

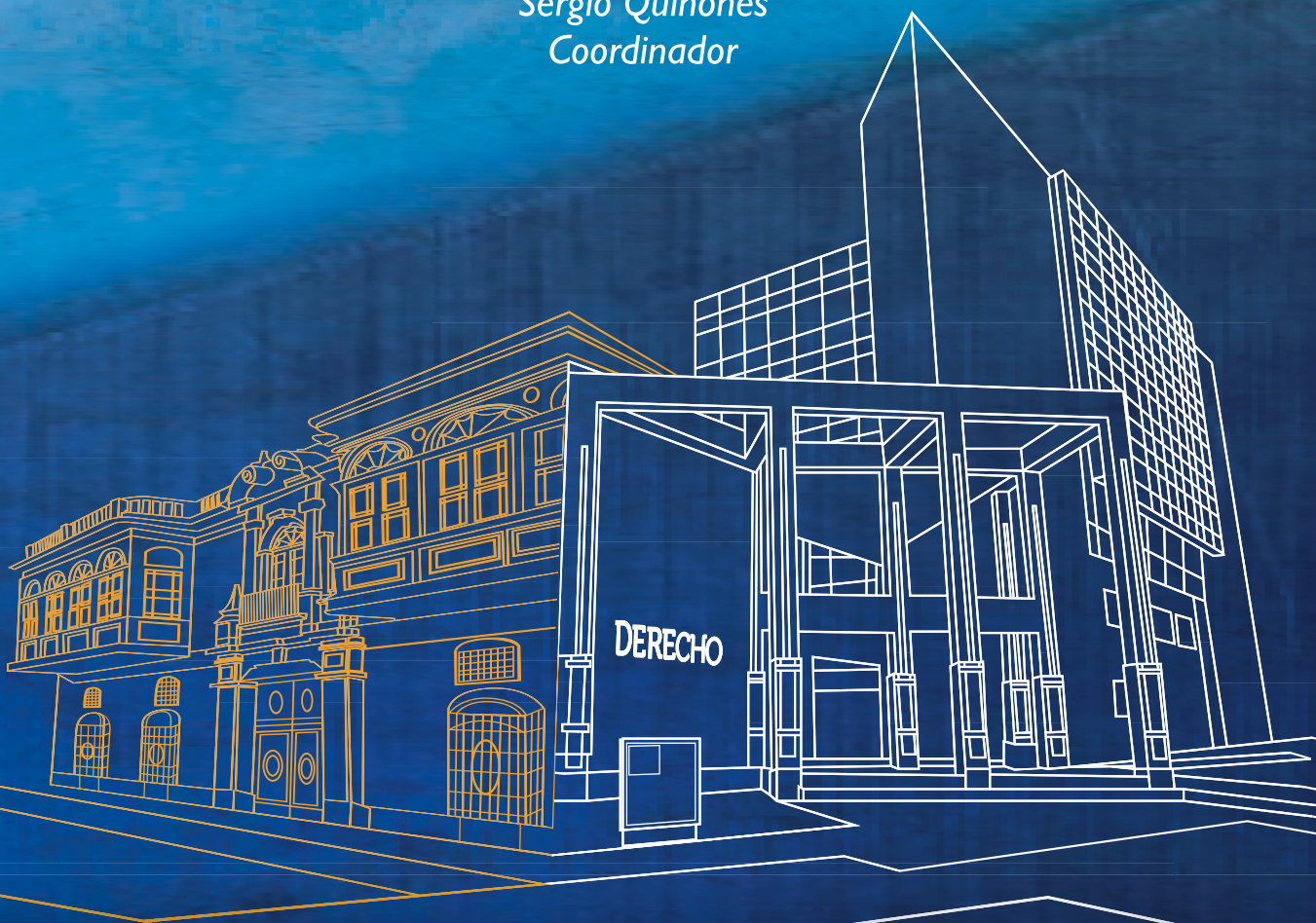


COLECCIÓN
CENTENARIO

EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ACTUALIDAD: PROBLEMÁTICA Y PROSPECTIVA

ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA FACULTAD
DE DERECHO PUCP EN SU CENTENARIO

Sergio Quiñones
Coordinador



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

EL DERECHO DEL TRABAJO
EN LA ACTUALIDAD:
PROBLEMÁTICA Y PROSPECTIVA
Estudios en homenaje a la Facultad de
Derecho PUCP en su centenario

**EL DERECHO DEL TRABAJO
EN LA ACTUALIDAD:
PROBLEMÁTICA Y PROSPECTIVA**
Estudios en homenaje a la Facultad de
Derecho PUCP en su centenario



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva.
Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913 www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Coordinación: Sergio Quiñones Infante y Alfredo Villavicencio Ríos
Diseño de cubierta: Ronald Andia
Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.
Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera edición: junio de 2019
Tiraje: 300 ejemplares
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.º 2019-07359
ISBN: 978-612-4440-02-1

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Publicado en junio de 2019.

