la seguridad social, y dentro de éste el régimen de pensiones, sigue incólume constitucionalmente hablando.

Ahora bien, la pregunta que debe responderse es cuál es el estatuto que la Constitución prevé como régimen pensionario. Es claro que no está en la Primera Disposición

Final y Transitoria sino en los artículos 10º a 12º y en la Segunda y Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Este régimen, según dichas normas, tiene las siguientes características:

a) Es universal (art. 10).
b) Es progresivo (art. 10).
c) Elevación de la calidad de vida (art. 10).
d) Libre acceso a través de entidades públicas, privadas o mixtas (art. 11).
e) Supervisión estatal (art. 11).
f) Eficaz funcionamiento (art. 11).
g) Intangibilidad de fondos y reservas (art. 12).
h) Aplicación legal de dichos fondos y reservas (art. 12).
i) Responsabilidad por su aplicación (art. 12).
j) Pago oportuno (2da. Disposición Final y Transitoria).
k) Reajuste periódico –no indexación– en las pensiones a cargo del Estado (2da DFT).
l) Limitación a la previsión presupuestal y a las posibilidades de la economía nacional (2da Disposición Final y Transitoria).
m) Ausencia de acumulación de servicios de los regímenes de la actividad privada y pública (3era DFT).

El texto que se propone como reforma constitucional no cambia este régimen, apenas se establece que en el caso del Estado, será una entidad única del Gobierno Central el que tendrán a su cargo los regímenes pensionarios[9] . Puede discutirse su conveniencia o no, pero es evidente que no produce un cambio sustancial.

En segundo lugar, además del tema de la cláusula pétrea o intangible, existe una limitación adicional para la reforma constitucional, denominada *restricciones heterónomas*, esto es *"aquellas que derivan de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma. Son externas al derecho nacional, aunque éste las admite, recibe e incorpora"*.

En el caso del régimen pensionario, tal restricción está dada por los tratados internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el sistema Universal de la ONU y el Protocolo de San Salvador, en el sistema interamericano a cargo de la OEA, las que señalan lo siguiente:

"Art. 9. – Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social".

9) Es decir, en los casos de regímenes pensionarios a cargo del Estado. Además se trata de incorporar el principio operacional fundamental de la seguridad social: el principio de unidad, que presupone que todas las prestaciones de la seguridad social deben ser suministradas por una sola entidad.

"Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto."

Tales disposiciones no contradicen la reforma constitucional propuesta, lo que no requiere mayor comentario. Sin embargo, existen disposiciones restrictivas en dichos tratados que parecieran impedir dicha reforma. Así, sus respectivos artículos 5.2 y 5.4 señalan lo siguiente:

"2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado".

"Artículo 4. No admisión de restricciones

No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de Convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado".

En este caso, debe tenerse presente que lo que se prohibe es la violación de la normativa interna, no la posibilidad de modificar la misma. Por eso es que también señalan que:

"Artículo 4.– Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática."

"Artículo 5. Alcance de las restricciones y limitaciones

Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos".

III. LA APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO

Según todas las corrientes modernas, cuando el derecho cambia en el tiempo, se transforma y se trata de una nueva ley, la fecha de su entrada en vigencia será fijada por el legislador o por el Poder Ejecutivo. En ese caso, el derecho nuevo prevalece sobre el derecho antiguo: *lex posterior derogat priori*[10].

Con la modificación del artículo 103, se sustituye el texto por el siguiente: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas pero no por razón de la diferencia de personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efecto retroactivo; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho".

Dicha norma implica acoger, dentro de nuestro sistema jurídico respecto a la vigencia de las normas en el tiempo, la teoría de los hechos cumplidos o principio de innovación normativa. La misma que se encuentra ya regulada en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Así, dicho dispositivo señala lo siguiente: "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú"[11]. Pero no se encuentra recogida expresamente en el ámbito constitucional. Por ello, la importancia de la reforma en este aspecto.

No obstante, cabe señalar que el principio general que regula la aplicación de la ley en el tiempo que reconoce nuestra Constitución en sus artículos 103º y 109º es el de los hechos cumplidos, aunque no de manera expresa[12]. Es decir, la modificación que incorpora expresamente en la Constitución la aplicación a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes, estaba ya implícita en la norma constitucional y que cuenta con reconocimiento legal, pues forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil como se ha mencionado en el párrafo anterior.

Por otro lado, el llamado principio de derechos adquiridos –que en realidad es el principio de ultractividad de la ley, esto es su vigencia más allá de su derogatoria para

---

10) Al respecto, ver Claude Du Pasquier, Introducción al Derecho, Ed. Justo Valenzuela, Lima, 1983. Marcial Rubio Correa, El Sistema Jurídico Introducción al Derecho, Sexta edición, Lima, PUC, 1993.

11) El principio de la aplicación de la ley en el tiempo, contenido en el artículo mencionado, establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, razón por la cual el artículo 2121 del mismo Código Civil, recoge explícitamente la teoría de los hechos cumplidos ("A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes").

12) La regla en cuanto a la promulgación y vigencia de las leyes es aquella según la cual éstas rigen desde el día siguiente de su promulgación y en cuanto al futuro. Así, el artículo 109 de la Constitución establece que: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

un determinado grupo de personas–, así como el de la retroactividad de la ley, son formas de aplicación temporal de la ley excepcional y sólo pueden funcionar por consideraciones de orden social y por disposición expresa de la Constitución. Si no existe el supuesto de hecho, esto es la consideración social, no hay razón para su aplicación. Si se elimina esta excepción, deja de existir el derecho[13].

La Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la sentencia de fecha 28 de febrero del 2003 (caso "Cinco pensionistas vs. Perú"), ha señalado respecto a los derechos adquiridos en materia pensionaria que "La primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993 estableció que los derechos legalmente reconocidos en materia pensionaria son derechos adquiridos. Y el Tribunal Constitucional (en varias sentencias) señaló que el derecho a una pensión nivelable regulado por el Decreto ley 20530 constituye un derecho adquirido. Sin embargo, con la reforma al asumirse la teoría de los hechos cumplidos, se habilita la modificación posterior.

A este respecto debe recordarse que la Constitución de 1993[14] eliminó dos casos de aplicación retroactiva de la ley[15]: en materia laboral y en materia tributaria; sin embargo, eso no supuso violación de norma pétrea alguna o que se estaba violando derecho adquirido alguno[16]. Sencillamente, dejó de ser constitucional. Además, el principio general en el Derecho es el de la no retroactividad de las leyes formulado por la Declaración de los Derechos del Hombre ("la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo"). Los derechos de los individuos están así protegidos de la arbitrariedad legislativa.

Por ello, siguiendo el principio de aplicación inmediata de la ley –o teoría de los hechos cumplidos–, debemos apoyarnos en el artículo 103°, que expresamente señala que la ley no tiene fuerza ni efectos retroactivos. En consecuencia, lo que debemos preguntarnos es si la nueva norma estará diseñada para tener efectos o fuerza retroactiva.

La modificatoria no dice eso, sino que a partir de ahora y hacia el futuro no rige más el régimen del DL 20530, pero nada dice sobre el pasado, con lo cual queda a salvo no la supervivencia del sistema, sino todas las prestaciones recibidas. Esto es, todas aquellas pensiones que han sido recibidas antes de la modificación no pueden ser

---

13) Es potestad del Estado y podríamos indicar como José Gálvez Egúsquiza (el héroe del glorioso combate del 2 de Mayo), haciendo una defensa de la Constitución de 1856, comparándola con la de 1839, resalta que uno de sus puntos importantes está referido a su artículo 6 en la que señala que "Es la nación y no el empleado quien tiene propiedad de los empleos públicos" (José Gálvez: La Convención Nacional y la Constitución de 1856. En : Pensamiento Constitucional Nro. 6, PUC, Fondo Editorial, Lima 1999, pág. 651)

14) La Constitución de 1993, a raíz del golpe del 5 de abril de 1992,en materia de seguridad social "es opuesta a la anterior, regresando a las Constituciones de 1920 y 1933" (Leopoldo Gamarra Vílchez, "La privatización de la seguridad social", en la Revista Páginas 150, CEP, Lima, Abril 1998).

15) Artículo 103 de la Constitución del 93: "(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo...".

16) En ese entonces, los que hoy se rasgan las vestiduras, no dijeron nada. Al contrario apoyaron el golpe de 1992.

revisadas. La norma tendría efectos retroactivos si lo que se pretendiera es que se devolviera las pensiones recibidas con anterioridad a la reforma y en eso la propuesta es clara. Dice que las nuevas reglas se aplicarán inmediatamente, no dice que incluye las prestaciones recibidas.

Finalmente, debemos recordar que el derecho a la seguridad social, dentro del cual está el de recibir una pensión, es una relación jurídica de tracto sucesivo que se produce en el transcurso del tiempo y no un acto jurídico de efectos instantáneos y por tanto es posible que se produzca una sucesión de leyes en el tiempo. Siendo el derecho de pensiones caracterizado por ser de tracto sucesivo, hace imperativo que la nueva ley pueda regir sobre no solamente las pensiones venideras y futuras, sino también sobre las que ya se han realizado antes de su existencia, pero a partir del momento de la promulgación de la nueva norma, la que ha derogado parcial o totalmente a una anterior. Es decir, la aplicación inmediata de la ley, es aquella por la cual la nueva norma se refiere a hechos o situaciones producidas antes de su publicación, pero legisla sobre ellos solamente a partir del momento en que han entrado en vigencia y hacia el futuro.

IV. LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada es la expresión general que se emplea para defender la inamovilidad de los procesos judiciales a los que se ha puesto fin mediante una resolución consentida y ejecutoriada. "Constituye una de las supremas garantías de la administración de justicia, tanto en el campo civil como en el penal"[17]. Esta garantía se apoya en el viejo principio latino *non bis in idem*.

Respecto a la propuesta constitucional que estamos analizando, algunos sostienen que la modificación constitucional supone una derogación de las decisiones jurisdiccionales favorables a los peticionarios de la aplicación del régimen pensionario del DL 20530. Así tenemos sendos comunicados de la Coordinadora Nacional de Defensa de los derechos pensionarios Decretos leyes 19990 y 20530 – CONADEPEN que siempre hacen mención al desconocimiento de los derechos de los pensionistas y trabajadores para "cumplir con las recomendaciones del FMI para facilitar el pago de la deuda externa y beneficiar a las AFPs"[18] .

No nos parece, pues una norma, ni aún de orden constitucional, puede derogar una decisión jurisdiccional. Además, la propuesta de reforma constitucional no tiene como finalidad derogar decisiones jurisdiccionales con calidad de cosa juzgada, lo que se demuestra en el hecho de que la propia norma reconoce la validez de las mismas y

17) Enrique Chirinos Soto, Lectura y comentario de la Constitución de 1993, Tercera Edición, Lima, 1966, pág. 298.
18) Comunicado de la CONADEPEN del 12 de setiembre del 2004 en el Diario La República, página 11.

contra las cuales no cabe oposición alguna. Lo que sucede es que tales decisiones judiciales dejarán de tener eficacia por no tener ya la base legal en que se sustentaban.

Desde el punto de vista metodológico, la interpretación constitucional no puede realizarse con sujeción a formalismos jurídicos, ni a través de respuestas que supongan el sacrifico de una norma con respecto a otra. Los métodos de interpretación jurídica tradicionales, quedan subordinados a otros principios y criterios. Igualmente, este tema tan delicado socialmente, debe tratarse dentro del más amplio sentido de equidad y respeto de los principios de la seguridad social.

Sobre el tema debe uno preguntarse de dónde nace el derecho que estableció la decisión jurisdiccional. La única respuesta posible es de la ley, esto es de la Constitución y de las normas con rango de ley. Si esto es así, qué pasa cuando la ley deja de existir. Obviamente, deja de tener eficacia, pues debe estar sujeta a la ley, que es la fuente del Derecho.

Debe recordarse también, como establece el artículo 139º, inciso 5 de la Constitución, que es obligación de toda resolución jurisdiccional la debida motivación, con expresa mención de la ley aplicable. Por tanto, es claro que la misma tendrá eficacia en tanto el supuesto de Derecho, esto es la actual primera disposición final y transitoria constitucional, mantenga vigencia. Una vez derogada, quedará sin ley aplicable la decisión jurisdiccional.

Esta no es además la única forma de perder eficacia. La prescripción también afecta las decisiones judiciales. La muerte de las partes también, entre otras razones. También se puede condonar o renunciar a la obligación, eso no significa que se esté violando la garantía constitucional. Lo que está claro es que todas las prestaciones recibidas al amparo de dichas decisiones judiciales, hasta la vigencia de la modificación constitucional, deben ser respetadas, pues no sólo se estarían afectando la cosa juzgada, sino la irretroactividad de la ley.

Entonces, ¿por qué respetar las pensiones reconocidas por decisiones jurisdiccionales? La respuesta es obvia: además de la seguridad jurídica de la cosa juzgada que hemos mencionado, las pensiones de jubilación constituyen uno de los temas fundamentales de la seguridad social aunque no la agotan. La seguridad social en materia de pensiones constituye no solo un seguro, donde se corresponden aportaciones actuales y prestaciones futuras, sino que también cumple una función redistributiva, en tanto es equitativo que a los que están en peor situación se les apoye para completar su ahorro o reciban prestaciones relativamente mayores a lo que aportan[19].

En la medida que las personas no son previsoras, se justifica que la sociedad encuentre conveniente que el Estado intervenga “obligando” a los trabajadores a tener comportamientos previsionales.

---

19) Joseph Stiglitz , La Economía del Sector Público”, 2da Edición Antoni Bosch, pág-372

En ese sentido, "las pensiones de jubilación son un bien preferente, un bien que el propio Estado impone a los ciudadanos para su propio bienestar pero también teniendo en cuenta que una buena parte de los costos de que un individuo no haya comprado ese bien recae sobre los otros. Esta es una justificación para que exista un sistema de seguridad social, explica el derecho del Estado a obligar a la gente a comprar un seguro (ahorrando) pero no a obligarlos a comprárselo al propio Estado"[20].

Similar importancia reviste que los ciudadanos adviertan real y conscientemente, que para el funcionamiento del sistema, el acceso a una pensión está vinculado estrechamente con el ahorro logrado durante la vida laboral. Mediante el ahorro forzoso se está adquiriendo una "póliza" que cubre la pérdida de ingresos ante la imposibilidad de seguir trabajando. Cuando se habla de pensiones, se trata pues de ahorros logrados a lo largo de la vida; no se las puede mirar como "limosna o caridad pública" pero tampoco se puede pretender "transferencias que violenten la equidad"[21].

V. A MANERA DE CONCLUSIONES

El análisis que hemos venido realizando a lo largo de la presente ponencia ha incidido en los siguientes puntos:

1. El Congreso de la República tiene la facultad jurídica de sancionar la reforma constitucional propuesta por no ser la primera disposición transitoria una cláusula constitucional intangible, ni contravenir restricciones heterónomas en materia de derechos económicos, sociales y culturales.
2. La ultractividad de las normas, lo que muchos denominan principio de derechos adquiridos, no es un principio de aplicación de la ley en el tiempo.
3. Sólo por el mandato constitucional se ha reconocido la supervivencia de los regímenes pensionarios vigentes actualmente y esa misma norma puede eliminarla, pues no tiene ningún sustento material. Desde luego, la incorporación en nuestro país de un sistema previsional que tienda a la redistribución de ingresos en beneficio de los más pobres, a construir un modo de vida satisfactorio para todos los peruanos, exige una gran convergencia y renuncias a muchos intereses de grupo, de todos los que se sienten convocados a la tarea de desarrollo nacional.
4. La propuesta de reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, pues ella sólo dispone la aplicación de nuevas reglas a partir de la vigencia de la nueva norma constitucional, por tanto está garantizado el respeto de lo recibido con anterioridad sobre la base de la anterior norma constitucional y de las leyes

20) Joseph Stiglitz, Ob. Cit., pág. 365

21) Violenta la equidad presionar por recibir mucho más de lo aportado, al amparo de derechos no siempre bien adquiridos, lo cual eventualmente reduce la posibilidad de apoyo a quienes enfrentan un mayor nivel de desamparo y acreditan un mínimo de derechos, simplemente por ser ciudadanos.

vigentes en su momento. Asimismo, la reforma constitucional no deroga las decisiones jurisdiccionales sobre la materia. Sencillamente sucederá que dejarán de tener eficacia al no haber base normativa que lo sustente.

5. Finalmente, debe recordarse que, como único y supremo intérprete constitucional, será el Tribunal Constitucional el que decidirá cuáles son los alcances que la reforma constitucional aprobada tendrá en los actuales regímenes pensionarios. Pero es difícil prever cuáles serían las consecuencias para el país en los próximos años, de no aprobarse esta medida. Es decir, resulta necesaria la adecuación de las pensiones a niveles sostenibles económicamente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BCRP: Regímenes de pensiones a cargo del Estado". Sub gerencia del Sector Público. Departamento de análisis del sector Público, 14 de julio de 2003; www.bcrp.gob.pe

Cepal: "Equidad, Desarrollo y Ciudadanía" Santiago 2000, www.cepal.org

Gamarra Vílchez, Leopoldo: "Privatización de la seguridad social", en la Revista Páginas, Nro. 150, Abril 1998.

MEF: "Los sistemas de pensiones en el Perú", Mayo 2004.

Jiménez, Luis Felipe y Cuadros, Jéssica: "Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política" Cepal, serie Financiamiento del Desarrollo 131, www.cepal.org

Paz, Jorge y Ugaz, Rafael: "Análisis del sistema privado de pensiones desde un enfoque de costos hundidos" CIES, www.consorcio.org

Rojas, Jorge: "El sistema privado de pensiones y su rol en la economía peruana" www.consorcio.org

Perú: "Documento del Acuerdo Nacional", 22 de julio del 2002. www.acuerdonacional.gob.pe

Perú: "Informe sobre los regímenes previsionales de los DL 19990 y 20530 y otros a cargo del Estado". Comisión especial encargada del estudio de los regímenes pensionarios (DS 003-2001-TR); 15 de julio del 2001.

Stiglitz, Joseph: "La economía del sector público", 2da. Edición. Antoni Bosch.

Utholff, Andreas: "Mercados de trabajo y sistemas de pensiones", Rev. Cepal 78, www.cepal.org

Anteproyecto

EL DESPIDO ARBITRARIO POR VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL TRABAJADOR EN EL PERÚ, DESDE LA VISIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

ADOLFO CAYRA QUISPE

Sumario:

Introducción. I. El derecho al trabajo como derecho humano. II. Sistemas de protección. 1. Versión sustantiva. 2. Versión procesal. III. De la justicia ordinaria. 1. Efectos de la reposición del trabajador. IV. De la justicia constitucional. 1. Casos de readmisión en el empleo. 2. Del estado de indefensión. V. De la justicia supraconstitucional. 1. Del estado de indefensión. VI. Nuestra propuesta. 1. Que la justicia ordinaria considere como despido nulo todo vulneración de los derechos constitucionales del trabajador. 2. Observancia de organos jurisdiccionales de fallo de Corte Interamericana. 3. De la modificacion de la ley. VII. Conclusiones. Bibliografia

INTRODUCCIÓN

Estudiaremos, respecto de los trabajadores comprendidos dentro del régimen de la actividad privada, el despido arbitrario por vulneración de derechos constitucionales del trabajador en el Perú, desde la visión de los derechos humanos[1], quien nunca deja de

---

1) Pérez Luño, define los derechos humanos como "*un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*". Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, sexto edición, Madrid, España, Editorial Tecnos S.A., 1999, p. 48.
Nos dice, Norberto Bobbio que "una cosa es hablar de los derechos humanos, cada vez más novedosos y extendidos, y justificarlos con argumentos persuasivos, y otra muy distinta asegurar su protección efectiva. A este propósito convendrá hacer aún la siguiente observación: a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción se hace más difícil. Los derechos sociales, como es bien sabido, son más difíciles de proteger que los derechos de libertad". Norberto Bobbio, *El tercero ausente*, trad. Pepa Linares, Madrid, Ediciones Cátedra, S.A., 1997, p. 172.

ser persona por el hecho de vender su fuerza de trabajo, conservando incólume los derechos que la Constitución le garantiza al interior de la empresa, donde labora por su calidad de sujeto de derecho, siendo así, la conservación del empleo, es la única garantía del desarrollo de su proyecto de vida; en virtud del cual el Tribunal Constitucional Peruano (en adelante "TCP"), cuando conozca casos de despido arbitrarios por vulneración de sus derechos constitucionales, le es exigible brindar una tutela jurisdiccional efectiva al trabajador.

Si embargo a partir de los casos resueltos por el TCP, consideramos que se está causando serios problemas de indefensión al trabajador, cuando la necesidad de justicia radica en la conservación del empleo, en los casos de despido por vulneración de los derechos constitucionales del trabajador; al menos en los casos de: a) inacceso a la vía paralela (juez laboral); b) cuando el derecho del trabajador a mantener el empleo no es líquido y; c) el no pago de remuneraciones y derechos conexos en sede constitucional.

I. EL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO

A lo largo de la historia de la humanidad imperó las sociedades esclavistas, luego las sociedades feudales y, actualmente las sociedades capitalistas donde aparece la clase trabajadora. Y ante la agudización de la crisis económica en la sociedad capitalista el "individualismo, así como el apoliticismo y neutralidad del Estado liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente deprimidos"[2]; dentro de dicho escenario "en el período de la post-Segunda Guerra Mundial surgió consolidada en los países centrales una nueva forma política del Estado: el Estado Bienestar"[3], de cuyo interior los trabajadores a base de lucha interpelando al poder lograron constitucionalizar sus derechos, dando lugar así a la Constitución históricas de Querétaro[4] (México) y la de Weimar[5] (Alemania).

---

2) Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 223.

3) Boaventura de Sousa Santos, "Los paisajes de justicia en las sociedades contemporáneas", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, primera edición, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 92.

4) En la Constitución Mexicana de 1917 (Querétaro, 5 de febrero de 1917). Del Trabajo y de la Previsión Social. "Artículo 123.- El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán.
A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo. (...)
22. El patrono que despida a un obrero sin causa justificada, o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o indemnizarlo con el importe de tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando el obrero se retire del servicio por falta de probidad de parte del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos, o hermanos. El patrono no podrá eximirse de esta responsabilidad cuando los malos tratamientos provengan de dependientes o familiares que obren con el consentimiento o tolerancia de él. (...) .../

Dentro de dicho contexto, es importante destacar que los"(…) países occidentales lucharon por una división en dos pactos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la obtuvieron"[6], mediante la división de ambos Pactos, han insinuado una cierta graduación entre los derechos contenidos en ambos pactos, "hasta sostenerse el carácter de «no-derecho» de los derechos económicos, sociales y culturales dada su débil posibilidad de justiciabilidad y su carácter más bien programático.

La evolución de la situación mundial dio cuenta de la guerra fría y la comunidad internacional, por su lado, convino en el carácter interdependiente e indivisible de ambos tipos de derechos"[7]. Ambos pactos actualmente son aceptados por casi la totalidad de la comunidad internacional, en base al cual se tutelan los derechos humanos como normas internacionales vinculantes, para el caso del Perú, tenemos además de las normas citadas, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador.

En efecto, no cabe duda que el derecho al trabajo es un derecho humano, y forma parte de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, siendo constitucionalizado en

---

/... B. Entre los Poderes de la Unión, los Gobiernos del Distrito y de los Territorios Federales y sus trabajadores: (...)
9. Los trabajadores sólo podrán ser suspendidos o cesados por causa justificada, en los términos que fije la ley.
En caso de separación injustificada tendrá derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización correspondiente, previo el procedimiento legal. En los casos de supresión de plazas los trabajadores afectados tendrán derecho a que se les otorgue otra equivalente a la suprimida o a la indemnización de ley.". Javier F. Díaz Revorio, comp., *Textos constitucionales históricos: el constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, Primera edición, Perú, Palestra, p. 342.

5) En la Constitución del Imperio (Reich) Alemán (11 de agosto de 1919). La vida económica: "Artículo 157.- La fuerza de trabajo gozará de la protección especial del Reich. Se establecerá en todo el Reich un derecho del trabajo uniforme.". Javier F. Díaz Revorio, comp., *Textos constitucionales históricos: el constitucionalismo europeo y americano en sus documentos*, Primera edición, Perú, Palestra, p. 399.

6) Realización de los derechos económicos sociales y culturales, apartado diez del informe definitivo presentado por el Sr. Danilo Turk, Relator Especial, Naciones Unidas Consejo Económico y Social Comisión de Derechos Humanos.

7) Diego García-Sayán, Democracia, mercado y derechos económicos, sociales y culturales, internet **http://www.cajpe.org.pe/** , acceso 2004-07-06.
Asimismo diremos, que en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, celebrada en Viena entre el 14 y el 25 de junio de 1993, se aprueba solemnemente la Declaración y el Programación de Acción de Viena, en la que se afirma en el punto cinco: "5. Todos los derechos humanos son *universales, indivisibles e interdependientes* y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las *particularidades nacionales y regionales*, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales".
Que respecto de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, nos dice el profesor Víctor Abramovich y Christian Courtis, que "si bien puede concederse que existen limitaciones a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cabe concluir en el sentido exactamente inverso: dada su compleja estructura, no existe derecho económico, social o cultural que no presente *al menos alguna* característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación". Víctor Abramovich y Christian Courtis, ***Los derechos sociales como derechos exigibles***, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2002, p. 47.

el artículo 22[8], como un "deber y un derecho". Interpretando al respecto el TCP que el contenido esencial[9] del derecho al trabajo implica dos aspectos: "El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. (...) cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo;(...) el segundo aspecto (...)se trata el derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo causa justa"[10] (el subrayado es nuestro).

Igualmente el Tribunal Constitucional español, se ha pronunciado respecto "del reconocimiento del derecho al trabajo sobre la relación laboral individual: se trata, en primer término, de su papel fundamentador del derecho a la ocupación efectiva y, en segundo lugar, de su posición como garante frente a la decisión extintiva empresarial"[11].

II. SISTEMAS DE PROTECCIÓN

1. Versión sustantiva

El cual tiene que ver con «la eficacia "horizontal o pluridireccional" de los derechos fundamentales, que hace a estos exigibles, y susceptibles de protección, no sólo en las relaciones entre la persona y el Estado, sino respecto a sujetos privados, cuando estos en razón de su poder económico-social o posición dominante se encuentren en la posibilidad de lesionar los derechos de otros ciudadanos»[12]. Siendo en este caso la protección adecuada frente al despido arbitrario en **dimensión sustantiva**: de carácter preventiva y reparadora, conforme a lo previsto por la norma material.

---

8) La Constitución 1993; "Artículo 22.- Protección y fomento del empleo:
El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona."

9) Señalando Antonio Enrique Pérez Luño respecto de España < que el concepto del contenido esencial ha sido, en opinión de Pedro Cruz Villalon, muy pronto objeto de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, que ha tratado de precisar su alcance. Para ello, ha distinguido dos acepciones de dicha noción: la primera equivalente a la "la naturaleza jurídica de cada derecho" que se considera preexistente al momento legislativo, "en este sentido se puede hablar de una recognoscibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta", de forma que "los especialistas en derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo"; la segunda corresponde a "los intereses jurídicamente protegidos", en el sentido de que se lesionaría "el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección". Estos métodos de delimitar el contenido esencial no son alternativos sino que "se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse" >. Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 311.

10) Tribunal Constitucional, "*Acción de amparo, Expediente N° 1124-2001-AA/TC, interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL), en contra de Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.*", El Peruano diario oficial, Lima 11 de setiembre del 2002, p. 5273.

11) Rafael Sastre Ibarreche, "El derecho al trabajo, ¿un derecho en crisis permanente?", en Víctor Abramovich, María José Añón y, Christian Courtis, comp., *Derechos sociales: instrucciones de uso*, primera edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 2003, pp. 286-287.

12) Carlos Blancas Bustamante, *El despido en el derecho laboral peruano*, Primera edición, Perú, Ara Editores, 2002, pp. 286-287.

2. Versión procesal

El cual tiene que ver, con la procedencia directa o indirecta del amparo entre particulares; al respecto el artículo 200, inciso 2 de la Constitución[13] prescribe la procedencia del amparo contra el hecho u omisión, por parte de "cualquier persona", que vulnera o amenaza los derechos constitucionales. Frente al despido arbitrario, la protección adecuada en **dimensión procesal es**: en justicia ordinaria, está directamente ligada al régimen de protección sustantiva, en donde se brindará tutela resarcitoria para los casos de despido arbitrario (Art. 38 LPCL)[14]; y tutela restitutoria para los casos de despido nulo (último párrafo del Art. 34 LPCL)[15]; en cambio en justicia constitucional la protección será restitutoria[16].

Ello significa, que en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos constitucionales tienen eficacia directa[17] o inmediata, "lo que implica la exigencia de que los particulares de forma directa y necesaria se sometan al sistema constitucional de derechos y libertades"[18] e indirecta[19]o mediata, "que requiere la previa actuación de los poderes

---

13) Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional:
Son garantías constitucionales: (...)
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.
No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

14) Para los contratados a plazo inderminado: D.S. 003-97-TR; Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.
Para los contratados sujetos a modalidad: D.S. 003-97-TR; Artículo 76.- Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.
Para el régimen especial de las Microempresas: Ley 28015; Artículo 49.- El despido injustificado: El importe de la indemnización por despido injustificado es equivalente a quince (15) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento ochenta (180) remuneraciones diarias. Las fracciones de año se abonan por dozavos.

15) D.S. 003-97-TR; Artículo 34.- (...) En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

16) Ley 23506;Artículo 1.- Objeto de las acciones de garantía:
El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

17) Señala el TCP que "Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones inter privatos cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.". Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, fundamento seis, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

18) Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 313.

19) Señala el TCP que "En cambio, se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia indirecta cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones *inter privatos*, sino que tal eficacia se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Tal teoría de la eficacia de los derechos fundamentales matiza la incidencia de éstos en el ámbito del /...

públicos al cumplir el mandato constitucional de configurar la situación jurídica de los particulares de acuerdo con los derechos fundamentales"[20] en las relaciones inter privatos[21]; nos dice Pérez Luño, esta eficacia ante terceros o eficacia horizontal, "se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico"[22].

III. DE LA JUSTICIA ORDINARIA

Cuando se vulneren los derechos constitucionales del trabajador, estos serán objeto de tutela por el Juez de Trabajo quien, únicamente conocerá si es que el agravio se configura como una de nulidad de despido[23], de lo contrario, será declarada improcedente la demanda[24], pues en esta sede, se califica y juzga el despido, con arreglo a las normas materiales de naturaleza laboral sólo si el hecho injusto que motiva el despido tiene como causa: A) la afiliación del trabajador a un sindicato o la participación en actividades sindicales; B) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; C) presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes; D) la discriminación por razón de sexo,

---

/... derecho privado, filtrándolos a través de las normas propias de cada sector del ordenamiento (civil, laboral, etc.).". Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, fundamento siete, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

20) Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 313.

21) Señala el TCP que" La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales." Tribunal Constitucional, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, EXP. Nº 1124-2001-AA/TC, fundamento seis, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1124-2001-AA.html., acceso el 2003-10-29

Por su parte, Robert Alexy señala sobre la construcción del efecto en terceros, "que las normas uisfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. En la cuestión acerca de *cómo* las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un *problema de construcción*. La cuestión acerca de *en qué medida* lo hacen formula un problema material, es decir, un *problema de colisión*. Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación Estado/ciudadano es una relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales" Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, versión castellana Ernesto Garzón Valdés, revisión Tuth Zimmerling, 1997, pp. 510-511.

22) Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 313.

23) En nuestra legislación las causales del despido nulo están previstos por las siguientes normas materiales: D.S. 003-97-TR (Art. 29), Ley 26626(Art. 6) y Ley 27050 (Art. 31).

24) En la Casación Exp. N° 1210-2001 Lambayeque, su fecha 16-11-2001; al declarar infundado el recurso de casación y disponerse que no se case la sentencia de vista, se meritúo en los considerandos: "Décimo: Que, por la fecha en que se sucedió el despido en el caso de autos es de aplicación el Decreto Supremo cero cero tres-noventisiete-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que en su artículo veintinueve prevé cinco supuestos claramente definidos por los cuales procede .../

raza, religión, opinión o idioma; E) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto; F) la discriminación del trabajador por ser portador del VIH/SIDA; G) el basado en motivos discriminatorios que afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.

1. Efectos de la reposición del trabajador

a) Reincorporación efectiva sin afectar categoría

Lo que supone que el trabajador, conservará las situaciones jurídicas laborales existentes a la fecha del despido ilícito (Art. 53 del D.S. 001-96-TR)[25].

b) Mantenimiento del nivel remunerativo

El trabajador conservará el nivel remunerativo que poseía al momento del despido, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva que le hubieran correspondido al trabajador, tal como se concluye del artículo 54 del D.S. 001-96-TR[26].

c) Pago de remuneraciones caídas

Se le pagará las remuneraciones dejadas de percibir, de ser el caso, con sus correspondientes incrementos desde la fecha del despido a la fecha de la reposición (Art. 40 LPCL)[27]. Salvo que se haya ordenado pagar en el proceso de nulidad de despido, asignación provisional al trabajador, para cuyo efecto, se deducirá de dicho importe pagado, las remuneraciones devengadas a que tenga derecho el trabajador[28].

