

# CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR MIGRANTE ANDINO: CARENCIAS DE LA REGULACIÓN VIGENTE Y AVANCES PARA SU MEJORA

*Percy Alache Serrano<sup>(\*)</sup>*

## I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento de la migración laboral en la Comunidad Andina de Naciones<sup>(1)</sup> (en adelante, CAN) responde a un proceso de integración regional con el cual se pretende superar las dificultades económicas y sociales que la globalización impone a los países miembros.

Por tal motivo, resulta necesario conocer el tratamiento que le otorga la regulación vigente al trabajador migrante andino, revisar los principales fundamentos para su contratación, así como determinar las carencias existentes y mostrar los avances que se han diseñado para el fortalecimiento y protección de sus derechos fundamentales.

## II. ANTECEDENTES

La CAN, nació como Pacto Andino el 26 de mayo de 1969 con la firma del Acuerdo de Cartagena. Integrada originalmente por Chile, Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia, con el ingreso de Venezuela, que se sumara en 1973, pero sin Chile

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del área laboral de Hernández y Cía Abogados.

(1) Actualmente, los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) son: Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú.

que abandonó el Pacto en 1976, es uno de los procesos de integración regional con mayor trayectoria histórica.

En este bloque de integración regional, el tratamiento de la migración laboral se canalizó en forma concreta y específica en la Decisión 116, denominada “*Instrumento Andino de Migración Laboral - (IAML)*”. Esta Decisión surgió de una iniciativa de la Conferencia de Ministros de Trabajo, que fue aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en febrero de 1977.

Respondiendo a los parámetros de desarrollo de recursos humanos y de empleo regional, propuestos por el proceso de integración, la Decisión 116 tuvo por objeto facilitar el traslado de trabajadores nacionales al territorio de otro país miembro que prestaran servicios personales y subordinados.

En estricto, la Decisión 116 fue considerada una herramienta vital en el proceso de integración regional, dado que contenía definiciones y disposiciones precisas para los diferentes tipos de trabajadores migrantes, establecía procedimientos de contratación de dichos trabajadores por medio de un instrumento operativo: las Oficinas de Migración Laboral, y planteaba los mecanismos para la legalización de los inmigrantes indocumentados<sup>(2)</sup>.

El artículo 12 de la norma citada, sintetizaba los principios sobre los que se basaba: “No podrá haber discriminación alguna en el empleo de los trabajadores migrantes en razón de sexo, raza, religión o nacionalidad. En consecuencia, tendrán idénticos derechos laborales que los trabajadores del país de inmigración, inclusive los alcanzados en convenios colectivos, y recibirán igualdad de trato en lo relativo al ejercicio de los derechos sindicales, con sujeción a la legislación nacional del país de inmigración”.

Sin embargo, la Decisión 116 perdió operatividad, pues no se lograron efectivizar plenamente sus disposiciones, razón por la cual, fue dejada sin efecto a mediados de los años ochenta.

### **III. REGULACIÓN VIGENTE**

#### **1. Ordenamiento Internacional**

Tras varios años sin una regulación expresa sobre la migración de trabajadores, en junio de 2003, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, en su Undécima Reunión, aprobó una reformulación del IAML, conocida como Decisión 545, cuyo objetivo sería el establecimiento de normas que permitan la libre circulación y residencia de los nacionales andinos en la subregión, con fines laborales y bajo relación de dependencia y, además, de manera progresiva y gradual.

---

(2) MÁRMORA, LELIO. *Las políticas de migraciones internacionales*. Alianza Editorial. Buenos Aires, 1997, p. 272.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la Decisión 545, debemos precisar que estamos ante tratado de ámbito regional, aplicable a los países miembros de la CAN y de contenido específico<sup>(3)</sup>, destinado a regular los flujos migratorios con fines laborales en el espacio comunitario.

### 1.1. Definición y clasificación

La Decisión 545 define como Trabajador Migrante Andino (en adelante, TMA) a aquella persona de un País Miembro de la CAN que se traslada a otro País Miembro, con fines laborales, bajo relación de dependencia, ya sea de forma temporal o permanente.