Índice

Presentación	9
1. Ética y Trabajo	11
La ética del trabajo como elemento de productividad laboral, <i>Antonio Ojeda Avilés</i>	13
El cuerpo y el alma del derecho del trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar, <i>Alfredo Villavicencio Ríos</i>	39
2. Nuevas tecnologías y transformaciones empresariales	63
La noción de trabajador y el ámbito de aplicación del derecho del trabajo: estancamientos y transformaciones, <i>Carlos Palomeque López</i>	65
Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo, <i>Juan Gorelli Hernández</i>	83
Transformaciones de la empresa e identificación del empleador, <i>Wilfredo Sanguineti Raymond</i>	109
El poder de dirección y el uso de nuevas tecnologías, <i>Orlando de las Casas de la Torre Ugarte</i>	123
La subordinación en las nuevas plataformas de servicios, <i>César Puntriano Rosas</i>	137
La intimidad del trabajador en el marco de las nuevas innovaciones tecnológicas: tensiones comunes, <i>Roberto Matallana Ruiz</i>	153
3. Problemática y prospectiva para la protección social en el Perú	171
El dilema del sistema de pensiones peruano: ampliar su baja cobertura y lograr su sostenibilidad, <i>César Gonzales Hunt</i>	173
Perspectivas del derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el siglo XXI, <i>Estela Ospina Salinas</i>	205

La terminación de la relación laboral de los profesores universitarios por límite de edad, <i>Javier Neves Mujica</i>	237
El deber de prevención en la jurisprudencia y la imprudencia de la víctima en la responsabilidad por accidente de trabajo, <i>César Lengua Apolaya</i>	245
La acomodación razonable como tutela del trabajador con discapacidad en el régimen laboral peruano, <i>Daniel Ulloa Millares</i>	269
La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia, <i>Paul Cavalié Cabrera</i>	285
3. Otros retos del derecho del trabajo en el Perú y América Latina	307
El Estado peruano y su vínculo con la OIT a cien años de su creación, <i>Sergio Quiñones Infante / Teresa Torres Chávez</i>	309
Informalidad laboral e inspección del trabajo: reglas nuevas para un viejo problema, <i>Ítalo Mortola Román / Luis Mendoza Legoas</i>	325
Los Acuerdos de Libre Comercio en el ámbito laboral peruano, <i>Miguel Canessa Montejo</i>	339
Comentarios sobre el numeral 2.5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad denominado «Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno», <i>Christian Sánchez Reyes</i>	355
Las decisiones jurisdiccionales formales frente a los principios de la NLPT, <i>Manuel de Lama Laura</i>	373
Los derechos laborales constitucionales: 25 años después, <i>Jorge Toyama Miyagusuku</i>	387
Migración laboral internacional: algunas consideraciones a la luz del derecho del trabajo, <i>Raúl Saco Barrios</i>	401
La determinación de la norma más favorable. (Una lectura desde los clásicos), <i>Jorge Rosenbaum Rimolo</i>	433
4. Las relaciones colectivas de trabajo	455
Claroscuros en la evolución reciente de las decisiones sobre derecho de huelga del Comité de Libertad Sindical de la OIT (2006-2018), <i>Hugo Barretto Ghione</i>	457
El procedimiento de divergencia, <i>Willman Meléndez Trigoso</i>	469
<i>Vuelta de tuerca</i> en la discusión sobre la negociación colectiva en el sector público, <i>Kenny Díaz Roncal</i>	487

Presentación

Toda fecha conmemorativa es una invitación natural a reflexionar acerca del camino que las instituciones, organizaciones o personas hemos recorrido, a la vez que un impulso para pensar detenidamente en los avances, cambios o eventuales retrocesos que pudiesen haberse producido en nuestro trayecto. Y cuando lo que se conmemora es nada más y nada menos que el primer centenario de una institución de la importancia y el prestigio que tiene la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), aquel ejercicio de reflexión es, sin duda alguna, de un alcance y de una profundidad muchísimo mayores.