/... la nulidad de despido, siendo que ante cualquier otro caso no cabe su procedencia, en consecuencia al haber demandado el actor la nulidad de su despido sin basarse en alguno de los supuestos previstos en dicha norma resulta improcedente su demanda. Undécimo.- Que, cabe mencionar que cuando un empleador despide a un trabajador sin causa justa o sin observar las formalidades de ley, este último tiene derecho de reclamar judicialmente el pago de la respectiva indemnización por despido arbitrario, mas no la nulidad de su despido, a menos que se presente alguno de los supuestos de nulidad previstos en la ley, acciones que de conformidad con el artículo cincuentidós del Decreto Supremo cero uno-noventiséis-TR tienen el carácter de excluyentes".

25) Reglamento de la LPCL, D.S. 001-96-TR; Artículo 53.- En caso de despido nulo, si el Juez ordena la reposición, el trabajador deberá ser reincorporado en el empleo, sin afectar su categoría anterior.
En la oportunidad en que se produzca la reposición del trabajador, las partes suscribirán un acta dejando constancia de tal hecho, o en su defecto cualquiera de ellas podrá solicitar al juez de la causa que la reposición se efectue con la intervención del secretario cursor.

26) D.S. 001-96-TR; Artículo 54.- El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el record vacacional.
El record vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición.

27) D.S. 003-97-TR: Artículo 40.- Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes.
Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses.

28) CTS, D.S. 001-97-TR: Artículo 43.-En caso de impugnación de un despido nulo por cualquiera de las causales previstas expresamente por la Ley, la compensación por tiempo de servicios y sus intereses podrá ser entregada al trabajador en la .../

d) Reconocimiento del tiempo de servicios, excepto record vacacional

Conforme al artículo 54 del D.S. 001-96-TR, el período dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, "será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines", "excepto para el record vacacional". El record vacacional que quedó trunco con ocasión del despido, a elección del trabajador, se pagará por dozavos o se acumulará al que preste con posterioridad a la reposición.

e) Depósitos de la compensación por tiempo de servicios

Conforme al último párrafo del artículo 40 de la LPCL, se ordenará que se efectúe los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios (en adelante "CTS") y, de ser el caso, con sus intereses.

Y si se concedió, asignación provisional al trabajador, el empleador, restituirá los depósitos de CTS con cargo a las remuneraciones caídas tal como lo prevé el último párrafo del artículo 41 de la LPCL[29].

IV. DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En esta sede no se calificará el despido conforme a la legislación laboral sino que se examinará desde la Constitución si el hecho injusto del despido agravia o no derechos constitucionales del trabajador; al respecto es criterio del TCP: "Que, conforme se ha establecido en reiteradas ejecutorias, cabe precisar que, en el presente caso, este Tribunal no realiza una calificación del despido como arbitrario en los términos establecidos por el Decreto Supremo N.° 003-97-TR, para que pueda discutirse si procede la reincor-

---

/... oportunidad y montos que el Juzgado de Trabajo respectivo ordene, en calidad de asignación provisional y hasta cubrir el 100% del depósito e intereses.
El reglamento establecerá la forma de reintegro del depósito en caso se declare fundada la demanda y se produzca la reposición del trabajador.
Reglamento de la CTS, D.S. 004-97-TR, Artículo 15.- De conformidad con el Articulo 43 de la Ley, cuando se ordene judicialmente la reposición del trabajador se procederá a deducir de las remuneraciones devengadas a que tenga derecho, el importe de las asignaciones provisionales, las cuales se entregaran al depositario designado y el saldo de aquellas, si lo hubiera, al trabajador.
Cuando el importe de las remuneraciones devengadas y sus intereses no permitieran restituir el importe otorgado por el depositario y los intereses que éstos hubieren generado para cubrir el pago de las asignaciones provisionales, será de cargo del empleador la diferencia resultante.
El plazo para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo es cinco (5) días hábiles de la notificación de la resolución que ordena el pago de las remuneraciones devengadas, bajo apercibimiento de duplicarse la suma que corresponda por los intereses.

29) D.S. 003-97-TR; Artículo 41.- En el caso de acción por nulidad del despido el juez podrá, a pedido de parte, ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto el que no podrá exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Dicha asignación será pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva por la compensación por tiempo de servicios que aún conserve en su poder.
Si resultara insuficiente, la asignación será pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.
Si la sentencia ordena la reposición, el empleador restituirá el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones caídas a que se refiere el artículo anterior.

poración de la demandante en el puesto de trabajo que desempeñaba o el pago de una indemnización; sino que efectúa la evaluación de un acto, el despido laboral, en la medida que éste resulte o no lesivo de derechos fundamentales. Por lo tanto, en caso de que ello se verifique, deberá pronunciar su sentencia conforme al efecto restitutorio propio de las acciones de garantía, de conformidad con lo prescrito por el artículo 1º de la Ley N.° 23506"[30].

El efecto restitutorio también ha sido regulado por el Código Procesal Constitucional (Ley 28237)[31]. Asimismo, como novedad el Código Procesal Constitucional, en su artículo cinco inciso dos, prescribe que no procede, entre otros, las pretensiones de amparo, cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado[32]. Siendo así el TCP, no conocerá de los derechos constitucionales que constituyan pretensiones de despido nulo conforme a la legislación laboral, las cuales serán de competencia exclusiva de los juzgados laborales.

---

30) Tribunal Constitucional, caso Rita Diburga Alegría, EXP. Nº 794-99-AA/TC, fundamento dos, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/0794-1999-AA.html**, acceso el 2003-10-29.**
Ley 23506; Artículo 1.- Objeto de las acciones de garantía:
El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

31) **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Ley 28237)**
TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO
Artículo 1°.- Finalidad de los Procesos
Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.
Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

32) **CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (Ley 28237)**
TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS DE HÁBEAS CORPUS, AMPARO, HÁBEAS DATA Y CUMPLIMIENTO
Artículo 5°.- Causales de improcedencia
No proceden los procesos constitucionales cuando:
1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado;
2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus;
(…)

1. Casos de readmisión en el empleo

El TCP, vía pretensión de amparo, considera los siguientes casos:

a) Despido nulo

Cuyos alcances con arreglo a la Constitución[33], están regulados taxativamente en los artículos 29 de la LPCL, D.S. 003-97-TR, 6 de la Ley 26626 y 31 de la Ley 27050. Pretensión el cual no será objeto de tutela por el TCP, cuando entre en vigencia el Código Procesal Constitucional.

b) Despido incausado

Se configura, cuando se despide al trabajador ya sea: **de hecho o de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle motivo o causa alguna que amerite tal sanción en razón de la conducta o la labor que así la justifique**; modalidad establecida en el "caso telefónica", señalando el TCP que «el segundo párrafo del artículo 34º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, (...), establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización «como única reparación». No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones: (...) c) La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional»[34].

La inconstitucionalidad anotada, es en el entendido de que ante un despido arbitrario**, se prohíba al trabajador conseguir su reposición si recurre a la acción de amparo**, "concluir en que la única alternativa a la que podrían acogerse los recurrentes es la indemnización a la que se refiere el artículo 34° del Decreto Legislativo N.° 728, significaría incurrir en el absurdo de interpretar a la Constitución de conformidad con la ley, cuando la actividad de este Colegiado, como la de cualquier otro juzgador constitucional, obliga exactamente a lo contrario; es decir, a interpretar la ley de conformidad con la Constitución. Ello impone considerar, como no puede ser de otra manera, que no puede ser aplicable al caso de los recurrentes el citado dispositivo legal

33) A fin de tutelar, entre otros derechos tales como los previstos en el inciso 2) del artículo 2°; inciso 1) del artículo 26° e inciso 1) del artículo 28° de la Constitución; dichas disposiciones tienen su sustento en los principales instrumentos internacionales como son: de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 23), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 22), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 6), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículos XIV y XXII) y, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-»Protocolo de San Salvador" (Artículos 6 y 7).

34) Tribunal Constitucional, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, EXP. Nº 1124-2001-AA/TC, fundamento doce, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1124-2001-AA.html., acceso el 2003-10-29.

en tanto no les otorgue la opción reparadora, que por el contrario, sí le dispensa el proceso constitucional"[35].

Así, posteriormente el TCP, varía de criterio respecto de la inconstitucionalidad del artículo 34 de LPCL, al señalar que "a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N.° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador -vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional"[36].

c) Despido fraudulento

Se configura este despido arbitrario cuando: «Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este TC (Exp. N.° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la «fabricación de pruebas»»[37].

d) Despido por afectación al debido proceso

Nuestra Constitución regula[38], en el artículo 139 que "son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3° la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional...".

El debido proceso[39]"es una institución muy compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los distintos

---

35) Tribunal Constitucional, caso Angel de la Cruz Pomasoncco y otros, EXP. Nº 1397-2001-AA/TC, fundamento siete, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1397-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

36) Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, fundamento doce, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29www.tc.gob.pe consultada 2003-10-29.

37) Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, fundamento quince, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

38) Constitución 1993, Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.
Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

39) Nosotros concebimos el debido proceso, desde una dimensión procesal, en el sentido que **el debido proceso se extiende en el ámbito jurisdiccional** (vía proceso) **y en el ámbito no jurisdiccional** (vía procedimiento), **el cuál tiene diferentes componentes** (acción, defensa, plazo razonable, motivación de resoluciones o actos, etc.)**, que de plasmarse el debido proceso, en sede jurisdiccional se dará la tutela jurisdiccional efectiva y en sede no jurisdiccional la tutela efectiva, pues en ambos casos, al solucionarse la controversia,** se habrá restaurado la paz social en justicia (**es decir se habrá accedido a la justicia**).

ordenamientos que la consagran, pues comprende instrumentos procesales como la publicidad del proceso; el derecho a un juez natural (o sea, que nadie puede ser juzgado por tribunales de excepción o sometido a la justicia militar si no pertenece a las fuerzas armadas); la oportunidad probatoria, etcétera. Pero también abarca aspectos sustantivos, pues como lo han sostenido las cortes supremas de Estados Unidos y de Argentina, la solución que se dicte en el proceso, debe ser razonable, es decir, adecuada a la controversia planteada"[40].

El TCP ha sostenido que la afectación del debido proceso "es evidente que la demandada no sólo no ha acompañado elementos probatorios que respalden inobjetablemente su proceder, sino que, por el contrario, tampoco ha podido desvirtuar las instrumentales (...), y en las que aparece una versión de los hechos totalmente distinta a la señalada por la empresa demandada. (...) en el contexto señalado resulta incuestionable que, si no existe certeza plena respecto de los hechos imputados al recurrente, mal puede la empresa demandada atribuirle la comisión de faltas graves, tanto más cuanto que la comprobación de las mismas requeriría de un proceso adecuado donde puedan actuarse todas las pruebas del caso, y no el procedimiento evidentemente sumarísimo al que ha sido sometido; f) por otra parte, no escapa al análisis de la sanción misma aplicada contra el recurrente que, según se aprecia del artículo 38° del Reglamento Interno de Trabajo de Telefónica del Perú S.A.A., las medidas disciplinarias aplicables al trabajador que incurra en faltas pueden ser de cuatro tipos: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión y despido. En el caso de autos, y de acuerdo con las consideraciones precedentes, si no existe acreditación plena de los hechos atribuidos al demandante, carece de todo sustento haberle aplicado la sanción más drástica, lo que significa que el proceso al que fue sometido no puede juzgarse debido, no sólo desde el punto de vista formal sino, sobre todo, desde el punto de vista sustantivo"[41].

e) Despido por afectación a los derechos de ciudadanía del trabajador

Nos dicen el maestro español Alonso Olea y María Casas, que «la primacía de los derechos fundamentales sobre el poder de dirección empresarial, "la celebración del contrato no implica en modo alguno la privación al trabajador de los derechos que la constitución reconoce como ciudadano" –ni es "título legitimador de recortes" a su ejercicio-, derechos que son "proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona" (art. 10.1 Const.) –además de fundamentos del propio Estado democrático (art. 1 Const.)- y constituyen un "límite infranqueable" no sólo a sus facultades sancio-

40) Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al derecho procesal constitucional", en Revista Peruana de Derecho Constitucional, José García Marcelo (director), primera edición, Perú, ENMARCE EIRL, octubre 1999, pp. 40-41.

41) Tribunal Constitucional, caso Jesús Favio Mendieta y Ríos, EXP. N.º 1001-2001-AA/TC; fundamento dos, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1001-2001-AA.html, acceso el 2004-01-02.

nadoras, sino también a las potestades de organización y gestión del empresario, causales y discrecionales»[42].

Sostiene el TCP al resolver el Exp. 364-98-AA/TC, que se afecta la dignidad y el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, al señalar "que la municipalidad emplazada pretendió cohonestar la medida de despido atribuyendo a la demandante la comisión de faltas y delitos en el ejercicio de su cargo, no obstante que estas aseveraciones sobre inapropiada conducta funcional resultaban subjetivas y denigratorias de la dignidad de la trabajadora al no haber sido objetivamente demostradas considerando que la entidad municipal no le instauró el respectivo procedimiento administrativo disciplinario (...) en este sentido, el despido de la demandante constituyó un acto arbitrario que transgredió los derechos constitucionales de la demandante referidos a un debido proceso en sus manifestaciones de legalidad procesal y de defensa (en su faz administrativa), el derecho al trabajo y a la dignidad del trabajador, previstos en los artículos 139°, incisos 3) y 14), y artículos 22° y 23° de la Constitución Política del Estado, respectivamente"[43].

2. Del estado de indefensión.-

a) Del inacceso a la vía paralela

La facultad de optar por recurrir por la justicia ordinaria o constitucional esta prevista implícitamente por el Art. 6 de la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, al señalar "No proceden las acciones de garantía: (...) 3) Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria...". Dicha disposición consagra lo que en doctrina se denomina "vías paralelas"; a fin de que el afectado opte excluyentemente por presentar una acción de amparo o acuda a la vía paralela, quedando claro que si recurre a la vía paralela ya no podrá accionar vía amparo.

Actualmente el trabajador en caso de despido nulo previsto por la legislación laboral, accede alternativamente a la justicia ordinaria o constitucional. Conocimiento el cual solo será hasta que entre en vigencia el Código Procesal Constitucional a partir del cual el proceso de amparo dejará de ser alternativo. En tanto no se de dicho hecho, en los casos de despido arbitrario por: incausado, fraudulento, cuando afecte el debido proceso y, cuando sea lesivo a sus derechos de ciudadanía, el trabajador únicamente puede recurrir a la justicia constitucional, pese a ser indubitable la titularidad de su derecho constitucional de conservar el empleo, **pues en estos casos no**

---

42) Alonso Olea Manuel y, Casas Baamonde María Emilia, *Derecho del trabajo*, Décima novena edición, revisada, Madrid, España, Civitas Ediciones, S.L., p. 745.

43) Tribunal Constitucional, caso María Martha Sánchez Tasayco, EXP. Nº 364-98-AA/TC, fundamento dos y tres, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0364-1998-AA.html, acceso el 2003-12-29.

existe el carácter alternativo y lo que es grave aún, una vez vigente el Código Procesal Constitucional, el juez laboral tampoco conocerá de dichas pretensiones.

b) Cuando el derecho del trabajador no es líquido

Cuando la necesidad de justicia del trabajador, radica en el despido por vulneración sus derechos constitucionales que deba sujetarse a debate probatorio, no podría acceder a la justicia constitucional para obtener un pronunciamiento de mérito, por verse impedido de acreditar la titularidad de su derecho constitucional al trabajo (esto es, de conservar el empleo y no ser despedido si no por justa causa); concepto el cual en doctrina, es conocido como derecho líquido cierto o incontestable, que al decir de Germán Bidart Campos citado por Edgar Carpio Marcos, "es aquél contra el que no se pueden oponer motivos ponderables, sino meras alegaciones cuya improcedencia el magistrado logra reconocer de inmediato sin necesidad de recurrir a un examen detenido o a una investigación difícil"[44].

Señala el TCP, "que la dilucidación de la controversia requiere de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en este proceso, que carece de estación probatoria, por lo que al desestimarse la pretensión, debe dejarse a salvo el derecho del actor para que lo haga valer conforme a ley"[45]; pero ese "conforme a ley" es una indefensión cuando el hecho injusto del despido no se subsume en el tipo laboral de nulidad de despido; pues el "conforme a ley", **significa en realidad, que el trabajador no conserve su empleo** (inacceso a la justicia), cuando se vulnere sus derechos constitucionales (consiguiendo en estos casos, sólo una indemnización que tal vez no pretenda y siempre en cuando no haya caducado la pretensión resarcitoria).

También existe denegación de justicia, cuando el trabajador no pueda acreditar de plano, la titularidad de su derecho constitucional vulnerado (no previstos por la Ley ordinaria) y la causa tenga que abrirse a prueba, al menos en los siguientes casos:

1) **Que el trabajador no tenga ningún medio probatorio fehaciente para acreditar el presupuesto de su relación laboral**, dado que nunca estuvo registrado en planillas, no se le otorgó boletas de pago, no tiene documentación conexa que acredite su relación laboral, y cuando el trabajador hizo la constatación del despido, sea Policial (PNP) o por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la patronal negó que éste haya sido su trabajador o extrabajador, o que simplemente no lo conocen y que no tuvieron ni tienen, ningún tipo de relación contractual con el quejoso.

---

44) Germán Bidart Campos, "*La Interpretación de los Derechos Humanos*", en Edgar Carpio Marcos, E*l amparo y la tutela de los derechos fundamentales – curso a distancia para magistrados*, Perú, Academia de la Magistratura, 2003, p. 42.

45) Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, fundamento veintiuno, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

2) **Que exista duda insalvable (más que razonable) que el quejoso haya prestado servicios de naturaleza laboral**, ya que formalmente prestó bajo la modalidad de locación de servicios (naturaleza civil), pero que de la realidad fluye que estuvo sujeto al menos a subordinación.
3) **Que el cargo imputado del despido, aparentemente se haya efectuado conforme a ley, pero que en la realidad, el trabajador fue víctima de un medio y/o fuente de prueba ilícita**, obtenida con afectación de sus derechos fundamentales, como es la violencia, la tortura o simplemente, haya firmado la carta de renuncia por intimidación.

V. DE LA JUSTICIA SUPRACONSTITUCIONAL

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-9/87, señala que "(…) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales (**El habeas corpus bajo suspensión de garantías, supra 16**, párr. 32). Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley…»[46].

"(…) En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción…"[47].

El TCP al interpretar[48] los derechos constitucionales, entre ellos el derecho del trabajo, debe hacerlo de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de

---

46) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 23, internet http://www.corteidh.or.cr/seriea/seriea_09_esp.doc, acceso el 12 de septiembre de 2004.
47) Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, párrafo 91, internet http://www.corteidh.or.cr/seriec/seriec_01_esp.doc acceso el 12 de septiembre de 2004.
48) "interpretar" significa atribuir un significado a manifestaciones de un determinado lenguaje. El conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los que se realiza esa atribución de significado se denomina "interpretación"; término que designa, al mismo tiempo, a la actividad encaminada a describir el sentido de los enunciados o manifestaciones de un lenguaje (dimensión subjetiva y dinámica de la interpretación), y al resultado obtenido a través de dicha actividad (dimensión objetiva o estática)›. Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 254.

la Constitución, esto es observando los tratados internacionales en materia de derechos humanos así como la jurisprudencia vinculante de los tribunales internacionales de justicia que tengan competencia en pretensiones de derechos humanos[49], dado que <los derechos fundamentales son el parámetro "de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento">[50].

En efecto la Corte Interamericana, en el Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú) señala: **A)** En el fundamento 121: "Esta Corte ha manifestado, en relación al daño material en el supuesto de víctimas sobrevivientes, que el cálculo de la indemnización debe tener en cuenta, entre otros factores, el tiempo que éstas permanecieron sin trabajar. La Corte considera que dicho criterio es aplicable en el presente caso, y para tal efecto dispone que el Estado deba pagar los montos correspondientes a los salarios caídos y demás derechos laborales que correspondan a los magistrados destituidos, de acuerdo con su legislación. Asimismo, el Estado deberá compensar a los funcionarios por todo otro daño que éstos acrediten debidamente y que sean consecuencia de las violaciones declaradas en la presente Sentencia. El Estado deberá proceder a fijar, siguiendo los trámites nacionales pertinentes, los montos indemnizatorios respectivos, a fin de que las víctimas los reciban en el plazo más breve posible"[51].

B) En el fundamento 128: "Para dar cumplimiento a la presente Sentencia, el Estado deberá pagar, en un plazo de seis meses a partir de su notificación, las indemnizaciones establecidas en favor de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. Al hacer efectivas las indemnizaciones otorgadas en la presente Sentencia, el Estado deberá pagar los montos relativos al valor actual de

---

49) Constitución de 1993
Cuarta Disposición Transitoria y Final:
"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".
Ley 23506
Artículo 40º.-Ejecución de resoluciones expedidas por Organismos Internacionales
La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias.
CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL
Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales
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, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

50) Antonio Enrique Pérez Luño, Op. cit., p. 310.

51) Corte Interamericana, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*, fundamento 121, Internet, http://www.corteidh.or.cr/ serie_c/Serie_c_71_esp.doc, acceso 09 de agosto 2004.

los salarios que se dejó de percibir en el correspondiente período (salarios caídos). Finalmente, si por algún motivo no fuese posible que los beneficiarios de las indemnizaciones las reciban dentro del plazo indicado de seis meses, el Estado deberá consignar dichos montos a su favor en una cuenta o certificado de depósito en una institución financiera solvente en las condiciones más favorables. Si al cabo de 10 años la indemnización no es reclamada, la suma será devuelta, con los intereses devengados, al Estado peruano"[52].

1. Del estado de indefensión.-

a) Del no pago de remuneraciones en los procesos de amparo

Teniendo en cuenta la tutela brindada por la Corte Interamericana, el TCP deja en estado de indefensión al trabajador, cuando en las sentencias de amparo disponen, **el no pago de remuneraciones dejadas de percibir**[53], desde la fecha del despido a la efectiva reincorporación, así como al no ordenarse que se efectúen los depósitos correspondientes a la CTS y que además, al no considerarse que el período dejado de laborar

---

52) Corte Interamericana, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*, fundamento 128, Internet, http://www.corteidh.or.cr/ serie_c/Serie_c_71_esp.doc, acceso 09 de agosto 2004.

53) Sobre el no pago de remuneraciones, en sede ordinaria tiene pronunciamientos encontrados, al respecto la Cas. Exp. N° 649-2001 CALLAO, su fecha 2001-07-31, la Corte Suprema, al declarar infundado el recurso de casación y disponerse que no se case la sentencia de vista, expresó en sus considerandos: "...Octavo: Que, el derecho constitucional violado en este caso ha sido el derecho al trabajo al producirse la ruptura injustificada de la relación laboral, de modo que la acción de garantía está destinada a restablecer ese derecho vulnerado, lo cual se configura con la reposición en el empleo, habiendo cumplido plenamente la finalidad para la que están destinadas estas acciones de naturaleza constitucional. (...) Duodécimo: Que, si el demandante, consideraba que su despido era nulo y su pretensión accesoria era la de reclamar las remuneraciones que devenguen, debió recurrir a la vía ordinaria y entablar una demanda sobre nulidad de despido ante jurisdicción especializada, ya que su derecho a la tutela jurisdiccional estaba garantizado, pero si optó por interponer una acción de amparo constitucional, tenía que saber que la pretensión estaba limitada al derecho garantizado por la Carta Magna que es el de restablecimiento de la relación laboral".
Lo curioso del caso es que posteriormente en la Cas. Exp. N° 1154-2001-LIMA, su fecha 2001-11-01, declararon fundada la demanda, disponiendo en ejecución de sentencia que el Juez liquide el monto de las remuneraciones devengadas, señalando en sus considerandos: "(...)Octavo: Que, sin embargo, al restituirse el derecho conculcado y reincorporarse el trabajador al empleo, se restablece la relación laboral entre las partes, como si ésta nunca hubiese sido interrumpida, pues el acto lesivo sobre el cual ha recaído pronunciamiento jurisdiccional es el acto mismo del despido; en consecuencia, jurídicamente, el tiempo transcurrido fuera del empleo debe ser idéntico al transcurrido antes del cese, pues si no se le reconoce ningún atributo se estaría desnaturalizando los alcances del artículo primero de la Ley de Amparo y Habeas Corpus;(...)Décimo.- Que, el pago de remuneraciones devengadas por trabajo no realizado producto de una suspensión imperfecta está regulado por el artículo cuarenta del Decreto Supremo número cero cero tres-noventisiete-TR, norma que establece en forma imperativa que el abono por el período no laborado debe efectuarse con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes, debiendo aplicarse analógicamente al caso de autos para regular el pago de las remuneraciones devengadas en el sector público, a efecto de lograr una solución razonable de la presente controversia;".
Esta particular dualidad de criterios si bien no tienen efectos vinculantes para los órganos jurisdiccionales, lo que hacen es ratificar el estado de indefensión del trabajador, con la consiguiente comisión de un ilícito al no resolverse conforme al "Caso del Tribunal Constitucional". Pero en el peor de los casos una vez ejecutada la reposición, el trabajador tendría que demandar, por indemnización de daños y perjuicios que al menos sea equivalente a las remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir; pero como ocurre en la realidad, el trabajador por conservar su empleo no le interesa accionar, pues de hacerlo seguramente que lo volverían a despedir, ya que a él, sólo le interesa continuar trabajando.

por el trabajador sea considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido, excepto para el récord vacacional.

En estos casos el TCP no tiene en cuenta que el derecho al trabajo, también está tutelado por los artículos 6 y 7 del "Protocolo de San Salvador"[54]; y que la no prestación efectiva de la fuerza de trabajo por el período arbitrariamente despedido, es causa imputable al empleador y constituye suspensión imperfecta del contrato, previsto por los artículos 11 y 40 de la LPCL, siendo así debe ordenarse el abono de las remuneraciones caídas y demás derechos conexos antes referidos, tal como tiene lugar en los casos de reposición del trabajador por la justicia ordinaria.

VI. NUESTRA PROPUESTA.-

1. Que la justicia ordinaria considere como despido nulo todo vulneración de los derechos constitucionales del trabajador

Sobre el particular, para nuestro análisis partimos de la tesis de que todo despido que vulnera los derechos constitucionales del trabajador es un despido nulo. Consecuentemente, si el trabajador considera que la protección más adecuada frente al despido inconstitucional sea la reposición y no la indemnización, entonces en defensa de sus intereses, resulta su derecho postular la pretensión de nulidad de despido por ante la justicia ordinaria, debiendo en este caso el Juzgador emitir un pronunciamiento de mérito, correspondiendo en consecuencia al Juez interpretar creativamente como una nueva causal de nulidad de despido, todo acto de despido arbitrario que tenga como causa la afectación de los derechos constitucionales del trabajador, dado que todo ordenamiento democrático no puede tolerar el ejercicio de un derecho inconstitucional por parte de la patronal, pues por encima de todo está la dignidad de la persona

---

54) Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador", regula: "Artículo 6: Derecho al Trabajo: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo".
"Artículo 7: Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo: Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;".

humana, de no ser así, el trabajador sería un ciudadano de segunda categoría, que al interior de la empresa tendría que tolerar vejámenes inconstitucionales que afecten el goce de sus derechos constitucionales.

2. Observancia de organos jurisdiccionales de fallo de Corte Interamericana

Que todos los Órganos Jurisdiccionales, en observancia de la sentencia vinculante "caso del Tribunal Constitucional" de la Corte Interamericana, cuando dispongan la reposición del trabajador, también deben ordenar, el pago de remuneraciones caídas y demás beneficios sociales previstos por la legislación laboral, lo que implica que la sentencia de amparo también debe ser con efectos indemnizatorios y no solamente restitutorios.

3. De la modificacion de la ley

En tanto no haya nueva Constitución[55] y/o se apruebe el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo[56], a fin de salvar la indefensión expuesta en autos, para que el trabajador conserve su empleo en aras de una tutela eficazmente adecuada, creemos que debe regularse legislativamente, que "es nulo el despido que tenga como causa el

---

55) Refiriéndonos sobre despido que agravia derechos fundamentales, la propuesta manejada en el proyecto de reforma constitucional. Indicamos en nuestro ensayo que: "En el proyecto de reforma de la Constitución, se han aprobado (...) en su artículo 27 regula la estabilidad laboral, en los siguientes términos: "El trabajo es un derecho y un deber, base del bienestar social y medio de realización de la persona. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, en especial el de la madre y del menor de edad. El Estado erradica toda forma de trabajo prohibido por ley. El despido requiere de una causa justificada señalada en la ley. En caso de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación, en la forma prevista por la ley. Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución", Asimismo en su artículo 29 señala que "En toda relación de trabajo, es nula toda condición que impida el ejercicio de los derechos fundamentales".
Al regularse de que "...En caso de despido injustificado, el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación, en la forma prevista por la ley." el legislador, se inclina por la estabilidad laboral relativa y, al regular de que "... Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución." los señores Congresistas también constitucionalizan la estabilidad laboral absoluta; en suma será el legislador ordinario, quien dé contenido y desarrollo a la estabilidad laboral de salida.". Cayra Quispe Adolfo Nicolás. La estabilidad Laboral de Salida en el Perú, Internet, www.asesor.com.pe/teleley/Artículos/lecca.htm: (Estudio TyTL Torres y Torres Lara Abogados Asociados, acceso 2003-04-24.

56) www.congreso.gob.pe consulta 2003-10-30; Regula el Anteproyecto de la LGT "Artículo 132° Despido nulo: Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales, en especial el que tenga por motivo: 1. La afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales, ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; 2. La discriminación, por cualquiera de las razones enumeradas en el Artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar; 3. El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto, siempre que se acredite que el empleador tuvo conocimiento de dicho estado; y, 4. Presentar un reclamo al empleador o accionar ante las autoridades judiciales o administrativas competentes. Asimismo, es nulo cuando se impida al trabajador ejercer su derecho de defensa en el procedimiento de despido o se produzca en fraude a la ley, en el caso del artículo 153°."

agravio de los derechos constitucionales del trabajador"[57]. A efecto de que en un proceso ordinario laboral, se dilucide en igualdad de armas, si el despido afectó derechos constitucionales[58] del trabajador.

VII. CONCLUSIONES.-

1.- Como en nuestro país el trabajo es un recurso escaso, los despidos que afecten los derechos constitucionales del trabajador, se han amparizando por los efectos restitutorios de la tutela que brinda éste sistema de protección constitucional, que no concede la justicia ordinaria (salvo en las pretensiones de nulidad de despido).

2.- Se causa estado de indefensión al trabajador cuando el despido vulnera los derechos constitucionales del trabajador (no previsto por la legislación ordinaria), al menos en los siguientes casos:

2.1.- Por inexistencia de vía paralela, para acudir al juez laboral, en los cosos de despido arbitrario por: incausado, fraudulento, cuando afecte el debido proceso y, cuando sea lesivo a los derechos de ciudadanía del trabajador.

2.2.- Cuando el derecho del trabajador a conservar el empleo no es líquido, puesto que la titularidad del derecho al trabajo exige probanza (en estación probatoria), salvo que la justicia constitucional la conceda.

2.3.- Cuando el TCP desestima el pago de remuneraciones caídas, en flagrancia inobservancia de la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana, "caso del Tribunal Constitucional", en la que sí se tuteló el pago de salarios caídos y demás prestaciones que regula nuestra legislación laboral.

3.- Todos los órganos jurisdiccionales al impartir justicia, deben hacerlo desde la Constitución y observando la jurisprudencia vinculante de los organismos ju-

---

57) Del proyecto de ley que proponemos (parte pertinente):
"Artículo 1.- Adiciónese el inciso f) en el artículo 29 del D. S. 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral el siguiente texto bajo los siguientes términos:
f) El agravio de derechos constitucionales del trabajador".

58) Las expresiones "derechos humanos", "derechos fundamentales" y "derechos constitucionales", coincidimos por lo expuesto por Luis Castillo Córdova, en el sentido que "si bien todas ellas aluden a una misma realidad, de modo que el empleo de una u otra se hace indiferente; existen razones en la dirección de preferir –al menos en lo que respecta al ordenamiento constitucional peruano-, el empleo de la expresión "derechos constitucionales". Principalmente dos son las razones. En Primer lugar, por que la referida expresión alude al conjunto de derechos que se definen según la norma que los contiene. En efecto, cuando se habla de derechos constitucionales, se habla simplemente de todos aquellos derechos que han sido reconocidos por la norma constitucional, y que por esa circunstancia tiene estatus constitucional. En segundo lugar –y siempre dentro del ordenamiento jurídico peruano-, porque es una expresión que da idea de equiparación: si todos los derechos son constitucionales, entonces queda descartada la idea que entre ellos existe algún tipo de jerarquía o preferencia; idea a la que indefectiblemente se aludiría con la expresión "derechos fundamentales".Luis Castillo Córdova, *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*, Lima, Ara Editores, 2003, pp. 30-31.

risdiccionales internacionales, como es entre otros, los fallos de la Corte Interamericana.

4.- A fin de no causar indefensión al trabajador los operadores del derecho, en especial los magistrados, deben considerar como causal de despido nulo todo despido arbitrario que vulnere los derechos constitucionales del trabajador.

BIBLIOGRAFIA

1.- Abramovich, Víctor y Courtis Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, S.A., 2002.