La norma clasifica al TMA de la siguiente manera:

N°	Tipo	Definición
1	Trabajador con desplazamiento individual	Persona de un País Miembro que migra a otro con fines laborales por: (i) haber suscrito un contrato de trabajo bajo relación de dependencia o (ii) tener o responder a una oferta de empleo desde el País de Inmigración <sup>(4)</sup> , bajo relación de dependencia.
2	Trabajador de empresa	Trabajador que se traslada a otro País Miembro por un periodo superior de 180 días, por encargo de la empresa para la cual labora bajo relación de dependencia, sea que la misma ya se encuentra instalada en el otro país o tenga en trámite un proyecto para establecerse o realice un proyecto especial allí.
3	Trabajador de Temporada <sup>(5)</sup>	Trabajador que se traslada a otro País Miembro para ejecutar labores que se cumplen en determinadas épocas del año y que se repiten en periodos equivalentes en cada ciclo, en función de la naturaleza de la actividad productiva.
4	Trabajador fronterizo	Trabajador que manteniendo su domicilio habitual en un País Miembro se traslada continuamente al ámbito fronterizo laboral de otro País Miembro para cumplir su actividad laboral.

En cuanto a las limitaciones, los TMA no podrán ser contratados para desempeñar labores en la Administración Pública, así como en aquellas actividades que sean contrarias a la moral, a la preservación del orden público, a la vida y a la salud de las personas, y a los intereses esenciales de la seguridad nacional.

(3) NEVES MUJICA, Javier. "Derecho Internacional del Trabajo". En: *Ius et veritas* N° 31. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005, pp. 189-190

(4) **País de Inmigración:** es el País Miembro a cuyo territorio se trasladen los nacionales de otro País Miembro, en calidad de trabajadores migrantes.

(5) Para el ingreso de este tipo de trabajadores migrantes al País de Inmigración se requerirá la existencia de un contrato que ampare a uno o varios trabajadores y determine con precisión la labor el tiempo en que la misma se desarrollará. Asimismo, se les deberá garantizar lo siguiente: provisión de alojamiento adecuado, pago de los gastos de traslado, protección y facilidades para el desarrollo de sus actividades laborales, en especial, la libre movilidad de entrada y salida al inicio y término de las labores que van a desarrollar.

## 1.2. Principales derechos que deben garantizarse para la contratación del TMA

De acuerdo con la normativa de la CAN en general y conforme a lo previsto en la Decisión 545 en particular, los países miembros deberán garantizar al TMA el goce del siguiente núcleo de derechos:

- (a) Igualdad de trato y de oportunidades en el espacio comunitario. En ningún caso se les sujetará a discriminación por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual. Aparentemente estaríamos ante una cláusula cerrada de motivos prohibidos; sin embargo, por tratarse de un derecho previsto en un Tratado de Derechos Humanos, debe interpretarse, de modo tal, que no son los únicos prohibidos, sino solo los más perniciosos. Por lo tanto, cualquier otro equivalente, por su utilización histórica o socialmente significativa, debería quedar comprendido<sup>(6)</sup>.
- (b) Sindicalización y negociación colectiva, de conformidad con la legislación nacional vigente en la materia y los Convenios Internacionales del Trabajo, ratificados por el país de Inmigración.

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (CLS) han afirmado una y otra vez los derechos fundamentales de los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, a constituir sindicatos y afiliarse a ellos, así como de gozar de protección contra los actos discriminatorios por razones sindicales<sup>(7)</sup>.

- (c) Acceso a los sistemas de Seguridad Social. Cabe indicar que esta disposición ha sido complementada con la Decisión 583 o “*Instrumento Andino de Seguridad Social*”<sup>(8)</sup>, norma que reconoce a los TMA los mismos derechos y obligaciones en materia de Seguridad Social que a los nacionales de los países miembros de la CAN. De esta manera, se preservan el goce de los siguientes derechos: (i) conservación de los derechos adquiridos y continuidad entre las afiliaciones a los sistemas de Seguridad Social de los países miembros, (ii) otorgamiento de las prestaciones de salud durante su permanencia en otro país miembro, (iii) totalización de los periodos de seguro social, esto es, sumando las contribuciones realizadas en los países miembros donde haya laborado a fin de garantizar el otorgamiento de las pensiones por jubilación, invalidez o muerte, según sea el caso.
- (d) Libertad de transferencia de los fondos provenientes de su trabajo. Esta garantía dependerá de las facilidades que existan en los países miembros para

---

(6) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, p. 109.