Precisamente por ello, desde un tiempo atrás las diversas áreas temáticas que integramos la Facultad de Derecho de la PUCP hemos venido desarrollando un conjunto de actividades y proyectos académicos cuyo eje central ha sido la evaluación de los cambios y transformaciones que se han dado y vienen aún produciéndose en los distintos campos de nuestras disciplinas jurídicas. Así, la «Biblioteca Centenario» engloba una colección de libros conmemorativos por el primer centenario de nuestra entrañable Facultad de Derecho; y, en el caso particular del Área de Derecho Laboral, la colección incluye la obra colectiva que ahora presentamos y que hemos titulado *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva*.

Este libro cuenta con la contribución de más de 25 autores nacionales y extranjeros, y busca generar un espacio académico de reflexión y difusión de conocimientos en torno a los principales problemas que afronta actualmente el derecho del trabajo como disciplina jurídica y, sobre todo, respecto a los retos y posibilidades que se le presentan en el futuro próximo.

Dada esta temática transversal entre las diferentes materias académicas, el libro se ha estructurado en cinco grandes capítulos. En el primero de ellos se aborda el trabajo y el derecho del trabajo en perspectiva, e incluye la colaboración del profesor Antonio Ojeda, con un estudio sobre la ética del trabajo como elemento de productividad laboral, y del profesor Alfredo Villavicencio, con un ensayo titulado «El cuerpo y el alma del derecho del trabajo».

El segundo capítulo tiene como eje temático articulador a las nuevas tecnologías de la información y las transformaciones empresariales. En este apartado se incluyen los trabajos de reconocidos catedráticos internacionales como Manuel Palomeque («La noción de trabajador y el ámbito de aplicación del derecho del trabajo: estancamientos y transformaciones»); Juan Gorelli («Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo»); y Wilfredo Sanguineti («Transformaciones de la

empresa e identificación del empleador»). Asimismo, participan docentes de nuestra casa de estudios, como Orlando de las Casas («Poder de dirección y uso de nuevas tecnologías»); César Puntriano («La subordinación en las nuevas plataformas de servicios»), y Roberto Matallana («La intimidación del trabajador en el marco de las nuevas innovaciones tecnológicas: tensiones comunes»).

El capítulo tercero versa sobre la problemática y prospectiva para la protección social en el Perú, y comprende los artículos titulados «El dilema del sistema de pensiones peruano: ampliar su baja cobertura y lograr su sostenibilidad», del profesor César Gonzales; «Perspectivas del derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el siglo XXI», de la profesora Estela Ospina; «La terminación de la relación laboral de los profesores universitarios por límite de edad», del profesor Javier Neves; «El deber de prevención en la jurisprudencia y la imprudencia de la víctima en la responsabilidad por accidente de trabajo», del profesor César Lengua; «La acomodación razonable como tutela del trabajador con discapacidad en el régimen laboral peruano», del profesor Daniel Ulloa; y «La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia», del profesor Paul Cavalié.

El cuarto capítulo tiene por finalidad reflexionar sobre los retos del trabajo en el Perú y América Latina, a cuyo efecto se incluye el trabajo del doctor Jorge Rosenbaum titulado «La determinación de la norma más favorable: una lectura desde los clásicos», así como la colaboración en coautoría de los profesores Sergio Quiñones y Teresa Torres, «El Estado peruano y su vínculo con la OIT a cien años de su creación», y el de Ítalo Mortola y Luis Mendoza, «Informalidad laboral e inspección del trabajo: reglas nuevas para un viejo problema». Igualmente, en esta sección encontramos los artículos titulados «Los Acuerdos de Libre Comercio en el ámbito laboral peruano», del profesor Miguel Canessa; «Comentarios sobre el numeral 2.5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad denominado “Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno”», del profesor Christian Sánchez; «Las decisiones jurisdiccionales formales frente a los principios de la NLPT», del profesor Manuel de Lama; y «Los derechos laborales constitucionales: 25 años después», del profesor Jorge Toyama.

Finalmente, en el último apartado se abordan las relaciones colectivas de trabajo y se incluye la colaboración del doctor Hugo Barretto, «Claroscuros en la evolución reciente de las decisiones sobre derecho de huelga del Comité de Libertad Sindical de la OIT (2006-2018)»; y de los profesores Willman Meléndez, «El procedimiento de divergencia», y Kenny Díaz, «*Vuelta de tuerca* en la discusión sobre la negociación colectiva en el sector público».