2.- Alonso Olea, Manuel y, Casas Baamonde María Emilia. *Derecho del trabajo,* Décima novena edición, Madrid, España, Civitas Ediciones, S.L., 2001.

3.- Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, versión castellana Ernesto Garzón Valdés, revisión Tuth Zimmerling, 1997.

4.- Blancas Bustamante, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano,* Primero Edición, Perú, Ara Editores, 2002.

5.- Bidart Campos Germán. "*La Interpretación de los Derechos Humanos*", en Edgar Carpio Marcos, E*l amparo y la tutela de los derechos fundamentales – curso a distancia para magistrados*, Perú, Academia de la Magistratura, 2003.

6.- Boaventura de Sousa Santos. "Los paisajes de justicia en las sociedades contemporáneas", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, primera edición, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2001.

7.- Boaventura De Sousa Santos. *La caída del ángelus novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política,* Bogotá, Colombia, ILSA, 2003.

8.- Bobbio, Norberto. *El tercero ausente*, trad. Pepa Linares, Madrid, Ediciones Cátedra, S.A., 1997.

9.- Díaz Revorio Javier F., comp.. *Textos constitucionales históricos: el constitucionalismo europeo y americano en sus documentos,* Primera edición, Perú, Palestra

10.- Fix-Zamudio Héctor. "Introducción al derecho procesal constitucional", en Revista Peruana de Derecho Constitucional, José García Marcelo (director), primera edición, Perú, ENMARCE EIRL, octubre 1999

11.- Cayra Quispe, Adolfo Nicolás. *El inacceso a la justicia laboral en el Perú,* Perú, Ergo-Imprenta y publicidad Trujillo Córdova EIRL, 2004.

12.- Cayra Quispe Adolfo Nicolás. "*Limitaciones del sistema de protección al derecho del trabajo cuando el despido agravia derechos constitucionales del trabaja*dor en el Perú", en Normas legales: doctrina, jurisprudencia, actividad jurídica, Tomo 336, Vol. II, mayo 2004.

13.- Cayra Quispe Adolfo Nicolás. "*La flexiblización laboral"*, en Derecho innovativo, Año I, Nro1, enero del 2004.

14.- De la Cueva Mario. "*El nuevo derecho mexicano del trabajo*", en Ferro Delgado, Víctor, *Derecho Individual del Trabajo*, materiales de enseñanza; PUC; Lima 1996.

15.- Plá Rodríguez, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo,* Tercera edición actualizada, Buenos Aires, Ediciones Palma 1998.

16.- Plá Rodríguez, Américo. "*Extinción del contrato de trabajo en Uruguay*", en Pasco Cosmópolis, Mario, comp., *La extinción de la relación laboral*; editorial AELE; Lima-Perú, 1987.

17.- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución,* sexto edición, Madrid, España, Editorial Tecnos S.A., 1999.

18.- Neves Mujica, Javier, "*Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo*"; En Asesoría Laboral; Año XII, N° 137; mayo 2002.

19.- Sastre Ibarreche, Rafael. "»El derecho al trabajo, ¿un derecho en crisis permanente?", en Víctor Abramovich, María José Añón y, Christian Courtis, comp., *Derechos sociales: instrucciones de uso*, primera edición, México, Distribuciones Fontamara S.A., 2003.

INFORMATOGRAFIA

1.- Cayra Quispe, Adolfo Nicolás. De la Etimología "Trabajo". Revista Aportes Andinos Julio 2004, Universidad Andina Simón Bolívar; Internet http://www.uasb.edu.ec/padh/revista10/actualidad/adolfo%20cayra.htm, 2004-07-28.

2.- Cayra Quispe Adolfo Nicolás. *La estabilidad Laboral de Salida en el Perú, Internet*, www.asesor.com.pe/teleley/Artículos/lecca.htm: (Estudio TyTL Torres y Torres Lara Abogados Asociados, acceso 2004-08-09.

3.- Diego García-Sayán, Democracia, mercado y derechos económicos, sociales y culturales, internet **http://www.cajpe.org.pe/**, acceso 2004-07-06

4.- Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, Curso sistemático de derechos humanos, Internet, http://www.iepala.es/DDHH/, acceso 2004-08-18.

5.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, internet http://www.corteidh.or.cr/seriea/seriea_09_esp.doc, acceso 2004-09-12.

6.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, internet http://www.corteidh.or.cr/seriec/seriec_01_esp.doc, acceso 2004-09-12.

7.- Corte Interamericana, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*, Internet, http://www.corteidh.or.cr/ serie_c/ Serie_c_71_esp.doc, acceso 2004-08-09.

8.- Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

9.- Tribunal Constitucional, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel, EXP. Nº 1124-2001-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/1124-2001-AA.html., acceso el 2003-10-29.

10.- Tribunal Constitucional, caso Rita Diburga Alegría, EXP. Nº 794-99-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/0794-1999-AA.html, acceso el 2003-10-29.

11.- Tribunal Constitucional, caso Angel de la Cruz Pomasoncco y otros, EXP. Nº 1397-2001-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1397-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29.

12.- Tribunal Constitucional, caso Eusebio Llanos Huasco, EXP. Nº 976-2001-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/0976-2001-AA.html, acceso el 2003-10-29

13.- Tribunal Constitucional, caso Jesús Favio Mendieta y Ríos, EXP. N.º 1001-2001-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/1001-2001-AA.html, acceso el 2004-01-02.

14.- Tribunal Constitucional, caso María Martha Sánchez Tasayco, EXP. Nº 364-98-AA/TC, internet http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/0364-1998-AA.html, acceso el 2003-12-29.

EL CAMINO HACIA LA DISTRIBUCIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO EN EL PERÚ

«...el tiempo (de trabajo) es oro, y quien lo controla, distribuye y gobierna es su propietario.»
Antonio Rivera[1]

CECILIA GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER*

Sumario:

Introducción: Marcando tarjeta. I. De la tiranía del cronómetro a la flexibilidad . II. El ALGT y la distribución flexible del tiempo de trabajo. 1. Jornada de trabajo. 2. Horario de trabajo. 3. Distribución flexible del tiempo de trabajo. 4. Descansos. III. Mi reloj, el tuyo: soluciones foráneas

INTRODUCCIÓN: MARCANDO TARJETA

La dimensión temporal de la relación de trabajo se manifiesta tanto en la duración del contrato de trabajo como en la duración de la prestación en sí misma. A esta segunda expresión del tiempo de trabajo se dedica el presente documento.

Marcar tarjeta significa delimitar el tiempo de trabajo, es decir fijar las fronteras del tiempo durante el cual el trabajador pone a disposición su fuerza de trabajo. De allí que el tiempo de trabajo es, ante todo, el tiempo de subordinación, dado que resulta indiscutible la dimensión temporal del contenido de la promesa asumida por el trabajador.

(*) Abogada y Conciliadora. Estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Salamanca. Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1) RIVERA, A., «El tiempo es oro. Reflexiones desde la historia acerca de la reducción de la jornada y el control del tiempo de trabajo», en Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales, nº 1: El tiempo de trabajo, Guipuscoa, Universidad del País Vasco, 1999, p. 21.

Incluso, se ha llegado a sostener que *«El trabajador, debe tanto un tiempo de trabajo cuanto el trabajo ejecutado o a ejecutar durante dicho tiempo»*[2], lo que supone reconocer el carácter de tracto sucesivo de la prestación de trabajo.

Ello evidencia que, al ser el tiempo de trabajo inseparable de la persona del trabajador, la regulación del mismo afecta la esfera más privada de su vida[3] y, por consiguiente, sus derechos fundamentales a la salud, a la intimidad personal y familiar, al disfrute del tiempo libre y al descanso, al libre desarrollo y bienestar, al ejercicio de su libertad de religión, y a participar en la vida política, económica, social de la Nación, todos estos derechos reconocidos en los artículos 2 y 7 de nuestra Carta Magna. La vulneración de algunos de estos derechos -inherentes al trabajador como persona humana- por las extensas jornadas de trabajo y las condiciones precarias en que éstas se desarrollaban, generó las primeras reivindicaciones obreras. No en vano el tiempo de trabajo ha dado lugar al primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, sobre horario de trabajo en la industria.

En el tiempo de trabajo el antagonismo típico del vínculo laboral se manifiesta de modo patente: mientras los trabajadores luchan por reducir o preservar la jornada máxima y por fijar otros límites inquebrantables a su tiempo de subordinación, las aspiraciones empresariales se dirigen a la búsqueda de competitividad en el mercado, a través de la implantación de modelos de organización -como el *Just in time*, la producción flexible o el *Supply Chain Management*- que conciben al tiempo de trabajo como uno de los principales factores de productividad. Es la lucha por el control del tiempo.

Marcar tarjeta, entonces, comprende los dos aspectos del tiempo de trabajo: el cuantitativo o la cantidad de tiempo destinada al trabajo, y el cualitativo, que se refiere a la distribución de este tiempo. A nivel mundial la historia de la cuestión social «tiempo de trabajo» involucra ambos aspectos, ya que inicialmente gira en torno a la reducción del tiempo de trabajo (aspecto cuantitativo) y, sin abandonar ésta, a partir de la década de los ochenta se instaura como nuevo planteamiento su reordenación (aspecto cualitativo)[4].

La distribución del tiempo de subordinación se erige como el nuevo centro de atención de la regulación estatal sobre la dimensión temporal laboral, en la medida que ella permite atender las demandas de flexibilidad del empleador y establece límites entre el tiempo de trabajo y el de ocio, de modo tal que se garantice al trabajador el ejercicio de los derechos fundamentales a los que aludíamos. Precisamente a la regula-

---

2) AA.VV., *Derecho del Trabajo*, (I. García Ninet, dir.), Pamplona, Aranzadi Editorial, 2001, p. 487.

3) Al respecto, el Informe Supiot señala: «En Derecho del trabajo, la referencia al «tiempo de trabajo» permite, por un lado, delimitar el dominio de la empresa sobre la vida del trabajador, y, por otro, evaluar la prestación de éste.» (AA.VV., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, (A. Supiot, coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 104).

4) BOSCH, G., «Tendencias y nuevos aspectos de la duración del trabajo», Revista Internacional del Trabajo, Vol. 118 (1999), n° 2, *passim*.

ción nacional sobre este aspecto del tiempo de trabajo se dedica este artículo, el que pretende analizar la viabilidad de las propuestas contenidas en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (ALGT, en adelante), a la luz de nuestra realidad y de la experiencia española, en la cual se basan las principales modificaciones en la materia.

I. DE LA TIRANÍA DEL CRONÓMETRO A LA FLEXIBILIDAD

En el modelo de producción taylorista, el cronómetro marcaba el ritmo de la vida del trabajador al interior de la fábrica. Un ritmo que era rígido y homogéneo, que permitía el control del tiempo de trabajo, pero que terminó por convertirse en un obstáculo para adaptarse a los nuevos hábitos de consumo, a las demandas de un mundo globalizado y cada vez más propenso al uso de tecnologías de la información, y a la creciente participación de las mujeres y jóvenes en el sector formal del empleo. Lógicamente, como destaca Jamoulle: «En tal contexto, las soluciones elegidas confluyen, en gran parte, con los intereses patronales, y aquí surge el eslogan de la flexibilidad.»[5].

La flexibilidad del tiempo de trabajo que nos interesa tratar es aquélla que consiste en «una flexibilización del marco normativo legal y convencional que regula la jornada y la semana de trabajo, autorizando una nueva distribución de los lapsos consagrados a la ejecución de sus prestaciones»[6], para la atención de las necesidades de empleadores y trabajadores.

En consecuencia, el tratamiento flexible de la distribución del tiempo de trabajo se plantea a partir de un nuevo paradigma de trabajador, pluriempleado, contratado de forma temporal, sujeto a una jornada irregular o parcial, y que desempeña su labor en casa o de forma itinerante. Este trabajador «típico» debería ser considerado al momento de realizar propuestas normativas para la regulación del tiempo de trabajo.

La contundencia de los cambios antes descritos no se encuentra reflejada en nuestra actual regulación sobre el tiempo de trabajo, contenida principalmente en el artículo 25 de la Constitución Política, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el Perú (números 1, 14, 20, 52, 67, 79, 90 y 101), el Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, «Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo», y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 008-2002-TR, el Decreto Legislativo Nº 713, «Ley de Descansos Remunerados», y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 012-92-TR.

Hasta antes de la propuesta del ALGT, la resistencia a modificar la regulación sobre la distribución del tiempo de trabajo y del tiempo de trabajo en general hacia esquemas más flexibles, se pone de manifiesto en el divorcio entre norma jurídica y

5) JAMOULLE, M., «La flexibilidad del tiempo de trabajo», Debate Laboral, Año 1994-I, n° 42, p. 136.
6) JAMOULLE, M., *op.cit.*, p. 129.

realidad, que se verifica -por ejemplo- en el 51,20% de los trabajadores de Lima Metropolitana que en el año 2003 laboraron una jornada superior a 48 horas semanales[7].

II. EL ALGT Y LA DISTRIBUCIÓN FLEXIBLE DEL TIEMPO DE TRABAJO

Dado su carácter omnicomprensivo de la regulación del régimen laboral general de la actividad privada, el ALGT contiene disposiciones sobre el tiempo de trabajo para los trabajadores mayores y menores de edad, así como para los jóvenes sujetos a programas de capacitación en el empleo. El presente análisis se realiza sobre los Capítulos I (Jornada de trabajo y sobretiempos) y II (Descansos remunerados) del ALGT, relativos a los trabajadores mayores de edad, por instituciones y destacando tanto las innovaciones introducidas con relación a la actual legislación como los espacios normativos dejados a la autonomía individual y colectiva.

1. Jornada de trabajo

Según indicamos, la jornada de trabajo -ordinaria y extraordinaria- constituye el aspecto cuantitativo del tiempo de trabajo. Sus parámetros delimitan los ámbitos para el reparto del tiempo de subordinación.

Cabe destacar como novedad del ALGT, la definición de la jornada ordinaria de trabajo (artículo 226), la cual comprende a los períodos de inactividad necesarios para brindar los servicios contratados y se excluyen las labores preparatorias y complementarias no incluidas en el horario de trabajo, las mismas que deberán remunerarse como horas extras (artículo 230). Si bien es importante que existan estas delimitaciones legales, hubiera sido más conveniente establecer la norma con carácter dispositivo, o señalar que la compensación mínima de ese tiempo es equivalente a la del tiempo ordinario de trabajo, puesto que las labores preparatorias y complementarias desarrolladas de forma permanente carecen de la naturaleza extraordinaria del trabajo en sobretiempo.

Una propuesta interesante se refiere a las facultades del empleador en materia de fijación y modificación de la jornada y del horario, las que sólo podrán ser ejercidas «*a falta de convenio colectivo*» (artículo 231). En este punto extraña que, antes que otorgarle el espacio normativo al empleador, no se haya planteado la vía del pacto individual[8]. Luego, se ha ampliado el plazo de preaviso para proceder a la modificación colectiva de estas condiciones (artículo 234).

En el tratamiento de las horas extras se plantean grandes cambios, con ciertas incongruencias desde nuestro punto de vista. Por un lado, se limita la prestación de

7) MTPE, *Encuesta de Hogares especializada en niveles de empleo 1996-2003*, www.mtps.gob.pe

8) Probablemente, ello responda al temor que la voluntad del trabajador expresada en los acuerdos individuales pueda estar viciada.

trabajo en sobretiempo a cuatro horas diarias y a un tercio de las horas ordinarias laboradas en el mes (artículo 239), lo que resta espacios de negociación para el reparto del tiempo de trabajo, amén de la dificultad de anticipar el tercio de horas ordinarias, en el caso que éstas sean -de por sí- variables. En este mismo tenor rígido, se sanciona la falta de pago de las horas extras o su imposición con el pago de una sobretasa del 100% (artículo 241). Sin embargo, por otro lado, no se especifica cuál es la base de cálculo para el valor de la hora extra (artículos 238, 241 y 242), y se elimina el requisito del pacto individual para la compensación en descanso (artículo 238), lo que concede al empleador una nueva facultad para distribuir el tiempo de trabajo.

Por lo tanto, el ALGT plantea mayor intervencionismo estatal en la regulación del aspecto netamente cuantitativo del tiempo de trabajo y, consecuentemente, poco espacio para la autonomía individual y colectiva, lo que restringe de modo considerable la posibilidad de proponer formas creativas de distribución flexible.

2. Horario de trabajo

A diferencia de la legislación actual, el ALGT no define el horario de trabajo. Dos son las nuevas propuestas, la ya comentada autonomía colectiva en materia de fijación y modificación del horario (artículo 231) y se reduce en 15 minutos el refrigerio de quienes laboran en turnos continuos de 24 horas (artículo 235); esta última propuesta flexibiliza notoriamente el tiempo de trabajo, pero nuevamente desde una norma heterónoma.

3. Distribución flexible del tiempo de trabajo

En la actual legislación laboral se contemplan dos formas de distribución irregular del tiempo de trabajo: por un lado, las denominadas «jornadas atípicas o acumulativas», que permiten repartir de forma flexible las horas de trabajo a lo largo de los días laborables de la semana o del año (incluso, se puede cambiar el día de descanso semanal), siempre que esta forma de distribución obedezca a la naturaleza especial de la actividad empresarial (por ejemplo, la actividad petrolera u otra que se desarrolle en zonas alejadas de los centros poblados y que requiera ejecutar el trabajo de forma continua); y, por otro, la reducción o ampliación de días laborales de la semana, en cuyo caso no deberá afectarse el récord vacacional. Ambas están sujetas a tres límites: (i) el respeto al descanso semanal y los días feriados no laborales; (ii) la jornada máxima legal de 48 horas semanales, que calculada -en promedio- no podrá ser superada; y (iii) el criterio de razonabilidad.

Ambas alternativas se preservan en el texto del ALGT (artículos 227 y 231), con una modificación sustancial: se impone el periodo de seis semanas como patrón máxi-

mo para calcular el cumplimiento de los límites fijados. Para superarlo, se propone el texto del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajados de España, que faculta a la autonomía colectiva a distribuir irregularmente la jornada de trabajo, con la sola limitación de los periodos de descanso diario y semanal. Nótese que esta forma de reparto no requiere la concurrencia de una hecho objetivo que justifique su instauración, y que tampoco está *"encorsetada"* por los topes máximos de jornadas (ordinaria y extraordinaria) ni por patrones temporales determinados (salvo el año). Sin embargo, para que esta distribución irregular opere será necesario el acuerdo colectivo, mientras que en los dos supuestos anteriores la decisión unilateral del empleador podrá reemplazar la falta de acuerdo colectivo. Este tercer camino para repartir flexiblemente el tiempo de trabajo obedece a las tendencias mundiales de anualización de la jornada de trabajo, y atiende a las necesidades de ciclos productivos altamente variables, así como a los pedidos de ciclos formativos prolongados para los trabajadores que quieren recuperar los periodos de licencia sin goce de remuneraciones con jornadas más prolongadas en el resto del año.

A través de estas tres formas directas para repartir flexiblemente el tiempo de trabajo se pretende responder a dos situaciones distintas: el desarrollo de una actividad tradicionalmente especial y el de una actividad que, por circunstancias coyunturales y externas a su ciclo productivo, requiere modificar las horas o días de trabajo.

4. Descansos

En materia de descansos debe destacarse el denominado "intervalo mínimo entre jornadas" de doce horas (artículo 228), que recoge la norma contenida en el artículo 34.3 del Estatuto de los Trabajadores. Este descanso interjornadas se erige, junto con el descanso semanal, como el instrumento legal contemporáneo para proteger los derechos fundamentales del trabajador frente a la irregularidad del tiempo de trabajo. Sin embargo, este límite no resulta del todo infranqueable, toda vez que no precisa qué entiende por jornadas, es decir, si éstas se computan respecto de todo el trabajo desarrollado por el trabajador en un día laborable, ya sea para uno o más empleadores. De no considerar la situación del pluriempleo, la finalidad protectora de la norma (y, particularmente, de la salud del trabajador) pierde sentido, pues el trabajador estará laborando para una empresa durante el descanso interjornadas que le confiere la otra.

Otra innovación relevante a los efectos del reparto del tiempo de trabajo es el espacio normativo dejado para la autonomía individual respecto de la oportunidad del descanso de los días feriados nacionales (artículo 252).

Adicionalmente, la oportunidad del descanso anual se flexibiliza, mediante las siguientes disposiciones: (i) basta que uno de los periodos en que se ha fraccionado el descanso anual tenga una duración mínima de siete días (artículos 258 y 259), lo que

antes era una exigencia para cada fracción de vacaciones; y (ii) el trabajador intermitente o de temporada tiene la facultad de elegir entre gozar la fracción de vacaciones que corresponde a su récord de labores o acumular el tiempo de trabajo efectivo hasta acumular el récord necesario para disfrutar treinta días de vacaciones.

III. MI RELOJ, EL TUYO: SOLUCIONES FORÁNEAS

Las disposiciones planteadas por el ALGT que han sido comentadas, de ser utilizadas razonablemente por los sujetos de la relación laboral -de forma conjunta o alternativa-, pueden convertirse en verdaderos instrumentos jurídicos para la distribución flexible del tiempo de trabajo. Ello, claro, en un contexto en el cual las autonomías individual y colectiva sean espacios reales de concertación y conciliación de intereses empresariales y laborales.

En la experiencia española[9] un número importante de convenios colectivos se limita a transferir al empleador la facultad de repartir irregularmente el tiempo de trabajo, sin establecer parámetro alguno, legitimándolo así para que distribuya el tiempo de trabajo de forma incausada, y trasgrediendo la finalidad del mencionado artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores. Luego, cuando los sujetos colectivos optan por regular directamente esta materia, la variedad de conjugaciones de los diversos instrumentos de flexibilidad del tiempo de trabajo es casi infinita, pues normalmente esta regulación se produce en el ámbito de la empresa e, incluso, del centro de trabajo.

La realidad de nuestra negociación colectiva es diametralmente opuesta a la española, no sólo por el ínfimo número de convenios celebrados, sino también por la pobreza de sus contenidos[10]. Entonces, cabe preguntarse si introducir en nuestro ordenamiento jurídico soluciones foráneas a problemas comunes resolverá la rigidez de nuestro tiempo de trabajo, o si, en cambio, una vez más las normas en esta materia servirán de patrón para constatar la distancia que las separa de las auténticas necesidades de los sujetos laborales.

Los comentarios aquí vertidos tienen por finalidad advertir sobre la importancia de postular una regulación de la distribución flexible del tiempo de trabajo que no sólo sea coherente en sí misma, sino que –a la vez- sea congruente y viable en nuestra realidad. En esa medida, pensamos, estaremos en camino hacia la distribución flexible del tiempo de trabajo en el Perú.

---

9) AA.VV., *Observatorio de la negociación colectiva*, (R. Escudero, coord.), Madrid, CC.OO., 2002, p. 80.

10) Boza Pró, G. y M. Canessa Montejo, "Relaciones colectivas: Entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal", en AA.VV., *Estudios sobre flexibilidad en el Perú*, Lima, OIT, 2000, p.220-221.

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO. PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO LABORAL, RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO, DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL, REMUNERACIÓN Y BENEFICIOS SOCIALES Y CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO

*ALFONSO DE LOS HEROS P.A.**

Sumario:

I.Principios del ordenamiento laboral. II. Relacion individual de trabajo. 1. Contrato de trabajo. III. Desenvolvimiento de la relacion laboral. 1. Extinción de la relación de trabajo. IV: De la remuneración y los beneficios sociales. V. Condiciones generales de trabajo. VI. Una reflexion final.

El propósito del presente trabajo es analizar diversos aspectos que contiene el proyecto de ley General de Trabajo a lo largo de su articulado, con relación a los temas vinculados a los principios del ordenamiento laboral y la relación individual de trabajo tocando los temas del contrato de trabajo, el desenvolvimiento de la relación laboral, las remuneraciones y beneficios sociales y las condiciones generales de trabajo.

Desde ahora advertimos que no haremos una exégesis de todos y cada uno de los artículos comprendidos en los temas señalados pues ello daría lugar a un trabajo de mucha mayor envergadura. Solamente nos detendremos en aquellas disposiciones que contienen cambios a nuestro juicio excesivos o negativos, o que mejoran eventualmente la normativa existente o que requieren de una segunda reflexión.

(*) Abogado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En términos generales, podemos extraer algunas conclusiones preliminares que irán revelándose a lo largo de este trabajo.

La primera, es que se trata de un proyecto que se aleja bastante de la flexibilidad laboral que existe hasta ahora dentro del marco de la reforma de 1991.

La segunda es que se trata de una norma reglamentarista, rígida en algunos aspectos, que invade por momentos el campo del poder directivo, para limitarlo.

La tercera, es que se trata de un proyecto que deja algunos conceptos en la entrelínea y para la interpretación, propiciando cierta incertidumbre sobre cuál es el propósito y la intención detrás de la norma.

La cuarta, es que tiende a fomentar la confrontación al propiciar el conflicto y el litigio, pues procedimentaliza administrativa y judicialmente y en exceso, el ejercicio de muchos derechos.

La quinta, es que si bien reproduce prácticamente en su mayor parte, la legislación existente, los cambios que propende resultan decisivos para convertir la relación laboral en una relación bastante rígida, dificultando al máximo su terminación.

La sexta, es que el proyecto de la LGT puede funcionar, a pesar de su mayor rigidez, tanto dentro del marco constitucional actual, como dentro del nuevo proyecto constitucional, precisamente por tratarse de marcos que permiten tanto la flexibilidad como la rigidez. De allí que debamos insistir en que es más importante ocuparse del marco legal proyectado que del marco constitucional por aprobarse.

I. PRINCIPIOS DEL ORDENAMIENTO LABORAL

En esta materia, encontramos los siguientes aspectos dignos de destacarse:

Artículo VIII.- Esta norma establece que los regímenes especiales de trabajo se rigen por la LGT, ***"salvo en lo que establezcan sus propias normas".***

Si tenemos en cuenta que la Segunda Disposición Transitoria del Proyecto, que establece cuáles son las normas anteriores que se derogan, no contiene la derogación de normas especiales de trabajo, por ejemplo la de exportación no tradicional, podemos concluir que continuarán vigentes.

Artículo XI.4.- Se establece como principio del ordenamiento laboral, la condición más beneficiosa, señalándose que esta se deja sin efecto por acuerdo de partes. Si bien esto es cierto y está bien, faltaría incluir a la ley, además del acuerdo de partes, como un forma de modificar o dejar sin efecto la referida condición más beneficiosa, pues la ley es soberana para modificarla o terminarla.

Artículo XIV.- Se refiere al alcance de los Decretos de Urgencia en materia laboral, al señalar que estos solo pueden comprender derechos laborales de trabajadores públicos. Esta es una materia constitucional que no debería ser tratada en la ley.

Artículo XVI.- Señala que ***"son válidas las costumbres que complementan, mejoran o reemplazan a otras normas, pero no las que las contrarían".*** En realidad, se trata de una norma que se refiere a las costumbres que son más favorables al trabajador en relación a normas o reglamentos vigentes en la empresa, por lo cual, se establece que no son válidas las costumbres ***contra legem***. Para una mayor claridad de este artículo, sería conveniente señalar que son válidas las «costumbres favorables al trabajador que complementan, mejoran o reemplazan a otras normas pero no las que la contrarían.»

Artículo XXI.- Se refiere a reclamos en caso de relaciones laborales internacionales, señalando que no disfrutan de excención de jurisdicción, al calificarlos como actos de gestión y no de imperio. Este un tema que se define por el tratado y la ley no puede contradecirlo. Además, la doctrina supera este criterio y no lo sigue pues la tendencia es la contraria, es decir, exceptuar de jurisdicción a los estados extranjeros representados en el país. Consideramos que debería suprimirse tal alusión. En caso que el tratado establezca la excención, basta con ello, porque es ley de la República y si se quiere hacer una referencia explícita a un derecho contenido en un tratado por razones pedagógicas, habría que citarlo expresamente.

Artículo XXII.- Señala que la norma no tiene efecto retroactivo salvo cuando lo declara expresamente y es más favorable al trabajador. La Constitución contradice esta norma por lo que debería suprimirse, salvo que una futura Carta Magna retorne al retrogrado modelo de la Constitución del 79 que establecía retroactividad penal, laboral y tributaria, las dos últimas absolutamente inconvenientes y perversas.

Artículo XXIII.- Hace una referencia a derechos adquiridos que no se condice con la doctrina moderna del derecho. Este término equívoco y que ha dado lugar a muchos desatinos jurídicos, debe ser suprimido.

En efecto, se refiere la norma a derechos adquiridos nacidos de contratos de trabajo, concesiones unilaterales no normativas del empleador y consolidación por el transcurso del tiempo.

El concepto de derechos adquiridos no tiene fundamento constitucional ni en la vigente Constitución ni en la del 79. Lo que propugna la teoría de los derechos adquiridos es que la norma bajo la cual un derecho se incorporó al patrimonio personal continúe rigiendo aún cuando en el trayecto la norma sea derogada.

En realidad, de lo que se trataría en este caso es de derechos cumplidos o legalmente obtenidos o que forman parte del patrimonio jurídico de una persona, si se trata por ejemplo, de beneficios sujetos al cumplimiento de requisitos, que una vez cumplidos, no pueden ser materia de despojo en perjuicio del trabajador; o podría también tratarse de condiciones más beneficiosas que, como se ha dicho anteriormente, sólo pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de partes o por ley; o por último, podría tratarse de derechos irrenunciables que gozan de protección constitucional.

II. RELACION INDIVIDUAL DE TRABAJO

1. Contrato de trabajo

Artículo 3°.- Interdicción de discriminación

Se establece la obligación de indemnizar al postulante a un trabajo en caso que sea discriminado, tomando como referencia la remuneración anual establecida. Si bien de manera objetiva, la discriminación es pasible de indemnización, en esta norma se está dando una señal de invitación al reclamo para todos aquellos que postulan a un puesto de trabajo y no lo consiguen y que podrían esgrimir el argumento de la discriminación, dependiendo de quién obtenga el puesto, o de qué extracción social, económica o educativa venga o qué calificaciones ostente.

Lo que es evidente es que las empresas tendrán que extremar precauciones y encarecer sus costos de reclutamiento tercerizándolos, para evitar en lo posible los reclamos.

Artículo 6°.- Grupo de empresas

Esta norma es novedosa pues se refiere a la unidad económica y productiva formada por empresas que son personas jurídicas diferentes, pero vinculadas entre sí, estableciendo la solidaridad entre ellas. Este norma tiene repercusiones muy importantes en materia de Relaciones Colectivas, derechos individuales y eventualmente en materia de participación en las utilidades.

El artículo 7° señala cuáles son las presunciones para determinar el grupo de empresas, a saber: integración económico productiva, dominio accionario o decisorio, dirección común y compartir denominación, marca o emblema.

Por ello el artículo 8° establece que la transferencia de un trabajador entre empresas de un grupo no afecta sus remuneraciones y antigüedad.

Esta norma es positiva y posiblemente requiera de un mayor desarrollo para contemplar las diferentes situaciones a las que podría alcanzar la solidaridad.

Artículo 15°.- Inejecución del contrato de trabajo

Este artículo establece algo que es obvio y es que el contrato que no se ejecute por incumplimiento de cualquiera de las partes da lugar indemnización. Señalo esta norma simplemente para hacer evidente algo que si bien siempre fue legalmente posible, al no existir norma expresa, en la práctica nunca se exigió, salvo rarísimas excepciones. Los empleadores tendrán que tener sumo cuidado sobre de qué manera deben actuar si desean que no se ejecute un contrato ya celebrado pero aún no iniciado.

Artículo 20°.- Clases de contratos

Este artículo, situado en el Sub Capitulo II, sobre contrato a plazo determinado, se refiere a los contratos de naturaleza temporal. Aquí se han suprimido dos modalidades de contratos: los contratos por inicio de nueva actividad y los contratos por

reconversión empresarial, seguramente bajo el criterio de que el empresario tiene el riesgo del negocio y no se justifica en este caso la temporalidad.

Un tercer contrato, el accidental de emergencia, ha quedado comprendido en el contrato ocasional.

En consecuencia, quedarían como únicos contratos temporales, los de necesidades de mercado (hasta un año), ocasional (seis meses o hasta que concluya la causa si se trata de caso fortuito o fuerza mayor), el de suplencia (mientras dure el evento) y el de obra determinada o servicio específico (mientras dure la obra o servicio).

Artículo 44°.- Exoneración de los límites a la contratación

En el Sub Capítulo VI sobre contratación de extranjeros, si el servidor no se encuentra entre los casos de trabajadores no considerados como extranjeros (artículo 43°), solamente puede obtener exoneración cuando se trata de personal de dirección, profesional o técnico especializado, contratado para laborar en una nueva actividad empresarial o en casos de reconversión empresarial.

Si no se trata de un problema de redacción, aquí surge un verdadero problema, pues esta norma difiere de la actualmente vigente, contenida en el artículo 6° del D.Leg. 689, en que se tratan tres casos: el del personal de dirección, profesional o técnico especializado, el del contratado para una nueva actividad empresarial y el de reconversión empresarial.

Según el proyecto si a cualquiera empresa en marcha, no le alcanza el porcentaje no puede contratar un gerente, un profesional o un técnico especializado, por no tratarse de nueva actividad empresarial o de reconversión. Se ha limitado pues, de manera innecesaria esta libertad de contratar hasta ahora existente.