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada”. En: *Informe VI, Sexto punto del orden del día, Conferencia Internacional del Trabajo*, 92 reunión. Ginebra: OIT. 2004, p. 83.

(8) Decisión 583, “Instrumento Andino de Seguridad Social”. Esta disposición puede ser encontrada en el siguiente enlace: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d583.htm>>.

viabilizar las transferencias de fondos. Se ha planteado la posibilidad de comprometer a los empleadores en la remisión de los fondos, dado que esto podría resolver la cuestión de los costos y de la duración de la transferencia. Así, los fondos podrían ser enviados ya sea a la cuenta del trabajador migrante en su país o a otra persona, dependiendo de la indicación del primero<sup>(9)</sup>.

En el caso peruano, mediante la Ley 27883 se encuentra regulada la transferencia de fondos previsionales entre el Sistema Privado de Pensiones y otros sistemas previsionales del exterior. En tal sentido, si el TMA decide retornar a su país de origen o se desplazarse a otro país miembro, podrá transferir el capital que haya acumulado en el sistema previsional del Perú al exterior para que forme parte de su futura pensión de jubilación.

Por otra parte, existen otros derechos que se han previsto en favor del TMA, tales como: (i) libertad de transferencia de las sumas adeudadas por el TMA a título de una obligación alimentaria, no pudiendo ser esta en ningún caso objeto de impedimentos; (ii) las rentas provenientes de su trabajo solo serán gravadas en el país en el cual las obtuvo y (iii) libre acceso ante las instancias administrativas y judiciales competentes para ejercer y defender sus derechos.

## 2. Ordenamiento Nacional

En el ámbito nacional, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) emitió dos normas reglamentarias: la Resolución Ministerial N° 279-2004-TR, desarrollada por la Directiva Nacional N° 004-2005-MTPE/DVMT/DNRT y la Resolución Ministerial N° 009-2006-TR. A través de estos instrumentos, se han establecido una serie de criterios para la aplicación de la Decisión 545.

De acuerdo con lo anterior, si el TMA desea ingresar y permanecer en el país como tal, deberá presentarse a la Oficina de Migración Laboral correspondiente<sup>(10)</sup> para efectos de su registro y control.

Concretamente, en nuestro país se exige la presentación de un contrato de trabajo<sup>(11)</sup>, el cual debe contener obligatoriamente la siguiente información: (i) Identificación del empleador, indicando su domicilio, número de identificación tributaria y la actividad económica desarrollada, (ii) Identificación del TMA señalando el número de su documento de identidad o pasaporte, sexo, edad, estado civil, domicilio, nacionalidad, actividad o puesto a ser ocupado por el trabajador y, (iii) Datos de la

---

(9) VAN DOORN, Judith. "Migración, transferencia de fondos y desarrollo". En: *Los trabajadores y las trabajadoras migrantes*. Educación Obrera N° 129. Documento preparado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). 2002, p. 58.

(10) Es la dependencia de los Ministerios de Trabajo de los Países Miembros que garantizará el cumplimiento de lo señalado en la Decisión 545. En el caso peruano la institución encargada es la Subdirección de Registros Generales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

(11) De conformidad con el procedimiento N° 50 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del MTPE, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-2006-TR, el contrato deberá presentarse a través de una solicitud y en tres ejemplares, adjuntando copia del Documento de Identidad o Pasaporte del trabajador migrante andino

contratación, indicando la duración del contrato según las leyes peruanas, remuneración, jornada laboral, beneficios laborales (que no deben ser menores a los previstos para los trabajadores nacionales) y la clasificación del TMA de acuerdo con la Decisión 545 (con desplazamiento empresarial, empresa, temporada, fronterizo).

Al respecto, conviene mencionar que las autoridades administrativas del MTPE suelen realizar un riguroso control de la información requerida, por lo que en caso de omitirse algún dato se dispondrá la inmediata subsanación.

Tras una evaluación de la documentación presentada y de estar ella conforme, la Oficina de Migración Laboral expedirá la certificación que acredite la condición de TMA, facilitándole la información necesaria para su incorporación al trabajo, así como las condiciones generales a las que deberá someterse en nuestro país.