Sergio Quiñones Infante

Profesor Coordinador del Área de Derecho Laboral

ÉTICA Y TRABAJO

La ética del trabajo como elemento de productividad laboral

Antonio Ojeda Avilés
Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.
Doctor Honoris Causa por la PUCP

1. Introducción al trasfondo

En este homenaje a la Pontificia Universidad Católica del Perú debo aclarar ante todo que parto de una fuerte duda motivada por mi interés en escudriñar la metaexistencia, lo que hay detrás del trabajo de los seres humanos más allá de la motivación existencial. ¿Qué impulsa a una persona a trabajar con ahínco, cuando podría laborar menos para ganar el sustento; qué la lleva a dar muchas veces lo mejor de sí misma? ¿Es solamente la pura vanidad, la fama, o para que un impulso superior y mantenido en torno a duro banco del trabajo es preciso una motivación de mayor relieve? Movidio por la curiosidad, procedo a estudiar en las páginas que siguen los diversos trasfondos, y encuentro que es principalmente el religioso el que puede darnos una explicación más acabada de, por ejemplo, la laboriosidad que se atribuye a los europeos del norte, ya sean alemanes, holandeses, suecos o británicos, para haber trazado un surco de bienestar en sus respectivos países; y lo mismo cabría decir de los norteamericanos medidos en su conjunto, a partir de su no muy lejano nacimiento como país.

Claro que hay otras posibles motivaciones en el trasfondo para un comportamiento laborioso o, por el contrario, refractario al trabajo. La doctrina económica institucionalista, especialmente con Douglass North, ha vuelto su mirada hacia la mayor o menor eficiencia de las instituciones públicas, o del poder público, a la hora de apoyar el progreso o —al contrario— de dirigir a un país por la senda equivocada hasta su perdición en guerras, vicios y pobreza. Y sin duda que desde una perspectiva histórica hemos de tener bien presentes los detalles del Ordenamiento de cada país, y contraponer por ejemplo datos como la creación por Guillermo de Normandía de los jueces del rey en su nuevo dominio de Inglaterra (1066) para imponer una justicia unitaria y por encima de la corrupta y arbitraria justicia señorial, o la fuerte protección de los inventos y los derechos de autor, que permitió la enorme proliferación de los inventos en el Reino Unido de la primera Revolución Industrial. Enfrente tendríamos las veleidades del poder que he denominado «tantálico» (por Tántalo, el rey que ofreció a los dioses de comer a sus hijos para atraerse sus favores), en países sobre todo asiáticos donde los gobernantes, incluso democráticos, no dudan en abrir sus territorios a las multinacionales para que instalen en ellos un poder despótico y abusivo sobre sus trabajadores, a cambio de despegar económicamente, algo que por fortuna se ha frenado en los últimos años tras sonados

escándalos como los de Nike en Asia durante decenios, Bangladesh en los 2000, o Russell's Athletics en Honduras 2008. Y no solamente esas veleidades. En un libro muy conocido, de Acemoglu y Robinson, que lleva el sugestivo título de *Por qué fracasan los países*, los autores establecen una división de las naciones del mundo con base en la actitud de sus respectivos gobiernos, dando origen a los que denominan «estados inclusivos» y «estados extractivos» (Acemoglu & Robinson, 2012). Los primeros, que apoyan a sus ciudadanos con políticas generosas y económicamente inteligentes y sociales, son por ejemplo Estados Unidos y Gran Bretaña; los segundos, cuyo afán se resume en abrumar de impuestos y obligaciones a los ciudadanos, son por ejemplo Francia y España. Y el ejemplo más abrumador de ambos tipos de países que presentan ya en las primeras páginas del libro es el de la ciudad de Nogales, cortada en dos mitades por la frontera Estados Unidos/México, con una parte estadounidense limpia y floreciente, y una parte mexicana hundida en la miseria y la droga. Claro que la distinción nos sirve, y mucho, para aplicarla correctamente y con una menos patriótica interpretación de la historia.

Hay otras posibilidades de interpretar la historia de los países que no contemplan la religión o los gobiernos como principales causantes de su destino. Existe una especialmente brillante que considera la educación general en un país como autora principal del desarrollo o miseria, pero nótese que educación con una connotación religiosa. Cuando Lutero rompe con la Iglesia católica y proclama el libre examen de la Biblia, traduciendo del latín al alemán los evangelios y proclamando que nadie debía interponerse entre Dios y el creyente, pues el papa y la Iglesia eran los principales pecadores, todo el norte de Europa —a comenzar en Suecia— se puso a estudiar la Biblia en torno a la mesa familiar, los padres con los hijos, todos los días. Para lo cual los padres debieron aprender a leer y después enseñar a hacerlo a los hijos. Más aún: surgieron escuelas parroquiales y locales, primero, y estatales, después, en las que la enseñanza tuvo un motivo inmenso para espolear voluntades. Y a la lectura siguió la aritmética, la filosofía, la física, la geografía... Al otro lado del continente, en el sur, la Iglesia católica proclamaba la intangibilidad del dogma y perseguía a quienes se atrevían a opinar de manera diferente; en los casos extremos «relajaban» a los impíos al «brazo secular» para que les hiciera confesar y, en su caso, castigar por sus muchos pecados. Leer estaba mal visto, salvo si se hacía en las casas de la Iglesia, y la ignorancia venía estimulada entre la población.