Artículo 48°.- Derecho de los trabajadores

Se establecen cuatro derechos que merecen aclaración, en los incisos 1, 5, 7 y 8 de este artículo.

El primero se refiere al derecho a la ocupación efectiva. La doctrina entiende por ello que siendo el contrato uno de trabajo, debe existir la obligación de asignar tareas en una ocupación efectiva. Cabría preguntarse si una labor de espera, o de reserva, cumpliría esta norma. Creemos que sí, pero habría que aclararlo. Este dispositivo concuerda con el inciso 1° del artículo 57° del proyecto que establece como obligación del empleador, dar ocupación efectiva, es decir, puesto de trabajo y tareas propias de éste, tema que veremos más adelante.

El segundo, obliga a que el trabajador ocupe una categoría acorde con su título, especialidad u oficio, así como conservarla y ascender. Esto es relativamente cierto, pues depende del contrato. Si se contrata a una profesional, pero no con el objeto de que preste servicios como tal, sino, por ejemplo, como secretaria, no podría esgrimirse este artículo para que el empleador se vea obligado a darle una ocupación acorde con sus características profesionales. Vale la pena aclarar esta norma para evitar conflictos.

El tercero, alude a la estabilidad laboral como derecho. Si lo concordamos con la Constitución vigente y el nuevo proyecto constitucional, habría que hablar de continuidad o no mencionarlo. Sin embargo, es bueno recordar lo dicho antes: el marco constitucional vigente y el proyectado, permiten tanto una ley flexible como una ley rígida.

El cuarto, se refiere al ejercicio de los derechos colectivos. Siendo que este artículo se refiere a derechos individuales, bastaría hablar de la libertad sindical o derecho de asociación, que lo ejerce el individuo cuando se afilia, decide no afiliarse o se desafilia de un sindicato, pues los de negociación colectiva y huelga son ejercidos exclusivamente de manera colectiva, mediante decisión del colectivo laboral, no siendo derechos que pueden ejercerse individualmente. Obviamente que el que se afilia a un sindicato, puede ejercer conjuntamente con sus asociados, los demás derechos mencionados, o sin existir sindicato, ejercerlos por coalisión de trabajadores para tal fin.

Artículo 55°.- Reglamento interno de trabajo

Se ha modificado el número de trabajadores empleados para contar obligatoriamente con un reglamento interno. Antes eran 100, ahora serían 50. Además, se limita el poder directivo al establecer consulta previa al sindicato. Esta consulta no representa problema si existe convenio colectivo en el centro de trabajo, pero no en caso contrario, pues un reglamento interno no puede ir contra la ley y no requiere de control previo por los trabajadores.

Artículos 58° a 80°.- Prestación de servicios con intervención de terceros

Estos artículos forman parte del Capítulo VII del Título I referido a la intermediación. Las nuevas normas son más positivas, pues se vuelve de alguna manera al esquema anterior del D. Leg. 728.

En efecto, se vuelve al esquema de servicios temporales y complementarios, permitiéndose la subcontratación de obras y servicios.

Artículos 84° a 99°.- Capacitación Laboral Juvenil y Prácticas Pre-Profesionales

En este campo hay algunas novedades que destacar:

La presentación de un **programa de capacitación** en enero de cada año, para efectos de aprobación y registro por la autoridad laboral, salvo que sea adoptado por convenio colectivo. Se crean consejos consultivos sectoriales de formación profesional y se obliga a establecer planes con no menos de 6 horas semanales de instrucción teórica y duración de seis a doce meses dependiendo del nivel de capacitación, debiendo insertarse dentro de los planes nacionales de capacitación laboral que fija la autoridad administrativa de trabajo en coordinación con las organizaciones laborales y empresariales dentro de cada rama económica, directamente o a través de consejos sectoriales tripartitos (art. 86°).

Se establece un **registro especial** en el Ministerio de Trabajo, tanto de jóvenes en capacitación como de practicantes y de los contratos, prohibiéndose contratar

jóvenes previamente capacitados con el mismo u otro empleador, que hayan obtenido certificado. No se dice sin embargo, que puede darse la posibilidad de otra especialidad que la persona desee adquirir, ni aparece tampoco en el proyecto que exista un registro de certificados, de tal manera que mal podría saber un empleador si la persona ya fue capacitada, pues aunque su nombre aparezca en el registro, ello no significa que haya obtenido certificado y que no pueda capacitarse en alguna otra especialidad (artículos 97° y 98°).

Como puede apreciarse, volvemos al esquema de la dictadura militar de los 70 que, precisamente por el burocratismo que impuso, fracasó rotundamente. Nos volvemos a tropezar aquí con la misma piedra. Es evidente que este esquema es disuasivo de capacitar jóvenes y limita la libertad de organización de las empresas. Más honesto y práctico sería simplemente prohibir este tipo de contratos, si a los legisladores les parece negativo para la salud laboral de los que no tienen trabajo o desean capacitarse en uno.

III. DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACIÓN LABORAL

Artículo 100°.- Periodo de prueba

La modificación que se ha operado en este campo es la de reducir el período de prueba de los trabajadores de dirección de un año a seis meses y de los trabajadores de confianza de seis a tres meses. Vencido el período de prueba el trabajador tiene el derecho a no ser despedido sin causa justificada. Volveremos sobre esto último más adelante.

Artículo 102°.- Derecho al ascenso

Se establece innecesariamente condiciones para los ascensos. La norma dicta pautas que no aportan a las prácticas normales del poder directivo para otorgar ascensos en una empresa. El proyecto propende una concepción piramidal de empresa que ya no existe. Los ascensos provienen de las decisiones del poder directivo en orden a la mejor administración y marcha de la empresa.

Artículos 104° a 108°.- Traslados y destaques

Nuevamente nos encontramos aquí con una serie de normas sobre traslados y destaques funcionales estableciendo sus condiciones, en especial, el respeto por la condición más beneficiosa.

Teniendo en cuenta dicho principio y que el ejercicio del poder directivo se debe ejercer con razonabilidad, no vemos la necesidad de dictar normas tan reglamentaristas.

Además, se establecen disposiciones para la intervención de la autoridad de trabajo ante cada decisión del empleador y más aún, para impugnar judicialmente o dar por terminado el vínculo por hostilidad en caso de modificaciones denominadas sustanciales (articulo 108°) que no siempre son tales, pues se trata de la forma y moda-

lidad de la prestación y sistema de organización del trabajo (que corresponden al empleador y no al trabajador).

Nuevamente puede apreciarse una tendencia de limitar el poder directivo y de fomentar la conflictividad ante sus decisiones.

Artículo 113°.- Suspensión de la relación por causa económica, técnica o estructural

Esta novedad en la relación individual, permite la suspensión de ella por las causas indicadas, pero se sujeta al procedimiento para la suspensión colectiva que señala el artículo 147° (negociaciones con los trabajadores y procedimiento administrativo si no hay acuerdo). Parecería que esta figura no va a tener posibilidades de aplicación. Parecería que el legislador no comprende a cabalidad la dinámica que existe en una empresa moderna para la toma de las decisiones y la necesidad de aplicarlas con rapidez y efectividad a fin de evitar consecuencias negativas.

El exceso de procedimiento no logrará más que frustrar estas posibilidades por legislarse, como se ha hecho muchas veces en el Perú, por excepción y por prejuicio y no por regla y buena fe. Posiblemente un control posterior sería más eficiente y si el empleador actuó en forma indebida se tendría que atener a las consecuencias.

1. Extinción de la relación de trabajo

Con relación a este tema vamos a destacar algunos aspectos novedosos y otros que sin serlo, modifican las actuales condiciones de terminación de la relación laboral.

Artículo 121°.- Jubilación obligatoria

Se han modificado los criterios actuales sobre edad y obligaciones económicas del empleador, para permitir la jubilación obligatoria con sólo dos requisitos: que el trabajador tenga derecho a ella y que el empleador contrate a otro trabajador para llenar la vacante. Posiblemente esta es una disposición bastante práctica con relación a la que rige actualmente en la ley que carece de aplicación por las condiciones que establece la norma.

Artículo 122°.- Exigencia de causa justificada para el despido

Modificación sustancial es esta, que modifica el criterio de despido arbitrario indemnizado que rige actualmente. Las causas que pueden invocarse para el despido, son la capacidad, la conducta y las necesidades de funcionamiento de la empresa.

En cuanto a la capacidad y la conducta, los criterios son los mismos de la legislación actual. Sin embargo, el artículo 129° trae la novedad que cuando se trata del caso de un dirigente sindical, debe notificarse también al sindicato y conceder audiencia a sus dirigentes.

Artículo 132°.- Despido nulo

Si bien el proyecto en esta materia no difiere del sistema actual de nulidad de despido, añade dos causales, una que se produce cuando se impide al trabajador ejercer su derecho de defensa y otra cuando se produce el despido en fraude al artículo 153°.

Esta última disposición señala como despidos fraudulentos:

(i) los despidos colectivos que no cuentan con autorización previa cuando esta es exigida por la LGT;

(ii)cuando se produce de hecho al no reanudarse las labores después de la suspensión o de haberlo ordenado la autoridad del trabajo;

(iii) cuando en el plazo de 12 meses se realicen despidos por causa económica, técnica o estructural, caso fortuito o fuerza mayor de carácter individual (artículo 153°) que en conjunto excedan los límites del artículo 146° (es decir, hasta 5 trabajadores cuando laboran hasta 50 trabajadores en el centro de trabajo, hasta el 10% en empresas con más de 50 y hasta 500 trabajadores o 50 si son más de 500);

Artículo 134°.- Despido injustificado

Se produce cuando es declarado así al haberlo impugnado el trabajador y el empleador no prueba en el juicio la causa del despido.

También se produce, conforme al artículo 154° cuando el empleador no deposita la indemnización y CTS pendiente dentro de los cinco (5) días del despido.

El despido individualizado puede ser impugnado para que se le declare injustificado o nulo, salvo que el trabajador haya cobrado la indemnización.

Aquí se produce una situación de cuasi estabilidad, pues todo despido será impugnado, no precisamente para que se declare injustificado, porque el empleador debe pagar la indemnización previamente y basta que el trabajador no la cobre para que pueda impugnarlo. El motivo será obviamente la nulidad. Salvo que se trate de omisión de pago en el plazo de cinco (5) días antes señalado y el trabajador pretenda cobrar la indemnización.

Artículo 135°.- Indemnización por despido injustificado

Actualmente es de 45 días por año hasta un límite de 12 remuneraciones mensuales.

El proyecto modifica estos montos para la indemnización sea mayor, al señalarla en 45 días al año con un mínimo de 90 días, hasta un máximo de 8 años; 30 días adicionales hasta un máximo de 8 años más y 15 días por cada año adicional hasta un máxima de 8 años más. Es decir, un total de 24 remuneraciones mensuales en el caso de un trabajador que tenga 24 años de servicios, lo que equivale a un promedio de un mes por año.

Artículo 156°.- Indemnización por despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa

Si el despido se debe a causas económicas, técnicas, estructurales, caso fortuito o fuerza mayor o disolución y liquidación, la indemnización es de 30 días por año hasta 8 años con un mínimo de 60 días; a 20 días por cada uno de los 8 años siguientes y a 10 días por los 8 años siguientes. Es decir un total de 16 remuneraciones mensuales en el caso de una prestación de 24 años de servicios. Esta norma, rebaja pues par estos casos el monto de la indemnización. Aunque no lo dice la norma, si el despido es impugnado y no es probado, aunque la norma no lo dice, sería aplicable la indemnización completa en aplicación del artículo 134°.

Artículo 157°.- Grave desmedro

Si la causa del despido colectivo o individual es económica, caso fortuito o fuerza mayor y el empleador alega grave desmedro, la indemnización del articulo 156° anterior se reduce en 50%. Si es impugnado y no probado, se aplica la indemnización mayor señalada en el artículo 135°. En este caso, puede autorizarse el pago de la indemnización en doce armadas, pero solamente mediante convenio colectivo o individual.

IV: DE LA REMUNERACIÓN Y LOS BENEFICIOS SOCIALES

Artículo 170°.- Remuneración integral

Se establece en 250 RMV el monto mínimo para establecer una remuneración integral anual, lo que equivale a S/. 9,583.00 mensuales. Este nuevo límite tiene por objeto evitar que remuneraciones relativamente bajas puedan tener el status de integral anual, dadas las consecuencias que esto significa en cuanto a contener todos los beneficios legales y convencionales con excepción de la participación en las utilidades. Actualmente, el límite es de 2 UIT.

Habría sido más práctico mantener el baremo de las UIT, pues se trata de un método más real y confiable y bastaba con subirlo a tres UIT en vez de las dos que rigen actualmente. La RMV tiene el problema que puede resultar desbordada en el futuro si se llega a estabilizar en una suma real, lo cual traería como consecuencia que la remuneración integral subiera más allá de lo razonable, cosa que no va a ocurrir tratándose de la UIT.

Artículo 171°.- Bono salarial

El proyecto permite el pago de bonos salariales no afectos a tributos, aportes pensionarios ni subsidios por enfermedades o similares no mayor el 20% del básico registrado en el libro de planillas.

Esta norma es razonable y permite una flexibilidad que actualmente no existe en la legislación, salvo en lo relativo a alimentación, para permitir mejores remuneraciones libres de carga.

Artículo 173°.- RMV Rubros comprendidos

Una novedad interesante es que el proyecto define el contenido de la RMV, señalando que comprende todos los pagos o entregas que tienen naturaleza remuneratoria conforme a ley. Los alimentos y entregas en especie no pueden representar más del 20% del total. Esta norma es positiva porque define adecuadamente el concepto.

Artículo 189°.- CTS Contenido.-

Se establece la CTS en 8.3% mensual sobre la remuneración del trabajador, monto que será empozado mensualmente por el empleador. Este es una modificación al actual sistema de empoces semestrales (mayo y noviembre).

La solución que presenta esta norma sobre CTS resulta práctica porque el empleador normalmente realiza pagos y retenciones mensuales por diferentes conceptos y esta sería una más, resultando más práctico que hacerlo en mayo y noviembre como señala la legislación vigente.

Artículo 193°.- Intangibilidad y retiros autorizados

El 50% de la CTS es intangible. El 50% restante se puede disponer a razón del 50% para matrimonio, el 60% para salud familiar, 50% para estudios y 100% para vivienda. No son acumulativos.

Esta es una norma esperada por cuanto la CTS ha sido en muchos momentos objeto de manipulación por diversas razones impidiendo que cumpla su cometido previsional para el momento del cese. Obviamente que se justifica plenamente que parte de ella sea utilizada por causas como las señaladas en este artículo que son trascendentes para la vida del trabajador, en especial, la vivienda.

Artículo 194°.- Compensación de sumas adeudadas

Las sumas adeudadas al empleador por préstamos, adelantos de remuneraciones, venta o suministro de mercaderías, pueden compensarse hasta el límite del 50% disponible. Esta disposición es razonable y permitirá no solamente dar seguridad al trabajador sino también poner límites al empleador con relación al otorgamiento de adelantos.

Artículo 195°.- Inafectabilidad

Los depósitos CTS no pueden ser afectados para garantizar deudas del trabajador frente a terceros ni el depositario. Todo pacto en contrario es nulo.

Este artículo es muy importante porque evita lo que ha sido una práctica inconveniente de los bancos, por no estar prohibida, de inducir a los trabajadores a dar como garantía la CTS y resaltar que al momento del cese se encuentren sin el respaldo de su depósito y además endeudados con el Banco.

Artículo 201°.- Utilidades- Porcentajes de participación

Este artículo establece un sistema diferente de participación de utilidades de los trabajadores, que los pasamos a comparar con el actualmente vigente:

- Empresas industriales, pesqueras y de telecomunicaciones: siguen 10% sin variación.

- Empresas mineras de comercio al por mayor y por menor y restaurantes: permanecen en 8% sin variación.
- Empresas financieras, bancarias y de seguros: antes pagaban 5% y ahora pasan a pagar 8%.
- Otras actividades: continúan en 5%.

Hubiera sido deseable unificar el criterio de la participación en las utilidades en un solo tipo de contribución empresarial adicional a la remuneración que es la contratación por los servicios. Si bien esta participación tiene una intención positiva pues puede incentivar a los trabajadores a sentir una mayor adhesión a la empresa y a rendir una mayor productividad tampoco debe resultar en una especie de impuesto que resulte disuasivo. Además, debería tratarse de una norma supletoria a falta de un sistema de incentivos, bonos, premios o convenios participativos que pudieran existir en las empresas. Este criterio tiene que analizarle con lo dispuesto en el artículo 205 que se comenta a continuación.

Artículo 205°.- Participación adicional

Se establece que los porcentajes señalados en el artículo anteriormente comentado, pueden ser incrementados por convenio colectivo o decisión del empleador. En tal caso la distribución del exceso puede hacerse por otros factores distintos a los de ley.

Aquí se abre una puerta para que los sindicatos planteen reajustes a las tasas legales de participación. Se supone que este será un tema de especial importancia en la negociación colectiva.

Artículo 206°.- Límite proporcional a la participación individual

La relación de reparto de utilidades tiene un tope de 15 a 1, es decir que nadie puede recibir más de quince veces lo que otro que ha trabajado igual en el mismo ejercicio. El exceso regresa a la masa y se redistribuye conforme a ley.

Esta norma pretende establecer límites con el evidente propósito de limitar el beneficios de los trabajadores de más alta jerarquía y mejor pagados. Es una especie de justicia distributiva discrecional de parte del legislador.

Artículo 207°.- Límite individual a la participación

Al mismo tiempo, hay un límite individual. Nadie puede recibir más de 12 remuneraciones mensuales por concepto de utilidades. En la norma actual es de 18 remuneraciones mensuales.

Artículo 219°.- Devolución de faltantes

No puede descontarse más de un 10% de la remuneración cuando existe responsabilidad del trabajador por faltantes de dinero o bienes de la empresa.

Parecería que estos faltantes serían debidos a negligencia del trabajador pero no a un acto doloso porque en ese caso sería una falta grave que daría lugar a la terminación laboral.

Artículo 221°.- Privilegio absoluto

Se modifica el criterio imperante de privilegio del crédito laboral. De aprobarse esta norma, este se extendería solamente a 150 RMV por trabajador por un año de remuneraciones impagas. Los demás beneficios legales gozan del mismo privilegio hasta el mismo monto límite. Estos serían créditos de primer orden.

Esta norma modifica el criterio vigente sobre preferencia absoluta del crédito laboral para limitarlo en montos y dejar que el exceso goce de privilegio relativo tal como lo señala el artículo siguiente.

Artículo 222°.- Privilegio relativo

El exceso de los montos indicados, así como cualquier otro derecho de origen laboral, sería crédito de tercer orden.

Con relación a los dos artículos antes comentados, cabe señalar que el criterio establecido en el Proyecto de la Nueva Constitución, en su art. 57°, contradice esta disposición, pues el Proyecto de norma constitucional incluye como créditos preferenciales de primera categoría, a las remuneraciones, beneficios sociales y otros créditos laborales.

La legislación vigente, en especial, la Ley de Bancos, establecen también un criterio amplio de inclusión, confirmado por resoluciones judiciales y arbitrales reiteradas, más aún, sin establecer límites cuantitativos como lo hace el proyecto en su art. 221° .

V. CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO

Artículo 228°.- Intervalo mínimo entre jornadas

Se establece un intervalo mínimo entre jornadas de 12 horas. No se contempla en esta norma excepciones que podrían ocurrir por la organización de turnos en empresas en que hay dos o tres turnos, o si el trabajador realizó sobretiempos voluntarios y no se dan las doce horas entre una jornada y otra. Habría que analizar la casuística para ver si esta norma merece aclaración o excepciones.

Artículo 235°.- Refrigerio

El refrigerio de 45 minutos que rige actualmente y no forma parte de la jornada, se establece que sea de 30 minutos cuando se trabaja en tres turnos y en ese caso formará parte de la jornada.

No parece conveniente modificar el criterio actual uniforme de que el refrigerio no forma parte de la jornada. Esta norma establece un sistema dual que no parece necesariamente conveniente.

Artículo 239°.- Limite al trabajo en sobretiempo

El trabajo en sobretiempos se limita a 4 horas al día o a un tercio del total de horas ordinarias en un mes. Esta disposición limita la normativa actual, cuyos topes fueran derogados por Decreto Supremo 012-2002-TR de 8 de agosto de 2002.

VI. UNA REFLEXIÓN FINAL

Así como para la aprobación del Texto Constitucional en materia de trabajo se realizó un esfuerzo de concertación para obtener un resultado equilibrado y técnico que buscara un punto medio, sería conveniente en materia de la Ley General de Trabajo, tratar de hacer lo mismo con aquellas normas que se alejen de dicho equilibrio.

Hay que tener en cuenta que solo una cuarta parte de la PEA laboral está incluida en los derechos laborales individuales que conocemos, a pesar de que teóricamente tienen un alcance universal dentro del territorio nacional. Además, sólo a un 4% le alcanza la normativa sobre derecho colectivo y todo ello, entre otros factores, porque la informalidad crece por comodidad o por rechazo frente a un proceso legislativo que a mas rigidez y mayor costo provoca más informalidad.

Un aspecto que también es digno de reflexión es aquél que se refiere a las medianas y pequeñas empresas en las que debemos preguntarnos si no es mejor una legislación razonable y limitada que abarque a todo el universo laboral y que incorpore a estas empresas y que pueda extenderse también al mundo de la informalidad o si debemos aceptar con el nuevo esquema una doble medida, un doble tratamiento o un mundo paralelo en que los trabajadores que realizan el mismo trabajo reciban un tratamiento diferente solo por el tamaño o envergadura de su empresa. Resolver estos problemas es igual o más importante que la propia ley.

En realidad, puede afirmarse que el nuevo panorama laboral contenido en el proyecto de Ley General de Trabajo resulta más rígido que el sistema vigente sin llegar al extremo de los años 70; limita fuerte e innecesariamente el poder directivo; aumenta la intervención del Estado a través de procedimientos que no tienen otro objeto que el impedir la dinámica que la relación laboral; otorga un mayor poder sindical, sin que necesariamente quede claro si más bien se fomenta la negociación colectiva, lo que sería más positivo y, finalmente, nos revela un proceso de mayor garantismo laboral.

EL CONTRATO DE TRABAJO A DISTANCIA EN EL ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO

CARLOS JIMÉNEZ*

Sumario:

Introducción I. Concepto de teletrabajo 1. Subordinación. 2 Para subordinación II. Derechos de los trabajadores con contrato de trabajo a distancia.1. Condiciones de trabajo. 2. Beneficios sociales. III. Clases o modalidades del trabajo a distancia.1. En función de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo A. Cuando existe conexión. B. Cuando no existe vinculación. 2. En función del lugar donde se desarrolla el servicio A. El realizado en un centro de trabajo distinto a la empresa B. El realizado en el domicilio del trabajador. C. El trabajo a distancia móvil. IV. Aspectos a considerar.

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la crisis de la ideología marxista soviética, cuyas principales manifestaciones fueron la caída del muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, el colapso del partido comunista y la disolución de la URSS el 25 de diciembre de 1991, por efecto del crecimiento del nacionalismo entre repúblicas soviéticas multietnicas; el panorama de la economía mundial cambia, propagándose el liberalismo. Este hecho originó que el Estado pase de una concepción de garantismo social sobre cuyas bases

(*) Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor de Derecho y Relaciones de trabajo y Derecho de Empresa en la Maestría en Administración de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

se desarrolló el derecho del trabajo[1], a uno liberal que impulsará la desregulación y flexibilidad de los ordenamientos laborales, partiendo de una economía de libre mercado fundamentada en ventajas comparativas entre empresas, dado unas poseen mejores recursos naturales y cualificación laboral para producir bienes y servicios.

En tal sentido el modelo de las relaciones de trabajo cambió, bajo la influencia de esta nueva ideología aunada al aporte de nuevas tecnologías en la ejecución del trabajo como la biotecnología, la microelectrónica, la tecnología de la información como lo es el Internet a partir del año 1993, al extenderse su uso de las universidades a cualquier usuario, y el uso de fibras ópticas o satelitales en las comunicaciones.

Estos hechos originaron el cambio de la organización del trabajo, donde el individuo en su concepción pasa a ser el centro de imputación normativa del derecho del trabajo, extendiéndose el trabajo independiente y externo a la empresa, donde las unidades productivas, sean de servicios primarios, secundarios o terciarios, serán reducidas en trabajadores (los cuales tienen gran movilidad funcional dentro de la empresa), y son contratadas por unidades empresariales, en calidad de intermediarias o terceras a las mismas, para el desarrollo de parte de su proceso productivo.

Para ANTONIO RODRÍGUEZ, las causas del replanteamiento del derecho del trabajo son las siguientes: a) la crisis del sistema taylorista o fordista de organización del trabajo que determinan las propias formas de prestación de servicios; b) la descentralización productiva empresarial que se traduce en nuevas modalidades de prestación de servicios; c) el aumento sustancial del sector servicios propio de una sociedad post industrial; c) los cambios sustantivos que se han ido produciendo en la estructura social de los países[2].

Estos cambios de las relaciones de trabajo constituyen la última alteración de la estructura del contrato de trabajo clásico o típico de los últimos veinte años, constituyendo actualmente el centro de discusión de la naturaleza del contrato de trabajo. La primera fue el cambió de contrato indeterminado a determinado; la segunda fue el tiempo del trabajo relacionada con la jornada diaria o semanal: El trabajo a tiempo parcial pese a que los trabajadores están en disponibilidad de trabajar a tiempo completo[3].

Es en tal orden de ideas que surge el Teletrabajo, recogido por primera vez en el anteproyecto de la Ley General de Trabajo bajo la denominación de contrato de traba-

---

1) Mediante el garantismo social el Estado interviene mediante reglamentaciones en las relaciones individuales y colectivas de trabajo, dejando poco margen de actuación a la autonomía colectiva como manifestación de la libertad de contratación para que los trabajadores y empleadores autorregulen sus relaciones de trabajo.

2) ANTONIO RODRÍGUEZ, Francisco. El Teletrabajo en España ¿Trabajo Subordinado o Autónomo? En Libro de Ponencias del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pag. 226.

3) Véase J. AMEGLIO, Eduardo. Problemática Actual del Contrato Individual de Trabajo: Frontera entre el Trabajo Subordinado y el Trabajo Independiente. En Libro de Ponencias del V Congreso Regional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pags. 118-119.

jo a distancia, como una de las formas de prestación de servicios fuera de las instalaciones de la empresa.

I. CONCEPTO DE TELETRABAJO

Este concepto que aparece por primera vez en Estados Unidos en los años ´60, como consecuencia de los trabajos de Norbert Wiener sobre cibernética, sin embargo se comienza a extender como una modalidad de trabajo en el mencionado país a partir del año 1976[4] . Se entiende que la generalización del teletrabajo fue consecuencia de la crisis del petróleo, cuando aparece, por un lado, la necesidad de ahorro energético y, por otro, la posibilidad de trabajar a distancia y reducir la pérdida de tiempo en desplazamientos innecesarios del domicilio al centro de trabajo, utilizando las nuevas tecnologías que se dan mediante este tipo de trabajo.

El teletrabajo, es definido por RASO DELGUE como toda actividad que se realiza fuera de los locales de trabajo de la empresa, mediante el uso generalizado de aparatos informáticos y de telecomunicaciones, para la transmisión del resultado de trabajo[5]

Para otros se define como el trabajo efectuado en un lugar apartado de las oficinas centrales o de talleres de producción, no manteniendo el trabajador contacto personal con sus colegas pero esta en condiciones de comunicarse con ellos por medio de nuevas tecnologías[6]

En el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo se ha definido el mismo como una forma de organización y/o realización del trabajo, utilizando tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser igualmente efectuado en los locales de la empresa se efectúa fuera de los locales en forma regular[7].

En los artículos 32°, 39° y 41° del anteproyecto de Ley General de Trabajo se recoge dicha definición, con el añadido que la empresa receptora del trabajo a distancia, mantiene el control y la supervisión pero sólo mediante los medios informáticos y de telecomunicaciones, estando facultada la misma sólo a establecer las regulaciones de metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

---

4) Un estudio sobre el tema se puede encontrar en MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. El Teletrabajo o el Trabajo en Internet y la Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores y el Uso de Nuevas Tecnologías en la Sociedad de Información Virtual En Asesoría Laboral N° 164. Agosto de 2004

5) RASO DELGUE, Amalio. En: La Contratación Atípica del Trabajo. Editorial y Librería Jurídica.Montevideo. Uruguay. 2003. Pags. 276-277

6) DI MARTINO, Vittorio y Linda WIRTH. Teletrabajo: Un Nuevo Modo de Trabajo y Vida. Revista Internacional del Trabajo. Volumen 109. 1990. N° 4. Pag. 471.

7) Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo celebrado el 16.03.02 en Bruselas, por las organizaciones de representación de empleadores y por la Confederación Europea de Sindicatos. Este acuerdo beneficia a 4 millones y medio de teletrabajadores pertenecientes a la Unión Europea que prestan servicios bajo esta modalidad de trabajo.

Respecto a la naturaleza de los servicios, en el anteproyecto se consigna que tienen el carácter de subordinados, y que son elementos que contribuyen a demostrar la subordinación del que presta el servicio frente al contratante, la continuidad de la ejecución de la prestación, la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados.

Sin embargo se debió especificar que dentro de los alcances del trabajo a distancia, se encuentran las labores realizadas en forma coordinada entre el que presta el servicio mediante medios informáticos y telecomunicaciones y el que recibe el mismo, esto significa que las partes se pongan de acuerdo sobre el lugar de la prestación del servicio, la modalidad del mismo y el horario de trabajo.

1. Subordinación

La subordinación es definida normativamente, como aquella mediante la cual, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene las facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador[8]

La existencia de dicho elemento va a suponer la presencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, cuando el servicio sea remunerado y personal[9].

En forma concordante se ha venido interpretando en el ámbito judicial que, a falta de demostración por el accionante con por lo menos indicios[10], que sus servicios sean subordinados, no existirá un contrato de trabajo sino uno de carácter independiente, de locación de servicios, comisión mercantil o contrato de obra y en consecuencia el mismo no tendrá derecho a reclamar el pago de beneficios sociales[11]

Sin embargo, no se ha recogido en la actual legislación las nuevas modalidades de prestación de servicios que han surgido, producto del cambio del sistema de relaciones de trabajo a partir del año 1980, generado por la tercerización de servicios, hecho que ha producido una descentralización productiva de las labores de la empresa, la que ha derivado en la celebración de contratos semi independientes donde el lugar, forma y

---

8) Artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el T.U.O. Del Dec. Leg. N° 728.

9) Artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

10) El artículo 276 del Código Procesal Civil define como indicio al acto o circunstancia suficientemente acreditado a través de los medios probatorios que adquieren significado en su conjunto cuando producen al Juez certeza en torno a un hecho desconocido no relacionado a la controversia.

11) Dicha interpretación se ha efectuado sobre la base de lo señalado por el 27° inciso 1) de la Ley N° 26636, en donde se establece que le corresponde al trabajador probar la existencia de la relación laboral. En el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2000 celebrado en la ciudad de Tarapoto, se acordó que si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre la base de la buena fe contractual regulada en el Código Civil.

modo de las labores es coordinado por el usuario del servicio con el que presta el mismo, y donde no se puede hablar en strictu sensu de la existencia de una subordinación, que supone la existencia de un contrato de trabajo, ni de un trabajo independiente, sino de una parasubordinación como señala la doctrina italiana.

Consideramos que este tipo de trabajo debe tener algún tipo de protección desde el punto de vista laboral en forma diferenciada al contrato típicamente subordinado, más aún si consideramos que algunas figuras como la de teletrabajo pueden encuadrarse dentro de esta categoría de trabajos parasubordinados.

En el anteproyecto de ley en comentario no se define la subordinación como tal, sólo se indica los elementos que contribuyen a tipificar su existencia, tratándose de contratos de trabajo realizados a distancia. No se considera que podemos estar frente a servicios que no sean ni subordinados ni independientes, sino coordinados entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo.

2. Parasubordinación

Se define como el trabajo prestado para otro en forma predominantemente personal, continuada y coordinada y con cierta autonomía e independencia jurídica[12]

Se entiende que la labor es personal porque la prestación del servicio se realiza en forma preferentemente individual, sobre el posible aporte de colaboradores.

Con respecto al elemento denominado de continuidad que caracteriza a la parasubordinación, se materializa en el servicio prestado mediante la ejecución de una obra o servicio sea de carácter profesional o no a tiempo determinado o indeterminado.

El elemento coordinación como conexión funcional entre el que presta el servicio o ejecuta la obra y el que recibe la misma, supone que el trabajador, de manera autónoma o en acuerdo con el empleador, determine la modalidad del trabajo, el lugar y el tiempo de la ejecución del mismo. Este es el elemento distintivo entre la parasubordinación y la subordinación, donde se puede concluir la inexistencia de directivas del empleador para la ejecución de las labores por el trabajador[13].

Este tipo de personal que no encuadran dentro de la categoría ni de subordinados ni de independientes, merecen un tipo de protección diferenciado de los trabajadores que prestan servicios netamente subordinados, por cuanto tienen mayores prerrogativas que los trabajadores que desarrollen sus labores bajo un contrato de trabajo, en cuanto tienen la posibilidad que, de mutuo acuerdo con su empleador, puedan determinar la forma, el modo, el tiempo y el lugar de la prestación. En tal sentido, la intensidad de los

12) Ibidem, nota 5.