Cabe indicar que, para la contratación de los TMA no resulta de aplicación la normativa de trabajadores extranjeros, razón por la cual, no son exigibles la determinación de los porcentajes limitativos de contratación, ni la presentación de certificados de trabajo que acrediten su experiencia profesional o títulos universitarios que demuestren conocimientos teóricos, debiéndose únicamente cumplir con los requerimientos establecidos en las normas reglamentarias emitidas por el MTPE.

#### **IV. CARENCIAS DE LA REGULACIÓN VIGENTE**

Los problemas de aplicación de la Decisión 545 se deben principalmente a la carente implementación de sus disposiciones en los países miembros de la CAN y, en el caso peruano, por una implementación parcial de dicha decisión.

A todo ello, se suma el hecho que hasta la fecha no se cuenta con un Reglamento Comunitario de la Decisión 545 (en adelante, el Reglamento) que permita la plena operatividad de esta norma a nivel subregional<sup>(12)</sup>.

Entre las disposiciones que el Reglamento deberá complementar, destacamos la determinación del ámbito de aplicación de la Decisión, vale decir, se deberá delimitar concretamente cuáles son los trabajadores comprendidos y tipificarse, de modo expreso, a aquellos que se encuentran excluidos.

Por otro lado y en consonancia con los Tratados sobre Derechos Humanos, debería establecerse en el listado de derechos fundamentales de los TMA las garantías de Seguridad y Salud en el Trabajo<sup>(13)</sup>, el derecho de información de los TMA sobre los derechos previstos en normas sustantivas y adjetivas en el país de inmigración, así como aquellos de carácter migratorio; y por otro lado, el fomento de los derechos de representación y participación en el proceso andino de integración.

---

(12) Resumen de la presentación realizada por los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de Perú durante la misión subregional de difusión de los avances de la experiencia peruana de aplicación de la Decisión 545 “*Instrumento Andino de Migración Laboral*”, de fecha 30 de junio de 2010.

(13) La Seguridad y Salud en el Trabajo se encuentra desarrollada en la Decisión 584 “*Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo*”. Esta disposición puede ser encontrada en el siguiente enlace: <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/d584.htm>>.

Asimismo, el Reglamento deberá precisar si la aprobación del contrato de trabajo del TMA y la acreditación de la calidad migratoria en los países miembros se realizará de forma conjunta o se les otorgará un tratamiento diferenciado. Decimos esto, porque en el caso peruano se ha optado por el modelo diferenciado, requiriéndose en primer término, la aprobación del contrato de trabajo ante el MTPE para en un momento posterior tramitar la calidad migratoria ante la Dirección Nacional de Migraciones y Naturalización (DIGEMIN).

Por tal motivo, se ha sostenido que si bien para la contratación de un TMA no se exige el sometimiento a las reglas aplicables a los trabajadores extranjeros, dicha facilidad no se refleja en las normas migratorias, por lo que el TMA tendrá que seguir pasando por el complicado trámite de obtener su calidad migratoria de trabajador como si se fuera cualquier extranjero<sup>(14)</sup>. Ello, lógicamente afecta al mandato de libre circulación de trabajadores que busca fomentar la CAN.

Por otro lado, una carencia de la regulación vigente que esperamos tendrá una pronta solución es la implementación del Registro del Trabajador Migrante Andino-RETMA<sup>(15)</sup>. Como es sabido, a través de este mecanismo se pretende brindar información oportuna y confiable sobre los TMA registrados ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sus condiciones de trabajo y el cumplimiento por parte de los empleadores de sus obligaciones laborales.