Algo falla, empero, en tan magnética visión del problema de la prosperidad de unos y la pobreza de otros. En Francia o en Italia hubo tantos filósofos, inventores y, en general, intelectuales, como en los países nórdicos, y hasta diría, mejor, muchos más. Francia e Italia lideraron durante siglos la cultura europea, incluso cuando el Mediterráneo se agotó y el Atlántico surgió como la nueva oportunidad de riqueza. En cuanto a España, un país escueto que a fines del siglo XV recibe dos inmensas herencias, la borgoñona y la castellana, y su primer administrador, el emperador Carlos, la dilapida en batallas por la hegemonía europea contra el rey Francisco y Enrique VIII,¹ arrastrando a la miseria al país que le había acogido, bien puede tener otros motivos que expliquen su compleja existencia.

1 Hay un extraordinario libro sobre la «compra» de la corona imperial (emperador del Sacro Romano

Y aun cuando hoy día no sea la dirección predominante de los economistas, el argumento geográfico tiene su importancia, al menos para explicar el despegue de (una parte de) Europa. De la misma forma que existe una diferencia entre la España húmeda y la España seca, rica la primera, en dificultades la segunda, también podemos hablar de los países donde surgen los destellos de riqueza no vinculada a Oriente, y me refiero a Inglaterra y Flandes (o, si se quiere, a Inglaterra, Holanda y Bélgica), como países de grandes cosechas e inmensos pastos donde cultivar alimentos y ovejas de buena lana.

Queda, en fin, otro elemento en el trasfondo de la actitud de las personas a la hora trabajar, y es el cultural de las élites dirigentes de cada pueblo, y que me atrevería a decir está presente en las leyendas de todos los países, en sus héroes legendarios que surgen en muchos casos escritas por manos anónimas o de dudosa procedencia y que nos señalan una idea, un pensamiento, en torno al trabajo para otro. En la Edad Media europea surgieron varios de esos arquetipos que parecen haber marcado el «estilo» nacional: Roldán en Roncesvalles, el estilo imperial francés, voluntarioso y fiel; Marco Polo en China, el carácter italiano, dialogante y curioso; Arturo y Lanzarote en Camelot, la cooperación británica entre el empleador y el empleado; el Cid en Castilla, la lealtad española, recelosa y digna; Sigfrido y el tesoro de los nibelungos, la voluntad alemana de llegar hasta el final. En otros países el arquetipo puede ser posterior, pero siempre coincidente con el nacimiento de una nación: la dignidad argentina de trabajador libre, plasmada con matices en *Facundo*, *Martín Fierro* o *Don Segundo Sombra* (Sarmiento, 1874; Hernández, 1872, 1897; Güiraldes, 1926).² O quizá el hombre libre que eventualmente trabaja pero que se muestra por encima del trabajo, como el propio Walt Whitman en *Hojas de hierba* (1855), arquetipo literario norteamericano.

De todo ello, a los países latinoamericanos posiblemente corresponda una ética mixta, entre europea y americana, y un arquetipo que deba mucho al del Cid, salvo en Argentina, con la hibridación italiana, y a Brasil, con la mirada indigenista de José de Alencar o la visión universal de Machado de Assis.

En lo que sigue me centraré en los modelos de ética social, dejando quizá para alguna otra ocasión el análisis de los arquetipos humanos que están detrás de las actitudes nacionales hacia el trabajo.

Imperio Germánico) por Carlos V de Alemania en directa competencia con los otros dos aspirantes, Francisco I y Enrique VIII, libro debido a Wyndham Lewis (1942), donde el derroche de dinero en armas, conflictos y batallas por la supremacía en el continente viene contemplado más bien como resultado de aquellos años en los que el rey Carlos, aprovechando su ascendencia flamenca y el dinero que llegaba de América, gastó inmensas sumas en comprar el voto de los príncipes electores.