13) El trabajo parasubordinado tiene en común con la relación de trabajo típica o subordinada, la dependencia económica y funcional y la debilidad contractual del que presta el trabajo.

derechos laborales debe ser menor que los que reciben aquellos trabajadores que prestan servicios mediante contratos de trabajo típicamente subordinados.

En consecuencia, sé está de acuerdo con la posición de la doctrina que propugna que el trabajo coordinado se eleve al rango de protección que tiene el trabajo típico subordinado.

Se considera que el teletrabajo puede encuadrar en la categoría de trabajo parasubordinado, debiendo precisarse dentro de la definición de contrato de trabajo a distancia dicho concepto o la coordinación, modificando para tal efecto el último párrafo del artículo 39° del anteproyecto, en cuanto indica que por el trabajo a distancia el empleador ejerce a través de medios informáticos el control y supervisión del trabajo, por cuanto labores como el teletrabajo pueden ser coordinadas y no necesariamente supervisadas por el que recibe el servicio.

II DERECHOS DE LOS TRABAJADORES CON CONTRATO DE TRABAJO A DISTANCIA

1. Condiciones de trabajo.

Tratándose en el presente caso de una nueva categoría de trabajadores, quienes desarrollan sus labores fuera de las instalaciones del centro de trabajo, como consecuencia del aumento de la descentralización de las labores productivas de la empresa, principalmente en actividades terciarias de comercio y servicios, es difícil regular las condiciones de trabajo en que se presta el servicio, en todo caso, éstas estarán en función del lugar donde se realice el mismo.

Las dificultades para regular las condiciones de trabajo de los indicados trabajadores, pueden presentarse cuando los mismos presten sus servicios en su domicilio porque en dicho supuesto el poder de supervisión del empleador sufrirá impedimentos, toda vez que no podrá ingresar al mismo sin permiso del trabajador y en las condiciones que éste determine, a fin de no vulnerar su derecho a la inviolabilidad de domicilio[14].

Las normas de prevención de riesgos, en la mayoría de los casos, basan su aplicación en la existencia de un control directo por parte del empleador, de los principales factores de riesgo, entre ellos, el propio lugar de trabajo, hecho que no podrá coordinarse en este tipo de contratación a distancia.

Los principales efectos del trabajo a distancia sobre la salud del trabajador derivan del uso prolongado de las pantallas de los terminales de computación. Entre los riesgos más comunes se señalan los de tipo psíquico, como la fatiga mental, la mala postura

14) Según el artículo 2° de la Constitución toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones ni registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial. Además la supervisión del empleador no puede ser de forma directa e inmediata sino sólo mediante medios informáticos o de telecomunicaciones, en virtud de los artículos 32, 39 y 41 del anteproyecto General de Trabajo.

puede ocasionar también problemas de columna, o la vista como consecuencia del trabajo prolongado en computadoras.

La protección frente a tales riesgos derivará de la seguridad que se le quiera dar a los trabajadores que presten servicios bajo la modalidad del contrato de trabajo a distancia. En el anteproyecto no se señala ningún tipo de protección frente a los daños que puedan surgir como consecuencia de los trabajos realizados bajo dicha modalidad contractual, a diferencia del contrato a domicilio en el que el trabajador a domicilio si es asegurado obligatorio al seguro social de Salud. Al respecto, se debe precisar que no se entiende el por qué del tratamiento diferenciado, tratándose de dos modalidades de trabajo que se realizan fuera de las instalaciones de la empresa[15].

Según el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables a los trabajadores que laboran en las instalaciones de la empresa. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades del teletrabajo pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios industriales o colectivos.

2. Beneficios Sociales

Conforme a los artículos 36° y 41° el trabajador con contrato de trabajo a distancia tiene derecho a percibir: La remuneración por Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior al laborado, siempre que el mismo tenga el derecho acumulado a las vacaciones y la Compensación por Tiempo de Servicios (C.T.S.).

También a las vacaciones en un monto equivalente al 8,33% del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador, con relación a la C.T.S. no se establece ninguna reglamentación específica, por lo que debe entenderse que su régimen de pago es similar al régimen laboral común de la actividad privada.

Respecto al trato diferenciado en el pago de los beneficios sociales, entendemos que se justifican en tanto el trabajador presta sus servicios sin supervisión directa e inmediata del empleador, sólo a través de medios informáticos o de telecomunicaciones, pudiendo efectuar los mismos incluso en su domicilio o en el lugar que el mismo decida.

---

15) Según el artículo 32° del anteproyecto de Ley General de Trabajo, por el contrato a domicilio el trabajador se obliga a ejecutar la prestación en su domicilio o en el lugar que libremente designe, sin supervisión directa e inmediata del empleador. Este tiene las facultades de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse, no se menciona como forman de conexión los medios informáticos y de telecomunicaciones, elemento presente en el teletrabajo, y que si fue recogido en el artículo que define el trabajo a domicilio.

III. CLASES O MODALIDADES DEL TRABAJO A DISTANCIA

Podemos establecer dos formas de prestación de servicios en el trabajo a distancia, sobre la base de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo, y en función del lugar donde se desarrollan las labores del trabajo a distancia.

1. En función de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo.

A. Cuando existe conexión

El control del empresario pasa a ser centralizado y objetivo, y se verifica en tiempo real a través de medios informáticos o telecomunicaciones, es lo que se denomina en la doctrina el teletrabajo on line, en este caso el trabajador esta virtualmente presente en la empresa, permitiendo según algunos ejercer su poder de dirección frente al trabajador[16]

Este tipo de trabajo a distancia ha sido recogido en la definición del artículo 39° del anteproyecto en comentario.

B. Cuando no existe vinculación.

En esta modalidad no existe interacción entre el trabajador y empleador, lo que impide la supervisión de éste primero en el desarrollo de sus funciones, trasladándose el control al momento de entrega del trabajo o información requerida, debiendo ser la misma equivalente a las pautas previamente establecidas a la realización del trabajo. En esta modalidad el trabajador no recibirá ordenes sino indicaciones del empleador, o se pondrá de mutuo acuerdo con el mismo sobre la metodología a seguir.

Este tipo de contrato de trabajo a distancia o teletrabajo off line no ha sido recogido por el anteproyecto en comentario como contrato de trabajo a distancia; en tal orden de ideas se debe concluir que dicha prestación de servicios debe ser regulada por las normas del anteproyecto referidas al contrato de trabajo a domicilio[17].

Se puede encontrar una tercera clasificación que supone que la conexión entre las labores que realiza el trabajador y el empleador se efectuará en forma unidireccional, por lo que la facultad del empleador de supervisión y control estará en función de la dirección de la comunicación, pudiendo ser esta con conexión o sin la misma.

Sobre el particular, para PILOTTO CARREÑO, la doctrina ha determinado que tratándose de trabajadores fuera de línea, mientras no se dicte una disposición especí-

---

16) Sobre la base del principio de razonabilidad no creemos que el empleador en esta modalidad de trabajo pueda ejercer en forma plena su Poder de Dirección por cuanto el mismo supone no sólo reglamentar la tarea, sino fiscalizar la misma y sancionar frente a cualquier incumplimiento, supuesto que puede tornarse difícil si el empleador no fiscaliza directamente la labor, la misma que podría ser efectuada por una tercera persona.

17) Según el artículo 41° del Anteproyecto de Ley General de Trabajo, son aplicables al trabajo a distancia los artículos 32°, 35°, 36° y 37°, los cuales están referidos al contrato de trabajo a domicilio.

fica para su regulación, debería ser de aplicación el régimen laboral de los trabajadores a domicilio, siendo recogido tal criterio por el Tribunal de Trabajo de Munich, en una sentencia del año 1984 [18].

2. En función del lugar donde se desarrolla la prestación del servicio.

A. El realizado en un centro de trabajo distinto a la empresa.

Esta clase de trabajo a distancia se presenta cuando la empresa en la cual se debería prestar el servicio, se encuentra muy distante del domicilio del trabajador, en tal sentido, se utiliza un centro de trabajo más cercano a la residencia de los trabajadores, el que cuenta con equipos informáticos para que se pueda realizar el trabajo a través de ellos. En estos casos, el teletrabajo se puede brindar a través de dos modalidades, a saber, la denominada como centro satélite, la cual se desarrolla en centros pertenecientes a la misma entidad pero que se encuentran físicamente separados de la sede principal, y con la que están en constante comunicación, a través de sistemas computarizados. Estos son puestos a disposición de los trabajadores de la empresa, denominándose también telecentros. El segundo es dentro de recursos compartidos: el cual se caracteriza porque se aglutinan distintos tipos de trabajadores provenientes de diversas empresas que realizan el mismo tipo de labor, en un lugar acondicionado para tal efecto.

Para FERNÁNDEZ ROCHA una clase de centro compartido de teletrabajo es el denominado "hoteling", por cuanto existen hoteles que han diseñado sus instalaciones para ofrecer servicios a las empresas tanto para los trabajadores que vienen del extranjero, como a los locales de una o de distintas empresas[19]

B. El trabajo realizado en el domicilio del trabajador

Las tareas se realizan en el domicilio del trabajador, no pudiendo ejercerse en plenitud el poder de dirección del empleador por cuanto no puede haber una fiscalización inmediata y directa, no sólo por la prohibición contenida en las normas antes referidas del anteproyecto en comentario, sino por el derecho de inviolabilidad de domicilio del trabajador.

C. El trabajo a distancia móvil.

Este tipo de trabajadores pasan la mayor parte del tiempo fuera de su centro de trabajo, ya sea visitando clientes o en cualquier medio de transporte. En tal sentido, desarrollará sus labores en cualquiera de dichos lugares, siendo preferentemente la

---

18) PILOTTO CARREÑO, Luighino. Ponencia presentada en el " Seminario de Derecho del Trabajo" realizado en la ciudad de Lima el 23 y 24 de junio de 1999.

19) FERNÁNDEZ ROCHA, Sandra. Una Nueva Forma de Trabajar :El Teletrabajo. En Libro de Ponencias del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Pag. 143.

forma de comunicación un celular, fax, computadoras portátiles. No tiene horarios de trabajo. Consideramos que esta figura podría encuadrar dentro del trabajo a distancia regulado en el anteproyecto de Ley General de Trabajo, sino existe la obligación de presencia física del trabajador a efectos de reportar sus labores.

IV. ASPECTOS A CONSIDERAR

Se estima que el anteproyecto de Ley General de Trabajo debe recoger lo siguiente:

1. Considerar dentro de los trabajos a distancia, las labores coordinadas entre el que presta el servicio por medios informáticos y de telecomunicaciones y el que recibe el mismo. En tal sentido la coordinación será respecto al lugar de prestación del servicio, la modalidad del mismo y el horario de trabajo.
2. No se considera que mediante la prestación de servicios por trabajo a distancia, podemos estar frente a trabajos que no sean sólo subordinados ni independientes, sino personales, coordinados y continuados, en consecuencia debió hacerse mención a la parasubordinación.
3. Debe modificarse el artículo 39° del anteproyecto, añadiendo a la definición del contrato a distancia que el mismo se puede realizar bajo el control o supervisión de la empresa o en forma coordinada con la misma.
4. Es necesario prever algún tipo de seguro a favor del trabajador que preste servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo a distancia. No es razonable que el trabajador con contrato de trabajo a domicilio sí este asegurado al seguro de salud, cuando ambas modalidades de trabajo se realizan fuera de las instalaciones de la empresa.

LA DISCRIMINACIÓN DEL EMPLEO ENTRE PARIENTES

*RÓGER E. ZAVALETA CRUZADO**

Sumario:

Introducción. I. La relación de trabajo: 1. Concepto. 2. Elementos: a) Subjetivos, b) objetivos y c) vínculo de subordinación. II. El trabajo familiar. III. Exclusión del ámbito del Derecho del Trabajo. IV Norma discriminatoria. V. Conclusiones. VI Recomendación.

INTRODUCCIÓN.

Conforme a la Segunda Disposición Complementaria del T.U.O del D. Leg. 728, aprobado por D. S. 003-97-TR – *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*-LPCL- , por vía de interpretación auténtica, se establece que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos, hasta el segundo grado, para el titular, persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge.

Esta disposición viola los principios básicos del Derecho del Trabajo, de igualdad de oportunidades, primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación.

La ponencia postula, en primer lugar, establecer la distinción entre el trabajo familiar y la relación de trabajo; y, en segundo lugar, establecer la presunción legal de existencia de relación de trabajo también en la prestación de servicios de los parientes consanguíneos o por adopción, hasta el segundo grado, para el titular propietario del centro laboral, salvo pacto en contrario.

(*) Abogado. Profesor universitario.

El Art. 3º del Proyecto de Ley General de Trabajo, en su primera parte, señala que, en la contratación queda prohibida la discriminación por cualquiera de los motivos a que se refiere el Art. XI, numeral 5 del Título Preliminar; es decir, que atente contra el principio de igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades. Añadiendo que, ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales, o a la inversa; y que está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, estado civil, responsabilidades familiares, discapacidad, ser portador de VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole. Coincido con la opinión de la OIT en el sentido de que este numeral debe ser analizado a la luz del Convenio Internacional de Trabajo No. 111, sobre discriminación (empleo y ocupación) de 1958, que ha sido ratificado por el Perú en 1970.

I. RELACIÓN DE TRABAJO

1. Concepto:

La relación laboral o relación de trabajo, " es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de derechos sociales, de la Ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos ley y de sus normas supletorias".[1]

Siguiendo esta orientación, el Art. 20º de la Nueva Ley Federal del Trabajo Reformada de México, prescribe: "Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona a cambio de un salario". Agrega, "Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma y denominación, es aquel en virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario." La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos".

La Ley de Contrato de Trabajo (Texto ordenado por el Decreto 390/76), de Argentina, en su Art. 21, prescribe que: " habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colecti-

1) DE LA CUEVA, Mario: Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, t. 1, pág. 185.

vas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres": y, el Art. 22 de la misma Ley establece que: "Habrá relación de trabajo, cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio a favor de otra, bajo la dependencia de ésta, en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración cualquiera sea el acto que le dé origen".

Podemos decir, entonces, que, mientras el contrato individual de trabajo es el acuerdo por el cual el trabajador conviene en prestar servicios personales al empleador, en condiciones de subordinación y a cambio de una remuneración:; la relación laboral, es la ejecución de ese acuerdo, por lo que puede existir contrato individual de trabajo, sin que exista relación de trabajo o viceversa. De ahí que la Ley Procesal del Trabajo, obligue al actor a acreditar la existencia de la relación de trabajo y no el contrato de trabajo, porque es a partir del inicio de aquella que nacen las obligaciones y derechos, derivados de la ejecución del contrato.

2. Elementos de la relación de trabajo:

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos distinguir los siguientes elementos:

i.- Elementos subjetivos:

- El trabajador
- El empleador

ii- Elementos objetivos:

- La prestación del servicio
- La remuneración.

iii- El vínculo de subordinación:

i) El trabajador::Es la persona física o natural que presta a otra, física o jurídica, un trabajo personal subordinado, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

ii) El empleador: Es la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, cuyas actividades dirige y remunera.

iii) La prestación del servicio: Constituye la obligación principal del trabajador, realizar la prestación personal del servicio requerido por el empleador.

iv) La remuneración: Es "el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición "[2]

2) LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, aprobada por D. S. 003-97-TR: Art. 6°.

v) La subordinación: Desde el punto de vista jurídico, se entiende como la obligación de acatamiento de las órdenes que emita el empleador en relación con las actividades laborales que corresponden al trabajador. El Art.9º de la acotada Ley, prescribe que por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y, sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

II. EL TRABAJO FAMILIAR.

Luisa RIVA SANSEVERINO,[3] sostiene que la presunción general es de que las relaciones entre un jefe de la unidad de producción o de trabajo y los miembros de su familia que conviven con él, y que laboran en ella, cualquiera sea el contrato previamente estipulado, son relaciones que se definen como obligación y derecho al sustento, así como prestaciones de interés familiar, entendido como tal una pluralidad de personas sobre bienes y servicios capaces de satisfacer necesidades comunes, las que pueden ser también de carácter económico. Agrega que, "esta presunción, como es obvio, tiene en consideración la necesidad de salvaguardar la estructura familiar, evitando cualquier causa de fricción o conflicto, conduzca a la conclusión de que el trabajo familiar, no se inserte, en regla, en el campo de aplicación del ordenamiento jurídico en examen, por cuanto el mismo presupone, siempre, por así decir, la existencia de relación antagónica como lo es la relación contractual de trabajo subordinado." [4]

Guillermo CABANELLAS, citando a BARASSI, sostiene que la subordinación también se encuentra en otros campos del Derecho, como por ejemplo en el Derecho Familiar; pero, dice que esta subordinación difiere de la subordinación de la relación de trabajo, en que mientras ésta es contractual, aquélla es establecida por la ley."[5] Agrega que " Por más que se considere la función del empresario asimilada en ciertos aspectos a la de un buen padre de familia, el concepto del pater familias y del jefe de empresa difieren fundamentalmente, ya que la organización familiar se funda en principios derivados de la naturaleza humana, con las exigencias propias de un sistema basado en el respeto y en la consideración que surgen de la sangre o del afecto; en tanto que, en el sistema económico que constituye la empresa, la función del jefe de ésta nace de las necesidades de la producción, y la subordinación se impone, como exigencia propia de

3) RIVA SANSEVERINO, Luisa: Curso de Direito do Trábalo, Edicoes L T R, Sao Paulo Pág.70
4) RIVA SANSEVERINO, Luisa, ob cit. Pág. 70.
5) CABANELLAS, Guillermo: Contrato de Trabajo, Parte General, T. 1, Pág. 248.

un sistema que requiere, como necesidad imperativa, la pérdida de una parte de la libertad para lograr con ello el mejor cumplimiento de aquella finalidad. Son, pues, dos conceptos que se diferencian aun mejor en la vida normal de relación, por los diversos caracteres de las instituciones a que pertenecen" [6]

El trabajo familiar, entonces, es aquel no remunerado, que se presta en un núcleo o comunidad integrada por el jefe de familia y por quienes forman parte de ésta, por lo que las utilidades del negocio, sirven para satisfacer las necesidades del hogar común y las pérdidas perjudican a todos. La subordinación que existe entre el familiar y el jefe de familia, es la que nace por imperio de la ley, como ocurre, por ejemplo con el Inc. 4) del Art. 423º del C. C., que establece que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su educación, lo que concuerda con el inciso g) del Art.74º del Código de los Niños y Adolescentes que señala que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad, recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención.

La OIT al comentar el Art. 293º del Proyecto de la Ley General de Trabajo, sostiene que "El < < trabajo familiar no remunerado > > aparece regulado en este artículo de manera incidental, respecto de los menores, a quienes se reconoce el derecho a un descanso diario de doce horas continuas. No obstante, no está definido en la ley y convendría precisarlo y restringirlo a parientes muy cercanos del trabajador y que legítimamente deban contribuir con el ingreso familiar. De lo contrario, puede convertirse en un recurso para disfrazar o encubrir relaciones de trabajo. Esto es tanto más importante cuanto que el trabajo familiar no remunerado ha llegado a ser de 7,7% del empleo total y del 11.5% en el caso de las mujeres. En algunos países de América Latina el trabajo familiar no remunerado ocupa entre el 1.2% y el 2.9% del empleo total, mientras en otros, incluyendo el Perú, se sitúa entre el 5.9% y el 8.7% y en Honduras llega al 13% (Véase OIT. El ámbito de la relación de trabajo, Conferencia Internacional de Trabajo, 91ª reunión, 2003, Informe V, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo, Anexo III).[7]

ENRIQUE VARSI,[8] comentando este dispositivo señala que la prestación de servicios es un derecho- deber derivado de la guarda que consiste en recibir ayuda y aprovechar los servicios de los hijos, con la limitación correspondiente a su edad y condición; sin perjudicar su educación y atención (Art. 74º, Inc. g) del Código de los Niños y Adolescentes). Como el valerse de la prestación de servicios de los hijos implica inculcarles hábitos de trabajo, esta situación se vincula con el deber-derecho de los hijos a la educación ya

6) CABANELLAS, Guillermo, Ob. Cit: pág. 248.
7) Comentario de la OIT sobre el Proyecto de la Ley General de Trabajo, p. 53
8) VARSI, Enrique, en CODIGO CIVIL COMENTADO, t. III, p.. 131.

que se les prepara para el futuro de una manera directa. Se trata de una relación netamente familiar, sin contenido laboral, de allí que, se toma en cuenta, de manera esencial, que la labor sea beneficiosa y que no perjudique el desarrollo del menor

La Pequeña Empresa es el mejor instrumento para la generación de puestos de trabajo y generalmente se caracteriza por ser de tipo familiar, en virtud de que el pequeño empresario es el jefe de familia que puede contar con limitados recursos y entonces, procura maximizar su trabajo y el de sus familiares y acrecentar su rentabilidad..TORRES Y TORRES LARA, sostiene que "En efecto, la Pequeña Empresa permite al trabajador-empresario y a sus familiares, encontrar un sentido de independencia y de realización propia en la vida. Lejos de realizarse en ella el trabajo repetitivo de un obrero o empleado no especializado, el pequeño empresario y su familia se encuentran como dueños de su propio destino, con sus riesgos, sus pérdidas y sus triunfos, es decir el hombre y sus familiares se vuelven a encontrar a sí mismos. La pequeña empresa familiar es en ese sentido, una fuerza liberadora de las más profundas necesidades del hombre y su familia"[9]

III. EXCLUSIÓN DEL ÁMBITO DEL DERECHO DEL TRABAJO.

El Inc. e) del apartado 3 del Art.1 del Estatuto de los Trabajadores, de España, establece que se excluyen del ámbito regulado por dicho cuerpo legal, los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se consideran familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

Manuel ALONSO OLEA, comentando este dispositivo dice: "Si no media salario, la relación que liga a un miembro de familia con otros de ella que junto con él trabajan está excluida del Estatuto de los Trabajadores, con toda seguridad porque el contrato no es de trabajo, al difuminarse hasta desaparecer la ajenidad, subsumida en el complejo de relaciones familiares. Se trata de trabajo en cuyas utilidades participan directamente todos los miembros de la comunidad familiar:«....del negocio salía para todos el sustento y medio de vida», en la expresión de una sentencia; «.....una comunidad de trabajo y de intereses, en cuyos beneficios y pérdidas todos participan, fundamentada en la unidad familiar convivencial», en la expresión de otra; «falta la nota de ajenidad....que no cabe apreciar cuando los frutos o resultado del trabajo prestado , se destinan a un fondo social o familiar común» , según una tercera; todas ellas con antecedentes viejos, según los cuales «el régimen de familia.....impide ...el contrato de

9) TORRES Y TORRES LARA, Carlos, Empresa y Familia (Posible contribución de la empresa familiar al desarrollo), en La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, PUC. 1992, Pág. 318

servicios». No hay ajenidad en el «trabajo, como integrante de las actividades culturales, sociales y económicas que rigen la vida familiar" [10].

De acuerdo con la legislación y doctrina española se excluye del ámbito del Derecho del Trabajo al trabajo familiar no asalariado; es decir, aquel que se realiza por los miembros de una familia que forman una comunidad de trabajo y de intereses, en la que todos participan directamente de los beneficios o de las pérdidas del negocio. Pero si se demuestra que el trabajo familiar es asalariado, las relaciones emergentes de esta situación jurídica, se enmarcan dentro del ámbito laboral.

En este sentido es importante considerar que el Art.44º del Anteproyecto de la Ley del Empresariado, establece que cuando en el ejercicio de la actividad empresarial, el empresario recibe la colaboración de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, o de su cónyuge o conviviente, se entiende que se trata de una prestación de servicios de asistencia familiar y no de índole laboral u otra naturaleza, salvo pacto en contrario que conste de manera indubitable.

"Una cuestión que plantea dudas y que suele darse con frecuencia en las PYMES de nueva creación, es la surgida de cómo debe considerarse la contratación de familiares, el Estatuto de Trabajadores de España, resuelve este tema dictando que los trabajos familiares (realizados por el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consaguinidad o afinidad, hasta el segundo grado, inclusive, y en su caso por adopción) no tendrán consideración de asalariados o por cuenta ajena, salvo que demuestren la condición de asalariados de quien los lleva a cabo. Para demostrar esta condición de trabajador por cuenta ajena, y ser acreedor de diversos derechos derivados del contrato de trabajo, el familiar que realice el trabajo deberá acreditar que no convive con el empleador (requisito fundamental en la práctica la existencia o no de convivencia entre las partes), o que no está a su cargo"[11]

El anexo de la Directiva 80/987/CEE del Consejo de las Comunidades Económicas Europeas del 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros, relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de la empresa, ha establecido categorías de trabajadores asalariados cuyos créditos pueden excluirse del ámbito de aplicación de la directiva, según el apartado 2) del artículo 1º. En Irlanda, se excluye a los parientes próximos al empresario que no tienen un contrato de trabajo escrito y cuyo trabajo afecta a una vivienda privada o una empresa agrícola en la cual residen el empresario y sus parientes próximos. En el reino unido, se excluye al cónyuge del empresario.[12]

---

10) OLEA ALONSO, Manuel: Derecho del Trabajo, 14ª edición: Servicio de Publicaciones .Facultad de Derecho , Universidad Complutense, Madrid, ESPAÑA, p. 55.

11) www.emplea cantabria.com / crea-emp/guia/ contratación.pdf.

12) www.mtas.es /guía 2004 /Leyes / Direc 98780.html-18k.

El Nuevo Código de los Niños y Adolescentes aprobado por la Ley 27337, establece que los adolescentes que trabajan en el servicio doméstico o que desempeñan trabajo familiar no remunerado, tienen derecho a un descanso de doce horas diarias, así como a las prestaciones de seguridad social, por lo que corresponde a los empleadores o en su caso al jefe de familia cumplir con estas obligaciones.(Arts. 63º y 64º)

La Ley 28015,de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE), publicada el 3 de julio del 2003 con el objeto de promover la competitividad, formalización y desarrollo de las micro y pequeñas empresas para incrementar el empleo sostenible, su productividad y rentabilidad, su contribución al Producto Bruto Interno, la ampliación del mercado interno y las exportaciones y su contribución a la recaudación tributaria, estableció un régimen especial.

La Micro y Pequeña Empresa, es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios (Art. 2º).

La Microempresa, es decir, aquella que cuenta con uno a diez trabajadores inclusive y que tiene un nivel de ventas anuales hasta un máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias, *cuenta con un régimen laboral especial* y constituye la forma natural del trabajo familiar y de contratación de los parientes como expresión del espíritu de solidaridad para solucionar problemas de desempleo. Entonces resulta extraño su Art. 56º que contiene una disposición complementaria que establece que: "*Para el caso de las microempresas que no se hayan constituido en personas jurídicas en las que laboren parientes consanguíneos hasta el segundo grado ó el cónyuge del titular o propietario persona natural, es aplicable lo previsto en la segunda disposición complementaria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Suprema No. 003-97-TR*". Agrega que "*Los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales*".

Esto significa que se desconoce la existencia de relación de trabajo en la prestación de servicios por los parientes consanguíneos hasta el segundo grado o del cónyuge, para el titular o propietario persona natural, salvo pacto en contrario; pero, se puede advertir, en primer lugar que no hace distingos relacionados con la modalidad de prestación de los servicios; en segundo lugar, que no se refiere a los parientes por adopción; en tercer lugar, que no menciona al conviviente con quien el titular mantiene una unión estable de hecho libre de impedimento matrimonial; y, cuarto, lo que es peor, establece la posibilidad de que, por pacto en contrario, se reconozca la existencia de relación de trabajo, aún tratándose del cónyuge.

Pero los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos y sus relaciones laborales. Lo que puede interpretarse en el sentido de que si los parientes a esa fecha hubiesen estado laborando y que sin mediar pacto en contrario, se les hubiese considerado como trabajadores subordinados, mantienen sus derechos nacidos de sus relaciones laborales.

"La norma bajo comentario efectúa, asimismo, una importante precisión, al señalar que los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales. Es decir que cualquier derecho que no se hubiese pagado dentro del régimen general que resultaba aplicable antes de la vigencia de la nueva norma, no se pierde por el hecho de que se crea un régimen laboral especial. Tal sería el caso, por ejemplo de las vacaciones no gozadas por períodos anteriores vencidos, en cuyo caso correspondería al trabajador el pago de la triple remuneración, aún cuando ya hubiera entrado en vigencia el régimen especial".[13]

V.- NORMA DISCRIMINATORIA:

La SEGUNDA Disposición Complementaria de la LPCL textualmente dice: "Interprétese por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular ó propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral, salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge"[14]. La Disposición Complementaria al Régimen Laboral de la Microempresa, contenida en el Art. 56º de la Ley 28015, señala que tal disposición es aplicable también a este régimen.

Del análisis de la disposición primeramente citada, se desprende lo siguiente:

i) No se precisa cuál es el dispositivo legal que ha sido materia de la interpretación auténtica, por lo que hay que suponer que se trata del Art.4º de la acotada Ley, que en su primera parte establece que: "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

ii) La norma interpretativa se refiere a los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, vale decir a los padres, los hijos, los abuelos, los nietos y los hermanos, no se hace referencia a los parientes por adopción, ya que los hijos adoptivos, de

13) ANÁLISIS LABORAL, Julio 2003, p. 16

14) El Art. 312º del C. C. señala que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad, prohibición que también alcanza al conviviente sujeto a una unión de hecho voluntariamente realizada y mantenida, libre de impedimento matrimonial, conforme al Art. 326º del acotado.

conformidad con lo dispuesto por el Art. 377º del C.C. tienen los mismos derechos que los hijos naturales.

iii) La misma norma alude a la prestación de servicios, sin indicar si son remunerados o no; pues, si no lo son, se trata de trabajo familiar cuya relación se encuentra al margen del ámbito del Derecho del Trabajo.

iv) En el supuesto de que se trate de servicios no remunerados, no existe relación de trabajo y ésta no puede darse por más de que medie pacto en contrario, teniendo en cuenta su naturaleza objetiva.

v) En la hipótesis de que los servicios prestados por los parientes a que alude la disposición, sean remunerados y subordinados, existe relación de trabajo y no puede desnaturalizarse por el pacto en contrario, porque implicaría renuncia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y la Ley.

vi) La norma bajo análisis no hace distingo entre los parientes que convivan con el titular o propietario del negocio y que por tanto integren un núcleo familiar y los que ya han constituido un núcleo familiar independiente.

vii) Conforme a la misma norma, tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge. No se refiere al conviviente-hombre o mujer-libre de impedimento matrimonial, que forma un hogar de hecho con el jefe de familia, pese a lo previsto por el Art. 5º de la Constitución, concordante con el Art. 326º del C.C.

Amauri Mascaro NASCIMENTO, afirma que "La discriminación, en las más diversas relaciones entre las personas en la vida en sociedad, es un acto arbitrario no tolerado por las leyes, inclusive por las Constituciones, como exigencia de la dignidad del ser humano y del derecho al tratamiento igual. que no debe ser preferido en razón de determinadas circunstancias o factores que de ninguna manera pueden justificar tratamientos diferentes",[15] Por su parte HUECK, citado por TOYAMA, sostiene que "el igual debe ser tratado de modo igual y el desigual de modo desigual, pero correspondiendo a su desigualdad."[16]

El Convenio Internacional de Trabajo No. 111, considerando que la Declaración de Filadelfia afirma que todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; así como que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Inc. b) de su Art. 1º , establece que a los efectos del Convenio el término discriminación comprende, cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de

15) NASCIMENTO, Amauri Mascaro: Teoría General del Derecho del Trabajo Ed. LTR, Sao Paulo: Brasil.
16) TOYAMA MIYABUSUKO, Jorge: Instituciones de Derecho Laboral, p. 235.

oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

El Art. 2º del mismo Convenio, dispone que todo Miembro para el cual éste se halle en vigor, se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva por métodos adecuados, a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato, en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

El Inc. 1) del Art. 26º de la Constitución Política del Perú, de 1993, prescribe que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, norma que ha sido desarrollada por la Ley 26772 de fecha 26.03.97, estableciendo que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato. El Art. 2º dice que se entiende por discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable, basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.

La discriminación por razón de parentesco se encuentra comprendida dentro de este dispositivo, cuando se refiere a la discriminación debida a "motivos *de cualquier otra índole*."

El Art. 3º de la misma ley, prescribe que las personas naturales o jurídicas que incurran en actos de discriminación, deben ser sancionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social, (ahora ... "Promoción del Empleo") sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar; y el Art. 4º , dispuso que el Poder Ejecutivo dictará las normas reglamentarias en un plazo no mayor de 30 días de la entrada en vigencia de la Ley, sin que, hasta la fecha se haya cumplido con este mandato.

Conforme al artículo I del Título Preliminar de la Ley General de Trabajo, ésta regula las prestaciones personales, subordinadas y remuneradas de servicios, nacida de un contrato verbal o escrito, cualquiera fuera la denominación o modalidad de éste. El numeral 5 del Art. XI del mismo Proyecto, señala que es principio del ordenamiento laboral, la igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades. Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales o a la inversa. Está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares

Frente a lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL y la Disposición Complementaria al Régimen Laboral, contenida en el Art. 56º de la Ley 28015, es necesario distinguir el trabajo prestado por los parientes consanguíneos hasta el segundo grado (hijos, nietos, abuelos, bisabuelos o hermanos), los hijos adoptivos, el cónyuge o conviviente (unión estable), en cumplimiento del deber-derecho de colaboración con el jefe de familia, que persigue la formación directa de los suyos mediante la disciplina y el trabajo y también conseguir ingresos para la satisfacción de las necesidades comunes del núcleo familiar. En este caso, no existe relación de trabajo.