Actualmente, solo contamos con el siguiente cuadro estadístico que gráfica el número de contratos de TMA presentados a nivel nacional:



DIRECCIÓN NACIONAL DE RELACIONES DE TRABAJO

DIRECTIVA NACIONAL N° 004-2005-MTPE/DVMT/DNRT

CONSOLIDADO DEL TRABAJADOR MIGRANTE ANDINO  
II TRIMESTRE - 2008

N°	DRTPE	ABRIL				MAYO				JUNIO				TOTAL GENERAL
		Boliviano	Colombiano	Ecuatoriano	Total	Boliviano	Colombiano	Ecuatoriano	Total	Boliviano	Colombiano	Ecuatoriano	Total	
1	Ancaash	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
2	Arequipa	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
3	Ayacucho	N/R	N/R	N/R	0	-	-	-	0	-	-	-	0	0
4	Cajamarca	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
5	Cusco	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
6	Huanuco	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	-	-	-	0	0
7	Ica	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
8	Loreto	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	1	N/R	N/R	1	1
9	Madre de Dios	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	N/R	0	0
10	Piura	1	N/R	N/R	1	N/R	N/R	N/R	0	N/R	N/R	1	1	2
11	Lima	23	109	31	163	14	88	40	142	23	90	42	155	460
12	Callao	N/R	N/R	N/R	0	N/R	2	N/R	2	N/R	2	N/R	2	4
TOTAL		24	109	31	164	14	90	40	144	24	92	43	159	467

Observación : N/R : Comisario que no se Registro ningún Trabajador Andino  
(-): Faltó Enviar Información

(14) PUNTRIANO ROSAS, César. "Igualdad de trato en la migración laboral". En: *El Peruano*, Lima 5 de noviembre de 2009.

(15) Creado por la Directiva Nacional N° 004-2005-MTPE/DVMT/DNRT.

Si bien se tiene un dato concreto respecto de la utilización de los contratos de trabajo de TMA, consideramos que ello resulta insuficiente, pues resultaría conveniente contar con información sobre los sectores económicos donde se desempeñan, qué tipo de beneficios vienen percibiendo y las condiciones en las que se encuentran laborando.

## **V. AVANCES**

Ciertamente, existe plena disposición por parte de los países miembros de la CAN por dotar de contenido y operatividad a la Decisión 545, de modo tal, que se brinden mayores facilidades para libre circulación de trabajadores, pero con el consecuente respeto y garantía de sus derechos fundamentales.

Para tal efecto, en el ámbito comunitario, se vienen realizando reuniones de coordinación entre los funcionarios de los Ministerios de Trabajo de los países miembros con el objetivo de fortalecer la normativa sobre migración laboral y compartir las medidas que se han adoptado en sus países a favor de los TMA. De igual modo, existe un permanente interés por llegar a un consenso y lograr la aprobación del tan esperado Reglamento de la Decisión 545.

En sede nacional, mediante el Decreto Supremo N° 004-2010-TR, el MTPE ha dispuesto la creación de la Dirección de Migración Laboral con determinadas funciones a fin de contribuir al desarrollo y mejoramiento de las condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes.

Del mismo modo, se ha implementado el portal electrónico “*Perú Infomigra*” con el objetivo de ofrecer a los trabajadores que laboran o desean laborar en el exterior así como aquellos que quieren retornar a nuestro país, información y orientación, veraz y confiable sobre el proceso de migración laboral.

Debemos indicar que el portal está dirigido a cuatro potenciales usuarios: aquellos que desean trabajar en el extranjero; quienes quieren retornar a nuestro país; quienes ya laboran en el exterior; y, para los extranjeros que trabajan o quieren trabajar en el Perú.

Para el caso de los peruanos que desean viajar al exterior, se ha diseñado un esquema que empieza advirtiéndoles sobre las implicancias y dificultades de la migración laboral, para luego facilitarles el acceso a información sobre la situación del mercado laboral en la Unión Europea y la Comunidad Andina.

Con estas facilidades, se pretende que los trabajadores adopten una decisión informada y realista respecto a la posibilidad de emigrar o no.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como hemos podido advertir, si bien resulta loable la intención de permitir la libre circulación y contratación de los TMA en el ámbito de la CAN, mediante el cumplimiento de determinadas obligaciones, existen algunas carencias de la regulación vigente que impiden la plena operatividad y utilización de esta figura contractual laboral.

En consecuencia, las medidas que deben implementarse y que entendemos se vienen discutiendo al interior de la CAN, están destinadas a buscar la reciprocidad entre los países miembros a fin de que todos los trabajadores del bloque regional reciban un trato laboral igualitario, de manera que un TMA de un país miembro pueda encontrar en otro un empleo con el pleno reconocimiento de sus derechos laborales fundamentales sin restricción de ninguna clase.