2 El tercero es en parte protesta por la política del presidente Domingo Faustino Sarmiento (autor de *Facundo*) de reclutar gauchos forzosos para la guerra contra los indios. Su relación se plasma con el colega policía Cruz y el viejo y avaro Viscacha más que con el patrón, apenas vislumbrado. «Necesitamos dinero / y laburar no nos dejan. En cuanto nos ven se alejan / por miedo a ser asaltados. No seríamos renegados / si un buen trabajo nos dieran. Nuestros hijitos no tienen / comida, casa o escuela. No son jóvenes siquiera / cuando empiezan a trabajar. Ni queriéndolo intentar / oportunidad les queda». Son historias de la pampa, pero muestran a un gaucho trabajador o integrado y fraternal, no tan desgarrado como *Martín Fierro* ni tan politizado como *Facundo*

2. Modelo social y ética del trabajo en las relaciones laborales³

Desde hace años el derecho del trabajo atraviesa por todas partes una profunda crisis, que se traduce en Europa en la reducción y supresión generalizada de derechos laborales, y en otras regiones en todo lo contrario, una gradual mejora de la situación social. No es que atravesemos una etapa nueva, jamás producida, porque el derecho del trabajo se ha instalado en la crisis permanente desde sus propios inicios, si por crisis entendemos la reforma permanente que acompaña a la intensa evolución de la economía. Pero hay algo nuevo en estas transformaciones que nos ha tocado vivir con el cambio de siglo, y es su globalidad, con un sentimiento de *fin de siècle*, de desmoronamiento general de los principios que han animado al derecho del trabajo y que con enorme pasión desplegaron los maestros a ambos lados del océano Atlántico. En Europa, la intensificación de ese movimiento tiene lugar cuando uno de los países líderes, Alemania, pone en marcha un bloque de reformas en 2004 denominado con el apellido de su autor, Harz IV, a instancias del gobierno socialdemócrata de Schröder. Con la crisis financiera de 2008, el retroceso de los derechos laborales ha sido general y profundo, sobre todo en los países PIIGS.⁴ Pero mucho antes se venía hablando de la «huida del derecho del trabajo» y del «discreto retorno del arrendamiento de servicios» como idea del abandono de los postulados y principios característicos de esta rama del derecho.

Ya hace tiempo que Bob Hepple habló de la «carrera hacia el fondo» de los derechos laborales (*race to the bottom*) que coincide con la globalización y con el debilitamiento sindical, si bien podríamos hablar similarmente de una carrera hacia arriba (*race to the top*) en los países en vías de desarrollo. Ambos movimientos podrían inducirnos a un confortante sentimiento de que al final llegaremos a una situación intermedia, de convergencia de todos los países en lo que podríamos denominar un derecho común del trabajo. Sin embargo, esa evolución no es segura, si advertimos hasta qué punto el empleo es frágil en todos los países, con una población mundial en crecimiento y envejecimiento galopantes que en un contexto de competencia global presiona sobre los legisladores en un sentido más bien reductivo de derechos. Grandes flujos migratorios vuelven a producirse en torno a las fronteras de Estados Unidos, de la Unión Europea, de las ciudades industriales chinas, y el continente africano se está vaciando literalmente en una emigración general.

Los grandes cambios no solo afectan al derecho del trabajo, parece innecesario advertir. Toda la economía sufre un intenso proceso de globalización cuyo resultado provisional parece ser el de una pérdida de influencia de los países desarrollados y un galopante crecimiento, con cifras de hasta dos dígitos, de China y los demás países BRICS.⁵ Se divisa como algo inminente un cambio de las hegemonías mun-

3 Lo que sigue es en buena parte reproducción de un escrito anterior: «Modelo social y ética del trabajo en las relaciones laborales». *Revista Trabajo y Seguridad Social* CEF, número 379, octubre de 2014.

4 Acrónimo anglosajón algo ofensivo que comprende a Portugal, Irlanda, Italia, Grecia y España, similar a otra denominación, esta vez francesa, de «Club Mediterráneo». Pero reformas profundas se han puesto también en marcha en Francia, Países Bajos, Suecia y, como ya se ha indicado, en Alemania.

5 Países-región, como se sabe: Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

diales, una traslación del eje económico, en el que no podemos ya afirmar que los denominados «países occidentales» ostenten un predominio tan claro en el panorama internacional.

Tan profundos cambios económicos, puestos en relación con las paralelas transformaciones del derecho del trabajo —al menos en Europa y Asia—, nos llevan a interrogarnos sobre el mantenimiento de los paradigmas que han sobrevivido incólumes como motores de aquel durante al menos dos siglos. ¿Podemos decir que el derecho del trabajo es similar al que animaba las relaciones industriales de los años 1980, por ejemplo? La mera comparación de las cifras de sindicación y de negociación colectiva nos lleva a la respuesta negativa. Sobre todo los principios básicos, como el de norma más favorable o el de realidad, parecen haber desaparecido silenciosamente. Incluso el contrato de trabajo desaparece con frecuencia entre modalidades de servicios que dicen regirse por el derecho mercantil o el derecho civil.