Distinta es la situación de los parientes que ya no dependen del jefe de familia, por haber constituido sus respectivos hogares y tener por tanto vida independiente. En este caso, si son contratados por el jefe de familia para realizar trabajo subordinado y remunerado, la ejecución del contrato genera relación de trabajo con los beneficios y derechos establecidos por la ley, a favor de los trabajadores de la actividad privada; y, consecuentemente no pueden ser excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lo contrario es violar los principios de igualdad, de primacía de la realidad, de irrenunciabilidad de derechos y de no discriminación.

VI.- CONCLUSIONES

1) La norma contenida en la Segunda Disposición Transitoria de la LPCL y la Disposición Complementaria al Régimen Laboral de la Microempresa, contenida en el Art. 56º de la Ley No. 28015, (MYPE) son discriminatorias y violatorias del principio de igualdad de oportunidades, cuando se refieren al trabajo de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, sin distinguir entra los que hacen vida en común con el jefe de familia titular o propietario del negocio y aquellos que tienen vida independiente.
2) También son violatorias del mismo principio por cuanto no hace distingo entre los servicios no remunerados y los remunerados prestados por los parientes mencionados.
3) La relación laboral es de naturaleza objetiva, por lo que se tipifica por la concurrencia copulativa de sus elementos subjetivos, objetivos y del vínculo de subordinación, de acuerdo con el principio de primacía de la realidad, por lo que no puede ser desnaturalizada por pacto en contrario.
4) En mérito del principio de igualdad de oportunidades no se puede negar el acceso al empleo remunerado a los parientes consanguíneos o por adopción del empleador, así como tampoco se puede desnaturalizar la relación de trabajo existente, con pacto en contrario, por cuanto significaría la renuncia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes.

5) En mérito del principio de control difuso de la Constitución y de acuerdo con la segunda parte de su Art. 138º las disposiciones legales mencionadas, en su caso, no deben ser aplicadas al resolver los eventuales conflictos que pudieran presentarse, por contravenir las garantías de igualdad ante la ley, libertad de contratación y de trabajo, contenidas en los incisos 2, 14 y 15 del Art. 2º de la Carta Magna.

VII. RECOMENDACIÓN:

Debe modificarse la Segunda Disposición de la LPCL y la Disposición Complementaria al Régimen Laboral de la Microempresa, contenido en el Art. 56º de la Ley 28015, estableciendo que el trabajo familiar no remunerado, prestado por quienes convivan con el empresario y que tengan la condición de ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, y en su caso, por adopción, no se encuentra comprendido dentro del ámbito del Derecho del Trabajo.

En todo caso, norma con este contenido debiera incorporarse en el Proyecto de la Ley General de Trabajo para su posterior aprobación.

BIBLIOGRAFÍA.

1 ALONSO OLEA, Manuel, Derecho del Trabajo, 14ª Edición, Fac. de Derecho, Universidad COMPLUTENSE, Madrid España.

2 CONTI, Augusto, Discriminación en el Empleo, Ediciones Jurídicas, Bogotá, Colombia.

3 CABANELLAS, Guillermo, Contrato de Trabajo, T. 1, Editorial Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, Argentina.

4 DE LA CUEVA, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T. 1, Editorial PURRUA S.A., México.

5 NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Teoría General del Derecho del Trabajo, Editora LTR. Sao Paulo, Brasil.

6 RMIREZ GRONDA, Juan, El Contrato de Trabajo, en Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por DEVEALI, T. 1, Editorial La Ley, Buenos Aires Argentina.

7 RENDON VASQUEZ, Jorge, TUO. de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo 728 y su Reglamento.

8 RIVA SANSEVERINO, Luisa, Curso de Direito do Trábalo, Ediciones LTR, Sao Paulo, Brasil.

9 TORRES Y TORRES LARA, Carlos Empresa y Familia, en La Familia en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez, PUC, Fondo Editorial 1992

10 TOYAMA MIYAGUSUKO, Jorge: Instituciones de Derecho LABORAL, Editorial GACETA JURÍDICA.

11 VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique, en Código Civil Comentado: Editorial :GACETA JURÍDICA.

12 ANALISIS LABORAL, Julio 2003,Lima-Perú.

13 O. I. T.: Comentarios al Proyecto de la Ley General de Trabajo.

Homenaje a los Precursores del Derecho Laboral Peruano

Elogio a cinco precursores de la legislación del trabajo en el Perú

Luis aparicio Valdez

INTRODUCCIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, filial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, me ha pedido que presente de manera conjunta los estudios preparados por varios miembros de nuestra institución en homenaje de cinco personalidades que durante su fructífera vida impulsaron la legislación del trabajo y de la seguridad social en nuestro país.

Esta lista es explicablemente limitada, y por lo tanto, no incluye a otras señeras figuras que también merecen reconocimiento de la Institución, por lo que sería plausible que en otra oportunidad se reconocieran sus contribuciones en cuanto al avance de la doctrina y legislación del trabajo y de la seguridad social en nuestro país.

Corresponden las cinco personalidades escogidas para esta oportunidad por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a tres etapas cronológicamente diferentes y el orden de prelación observado corresponde al de ellas.

Los nombres de estos notables impulsores de la legislación del trabajo peruana y el de quienes han preparado las monografías que sintetizan su vida y su pensamiento son los siguientes: Luis Miró Quesada de la Guerra, quien antecedió en los momentos de su aporte a todos los otros, cuyo elogio ha estado a mi cargo. Siguieron José Pardo y Barreda, cuya semblanza ha estado a cargo del profesor Jaime Zavala Costa, mientras la biografía de José Matías Manzanilla, tiene la autoría del profesor Alfonso de los Heros. Ellos corresponden a una segunda etapa, y a una tercera Jorge M. Angulo

Argomedo y José Montenegro Baca, ambos trujillanos, cuyas biografías estuvieron a cargo, respectivamente, del profesor Roger Zavaleta Cruzado, en el primer caso, y en el del segundo de Orlando González Nieves, ambos también trujillanos. El doctor González Nieves presentó anteriormente su documentado estudio sobre José Montenegro Baca en el Colegio de Abogados de La Libertad el 31 de marzo de 1989.

LUIS MIRÓ QUESADA DE LA GUERRA: IDEÓLOGO Y PIONERO

Por las fechas en que realizó sus aportes que tanto contribuyeron al desarrollo de la legislación laboral en el Perú, se encuentra claramente ubicado en la primera etapa de los precursores. Incluso no dudaría en calificarlo como precursor de precursores pues la primera tesis que presentó en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos está fechada en el bien distante año de 1900 y la cuarta la sostuvo en 1905. Su contribución es por lo tanto más que centenaria.

Sorprenden sus cuatro tesis académicas absolutamente pioneras en el Perú, la primera de las cuales sostuvo cuando tenía tan sólo 19 años de edad, siendo admirable y ejemplar su motivación. Dijo Miró Quesada en su obra «Albores de la reforma social en el Perú», donde las recopila, y que publicó el año 1966, que tenía tan sólo 19 años, pero la madurez que les daba la vida austera llevada en un país empobrecido y la seria dedicación al estudio, explican la formación espiritual de la mayor parte de los jóvenes, de aquel entonces alejados de la peligrosa frivolidad de los pocos años, siendo capaces en cambio de preocuparse de los grandes problemas humanos.

Su tesis inicial «La Moderna Crisis Social» que presentó en 1901 fue seguida de otras tres, igualmente importantes: «El contrato de trabajo», con la que optó el grado de Bachiller en la Facultad de Jurisprudencia, y las sometidas a la consideración de las Facultades de Ciencias Políticas y Administrativas el año 1904, y de Jurisprudencia en 1905, tituladas «La Cuestión Obrera en el Perú» y «Legislación del Trabajo» para optar el grado de doctor en una y otra Facultad.

Por aquella época no existía en nuestro país ninguna ley favorable a la clase obrera y la organización del trabajo estaba planteada en términos puramente económicos. El mismo Miró Quesada consideraba que «La Moderna Crisis Social» fue una tesis revolucionaria porque proclamaba la necesidad de cambiar las estructuras socio económicas y jurídicas, en lo que a cuestiones de trabajo se refiere.

Dictó una conferencia el año 1900 titulada «El riesgo profesional aplicado al Perú». Allí define al riesgo profesional como la obligación que tienen los patrones de indemnizar los accidentes que sufran los obreros en el ejercicio de su trabajo y considera que hay que tomar en cuenta el derecho que tiene todo hombre a la vida y a la conservación de su integridad física, de lo que deduce, la obligación de indemnizarlo que recae sobre aquél que ha sido la causa indirecta de que tal derecho haya sido menoscabado.

JOSÉ MATÍAS MANZANILLA: BRILLANTE LEGISLADOR

Descolló como legislador y puso sus capacidades y conocimientos al servicio de la legislación laboral. Señala el profesor Alfonso de los Heros que Manzanilla fue legislador, primero entre 1896 y 1904 y luego desde 1905 hasta 1908 y, más tarde entre 1909 y 1919. Preparó por encargo del Presidente José Pardo diez proyectos de leye destinados a regular las prestaciones de trabajo, que recibieron la respectiva aprobación legislativa y se convirtieron en base de la legislación obrera nacional.

No se trataba como vemos de un proyecto aislado, sino de un conjunto que abarcaba higiene y seguridad de los trabajadores; trabajo de los niños y mujeres; descanso obligatorio, horas de trabajo, indemnización por accidente de trabajo; contrato de trabajo; contrato de aprendizaje; asociaciones de industriales y obreros; conciliaciones y arbitraje y junta nacional del trabajo. El encargo le fue dado el 10 de mayo de 1904 y Manzanilla lo cumplió poco más de un año después.

Su importante contribución al avance de la legislación del trabajo provino, es cierto, de su labor parlamentaria. Sin embargo, se debe señalar que además de llegar a ocupar la Presidencia de la Cámara, fue presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores en diferentes oportunidades, profesor de varias Facultades de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decano de dos de sus Facultades, Rector de dicha universidad, así como Decano del Colegio de Abogados de Lima en dos oportunidades. Todos estos importantes cargos los desarrolló a lo largo de su vida este notable hombre público.

Hay algo que destacar de tan distinguida personalidad nos dice Alfonso de los Heros y es «que en el ejercicio de la abogacía no obtuvo bienes ni riquezas y murió pobre pero después de haber ofrecido su talento y capacidad a las causas más nobles del país».

JOSÉ PARDO Y BARREDA: DESTACADO PRESIDENTE

Fue Presidente de la República en dos oportunidades, de 1904 a 1908 y de 1915 a 1919 y en ambas demostró gran preocupación social y no me refiero solamente al campo de la legislación laboral propiamente dicha.

Con toda razón el profesor Jaime Zavala Costa le rinde merecido homenaje a su buen desempeño. Comparte méritos Pardo con Matías Manzanilla pues este fue el ponente de las leyes, que Pardo planteó y promulgó con determinación. Su gobierno tiene además el mérito de haber sabido reaccionar en medio del conflicto por la lucha de las 8 horas, al que puso fin mediante la expedición del Decreto del 13 de enero de 1919. Jaime Zavala en su semblanza a su buen desempeño, destaca con razón que «a pesar de lo grave del momento, no hubo derramamiento de sangre, marcando una

fuerte distancia respecto de lo que ocurría frente a la lucha por las ocho horas diarias de trabajo en el resto del mundo» y que su mayor logro social lo alcanzó su gobierno cuando promulgó el decreto supremo del 15 de enero de 1919, mediante el cual se estableció con carácter general la jornada laboral máxima de 8 horas diarias.

Fue un Presidente de la República que adoptó en el terreno social medidas adelantadas para su época, y que merece reconocimiento pues, puso al Perú entre los más avanzados de América Latina en materia de legislación del trabajo llegando incluso a proponer a los gobiernos de la región que adoptaran medidas similares.

José Pardo y Barreda tiene méritos grandes y merecidamente la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ha querido reconocer.

JORGE ANGULO ARGOMEDO: POLIFACÉTICO JURISTA

Nació en 1911 y se graduó de abogado en 1941. Su aporte al campo del trabajo se expresó desde diferentes facetas pues fue Inspector de Trabajo cuando, conforme nos lo dice el profesor Roger Zavaleta Cruzado, autor de la monografía sobre tan distinguido hombre de leyes, el ejercicio de esta función implicaba también la resolución de conflictos jurídicos, tanto individuales como colectivos, como consecuencia de la relación de trabajo.

Asumió el cargo de Juez Privativo de Trabajo de La Libertad. Publicó numerosos libros que comprendieron el campo de la legislación del trabajo y de la seguridad social, la Constitución, la jurisprudencia, entre otras materias.

Merecidamente es considerado precursor, nos dice el profesor Roger Zavaleta, pues «con el tiempo se acogieron las enseñanzas del maestro con el establecimiento de un organismo jurisdiccional propio y normas procesales especializadas, que integran la Jurisdicción del Trabajo como rama especializada del Poder Judicial. Fue además destacado profesor de la Universidad Nacional de Trujillo.

Menciono a continuación algunas de sus obras: Manual de Legislación del Trabajo y de la Seguridad Social; El Derecho Procesal del Trabajo en el Perú; La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú (6 tomos); La Nueva Legislación del Trabajo en el Perú; El Contrato de Trabajo en el Derecho Peruano; La Constitución: Normas Laborales, Normas de Seguridad Social y Repertorio Sistematizado de la Jurisprudencia del Derecho del Trabajo, a las que hay que añadir monografías, ensayos, conferencias, artículos publicados en revistas de la especialidad, así como estudios incluidos en obras colectivas de homenaje a los doctores Mario Deveali, Rafael Caldera, Alberto Trueba Urbina, Guillermo Cabanellas y Alfredo Ruprecht.

Señala con razón el profesor Roger Zavaleta en su documentado trabajo que en las obras del doctor Angulo «se advierte la sencillez del docente y la profundidad del

jurista, cuando aborda los temas de este estudio tanto en el Derecho del Trabajo Sustantivo como en el Derecho Procesal del Trabajo.

El prestigio que alcanzó como juslaboralista así como el de José Montenegro Baca hicieron que merecidamente se comenzara a denominar a Trujillo como la capital del Derecho del Trabajo del Norte del Perú.

No cabe duda que su contribución en materia de trabajo fue importante y polifacética.

JOSÉ MONTENEGRO BACA: EXIMIO LABORALISTA

Fue notable en cuanta actividad emprendió en el ámbito del trabajo. En su excelente biografía sobre tan destacado jurista el doctor González Nieves reseña con gran respeto y devoción sus cualidades como profesor de Derecho del Trabajo, jurista, Decano del Colegio de Abogados de La Libertad, cargo para el que fue elegido en 5 oportunidades. Autor de notables obras, no solamente en materia laboral, tuvo activa y destacada participación en Congresos Internacionales, por sólo citar algunas realizaciones. Respecto de todas estas actividades se expresa en su bibliografía el doctor González Nieves en términos elogiosos no escatimando adjetivos calificativos sobre tan notable personalidad. Me sumo con entusiasmo a todas esas expresiones de reconocimiento, las que en modo alguno pueden ser consideradas exageradas o motivadas por la amistad que ambos tuvimos con él. Sin embargo, los términos de aprecio a su persona son superados por uno que utilizó el famoso profesor español Manuel Alonso Olea, quien cita a Montenegro Baca en su extraordinario y delicioso ensayo denominado «Entre Don Quijote y Sancho ¿Relación Laboral?» calificándolo de «**eximio** laboralista peruano».[1]

El libro sobre «El Derecho del Trabajo en el Quijote» de Montenegro Baca poco difundido en nuestro país, editado en Trujillo en el año 1965 y presentado el mismo año en Madrid, en un Congreso Ibero Americano que presidió Eugenio Pérez Botija que tuvo lugar también en 1965, le otorgó jerarquía y amplio reconocimiento internacional. Bastaría sólo este libro para que Montenegro Baca dejara una huella imborrable en el campo de la literatura y del Derecho.

Sin embargo, su obra en dos tomos «Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados» lo encumbró. Alcanzó gran reconocimiento internacional y mereció elogios de grandes juslaboralistas a quienes cita el doctor González Nieves con el correspondiente comentario en cada caso. Menciono a algunos prestigiosos autores entre quienes

---

1) **EXIMIO** (Del lat. eximius). adj. Muy ilustre, excelso. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).
EXIMIO: Excelente, incomparable, relevante, superior, singular, notable, óptimo. (Diccionario de Sinónimos y Antónimos Ed. Océano).

destacaron su obra: Krotoschin, Despontin, Tissembaum, Moraes Filho, Mozart Víctor Russomano, Gottschalk, Sussekind, Cabanellas, Deveali, Pergolesi, Bernardino León y León y no sigo, pues la lista es larga.

Montenegro Baca fue profesor de Derecho del Trabajo y Derecho del Trabajo Comparado en la Universidad de Trujillo, habiendo enseñado también en las Facultades de Letras, Educación y Ciencias Económicas de dicha universidad.

Autor de innumerables obras de Derecho y Literatura, prestigioso participante en numerosísimos congresos internacionales, y notable editor de importantes publicaciones. Dejó al fallecer numerosas obras inconclusas.

COLOFÓN

Afortunadamente, esta presentación que me ha encargado la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no es nada más que una breve introducción a las excelentes monografías y biografías elaboradas por los destacados profesores, Alfonso de los Heros, Jaime Zavala, Roger Zavaleta y Orlando González Nieves a quienes felicito y al apretado trabajo sobre el pensamiento y aportes pioneros a la legislación del trabajo de Luis Miró Quesada, a mi cargo.

Estoy seguro que todos estos estudios contribuirán a difundir el pensamiento y la obra de estos precursores, los cuales, desde diferentes ámbitos: elaboración de tesis Universitarias, la Cátedra, el Congreso, la Presidencia de la República y la publicación de valiosas obras doctrinarias de gran trascendencia han contribuido al desarrollo de la legislación del trabajo en el Perú.

Sólo nos queda rendirles merecido homenaje y esforzarnos para que el Perú pueda finalmente contar con una legislación integral del trabajo justa y eficaz que tanto trabajadores como el país en general requieren en los actuales momentos.

Semblanza: Luis Miró Quesada de la Guerra

Luis Aparicio Valdez

Luis Miró Quesada de la Guerra fue un estudioso y un impulsor de la legislación laboral en nuestro país. Su interés por ella fue grande, lo que lo llevó a elaborar sorprendentemente su primera tesis universitaria denominada «La Moderna Crisis Social» el año 1900, cuando aún tenía tan sólo 19 años de edad, con la que optó el grado de Bachiller en Ciencias Políticas y Administrativas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¿Qué fue lo que motivó al joven Luis Miro Quesada a tomar esta iniciativa? El mismo lo explicaría más tarde en su libro «Albores de la Reforma Social en el Perú»[1]: «tenía entonces 19 años, pero la madurez que nos daba la vida austera llevada en un país empobrecido y la seria dedicación al estudio, explican la formación espiritual de la mayor parte de los jóvenes, alejados de la peligrosa frivolidad de los pocos años y capaces de preocuparse por los grandes problemas humanos». Asimismo, señaló la importancia de haber alcanzado nuestro pueblo la libertad y la igualdad democrática, (pero) nos faltaba alcanzar la justicia económica para las clases proletarias; sin la cual ninguna sociedad puede ver con tranquilidad su porvenir.

Su tesis inicial «La Moderna Crisis Social» que presentó en 1901 fue seguida de otras tres igualmente importantes: «El contrato de trabajo, con la que optó el grado de Bachiller en la Facultad de Jurisprudencia, y las sometidas a la consideración de las Facultades de Ciencias Políticas y Administrativas, el año 1904, y de Jurisprudencia en 1905, tituladas «La Cuestión Obrera en el Perú» y «Legislación del Trabajo» para optar el grado de doctor en una y otra Facultad.

---

1) Luis Miró Quesada, «Albores de la reforma social en el Perú», pág. X, 1966, Lima, Perú.

Por aquella época no existía en nuestro país ninguna ley favorable a la clase obrera y la organización del trabajo estaba planteada en términos puramente económicos. El mismo Miró Quesada consideraba que «La Moderna Crisis Social» «fue una tesis revolucionaria, porque proclamaba la necesidad de cambiar las estructuras socio económicas y jurídicas, en lo que a cuestiones de trabajo se refiere. Igual ideología y tendencia tuvieron todas mis tesis posteriores».[2]

Para tener una idea más clara de lo avanzado del pensamiento de Miró Quesada podemos señalar que cuando concluyó su cuarta tesis en 1904, aún faltaban 15 años para que se creara la OIT, y su conferencia sobre «El riesgo profesional aplicado al Perú» la dictó el 21 de octubre de 1900. Allí define al riesgo profesional como la obligación que tienen los patrones de indemnizar los accidentes que sufran los obreros en el ejercicio de su trabajo. Plantea la necesidad de dar leyes que garanticen los derechos de los trabajadores en la materia. Señala que: «Es evidente que el obrero no es una cosa que pertenece por entero a aquel que paga, hay una justicia que a despecho de los adoradores del capital, va día a día haciéndonos conocer que el patrón no ha concluido con el trabajador una vez que le ha pagado su salario porque todavía le quedan obligaciones morales por cumplir»[3]. Considera que hay que tomar en cuenta el derecho que tiene todo hombre a la vida y a la conservación de su integridad física, de lo que deduce la obligación de indemnizarlo que recae sobre aquel que ha sido la causa indirecta de que tal derecho haya sido menoscabado.

De la misma manera estudió los diversos problemas que se dan respecto al tema del riesgo profesional y concluye que el terreno estaba preparado, porque muchos patronos, sin que la ley los obligara indemnizaban a sus obreros, y se sentía así la necesidad de una ley de protección al trabajador para que no tuviera que estar recibiendo concesiones graciosas, en vez de los derechos que le asistían. Este es el punto en el que nace la doctrina del riesgo profesional. El derecho común obligaba al obrero, víctima de un accidente de trabajo a demostrar la culpabilidad del patrón. Gracias a Miró Quesada se entendió en nuestro país que es inútil ese derecho de prueba ya que el obrero no tiene los medios para costear los gastos del litigio, lo que lo coloca en condición precaria para sostener un juicio. Señala que «Conceder a un obrero el derecho de prueba es como conceder generosamente a un paralítico el derecho de andar».

En 1901, para obtener el grado de bachiller en Derecho presentó la tesis, «El contrato de trabajo». En ella sostiene que debían incorporarse en la ley civil ciertas obligaciones al trabajador y entre ellas, la obligación del empresario de responder por los accidentes que en el trabajo sufrieran los obreros, obligación de pagar los salarios en dinero, establecer un Tribunal Industrial encargado de velar por el cumplimiento de las

2) Luis Miró Quesada, ob. cit, pág. XI.
3) Luis Miró Quesada, ob. cit, pág. 38.

medidas de protección al trabajo, protección amplia al trabajo de la mujer y del niño, limitación de la jornada de trabajo, descanso dominical y prohibición del trabajo nocturno, etc. Sostenía que: La ley civil debía imponer al patrón la obligación de responder por los accidentes que en el trabajo sufrieran los obreros y por la incapacidad proveniente de enfermedad o vejez». De esta manera se proclama por primera vez en el Perú la doctrina del riesgo profesional. Asimismo se pronuncia sobre la necesidad de establecer una jornada legal de 8 horas.

En 1904, para obtener el grado de Doctor en Ciencias Políticas y Administrativas en la misma Facultad, sustentó: «La Cuestión Obrera en el Perú». Cuando tenía tan sólo 23 años de edad, hace un estudio en el que define la cuestión obrera, y plantea la necesidad de regular las huelgas. Sostiene que en el Perú es necesario dictar disposiciones que se ocupen de las necesidades industriales que las huelgas han puesto de manifiesto y que se requiere estudiar la situación de las clases trabajadoras y expedir leyes que las regulen. Si los trabajadores se unen para realizar ese ideal de bien y de justicia y dirigen sus esfuerzos a borrar los antagonismos, habrán ayudado a ejercer la obra más grande en pro de la felicidad humana y del progreso. Sostenía de igual manera la necesidad de una gran confederación compuesta de delegados de las sociedades obreras de Lima y Provincias. Deja traslucir de esta manera una clara tendencia sindical.

Miró Quesada cree imprescindible la dación de leyes que establezcan «El descanso del día dominical y nocturno y otra reglamentando estrictamente el trabajo de las mujeres y los niños y por último la del riesgo profesional»[4], que a su entender era la más importante.

Cuando se ocupa del descanso dominical y nocturno plantea que deben ser obligatorios. Solo podrá dejarse de lado excepcionalmente esta obligación en aquellas industrias que por las necesidades técnicas exijan labor continua. En cuanto a la reglamentación del trabajo de las mujeres y los niños subraya la necesidad de dar leyes especiales que regulen sus labores: «En muchas partes del mundo la labor femenina e infantil está más eficazmente protegida que la de los adultos; y la razón es obvia, pues se comprende fácilmente que estos seres, a causa de su debilidad, se hallan más desamparados que los hombres, que pueden defender sus derechos». Tiene asimismo una gran preocupación por la creación de escuelas elementales para los menores de edad en los centros de trabajo debido a la importancia que tiene para él la educación del pueblo.

Miró Quesada fue precursor de la Seguridad Social en nuestro país y de grandes avances en beneficio de la clase trabajadora. Es necesario señalar que la moderna legislación social se inició en el Perú el 5 de setiembre de 1908, día en que la Cámara

4) Luis Miró Quesada, ob. cit, pág. 116.

de Diputados aprobó el proyecto convertido poco después en Ley Nº 1378, de Accidentes de Trabajo, con la cual se aplicó por primera vez en América la teoría del riesgo profesional.

El pensamiento de Luis Miró Quesada de la Guerra tuvo una excelente base filosófica y jurídica que, según señala Antonio Pinilla Sánchez Concha, era contraria a los extremismos de los trabajadores y empresarios que aspiran unilateralmente a la satisfacción de los propios intereses de grupo o de clase, sin tener en cuenta que sólo gracias a la cooperación y al mutuo respeto entre patronos y obreros es posible el progreso de la industria y el mejoramiento de vida de todos y el desarrollo nacional [5].

Luis Miró Quesada fue un adelantado para su época y sorprende su formación académica y convicción de pensamiento pese a su juventud.

5) Luis Miró Quesada, ob. cit, pág. IX.

SEMBLANZA: JOSE MATIAS MANZANILLA BARRIENTOS

ALFONSO DE LOS HEROS

Político, jurista y maestro de nota que se desempeñó con brillantez en dichas actividades, nació en Ica el 5 de octubre de 1867, hijo de don Matías Manzanilla y doña Jesús Barrientos, siendo el único hijo varón de la pareja.

Sus primeros años

Manzanilla se inició en las primeras letras en la escuelita iqueña de don Manuel Salazar y luego hizo sus estudios en el Colegio nacional San Luis Gonzaga.

Siendo niño aún, vivió los azares de la Guerra del Pacífico y una vez superada esta trágica página de la historia nacional, Manzanilla viajó a Lima y fue matriculado en el Convictorio peruano dirigido por el gran maestro Sebastián Lorente. Allí se graduó con honores y continuó como profesor del Convictorio.

La vida universitaria

En 1886, pasó a la universidad de San Marcos en una época políticamente complicada en que pierolistas y caceristas se enfrentaban.

En aquél entonces el héroe de la Breña era jefe del Partido Constitucional y Piérola lo era del Partido Demócrata, mientras que los hermanos Alzamora dirigían el civilismo.

El 26 de mayo de 1890, Manzanilla opta el grado de bachiller en jurisprudencia con la tesis *¿Hay o no derecho de gracia o conmutación?*. Hizo su práctica forense en el estudio de Isaac y Lizardo Alzamora y obtuvo el título de abogado en 1891 y en 1895 optó los grados de doctor en Ciencias Políticas y Administrativas con la tesis *¿ Pueden o no justificarse los requisitos que para ser diputado exige el Artículo 47 de la Constitución?* e *Incompatibilidades parlamentarias.*

Docencia Universitaria

Manzanilla también fue docente universitario en Economía Política (1895 a 1927), Legislación económica del Perú (1896) Derecho Constitucional (1899) y Ciencia de las Finanzas, en el mismo año.

En 1924 fue elegido Rector interino de San Marcos y en 1927 la Asamblea de Catedráticos le elige Rector titular, cargo que dejó en 1930.

Fue elegido decano de la facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de San Marcos entre 1914 y 1920 y de la facultad de Ciencias Económicas y Comerciales de 1920 a 1927.

En la cátedra fue considerado un maestro sabio y austero.

Ejercicio de la abogacía

Al mismo tiempo, consagró su vida al ejercicio de la abogacía ocupando los primeros lugares en el Foro Nacional. Como jurista y doctor en derecho, aporta ideas a la ciencia jurídica y a la técnica de la defensa con notables intervenciones en el foro, haciendo de su Estudio de abogados un centro importante para sus colaboradores y discípulos, prestando generoso apoyo a los trabajadores que litigaban contra las empresas e imponiendo a sus abogados y practicantes el deber de no aceptar la defensa de empresas que se negaran a indemnizar a sus trabajadores.

Fue Decano del Colegio de Abogados de Lima en los años 1918 y 1919 y 1944 a 1945.

Como jurista tuvo una destacada actuación en la reforma del Código de Procedimientos Civiles, en la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores y en el conflicto con Colombia en que le tocó actuar como ministro de Relaciones Exteriores.

En el ejercicio de la abogacía no obtuvo bienes ni riquezas y murió pobre pero después de haber ofrecido su talento y capacidad a las causas más nobles del país.

Destacada vida política

En la actividad política, destacó como miembro del Partido Civil, y fue elegido diputado por Huallaga (1896-1904), Lima (1905-1908) e Ica (1909-1919) y por encargo del Presidente José Pardo preparó diez proyectos de leyes destinados a regular las prestaciones del trabajo, que recibieron la respectiva aprobación legislativa y se convirtieron en base de la legislación obrera nacional.

En la Cámara desempeño la primera vicepresidencia entre 1907 y 1908 y la presidencia en los años 1909 y 1916.

Integró la junta de gobierno que asumió el poder cuando el ejército depuso al presidente Guillermo Billinghurst en 1914 desempeñándose como ministro de Relaciones Exteriores

Más tarde fue presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Relaciones Exteriores entre diciembre de 1932 y junio de 1933 colaborando con el gobierno de Luis M. Sánchez Cerro encontrándose a su lado cuando éste fue victimado el 30 de abril de 1933.

Más adelante entre 1933 y 1939 fue Ministro Plenipotenciario en Italia.

Obra jurídica y legislativa

En cuanto a su obra jurídica además de diversas compilaciones de sus discursos parlamentarios y de los proyectos de ley sobre legislación social, fue autor de las obras " *Política y Finanzas*", "*Finanzas y Economía*", "*La responsabilidad sobre los accidentes de trabajo*", "*El descanso dominical*", "*La reglamentación del trabajo de la mujer y el niño*", "*El horario de las ocho horas de trabajo*", "*Defensa del poder Legislativo*" y "*Discursos parlamentarios*".

Como se dijo anteriormente, por encargo del Presidente José Pardo, el 10 de mayo de 1904, Manzanilla preparó diez proyectos de ley sobre asistencia social: "*Higiene y seguridad de los trabajadores*", "*Trabajo de los niños y de las mujeres*", "*Descanso obligatorio*", "*Horas de trabajo*", "*Indemnización por accidentes de trabajo*", "*Contrato de trabajo*", "*Contrato de aprendizaje*", "*Asociaciones industriales y obreras*", "*Huelgas*", "*Conciliaciones y arbitraje*" y "*Junta nacional de trabajo*".

Evidentemente, que esta obra extensa y magnífica coloca a Manzanilla en el sitial de un verdadero precursor del derecho de trabajo en el Perú. Ello es más importante en una época en que había ostensible resistencia de los empleadores para aceptar una legislación social de avanzada, mas aún si se tiene en cuenta que el Perú es el primer país de Hispano América en que se dio una ley de accidentes de trabajo que consagra la doctrina del riesgo profesional y la responsabilidad del empresario en los casos de infortunios producidos por accidentes como consecuencia del trabajo, así como la protección de la mujer y del niño por su indefensión y desamparo dentro de la legislación de aquellos tiempos.

Además, con ese amplio criterio y panorama jurídico de que hizo gala Manzanilla, interviene en debates parlamentarios sobre proyectos de ley sobre las más variadas cuestiones como economía finanzas, moneda, industria, libertad política, tributación, sociedades anónimas y muchos otros asuntos. En especial, cabe mencionar su intervención en la defensa de los intereses peruanos en el caso de la Brea y Pariñas el 3 de diciembre de 1918, en que fundamentando su posición sostenía el rechazo a las tran-

sacciones y arbitrajes pidiendo el sometimiento a los tribunales de justicia como única solución compatible con el interés nacional y la soberanía.

Recibió durante su vida, importantes condecoraciones como la Gran Cruz de la Orden del Sol del Perú, la Gran Cruz de la Orden del Mérito de Chile, la Gran Cruz de la Corona de Italia y la de oficial de la Legión de Honor.

Manzanilla casó con doña Victoria Rada Benavides y dejó como única hija a la Sra. Victoria Manzanilla Rada.

Nos encontramos pues ante la figura paradigmática de un peruano completo, patriota y austero, de un ejemplo para generaciones futuras, de un precursor del derecho del trabajo, de un jurista en todo el sentido de la palabra que en todos los campos en que le tocó actuar, el de maestro, de político y de abogado, supo destacar con brillantez y humildad culminando una vida de servicio a los más altos intereses de la Nación.

Manzanilla es pues, un ejemplo para todos nosotros y recordarlo a cien años de la Legislación social pionera que él proyecto y logró poner en marcha, debe ser motivo de un llamado a la sensibilidad de todos los ius laboralistas del Perú para que sigamos su ejemplo y logremos mantener los altos principios sociales que le inspiraron.

Julio de 2004

SEMBLANZA: JOSÉ PARDO Y BARREDA Y SU APORTE AL DERECHO LABORAL (1864-1947)

JAIME ZAVALA COSTA

José Pardo y Barreda nació en Lima el 24 de febrero de 1864. Hijo del ex - presidente y fundador del civilismo, Manuel Pardo y Lavalle, y de Mariana Barreda de Osma. De profesión abogado, fue doctor en ciencias políticas y ejerció también la docencia desempeñándose como profesor y rector en la Universidad de San Marcos. Fue heredero del Parido Civil que fundara su padre, al cual perteneció y, a través del cual, alcanzara la presidencia en dos periodos (1904-1908 y 1916-1919). Antes de llegar a la primera magistratura del país ejerció funciones políticas como Ministro de Relaciones Exteriores.

I.- PRIMER GOBIERNO DE PARDO (1904-1908)

A fines del siglo XIX, la educación atravesaba una profunda crisis que hacia necesario una reforma. Es por ello que, durante su primer mandato, el presidente Pardo abordó el problema educacional en su base fundamental: la educación primaria.

Así, mediante la promulgación de la Ley Nº 162 (5 de diciembre de 1905), se impulsó notablemente el desarrollo de la educación primaria, tornándose obligatoria y totalmente gratuita, tal y como lo exigía la Constitución.

La norma aludida prescribía lo siguiente:

"En las escuelas oficiales se suministrará gratuitamente a los varones de seis a catorce años y a las mujeres de seis a doce, tanto la instrucción como los útiles escolares (…)"

Paralelamente al adelanto que supuso la promulgación de la norma antes aludida, el presidente Pardo se encargó también de construir cerca de 1300 escuelas en todo el país, completando así una brillante política de impulso la educación escolar.

Sin embargo, su política de desarrollo educacional no se circunscribió únicamente al plano escolar, sino que también fomentó el avance de otras áreas educativas. Así, durante su primer mandato presidencial se fundó la Escuela Normal de Varones (hoy, Universidad Enrique Guzmán y Valle) y se reorganizó la Escuela Normal de mujeres. Además, para orientar la educación técnica, Pardo fundó la Escuela de Artes y Oficios (hoy, Politécnico José Pardo) y diversas escuelas industriales, creándose también escuelas nocturnas para la educación de obreros en distintos puntos del país. En el plano cultural, instauró el Instituto Histórico del Perú (hoy, Academia Nacional de Historia) y el Museo Nacional de Historia.

Por otro lado, Pardo mostró especial preocupación por la defensa nacional, dando inicio a la recuperación de la Marina de Guerra del Perú a través de la adquisición de los cruceros "Grau" y "Bolognesi". Adquirió también cuatro patrulleras y el transporte "Iquitos" a fin de dar énfasis prioritario a la exploración de la amazonía peruana.

En lo que respecta al campo de la defensa terrestre, dividió el territorio nacional en cuatro zonas militares (norte, centro, sur y oriente), creó los cuerpos de Artillería de Costa y Artillería de Campaña y se establecieron en el ejército los servicios de topografía, ingeniería y remonta.

Asimismo, Pardo entendió que tan importante como el desarrollo de la defensa nacional era el fortalecimiento de la identidad nacional luego del infausto desenlace de la Guerra del Pacífico. Por ello, el 6 de noviembre de 1905, se inauguró en Lima, en sentido homenaje, el monumento al héroe de Arica, egregio Coronel Francisco Bolognesi. Igualmente, mediante Ley de 3 de diciembre de 1906, el Dr. Pardo dispuso la construcción de la Cripta de los Héroes en el Cementerio General de Lima, rindiendo así justo reconocimiento a quienes ofrendaron heroicamente sus vidas en favor de la defensa y dignidad de nuestra patria.

Por último, no menos importante fue la consideración que prestó el presidente Pardo al desarrollo de las vías de comunicación en el país. Así, durante su primer gobierno figuran las construcciones de los ferrocarriles de La Oroya a Huancayo, de Sicuani al Cuzco y de Yonán a Chilete y la creación de la Compañía Peruana de Vapores y Dique Flotante.

II.- SEGUNDO GOBIERNO DE PARDO (1915-1919)

Su segundo mandato se vio ensombrecido debido a la grave crisis económica y social causada a raíz de la primera guerra mundial, en aquel entonces en curso.

Pese a ello, Pardo llevó a cabo importantes avances en continuidad con la política que emprendiese durante su primer gobierno. Así, mantuvo especial interés en el desarrollo de la instrucción pública, se construyeron los ferrocarriles de Cuzco a Santa Ana y de Lima a Turín y se reorganizó la Compañía Peruana de Vapores.

Otros importantes acontecimientos fueron la implantación de la tolerancia de cultos, mediante Ley Nº 2193 de 11 de noviembre de 1915, la imposición de derechos a la explotación agrícola y minera y el establecimiento del Plan de Salubridad a fin de dotar de los servicios de agua y desague a distintos pueblos del país.

Sin embargo, fue en el campo social donde se presentaron los acontecimientos más relevantes de su segunda gestión. Sobre el particular, cabe recordar que el Perú ha sido uno de los primeros países en Latinoamérica en incorporar a su legislación leyes de carácter social favorables a empleados y/o obreros, sea por el interés que, sobre el particular, mostraron los distintos gobiernos, sea también por la presión ejercida por los distintos gremios de trabajadores.

Por ello, tanto en el primero como en el segundo gobierno del presidente Prado, la masa trabajadora exigió constantemente distintas reivindicaciones sociales, entre las que destacan las solicitudes de aumentos salariales, mejoras en las condiciones de vida y, en especial, la limitación de la jornada laboral a ocho horas diarias.

Las repercusiones de tales acontecimientos no se hicieron esperar y el gobierno de Pardo motivado por tales hechos, debió conceder varias prerrogativas sociolaborales, entre ellas, la regulación del trabajo de mujeres y niños y la dación del calendario laboral que fijó los domingos y fechas cívicas como fechas destinadas al descanso.

Sin embargo, el mayor logró social se obtuvo cuando el gobierno de Prado promulgó el Decreto Supremo de 15 de enero de 1919, mediante el cual se estableció, con carácter general, la jornada laboral en ocho horas diarias.

Finalmente, mientras el civilismo se iba desgastando en el ejercicio del poder, la figura de Augusto B. Leguía adquiría cada vez más fuerza. El 4 de julio de 1919 se produce la revolución de Leguía. Pardo es desterrado y viaja a Estados Unidos y posteriormente a Francia. Retorna al Perú en 1944, falleciendo en Lima el 3 de agosto de 1947. Fue casado con Carmen Heeren Barreda.

III.- APORTE AL DERECHO LABORAL

1.- Ley sobre el Trabajo de mujeres y Niños y la Ley sobre Descanso Obligatorio Dominical

En primer lugar, la Ley 2851 hacia referencia al trabajo de mujeres y niños. Dicha norma comprendió todas las ocupaciones que se realizaban por cuenta ajena, señalando sin embargo las siguientes excepciones:

- Las efectuadas bajo la supervisión y vigilancia de tutores, y sin intervención de terceros.
- Servicio doméstico.
- Agricultura si no se usan motores inanimados.

Los menores están facultados para trabajar después de los 14 años; o entre los 12 y 14 si saben leer, contar y escribir, y si tienen certificado médico de aptitud física.

La jornada de trabajo de los menores de 14 años no debe exceder de 6 horas diarias ni 33 semanales; mientras que la jornada de aquellos menores de 18 y mayores de 14 años no podrá exceder de 8 horas diarias o 48 semanales.

Las mujeres y los menores no deben realizar trabajos nocturnos (se considera trabajo nocturno de 8 p.m. a 7 a.m.), sino hasta haber cumplido los 21 años. Sin embargo, se permite el trabajo nocturno desde los 18 años, habiendo acreditado, mediante certificado médico, tener aptitud para ello.

En los centros de labores, las mujeres y niños deben disfrutar de dos horas continuas de descanso al mediodía. Asimismo, las indemnizaciones por accidentes de trabajo se elevarán en un 25%.

En caso de mujeres embarazadas, deben gozar 20 días de descanso antes y de 40 días después (recibiendo en este caso el 60% de su salario). En este periodo la mujer se encuentra protegida parcialmente contra el despido, pues, de darse dicha circunstancia, cuenta con derecho a recibir 90 días de salario a manera de indemnización.

Prohibiciones

- Trabajo subterráneos de mina y cantera
- Trabajos peligrosos para la salud y las buenas costumbres

Protección Legal

Las denuncias ante las infracciones a la legislación sobre la materia pueden ser denunciadas a través de la acción popular.

Por otro lado, la ley N° 3010, referida al descanso obligatorio dominical, señala que éste se haría extensivo a las fiestas cívicas y al primer día de las elecciones políticas.

2.- Ley sobre otorgamiento de viviendas para obreros

Por iniciativa del gobierno de Pardo, se presentó al Congreso en octubre de 1916 el proyecto de dicha ley. El proyecto autorizaba las edificaciones en terrenos del Estado para facilitar luego su venta a obreros, con la colaboración de las compañías de seguros. La ley fue promulgada con el número 3022 el 18 de diciembre de 1918.

3.- Decreto sobre la Jornada de ocho horas de trabajo diario

A consecuencia de un Paro General, el mismo que perseguía mejores condiciones de trabajo, encabezado por los obreros de la Fábrica Textil Inca (apoyados por el sindicato de panaderos y otros gremios), surgió la iniciativa de propiciar la demanda por la reducción de la jornada de trabajo.

Las huelgas comenzaron en diciembre de 1918. El día 13 de enero de 1919 se produjo el Paro General que se extendió desde Lima hasta el Callao, el mismo que continuó hasta el 15 del mismo mes. Durante esos tres días la ciudad de Lima se paralizó, toda vez que no contó con los servicios esenciales. Sin embargo, y pese a la convulsión coyuntural, no hubo derramamiento de sangre, marcando una fuerte distancia respecto de lo que ocurría frente a la lucha por la jornada de las ocho horas en el resto del mundo.

Ante tal presión social, el ministro de Fomento, Manuel Vinelli sostuvo la necesidad de dictar un decreto para que fuera otorgada la jornada de ocho horas. El presidente Pardo apoyó dicha iniciativa y suscribió el decreto el 15 de enero de 1919, limitando así la jornada de trabajo en los talleres o establecimientos del Estado. Respecto de los talleres o establecimientos particulares, se estableció que la jornada sería pactada por mutuo acuerdo, y de darse el caso de falta de acuerdo, el Congreso señaló que la jornada sería de ocho horas, conservando el obrero el salario que venía percibiendo.

El jueves 16 de enero de 1919, la ciudad había recuperado ya su calma habitual, tras haber establecido los obreros un hito en la historia de los derechos laborales.

4.- Otras normas sobre trabajo y previsión social

- Ley que declara inembargables a los beneficios otorgados por las sociedades de carácter mutualista (Ley 2244).
- Ley sobre el salario mínimo que deben recibir los trabajadores indígenas en la sierra, en la cual se prescribía que los salarios debían ser otorgados en dinero en efectivo, y se prohibía a los empleadores obligar a sus obreros a residir en determinado lugar contra su voluntad. En la misma ley, se fijó el jornal mínimo (Ley 2285)
- Ley de organización de profilaxia para evitar el paludismo en los centros de trabajo (Ley 2364)
- Ley referente al descanso semanal obligatorio en Catacaos (Ley 6552).

SEMBLANZA: JORGE M. ANGULO ARGOMEDO

RÓGER ZAVALETA CRUZADO

El Dr. Jorge M. Angulo Argomedo, vive en la memoria como hombre de polifacética actuación orientada hacia la realización de la justicia, en los campos de la docencia, la función pública, la magistratura y en el ejercicio libre de su profesión de abogado.

Nacido en La Cuesta, distrito de la provincia de Otuzco, el 11 de enero de 1911, se trasladó en compañía de sus padres, don Pablo Angulo Lázaro y doña Andrea Argomedo, a la ciudad de Trujillo, donde realizó sus estudios primarios en el tradicional Centro Viejo; los secundarios en el Colegio Seminario de San Carlos y San Marcelo y los superiores en la Universidad Nacional de Trujillo, en la que obtuvo el título de abogado en setiembre de 1941 y el grado de Doctor en Derecho, en mayo de 1961. Su lamentable deceso, se produjo en el atardecer de un día jueves 5 de diciembre de 1985, en el camino de retorno a su lar natal en compañía de su inseparable esposa, doña Carmela Holguín, cuando pensaba pasar allí, unos días de descanso y nada le hacía presagiar que, precisamente, en el camino, se truncaría su existencia, a escasos días de que cumpliera 74 años de fructífera permanencia en este mundo, dejando sumidos en el dolor a la compañera de sus días y sus hijos, así como a sus numerosos amigos.

El Dr. Angulo Argomedo, tuvo protagónica actuación en el desarrollo del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Perú pues, en este campo, se inició desempeñando, con singular acierto, el cargo de I*nspector Regional de Trabajo*, cuando el ejercicio de esta función, dentro de la Jurisdicción Administrativa de Trabajo, implicaba también la resolución de conflictos jurídicos, tanto individuales como colectivos surgidos como consecuencia del desarrollo de la relación de trabajo. Posteriormente, asumió el cargo de J*uez Privativo de Trabajo de La Libertad*, cuya competencia por razón de materia, involucraba los asuntos promovidos por los obreros, en general, y por los empleados, respecto de las vacaciones, cuando el vínculo laboral, en ambos casos, se encontraba extinguido. Pero, su mayor contribución en este campo está en la publica-

ción de sus obras: *Manual de Legislación del Trabajo y de la Seguridad Social; El Derecho Procesal del Trabajo en el Perú; La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú (6 tomos); La Nueva Legislación del Trabajo en el Perú; El Contrato de Trabajo en el Derecho Peruano; La Constitución: Normas Laborales, Normas de Seguridad Social y Repertorio Sistematizado de la Jurisprudencia del Derecho del Trabajo,* a las que hay que añadir monografías, ensayos, conferencias, artículos publicados en revistas de la especialidad, así como estudios publicados en obras colectivas de homenaje a los Dres. Mario Deveali. Rafael Caldera, Alberto Trueba Urbina, Guillermo Cabanellas y Alfredo Ruprecht.

Se destaca, igualmente, la contribución del Dr. Angulo, por su participación como conferencista y como ponente en diversos congresos realizados sobre la especialidad.

En el Primer Congreso Peruano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizado en Diciembre de 1962, en esta ciudad, el Dr. ANGULO presentó dos ponencias: una relacionada con la jurisdicción en materia de trabajo en el Perú, en la que postuló la necesidad de la creación de la judicatura especializada, que se encargara, de modo exclusivo, de la solución de los conflictos de los trabajadores yanaconas y domésticos, para poner fin a la dispersión existente en ese entonces; pues, sostuvo que "*siendo el Derecho del Trabajo una rama autónoma del Derecho, es natural que de este Derecho se derive su propia acción, la que tiene que ventilarse por la jurisdicción del trabajo y esa jurisdicción tiene que tener su proceso propio, o sea el proceso o procedimiento del trabajo*". La otra se orientó a sentar las bases del procedimiento del trabajo en el Perú, sosteniendo que: "*..., el procedimiento del trabajo es una rama autónoma del procedimiento en general, pues, en muchos países existe establecido e incluso hay código de procedimiento del trabajo, sujeto a sus principios propios que, sobre todo, tiendan a la rapidez, sencillez y gratuidad del procedimiento...*"Proponía, la vigencia de los principios de inmediación, celeridad y concentración, impulso procesal de oficio, la conciliación obligatoria para el juzgador durante el proceso, limitación del formalismo, etc; que el juez debía tener entre sus facultades, la de actuar prueba de oficio, promover la conciliación en cualquier estado del proceso, remoción del apoderado que entorpezca la secuela del proceso, sentenciar antes de vencerse el término probatorio; y, en cuanto a las instancias, señalaba el establecimiento de instancia única para los casos en que la pretensión no excediera de *mil soles oro*; dos instancias en los demás casos; y, el recurso de casación sólo cuando el monto de la controversia fuese superior a los *quince mil soles oro.*

Con el correr del tiempo, se acogieron las enseñanzas del maestro, con el establecimiento de un organismo jurisdiccional propio y normas procesales especializadas, que integran la Jurisdicción del Trabajo como Rama Especializada del Poder Judicial.

La obra, *La Jurisprudencia del Derecho Laboral en el Perú*, no es una simple compilación de las resoluciones expedidas en materia laboral, ya que su autor emitió juicio crítico, mediante reflexivos comentarios respecto de aquellas que resolvieron cues-

tiones que, por su naturaleza, requerían profundizar su estudio. Así, por ejemplo, al comentar la ejecutoria de 07 de abril de 1976, relativa al despido injusto y el pago de indemnización, dijo que : *"... hay principios universales y permanentes de justicia que, cuando se atenta contra ellos, lo rechaza la conciencia humana. Cuando una ley se encuentra en ese terreno, es indudable que se trata de una ley injusta, y que, por tanto, debe abolirse o adecuarse a lo justo..."*[1] El Dr. Angulo, en esta obra, trató de concordar y uniformar criterios en relación en la aplicación del Derecho Sustantivo. De conformidad con el D. L. 18471, el trabajador despedido, si optaba por solicitar su reposición debía recurrir al Fuero Administrativo de Trabajo; y, si lo que perseguía era el pago de la indemnización, debía recurrir al Fuero Privativo de Trabajo, lo que determinó la existencia de resoluciones contradictorias emanadas de Fueros distintos pero relativas a un mismo asunto: el despido. Entonces al comentar la ejecutoria del Tribunal Privativo de Trabajo de fecha 21 de junio de 1976, certeramente señalaba: "Resulta de muy especial interés esta ejecutoria que resuelve el caso del gerente, que mientras en el Fuero Administrativo de Trabajo, no tiene estabilidad en el empleo, en el Fuero Privativo del Trabajo, si goza del amparo de la Ley estabilidad , D. L. 18471. Este híbrido en el mismo campo del Derecho del Trabajo, a mi criterio resulta de que mientras en el Fuero Administrativo de Trabajo para justificar la remoción o despido del gerente, aplican la ley de sociedades comerciales, en el Fuero Privativo de Trabajo, se aplican las leyes laborales....."[2]

En las obras del Dr. Angulo, se advierte la sencillez del docente y la profundidad del jurista, cuando aborda los temas materia de su estudio, tanto en el Derecho del Trabajo Sustantivo, como en el Derecho Procesal del Trabajo. Enseña, por ejemplo que, la relación del trabajo " es el vínculo que une a los sujetos del contrato de trabajo empresario y el trabajador, en la ejecución del contrato. Es decir desde el momento en que el trabajador comienza a prestar sus servicios, surgen para él y su principal, mutuas y múltiples relaciones que ambas partes deben cumplir, tales como las disposiciones de los reglamentos internos de taller y las leyes que protegen al trabajo. Estas múltiples relaciones que surgen con motivo de la ejecución del trabajo constituyen en este contrato, lo que se llama la relación de trabajo, por paralelismo a la relación jurídica".[3]

El Dr. Angulo no sólo se preocupó del estudio de las relaciones de trabajo de su tiempo, sino también de las que devendrían en el futuro, como consecuencia de los avances de la informática, la automación, etc. Sostiene que cada época de la historia de la producción ha tenido sus propias características, su organización económico-social, las relaciones de vida y de trabajo adecuadas a cada sistema. Refiriéndose a la

---

1) ANGULO ARGOMEDO, Jorge M. : "La jurisprudencia del derecho laboral en el Perú". T.vi – 1978, pág. 236.
2) ANGULO ARGOMEDO, Jorge M. op. Cit.pág. 248.
3) ANGULO ARGOMEDO, Jorge M. "El contrato del trabajo en el derecho peruano", pág.67.

era industrial dice[4]: "Las características o requisitos de la relación laboral o del trabajo, son precisamente: la exclusividad, la subordinación y la continuidad o permanencia. La fuente fundamental del contrato es el principio de lealtad a los fines de la empresa." Agrega: "Hoy frente a la super industrialización, en que los avances de la técnica, en que los avances de la técnica y la automación han provocado un cambio violento en todo, tanto en la organización socio-económica, como en el ritmo de vida, las relaciones laborales tienen otro sentido". Por eso, con Benis, afirma que la clave de las organizaciones de la sociedad super industrial será el adjetivo temporal, porque habrán sistemas adaptables y que los problemas serán resueltos por fuerzas de trabajo que representan una serie de aptitudes profesionales diferentes.

La labor docente del Dr. Angulo, la desempeñó en su calidad de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, Director del Departamento de Filosofía y Ciencias Sociales, catedrático principal en las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas y de la Facultad de Ciencias Económicos y Comerciales de la misma Universidad.

Desempeñó diversos cargos en servicio de la comunidad pues fue Decano del Colegio de Abogados de La Libertad, Vicepresidente de la Sociedad de Beneficencia Pública de Trujillo, Teniente Alcalde de la Municipalidad de Trujillo, etc.

Por la proficua labor que desarrolló el Dr. Jorge M. Angulo Argomedo recibió diversas distinciones entre las que destaca el tributo póstumo que le rindió la Cámara de Representantes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en su sesión de fecha 5 de febrero de 1987, en la que luego de ponderar su obra y personalidad, resuelve "Rendirle un tributo póstumo al insigne jurista peruano Dr. Jorge M. Angulo Argomedo, consignado su reconocimiento a su obra y a su vida de dedicación y estudio en pro del bienestar de sus congéneres", indicando además que copia de esa resolución se entregue a su vida, doña Carmela de Angulo. Por su parte, la placa recordatoria entregada el 6 de febrero de 1987, durante el desarrollo de la "Jornada Iberoamericana y del Caribe del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, San Juan Puerto Rico, consigna: "In memoriam al DR. JORGE ANGULO, por su dedicación esfuerzo y aportación al estudio del Derecho Laboral; por su grandeza de espíritu, por su firmeza en defender los derechos con que el Creador y la Naturaleza dotaron a su Patria Perú, por su obra gigante en la defensa de la igualdad del ser humano y la herencia perenne que dejó a la humanidad al partir hacia la eternidad".

Concluyo esta breve semblanza con los versos de Shiller cuando dice: "De todos los bienes de la vida, la gloria es el más alto; cuando el cuerpo sea polvo, el gran nombre vivirá aún.". Jorge M. Angulo Argomedo, por sus obras alcanzó la gloria y por eso vive aún en nuestra memoria.

---

4) ANGULO ARGOMEDO, Jorge M "LA AUTOMACIÓN, LA NUEVA SOCIEDAD Y LAS RELACIONES LABORALES", en "PROTECCIÓN AL TRABAJO EN EL MUNDO MONDERNO", obra en homenaje al Dr. Alfredo Ruprecht, Pág. 122.

SEMBLANZA: UNA APROXIMACIÓN A LA VIDA Y OBRA DEL GRAN JUSLABORALISTA, DR. JOSÉ MONTENEGRO BACA*

DISCURSO DE ORDEN PRONUNCIADO POR EL DR. ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES EN EL COLEGIO DE ABOGADOS DE LA LIBERTAD EL DIA 31 DE MARZO DE 1989. CON MOTIVO DE RENDIRSE HOMENAJE EN EL «DÍA DEL ABOGADO» A LOS MIEMBROS DE LA ORDEN Y SRS. DECANOS FALLECIDOS.

Señores todos:

La Junta Directiva del Colegio de Abogados de La Libertad ha acordado rendir justo homenaje a los miembros de la Orden y Señores Decanos fallecidos, en la persona del egregio Maestro, Dr. José Montenegro Baca, por el «Día del Abogado». Para ello se dignaron honrarme encargándome inmerecidamente el pronunciamiento del Discurso de Orden sobre su vida y obra.

Confieso que mi reacción frente a tremenda responsabilidad afrontó tres facetas: Primero la sorpresa, porque sin duda existen personas más idóneas y con mejores méritos para acometer tan enaltecedora y difícil tarea. Segundo, la alegría, porque siendo su asiduo amigo y estando muy cerca del Maestro durante la última década, recién tengo oportunidad de decir algo sobre tan importante personaje; desde el día de su sepelio y en posteriores homenajes realizados no he podido decir mi palabra, de modo que ahora, parodiando a Julio Ramón Ribeyro, voy a decir «La Palabra del Mudo». Tercero, la preocupación, porque en tan poco tiempo es muy difícil hablar de un hombre tan polifacético y de tan brillante trayectoria profesional que sólo en apretado currículum exhibe más de diez páginas que harían inútil y hasta innecesaria toda conferencia, y porque embebidos de lleno en la obra de tan cultivada personalidad

(*) Artículo publicado en "Revista Jurídica", Organo Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad, Año XXXVI, N° 129 – Enero 1989/Diciembre 1990. Trujillo – Perú. Editorial Libertad E.I.R.L., págs. 167 a 183.

hemos llegado a la conclusión de que ahora conocemos mejor al Maestro y que hay que hacer epónimos y pacientes esfuerzos para conocer y difundir sus grandes contribuciones al Derecho del Trabajo y a la digna profesión del Abogado.

Esta alocución, con toda modestia, es parte de esa auroral tarea, que acometemos con denuedo, en la esperanza de poder publicar después algo más amplio, maduro y acabado sobre los aportes del Dr. Montenegro Baca al Derecho Peruano e Internacional del Trabajo. Como reza el titulo del discurso, ésta es una primera aproximación a su pensamiento y a su obra, aproximación en síntesis porque el tiempo apremia. Vamos a ver si no resulta aciaga esta prueba a nuestra no muy lograda capacidad de síntesis.

1. PRINCIPALES REFERENCIAS BIOGRAFICAS.-

Nació el 8 de agosto 1916 en la cálida tierra de Chulucanas, Prov. de Morropón, Piura. Hijo de don Luis Montenegro Manrique e Isolina Baca Haz. Tuvo dos hermanos de padre y madre: Lucila Graciela y Eduardo, ambos fallecidos. Su amorosa y ejemplar madre, doña Isolina Baca Haz, maestra de escuela, asumió la dura tarea de defenderlos en la vida, haciendo las veces de padre y madre. A ella le debemos infinitas gracias por el vástago que legó a la posteridad, para mérito del Foro Nacional.

Deja varios hermanos paternos, dentro de los cuales destacan la srta. Ludimina Graciela Montenegro Hoyos, aquí presente y que con honda ternura y cariño le prodigó sus cuidados durante sus últimos años de vida, y el Dr. César Montenegro Pérez, también presente y que en realidad fue el único de los hermanos varones que estuvo más cerca del Maestro.

Sus estudios primarios los hizo en su tierra natal, los secundarios en el Colegio Nacional San Miguel de Piura, donde ya en 1934 (a los 18 años) demostró sus grandes dotes histórico-literarias al ganar el Primer puesto en un Concurso Estudiantil promovido a nivel nacional en honor a Miguel Grau, al cumplirse el centenario de su nacimiento. Al culminar sus estudios secundarios en 1935 obtuvo medalla de oro como Primer alumno de todo el colegio, por lo que ingresó a la UNT como alumno becario. En 1940, siendo ya estudiante de Educación y Derecho ganó los Juegos Florales Universitarios con la novela de ciencia-ficción «Indoamérica en el Año 3580».

Después de brillantes estudios alcanzó primero el Grado de Bachiller en Humanidades el 13.11.40 y el Título de Profesor de Educación Secundaria en la Especialidad de Castellano y Literatura de la Facultad de Letras y Pedagogía de la UNT, el 31.12.46. Egresó de la Facultad de Derecho de la UNT con los integrantes de la Promoción «Simón Bolívar» en 1942, obtuvo el Grado de Bachiller en Derecho el 04.11.44, el Título de Abogado el 02.12.44 y el Grado de Doctor en Derecho el 21.01.61.

Ingresó como profesor ordinario en la docencia universitaria el 06 de agosto de 1945 (a los 29 años), habiendo dictado los cursos de Metodología del Castellano en la Facultad de Letras y Educación, Economía Política en la Facultad de Ciencias Económicas y Derecho y Derecho del Trabajo y Derecho del Trabajo Comparado en la Facultad de Derecho de la UNT.

Su descollante personalidad y su simpatía lo llevaron a ser elegido Decano del Colegio de Abogados de La Libertad hasta en cinco oportunidades, poniendo de manifiesto sus excepcionales dotes de organizador, imprimió nuevos rumbos a nuestra Orden, contribuyendo en parte con su propio peculio y en un gesto plausible a adquirir ésta «Casa del Abogado» que ahora nos cobija; reglamentó la seguridad social del Abogado a través de los beneficios del FONSSA y FONMI, así como reformó los Estatutos del Colegio para darles versatilidad, aparte de una serie de tareas meritorias que desempeñó como Decano y que resultaría muy largo enumerar.

Su vida fue solitaria, sus amores seguro escasos e intrascendentes, razón por la que nunca adquirió compromiso matrimonial ni tuvo descendencia. Siempre nos decía que el más grande error de su vida fue no haberse casado ni tenido hijos; y cuando alcanzó esa convicción, ya era muy tarde para él. Su única Dulcinea del Toboso fue el Derecho del Trabajo.

Se retiró de la Cátedra Universitaria después de haber prestado 42 años de servicios, el 03 de julio de 1987, siendo sus labores de Maestro, pedagogo e investigador magistrales y fecundas. Acosado por graves y múltiples enfermedades, falleció en Trujillo, su querida tierra adoptiva, el 20 de julio de 1988.

Como dijo Vallejo: «Hay golpes en la vida... tan fuertes, yo no sé». Hay muertes que pasan y hay muertes que pesan. Hay infinitas ausencias que significan infinitas presencias, como la de nuestro homenajeado.

2. UNA APROXIMACIÓN A SU EXTRAORDINARIA OBRA JURIDICA.-

2.1. El tránsito del literato al jurista.-

El desaparecido Maestro siempre fue un ameno y convincente expositor, un erudito con dominio impresionante del idioma. No podía esperarse menos de un ganador de dos eventos literarios y de un Sr. Profesor en Castellano y Literatura. Ya en su Tesis de Bachiller en Pedagogía intitulada «El Aprendizaje de la Historia Literaria» hacía diferenciaciones entre la pedagogía antigua y moderna y escudriñaba la teleología del aprendizaje de la historia literaria. También en «Indoamérica en el Año 3580» nos hablaba sobre el sentido de la novela moderna, la futura unidad lingüística en la Tierra y el idioma de los terrestres y extraterrestres.

En un discurso pronunciado en la ANEA el 15 de noviembre de 1976, al ser declarado socio honorario de la Institución y condecorado con medalla de oro, el difunto

Maestro hizo referencias autobiográficas a sus amores por la literatura. Confesaba entonces: «Cuando empecé mi vida de escritor, soñé y vi que la vida era placer; vi el aspecto hedonista de la vida, por eso empecé como literato escribiendo y publicando mi novela de ciencia-ficcion «Indoamérica en el Ano 3580», que ganó los Juegos Florales de 1940 en nuestra Universidad. Soñé con engolosinarme con el bello decir; soñé con elegir a ser autor de novelas de ciencia-ficción, ya sea explotando la futurología al estilo de Julio Verne o de H. C. Wells, o ya sea escribiendo dramas de ciencia-ficción al estilo de la novela «Salambó».

Pronto despertó de su quimera y recordando un brillante pensamiento de Kant se dijo a sí mismo: «Soñé y vi que la vida era placer; desperté y vi que era deber». Acertijo que redondeó repitiendo al poeta hindú Rabindranath Tagore: «Soné y vi que la vida era placer; desperté y vi que era servir; servir que es amor».

Por eso se apartó de la literatura; pero no del todo; «siempre me daba mis escapadas -decía-, siempre acuñaba alguna metáfora, alguna parábola o algún florilegio con los que adornaba mi producción jurídica». Dejó su placer que era la literatura y optó por el deber y el servir que era el estudio del Derecho del Trabajo. Sin embargo, en nuestro modesto entender, nunca hubo una ruptura entre el literato y el jurista; no podríamos hablar aquí de una ruptura epistemológica.

El literato se convirtió en jurista, pero no dejó de ser literato. La prueba más palmaria de esta simbiosis está en su obra **"El Derecho del Trabajo en "El Quijote"**» (la segunda en importancia desde el punto de vista laboral), publicada en 1965 en homenaje al I Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo celebrado en Madrid; la segunda edición apareció en 1972, en homenaje al IV Congreso Iberoamericano del Derecho del Trabajo realizado en Sao Paulo.