En un panorama tan globalizado, la mejor manera de entender cuál sea la evolución consiste en escudriñar los cambios habidos en los modelos normativos, o núcleo sustantivo del derecho del trabajo, el conjunto de rasgos típicos que presta unidad e impulsa en una dirección concreta al entero sistema de normas laborales de un país o grupo de países. Conocemos bastante bien el «modelo social europeo», y aun dentro de él podemos distinguir varios subsistemas, pero en el momento presente hay otros modelos que pugnan con él por la supremacía mundial, y de esa pugna resultan los cambios de orientación actuales. Hacia 1990, Francis Fukuyama ofreció una primera valoración que tuvo mucho éxito, pero que ha quedado superada por los acontecimientos (Fukuyama, 1994). En su ensayo sobre «el fin de la Historia», consideraba que la caída del Muro de Berlín había significado la prevalencia final del modelo democrático liberal, que quedaba de esta forma enseñoreado del panorama mundial sin contrincantes de relieve, aun cuando tuviera por delante todavía mucho camino por recorrer. En realidad daba testimonio de la victoria del capitalismo liberal sobre el socialismo de Estado, y aventuraba el final de las ideologías y el advenimiento del cientificismo, en especial de la ciencia económica como parámetro general para orientar a la política. Pero ahí no acaba la historia: de inmediato la tensión se entabla entre dos modelos de capitalismo, como apuntó con inteligencia Albert (1992): el neoamericano y el renano, para significar la distinta visión de un capitalismo liberal y otro de economía social de mercado.⁶

En la esfera jurídica y, más aún, en el derecho del trabajo, las cosas son más complicadas. Así, por ejemplo, J. M. Servais ha propuesto una distinción entre el modelo social europeo, el modelo norteamericano y el modelo japonés y coreano (Servais, 1999). En estas líneas seguiremos para obtener con alguna claridad un hilo conductor que puede parecer extraño, el de la ética del trabajo que está detrás de cada uno de los modelos en presencia. Por ética del trabajo hemos de entender, no tanto la doctrina social de una Iglesia determinada, cuanto el imperativo categórico o modelo de comportamiento seguido en las relaciones laborales por un grupo

⁶ Para Albert, el capitalismo renano se hallaría en Alemania, Suiza, Bélgica, Países Bajos, Europa del Norte y, relativamente, también en Japón. En ese mismo paralelismo, pero equiparando capitalismo renano con modelo europeo, se sitúan, entre otros, Hutton, 2002; Sattzinger, 2003.

de países determinados. Hace ya poco más de un siglo que Max Weber publicara su impactante análisis de la relación del capitalismo con el protestantismo (Weber, 1904, 1905), y aquí seguiremos un enfoque similar, es decir, escudriñar la posible influencia de una determinada ética sobre la configuración de un modelo laboral, partiendo de la base de que no cabe determinismo alguno en esa relación, pues puede romperse en casos concretos.⁷ Hoy día los enfoques prevalentes sobre el derecho del trabajo olvidaron las inspiraciones éticas y giran más bien en torno a las técnicas jurídicas reguladoras del empleo y del contrato de trabajo; incluso alguno de estos modelos difícilmente podremos calificarlo como ético si predicen la plena sumisión de una parte a la otra. De ahí que podríamos aceptar como válida la teoría expuesta también por el propio Max Weber sobre los tipos de dominación cuando distinguía entre las posibles legitimidades que respaldan el mando y la obediencia en una sociedad determinada (Weber, 1922): la legitimación legal-racional, la legitimación tradicional, y la legitimación carismática.⁸ A pesar de las limitaciones del cuadro sugerido, pues el modelo legal es muchas veces la consolidación del tradicional o del carismático y se omiten dos modelos tan importantes como los tres descritos por el sociólogo,⁹ la enseñanza de base permanece firme: el hecho de que los individuos no se someten fácilmente unos a otros, por lo que de ordinario se busca una fuerza moral o racional en la que basar la pretensión de dominio. De todas las indicadas, probablemente la que tiene mayor poder de tracción es la legitimación ética o religiosa, y en torno a ella vamos a estructurar los modelos sociales actuales, sin perder de vista las enseñanzas de Max Weber.