Después de revisar nutrida bibliografía, dentro de ella los ensayos «El Caballero de la Triste Figura» del ex-Rector de Salamanca, don Miguel de Unamuno, «Hamlet y Don Quijote» de Verbistky, «Guía del Lector de El Quijote» de Salvador de Madariaga, «El Pensamiento del Quijote Visto por un Abogado» de Niceto Alcalá Zamora, «Consideraciones Jurídicas sobre El Quijote» de José León Barandiarán y tantos otros enjundiosos estudios, «tras paciente y amorosa meditación» se convirtió en pionero en el estudio de las facetas juslaborales de la inmortal obra de Cervantes.

Planteó como nudo central de su ensayo el argumento de que la magistral trama reposa en la relación individual de trabajo de Sancho Panza a Don Quijote, relación sinalagmática donde Sancho se obliga a prestar su actividad escuderil y Don Quijote se compromete a sustentarlo y pagarle un salario diferido consistente en su nombramiento como Gobernador de la Ínsula Barataria. Dice que Cervantes, dos siglos antes de que apareciera el Derecho Individual del Trabajo como disciplina jurídica, hizo una simbología acertada del Derecho del Trabajo, ya que «El Quijote» empieza por donde empieza nuestra disciplina, esto es, la legislación de protección del menor, lo que se

refleja en la aventura de Juan Haldudo que castigó duramente al pastorcillo Andrés y frente a lo cual presto intervino Don Quijote ordenando pagarle lo que debía, aunque cometió un «error in proccedendo» porque no se aseguró la ejecución de su fallo.

Por otro lado, al igual que otros autores reivindicó a Sancho Panza como un gran representante del proletariado, ya que no era cierto que aquel fuera glotón, cobarde, codicioso, necio, grosero, materialista y otros infundios. El Maestro Montenegro se convirtió en escudero del escudero, a decir de Jorge Bernedo A., en reciente artículo publicado por la Revista «Análisis Laboral».

En los liminares de la primera edición de la obra comentada, nuestro ilustre homenajeado recalcó que era de superlativa trascendencia la elucidación de los aspectos jurídicos de «El Quijote» y de la literatura española de los siglos de oro, especialmente la novela picaresca y el teatro de esa época, veía en ello una insospechada importancia pedagógica aplicable al aprendizaje del Derecho, tanto en los años pro-jurídicos como en las motivaciones de clase en el ciclo profesional propiamente dicho.

Decía entonces el Maestro: «Espero emprender estudios de mayor envergadura. Pretendo escudriñar «El Quijote» a la luz de las diversas ramas del Derecho. Tengo en mente examinar jus-literariamente algunos episodios de la novela picaresca, que son verdaderos lienzos de Verónica en los cuales todo el pueblo ha impreso el rostro del drama social». ¡Y nunca traicionó su voluntad! Hasta sus últimos momentos, somos testigos que siempre estaba a la caza de diversos episodios en las grandes obras literarias para darle amenidad a sus cátedras y conferencias, así como para enriquecer su buen decir y propiciar una auténtica motivación en los estudiantes y lectores.

Por eso aseveramos que supo hacer una simbiosis de su vocación: el literato siempre asomaba tras el jurista, aunque obnubilado por éste.

2.2. Su obra cumbre: «Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados» y su repercusión internacional.

Hacerla le costó inimaginables esfuerzos, no sólo compró y leyó a los más famosos autores, sino que inclusive se dio el trabajo de enclaustrarse en Lima en la Biblioteca del **Dr.** Bernardino León y León para revisar la teoría que estuviere a su alcance y, sobre todo, las colecciones de abultada jurisprudencia laboral. El Dr. Montenegro pidió comprar dicha biblioteca, a la sazón la mejor especializada de todo el Perú, pero el ex-Primer Presidente del Tribunal de Trabajo se excusó porque ya había hecho donación anticipada a la Facultad de Derecho de San Marcos.

Además, gracias a su bien lograda estabilidad económica comenzó a frecuentar los eventos internacionales de la especialidad donde en intenso intercambio aprovechaba al máximo sus conversaciones con sus colegas, algunos ya figuras estelares y otros en potencia. Así fue que concurrió, entre otros eventos, al I Congreso Internacio-

nal de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Sao Paulo, Brasil, 1954; I Congreso Chileno de Derecho del Trabajo, Concepción, 1957; II Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bruselas, 1959, evento éste último donde ya aparecía el gran Maestro y donde se le honró designándole miembro del Comité Científico del V Congreso Internacional. Logró ser miembro titular de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo, con sede en Ginebra, desde 1955.

Su inmortal obra vio la luz al ser publicada en dos tomos en Lima el 01.10.59 (cuando tenía 43 años de edad). Su contenido es vastísimo y sólo para comentarla apretadamente necesitaríamos por lo menos 3 ó 4 conferencias. Con verdadero derroche de paciencia, pujanza mental y meticulosidad, allí hace un excelente estudio doctrinario y crítico de las disposiciones legales y de la jurisprudencia nacionales sobre jornada de-trabajo y sobre los diversos descansos que goza el laborante, luego inserta todas las disposiciones legales de la época y las más importantes de la jurisprudencia en una acuciosa y admirable labor de concordancia de capítulos, grupos, sub-grupos, parágrafos y sub-parágrafos.

En algunos casos desarrolló temas inéditos o casi inéditos, como por ejemplo lo tocante al estudio de la jornada de trabajo en el incanato, la sistematización de los criterios elucubrados para medir la extensión de la jornada que tenía grandes vacíos en la literatura jurídica, las excepciones a la jornada de trabajo, etc.

La obra mereció innumerables y elogiosos juicios críticos de las más grandes personalidades del mundo juslaboral. Resultaría muy largo enumerar los elogios vertidos por los juristas alemanes como Ernesto Krotoschin; argentinos como Luis A. Despontin y Mariano Tissembaum; brasileños como Evaristo de Moraes Filho, Mozart Víctor Russomano, Gottschalk, Sussekind y Nelio Reis; colombianos como Ernesto Hcrrnastadt; mexicanos como Castoreña; chilenos como Francisco Walker Linares; españoles como Cabanellas y Miguel Engoaga; italianos como Mario Deveali, Fcrrucio Pergolesi y Carlos Lega; portugueses como Mario Campos Pinto; así como de muchos autores peruanos, dentro de ellos Bernardino León y León y Roberto Mac Lean Estenós.

Tenemos anotadas cuatro apretadas páginas de las meritísimas opiniones de los autores mencionados. Pero por el tiempo vamos a recordar a ustedes sólo unas pocas: Manuel Ossorio y Florit, argentino, Co-Director de la Enciclopedia Jurídica Omeba, ha dicho: «Se trata de un estudio completísimo en el que prácticamente se agota el tema, revelando la gran cultura que usted tiene en materia de Derecho Laboral».

Elson Gottschalk, autor de «Duracao do Trabalho», anotó: «Esta notable obra me ha sido provechosa por el sin número de preciosos informes que encierra. Es una obra madura, densa, medulosa, polémica. Obra de tesis y de debates llevados con la maestría de quien no desconoce los secretos de la lógica, del derecho y de la polémica».

Arnaldo Sussekind, autor de «Duracao do Trabalho e Repousos Remunerados», hizo una confesión y vertió los siguientes elogios: «La obra revela el espléndido trabajo realizado, la profundidad con que fueron analizados los temas y la exhaustiva y elogiable pesquisa emprendida para registrar el derecho comparado. En el volumen segundo de mis «Comentarios a la Consolidacao Das Leis do Trabalho», tendré el placer de transcribir, diversas veces, su autorizada opinión».

El gran jurista español Guillermo Cabanellas, una de las máximas expresiones del Derecho del Trabajo en Iberoamérica, hizo el siguiente juicio crítico: «Es un estudio que supera a cuantos se han escrito en habla castellana. Es una obra magnífica; me ha sido de gran valor para el desarrollo de la segunda edición de mi Tratado de Derecho Laboral». (Nuestro homenajeado, luego diría en un artículo publicado en el Libro Homenaje a Krotoschin, que Cabanellas sintetizó sus puntos de vista sobre el tiempo in itínere en el Vol. II de su monumental «Contrato de Trabajo».)

J. J. Castoreña, autor de «Tratado de Derecho Obrero», tiene dicho: «La obra es de lo más completo que conocemos; no hay problema, materia, doctrina, que no sean expuestos y analizados con profundidad y sagacidad. El autor hace gala de una erudición poco común».

Por último, el profesor de la Universidad de Bologna, Italia, Ferrucio Pergolesi, sentenció: «Es un tratado amplísimo sobre jornada de trabajo y descansos remunerados; es de los de mayor volumen doctrinario en la literatura internacional».

Como es de suponer, la obra, catalogada de extraordinaria, le abrió todas las puertas al Dr. Montenegro; a partir de allí su condición de gran jurista acreció rápidamente y empezó una agitadísima carrera de participación en numerosos eventos nacionales e internacionales: aproximadamente 50 en América y Europa y 30 en el Perú.

2.3. La consecución de prestigio internacional y su *intervención en grandes eventos e instituciones académicas.*

Como hitos principales de su larga carrera podemos mencionar en síntesis los siguientes: continuó asistiendo al V, IX y XI Congresos Internacionales de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, realizados en Lyon 1963, Munich 1978 y Caracas 1985. En el VI Congreso Internacional de Estocolmo, Suecia 1966, también fue designado miembro del Comité Científico. Fue elegido Vice-Presidente en el Congreso Internacional de Derecho del Trabajo de Florianápolis, Brasil 1968, y asistió con ponencias a los Congresos Internacionales de Derecho del Trabajo de Fortaleza, Brasil 1979, y México 1980.

Participó en el I, II, III, IV, V, VI y VII Congresos Iberoamericanos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrados en Madrid, 1965; Lima, 1967 (fue Rela-

tor-Informador); Sevilla, 1969 (presidió una Comisión de Trabajo); Sao Paulo, 1972 (fue elegido Vice-Presidente y presentó magistral ponencia sobre «Concepto de trabajos eventuales»); México, 1974 (Ponente General del tema «La equidad y el Derecho del Trabajo»); Caracas, 1977 (Ponente General del tema «La Seguridad Social y el Derecho del Trabajo»); y, Santo Domingo, 1980 (Ponente General del tema «Los trabajadores migratorios»).

Concurrió al II, III y IV Congresos Argentinos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Córdova, 1962; La Plata, 1965; y Rosario, 1967. Fue elegido Vice- Presidente en el I Congreso Latino Americano del Derecho del Trabajo en la Agricultura, Caracas, 1968. Estuvo en la IV Conferencia de Facultades de Derecho de Latino América, Montevideo 1965; Simposio de Derecho del Trabajo, Madrid, 1975; I y III Seminarios Internacionales de Derecho del Trabajo, Bogotá, 1977 y 1979 (En ambos fue Ponente General).

Ha sido Ponente General en doce certámenes jurídicos internacionales. Aparte de los ya mencionados tenemos: Belem do Para, 1971; Salvador-Bahía, 1971; Río de Janeiro, 1974; Santiago de los Caballeros, República Dominicana, 1976; Madrid, 1980, y en el II Congreso Centroamericano de Derecho del Trabajo Guillermo Cabanellas, in memoriam, Sto. Domingo, 1983.

Ha sustentado innumerables conferencias en diversas Universidades Nacionales, así como en las Universidades de Concepción (Chile), Montevideo (Uruguay), Curitiba, Pelotas, Porto Alegre, Passo Fundo, Belem do Para, Bahía, Brasilia y Río de Janeiro (Brasil), Valencia (Venezuela), en el Instituto de Cultura Hispánica y en la Escuela Social de Madrid, etc.

Mención especialísima nos merece su participación en el I, II, III y IV Congresos Peruanos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, realizados en Trujillo, 1962 (organizador y Presidente); Lima, 1971 (Vice-Presidente); Piura, 1979 (Ponente General), y Lima, 1984. Estuvo ausente en el V Congreso donde pedimos que Trujillo sea la sede del próximo Congreso, entre otras razones, en homenaje a la jubilación de nuestro homenajeado, pero en estrecha diferencia de votación se decidió que fuese en el Cuzco a fines de este año. Muchos de ustedes recordarán que en el I Congreso participaron como invitados eminentes juristas como Cesarino Junior, Mariano Tissembaum, Renée Robles Sinibaldi, Luis A. Despontin, Mario Deveali, Héctor Demo, Guillermo Camacho Henríquez, Mariano Rothvoss y Gil, etc.

También nos merece mención especial el desarrollo de la I Convención de Derecho del Trabajo en el Área Andina, realizada en Trujillo en 1974, en la cual al difunto Maestro le cupo el rol de organizador y Presidente, y gracias a lo cual pudimos apreciar las calidades de Alfredo Ruprecht, Russomano, Tisembaum, Vásquez Vialard, Luiz Ferreira, Walker Linares, Rafael Caldera, Hori Lovaina, Julio César Jaramillo, etc.

También es de recalcar su participación en la Enciclopedia Jurídica OMEBA, primero como colaborador y después como Asesor.

Asimismo, amén de diversas medallas y condecoraciones recibidas, ha participado con diversos artículos en los Libros Homenajes publicados en honor de los juristas: Ludovico Barassi, Italia; Guillermo Cabanellas, España; Cesarino Junior y Víctor Mozart Russomano, Brasil; Francisco de Ferrari, Uruguay; Evaristo de Moraes Filho, Brasil; Ernesto Krotoschin, Eugenio Pérez Botija, Mariano Tissembaum y Alberto Trueba Urbina.

También perteneció a diversas instituciones internacionales especializadas. Resumimos las principales: Miembro correspondiente del Instituto de Sociología y Política de Río Grande do Sul, desde 1962; del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Santa Fe, Argentina, desde 1967, Académico Honorario de la Academia Mexicana de Derecho del Trabajo y de la Academia Mexicana de Derecho Procesal del Trabajo desde 1973, Académico Ad Honorem del Instituto de Direito Processual do Trabalho de Brasil desde 1985, miembro fundador de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo, Presidente Honorario de la Asociación de Abogados Laboralistas de Cartagena desde 1985, etc.

2.4. Sus grandes planes de producción juslaboral y las dificultades por cuya causa no pudo llevarlos a la práctica.- Sus humanos y comprensibles errores.-

Cuando el ilustre Maestro publicó en 1959 su portentosa «Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados», nos advirtió en el Prefacio que intentaba abordar el estudio sistematizado de todo el Derecho del Trabajo. Que a los dos tomos debían seguir tres o cuatro sobre «Los Salarios y sus Proyecciones», donde estudiaría los salarios, participación en las utilidades, compensación por tiempo de servicios y jubilación. Luego enfocaría en varios tomos los contratos de trabajo, individuales y colectivos. Enseguida, la infortunística del trabajo, la seguridad social y el derecho colectivo del trabajo. Terminado dicho estudio doctrinario y crítico, abordaría recién el concepto y denominación, la metodología del Derecho del Trabajo, etc., con el título de «Introducción al Derecho del Trabajo», tal como lo habían hecho eminentes juristas, produciendo la Introducción luego de una visión de conjunto previa.

Se proponía publicar en abrumadora faena cerca de 20 tomos, en un país donde escasean los estudios doctrinarios sobre Derecho del Trabajo. Así lo hizo saber al mundo. Pero en el mismo Prefacio de entonces, ya temía la inconclusión de la obra por las graves dificultades que tenía que afrontar. Por eso resolvió estudiar las diferentes instituciones juslaborales dándoles la mayor independencia posible; de. ese modo, la inconclusión de unos volúmenes no afectaría a los otros, según su propio decir.

No pudo cumplir del todo sus propósitos por humanas razones. Tropezó con mayúsculas dificultades. La no culminación de su obra en su totalidad nos lleva a buscar iniciales explicaciones. La historia se encargará de pergeñar mejores juicios críticos que los de esta modesta alocución. Pensamos que quizá tres principales factores coadyuvaron a esa inconclusión, y los señalamos:

Primero: el poco desarrollo de nuestro derecho en general en función de otras realidades sociales y la gran dispersión, desorden e inestabilidad de nuestra legislación laboral, la más exuberante y anárquica de América Latina. Esto atentó contra el trabajo del Maestro, tanto más si se tiene presente que se encontraba casi huérfano y solitario en su tarea; tenía que imponerse tremenda fajina intelectual porque en nuestro país se adolece de trabajos doctrinarios y comparados que den mayores luces sobre nuestro propio Derecho del Trabajo.

Segundo: Le dedicó demasiado tiempo a sus tareas de Editor. No sólo desempeñó infatigable labor con la autoría y publicación de sus obras extra-laborales «Ejecutorias de Derecho Civil Peruano» en 17 tomos, «Código Penal del Perú» (concordancias), «Código Civil del Perú» (concordancias), «Jurisprudencia Tributaria», y otras, sino que tenía sobrecargadísimas tareas como Director-Propietario de la prestigiosa Revista «Normas Legales», una de las más antiguas del Continente, donde por su característica meticulosidad se desempeñó como un verdadero hombre-orquesta desde 1960 hasta 1982 (De los Tomos 32 al 115). Es cierto que con ello logró acicalar su posición económica; pero es que tenía la convicción de que primero debía construir una economía sólida para luego dedicarse de lleno a las tareas de la investigación. En parte su actitud se justifica porque en nuestro país subdesarrollado casi nadie paga por investigar, y para hacerlo hay que tener no sólo vocación, sino recursos. El Maestro fue consciente de esta situación, por eso en el Tomo 116 de «Normas Legales», al despedirse de sus lectores, apuntó: «He vendido los derechos autorales de «NORMAS LEGALES» para disponer de mayor tiempo a fin de poder publicar algunas obras sobre «Estabilidad en el Empleo», «Contratos Individuales de Trabajo», «Aviso de Despedida y Falta Grave», etc., de los cuales tengo avanzados sendos capítulos, pero necesito tiempo para darles cima y sima».

Tercero: El Dr. Montenegro se caracterizaba por su gran perfeccionismo. Quería ser «capo lavoro», presentarnos siempre estudios acabados, completísimos. Después de su «Jornada...» estaba en contra de publicar libros de menor calidad. Quizá por esa razón, cuando se retiró de la docencia universitaria en 1987, en expresiva autocrítica, con la humildad de los grandes, pidió «excusas por no haber publicado mucho más». Dio dos sugerencias a los jóvenes profesores, una de las cuales transcribo textualmente en el «Día del Abogado» para que todos los colegas tengamos en cuenta sus consejos y nos sirva para alumbrar cada amanecer del resto de nuestros días. Decía entonces el Maestro: «... publiquen; no esperen producir obras maestras; por

empeñarme en publicar obra grande, he publicado muchísimo menos de lo que he podido publicar; tengo crecido número de páginas por llevar a la imprenta, menos mal que muchas de ellas no son del todo inéditas pues corren insertas en las Memorias de los certámenes a los que he concurrido, que pasan de sesenta. Al sugerir a los jóvenes profesores que publiquen, debo aclarar que no hay que publicar por publicar; si lo que se imprime es de mediocre para abajo, la publicación lejos de prestigiar, desacredita».

Sin embargo, nunca más se desanimó, después de su autocrítica, tan luego se jubiló volvió a extraordinarias jornadas de trabajo para dejar algo más elaborado a la posteridad. Parodiando al Quijote, que luego de una siesta despertó y vio que los rayos del sol doraban las partes altas de las paredes del patio, se dirigió a Sancho diciéndole: «Aún hay sol en las bardas, aún es hora de acometer aventuras en este día», el jurista repetía: «Aún hay sol en las bardas; aún hay un poco de luz en mi mente y un poco de fuerzas para pelear contra los gigantes de las iniquidades sociales».

2.5. Su obra inédita e inconclusa.-

Al hacer autocrítica pública en su discurso de jubilación, nuestro egregio Maestro prometió hacer todo lo posible por publicar dos obras: «Equidad y Justicia Social»; luego, bajo el título de «Temas de Derecho del Trabajo», ordenar la serie de ensayos, estudios, ponencias, etc., que ya tenía escritas como colaboraciones a diversos eventos.

Para poder tener una visión general de la obra inédita del Maestro, además del seguimiento personal que venimos haciendo de tiempo atrás, nos hemos visto urgidos de revisar todos los materiales a nuestro alcance. Por ello, antes de continuar, queremos agradecer muy de veras dos gestos: la gentileza y el cariño de la familia que nos permitió consultar los materiales guardados en su domicilio; y, la gentileza del Dr. Roger Zavaleta Cruzado, en su calidad de actual Director del Instituto de Derecho del Trabajo, a quien los herederos han proporcionado buena parte de la obra y cuya consulta se nos facilitó con mucha amabilidad. Sin ambas colaboraciones, este discurso se habría quedado en la obra editada. Ahora podemos hablar de la obra inédita, conclusa e inconclusa.

Antes de pasar a su ligero análisis, queremos adelantar un punto de vista: la tarea de acopio, compilación, concordancia y complemento de algunos aspectos de su gran obra que él mismo pidió revisar, rehacer o reestructurar según las notas que figuran en diferentes originales, es de gran responsabilidad y significación para la Universidad, El Instituto de Derecho del Trabajo, Trujillo-Perú, el Foro Liberteño, Trujillo y el Derecho Peruano del Trabajo; dicha tarea corresponde a especialistas y es inconmesurable, larga, difícil; exigirá gran dedicación, conocimientos e información bibliográfica. Felizmente hay muchísimos materiales, dentro de ellos la preciada Bi-

blioteca del Dr. Montenegro, que ha sido donada a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo y que consideramos la mejor de la especialidad en todo el territorio patrio.

Dicho lo anterior, siguiendo el criterio «ad minus ad maius» nos hemos permitido clasificar su obra inédita en los siguientes grupos:

A) Conjunto de conferencias inéditas y apuntes sinópticos de diversos institutos juslaborales.-

En su domicilio ha dejado antiguos y gruesos paquetes de conferencias divididas por grupos. Están constituidos por las que dictó en Trujillo, Pacasmayo, Chiclayo, Piura, Talara, etc, en sindicatos y en diversas entidades públicas y privadas, en diferentes años. Precisa revisarlas, unificarlas o sistematizarlas en la medida de lo posible. Presentimos que pueden ser de gran ayuda para auscultar su pensamiento.

También en su domicilio hay varios grandes sobres que contienen únicamente sumarios incompletos y versan sobre: estabilidad en el empleo; derecho colectivo del trabajo; duración del contrato de trabajo; compensación por tiempo de servicios; filosofía del Derecho del Trabajo; y trabajos intermitentes y eventuales. Asimismo, posee una antigua colección de jurisprudencia nacional sobre compensación por tiempo de servicios que está ya sistematizada, pero es inconclusa. La mayoría de estos documentos están desorganizados, con muchas cosas sueltas; algunos tienen grandes cuadros sinópticos en manuscrito, que a veces resultan ininteligibles. Todo eso está por revisarse y articularse.

B) Obras inconclusas que necesitan arduo trabajo de complementación.-

Consideramos a nuestro arbitrio, salvo mejor parecer, obras inconclusas que necesitan un pacientísimo trabajo de complementación, las siguientes:

1. Aviso de despedida.- Esta obra es voluminosa. En los primeros tres bien logrados capítulos se refiere a aviso de despedida, duración de los plazos de aviso de despedida y de retiro, y procedencia e improcedencia de dar plazo de despido al trabajador. En algunos casos analiza legislación ya derogada, pero hay que seguir sus enfoques doctrinarios. El capítulo 4 sobre procedencia e improcedencia del aviso de retiro del trabajador al empleador da la impresión de estar menos elaborado. A partir de allí tiene muchos aspectos inconclusos, inarticulados, sin sistematización y de difícil seguimiento.

2. Bonificaciones.- Trabajo bastante inconcluso, no lleva título. Tiene avanzados dos capítulos: El I referido a bonificaciones por antigüedad, asignación familiar, costo de vida, movilidad, refrigerio, trabajo de altura, trabajo en selva, manejo de dinero. El II presenta avances sobre la bonificación por antigüedad, sus clases, su ámbito personal y temporal. Asimismo, presenta abundante jurisprudencia, en algunos caso clasificada, en otros desordenada.

3. Trabajadores de hoteles, restaurantes y ramos similares.- Los materiales sobre éste tema tampoco tienen título. En capítulos sin numerar nos habla de: naturaleza jurídica de éste tipo de trabajo; la propina y sus clases; naturaleza jurídica de la propina; reglas para el cómputo del 10% en el recargo del consumo; cómputo del promedio de las propinas en los beneficios sociales de este tipo de trabajadores; cómputo de la propina en las indemnizaciones por despido injustificado y en algunas suspensiones de la prestación de servicios. Aquí sienta la importantísima tesis de que la propina es salario y debe computarse en promedio en todos los beneficios sociales. Hasta aquí el trabajo está bien logrado. Parece que a continuación quiso agregar otros capítulos sobre descansos de dichos trabajadores y sobre condiciones de trabajo, pero los apreciamos escuetos. Hay que retrabajarlos.

4. Compensación por tiempo de servicios.- Trabajo bastante incompleto donde ha avanzado dos capítulos: el I referido a la compensación por tiempo de servidos, definición, denominaciones, y naturaleza jurídica; el II trata de las reglas para computar la duración del tiempo de servicios para los efectos de la compensación; en un tercer bloque parece que quiso barruntar un tercer capítulo: habla del modo de computar el último sueldo para el cálculo de la compensación, así como de sus limitaciones y la indemnización por despido injustificado. Este trabajo parece tiene que ser compatibilizado con la colección de jurisprudencia que está guardada en su domicilio y seguido teniendo en cuenta en lo posible los cuadros sinópticos que figuran en los sobres de los que ya hablamos.

C) Obras casi conclusas, pero que necesitan unos pequeños ajustes, de acuerdo a las propias indicaciones del autor.-

Son casi conclusas porque en su mayoría están bien logradas. Necesitan unos pequeños ajustes y complementaciones porque el mismo Maestro ha dejado notas marginales y llamadas en papeles adicionales donde dice: hay que revisar tal punto, esto se debe ampliar o rehacer con tal cosa, para esto revisar mi obra en homenaje a tal jurista, etc. Se nota que estaba librando una lucha contra el tiempo, intuimos que presentía su muerte antes de concluirlo del todo; he ahí la razón de ser de las abundantes notas marginales que de puño y letra agregó a sus trabajos.

Dentro de éste grupo nos hemos permitido considerar las siguientes obras:

1. Condiciones de trabajo y salarios.- El autor no le puso título, pero en su contenido ha desarrollado un trabajo sistemático en IX capítulos que son: 1. Concepto de condiciones de trabajo; 2. Los salarios; 3. Clases de salarios; 4. Salarios mínimos vitales y salarios dominicales; 5. Gratificaciones y bonificaciones o accesorios del salario; 6. Normas protectoras del salario; 7. La jornada de trabajo y los descansos; 8. Seguridad e higiene en el trabajo (está apenas desarrollado); y, 9. Servicios sociales para los trabajadores, vivienda y tiempo libre.

Este ensayo debe ser compatibilizado con el referido a bonificaciones que está más incompleto, y al cual ya hicimos mención.

2. Trabajadores domésticos.- Es el contenido de un folder sin título. Primero aparece abundante y desordenada jurisprudencia sobre el tema.

Luego hay XI capítulos ya ensamblados que necesitan algunos retoques para su publicación, excepto el 10 que aparece totalmente en blanco y el 11 donde la jurisprudencia necesita gran esfuerzo de sistematización. Sus capítulos son: 1. Los trabajadores domésticos; 2. Definición de los trabajadores domésticos en la legislación comparada y en la doctrina; 3. Definición del trabajo doméstico en la legislación peruana; 4. Naturaleza jurídica de las prestaciones de servicios domésticos; 5. Caracteres del contrato de trabajo doméstico; 6. Derechos del trabajador doméstico; 7. Derechos de los cuales son excluidos los trabajadores domésticos; 8. Obligaciones del trabajador doméstico y del empleador; 9. Duración del contrato de trabajo; 10. Diferencias entre el trabajo doméstico y el trabajo en hoteles, restaurantes y similares; y, 11. Legislación y jurisprudencia sobre trabajadores domésticos.

3. Estabilidad en el empleo.- Junto con el siguiente es el trabajo más completo. El ilustre Maestro suscribió un contrato el 01 de enero de 1988 con un representante de la Editorial Argentina «Ediciones Jurídicas», donde se autoriza la edición de 4,000 ejemplares de la obra «Estabilidad Laboral y Desempleo», o el título que oportunamente convenga al autor.

El libro está dividido en 4 partes y consta de 18 capítulos, cuyos temas son: 1. Definición de estabilidad en el empleo; 2. Ámbito de aplicación de la ley 24514; 3. Requisitos para adquirir el derecho a la estabilidad en el empleo; 4. Los fundamentos de la estabilidad; 5. Ventajas y desventajas de la estabilidad; 6. Clases de estabilidad en atención al grado de protección de la permanencia en el empleo (aquí hace una clasificación que constituye tema virgen y aún intocado en la literatura jurídica); 7. La estabilidad relativa y los regímenes de trabajo especiales; 8. La estabilidad relativa y sus clases por la duración de la prestación del servicio; 9. Principales variedades de la estabilidad en el empleo por las peculiaridades del sujeto tutelado; 10. Clases de estabilidad por la calidad del interés protegido; 11. Las exclusiones del amparo de la estabilidad propia (donde propone 8 grupos de exclusiones); 12. Exclusión del amparo de la estabilidad en atención a la confianza muy acusada que se deposita en ciertos empleados y obreros; 13. Tipificación de los altos cargos de confianza; 14. La falta grave del trabajador; 15. Los sistemas de ordenamiento de las causas de despido del trabajador; 16. Las faltas del empleador o actos de hostilidad del empleador en agravio del trabajador; 17. Las situaciones excepcionales de la empresa; y, 18. Procedimientos relacionados con la falta grave, faltas del empleador y las situaciones excepcionales de la empresa.

4. La equidad y la justicia social en el Derecho del Trabajo.- Aquí están desarrollados los grandes temas jus-filosóficos del Derecho del Trabajo. No lo aprecia-

mos tan acabado como el anterior, pero nos parece un estudio magnífico y de la más alta calidad. Contiene los temas: La justicia social es propia del Derecho del Trabajo; prevalencia de la seguridad económica sobre la seguridad jurídica y la certeza del derecho; características de la equidad en las reclamaciones individuales y colectivas de trabajo (dice que lo de las colectivas debe rehacerse aprovechando las orientaciones de su trabajo publicado en el Libro de Homenaje a Francisco de Ferrari); legislación y jurisprudencia sobre la equidad; análisis de los jus-filósofos sobre la aplicación de la equidad en casos jurídicos contenidos en famosas obras literarias; diversas variedades de equidad; y, los cambios sociales y el imperio de la equidad en el Derecho Procesal del Trabajo.

A propósito de este tema jusfilosófico tan importante, permítasenos una pequeña disgresión. Hemos escuchado decir que el Dr. Montenegro era un teórico que no defendía ni se encargaba de labrar jurisprudencia. No es verdad. El influyó grandemente en la jurisprudencia peruana. En el campo del Derecho Social consideraba como ubérrima la tarea jurisprudencial, porque ésta crea determinaciones sobreañadidas a la ley, las cuales predeterminan a las leyes. De acuerdo con VINAGRADOFF decía que la equidad tiene 3 principales funciones: el *«ius adiuvandin, o* sea la función de ayuda o de adaptación de la norma general al caso particular, que es la equidad «secundum ius o secundum legem»; el *«ius suplenti»,* o sea la función integradora del Derecho que suple las lagunas de la ley elucubrando creaciones jurídicas, es la equidad «praeter ius o praeter legem»; y, el *«ius corrigendi», o* sea la función correctora del Derecho, cuando el juez tiene que enfrentarse a normas notoriamente inicuas cuya aplicación sería la negación de la justicia, es la equidad «contra ius o contra legem», que se da con no poca frecuencia en las litis de trabajo.

Con sus apreciaciones jusfilosóficas sobre la equidad sometía a implacable crítica a muchos fallos. Así actuó, por ejemplo, frente a discutidos fallos del Tribunal de Trabajo de La Libertad que había adoptado una posición de avanzada frente al pago de vacaciones no gozadas durante varios años con la remuneración actualizada o indexada del trabajador. Le parecía absurda la Directiva Jurisdiccional del Fuero de Trabajo que dispone pagar las vacaciones no gozadas durante varios años con las remuneraciones diminutas vigentes en aquellas épocas. Decía en vida: no se puede premiar al infractor, hay que aplicar la equidad; el Poder Judicial debe discernir justicia y no injusticia o iniquidad; los magistrados tienen que aplicar llegado el momento el «ius adiuvandi», el «ius suplenti» y el «ius corrigendi» según el caso concreto. Con el Maestro Montenegro, la Filosofía del Derecho del Trabajo entraba a tallar límpida y hermosa en la tarea jurisprudencial.

3. Palabras finales.-

Esta es, en defectuoso resumen, la semblanza del más grande jurista que en nuestro concepto ha producido el norte del Perú, del que puso a Trujillo como la capital del Derecho Peruano del Trabajo para sus pares iberoamericanos. Al celebrar una vez más el Día del Abogado, congratulémonos de que nuestro prestigiado Colegio haya tenido en el Dr. Montenegro Baca uno de sus más conspicuos líderes, y emulemos sus virtudes.

Concluyo parodiando a Du Pasquier: «Sin los grandes juristas de Roma, el Derecho Romano no habría tenido tan alto valor». Agrego: «Sin el gran jurista Montenegro Baca, el Derecho Peruano del Trabajo no habría tenido tan alto valor».

Muchas gracias.