Analizaremos cuatro modelos dominantes en el momento presente, antes de reflexionar sobre el conflicto que los enfrenta. Se trata de modelos continentales, que abarcan varios países y que por su expansionismo se disputan el predominio mundial en la actualidad. Y contra la aspiración de algunos países, de poder elegir

7 Junto a la ética del trabajo podrían también mencionarse con el mismo grado de influencia las condiciones geoestratégicas que procuran la riqueza de un país por las características de su territorio, ya sea su centralidad para el comercio, ya los depósitos de su subsuelo, etcétera. Se trata de un tema extenso en el que no podemos entrar en tan breve espacio.

8 Weber habla de los tres «tipos puros de dominación legítima», pareciendo vacilar al referirse a la primera, pues en unas ocasiones la cita como dominación *racional* y en otras en cambio como dominación *legal*, centrándose además en la variante *burocrática* sustentada en un cuadro administrativo burocrático. En la dominación tradicional comprende los supuestos de gerontocracia, patriarcalismo y patrimonialismo —en esta última incluye los supuestos «estamentales», «sultanistas» y «tradicionales» (Weber, 1922, p. 185). Y en la dominación carismática profundiza en la rutinización del carisma y sus efectos, por ejemplo en la estructura feudal, así como la transformación antiautoritaria del carisma, por ejemplo mediante la elección plebiscitaria. Aquí Weber se aproxima peligrosamente, a tenor de la época en la que escribe —los años posteriores a la Primera Guerra Mundial—, a la emergencia de los líderes populistas de aquella época, que surgen en Italia en 1919.

9 La dominación religiosa, todavía muy corriente en los países musulmanes, y la dominación empresarial, del empresario sobre los trabajadores, tienen importancia y sustantividad propias como para considerarlas algo más que subespecies de la dominación tradicional. Weber ni siquiera los menciona, como no sea muy brevemente y *obiter dicta* (Weber, 1922, p. 193) al hablar del nacimiento del capitalismo en la Edad Media y remitirse a un momento posterior de su obra, en donde ya se habla genéricamente de la sociología de la economía y de la sociología de la religión (Weber, 1922, vol. I, pp. 273 y ss. y 328 y ss.).

el modelo más aceptable o más ajustado a su idiosincrasia¹⁰ no parece existir una opción semejante, pues la victoria de un modelo sobre otro se produce de manera fáctica en el terreno de la economía.

3. Modelo social europeo

Servais nos ha legado la mejor síntesis que conocemos de los elementos de este modelo: diálogo social entre los interlocutores sociales, tripartismo, intervencionismo del Estado como árbitro supremo en las relaciones laborales, seguridad social pública (Servais, 1999, pp. 81 y ss.). Quizá por su mayor antigüedad, el modelo europeo muestra un elevado nivel de intervencionismo estatal, expresado sobre todo a través de una gran cantidad de normas públicas sobre condiciones de trabajo mínimas y orden público laboral. Asimilar la subordinación del trabajador había costado mucho trabajo en términos jurídicos, sobre todo en los 100 años que siguen a la Revolución francesa y a su concepto de «ciudadano obrero» (Cottureau, 2002, pp. 1521 y ss.), y si se consigue es gracias a una combinación positiva de subordinación y protección cuyos detalles principales se regulan por las normas del Estado¹¹ y cuyos conflictos se resuelven a partes iguales por tribunales escabinados o paritarios¹² y por órganos de participación obrero-patronales.¹³

El hilo conductor de todo el sistema se encuentra en la idea de igualdad intrínseca del empresario y el trabajador que anima a este modelo, a diferencia de los otros. Uno y otro se consideran miembros de la misma empresa, de una comunidad conflictiva de trabajo donde la mejor manera de avanzar consiste en ponerse de acuerdo, a pesar de los intereses distintos e incluso contrarios que animan a sus integrantes. El diálogo social y la participación en la gestión se traducen en todo el continente europeo en instituciones permanentes de carácter interno y externo de las que la expresión más acabada se encuentra en la presencia de representantes sindicales en los órganos directivos de las sociedades anónimas, la denominada

10 Lo cual se advierte con mayor fuerza en países-región como Brasil. Pero probablemente lo habitual no será la pertenencia a un único modelo, sino a un modelo híbrido, formado por influencias de dos o más. Tal hibridación sucede también con los tipos de dominación, como advirtió Weber cuando analizó la «mezcla» de ellos (Weber, 1922, vol. I, pp. 211 y ss.).

11 El aspecto más conflictivo del siglo XIX, el elevado número de accidentes de trabajo, se regula por leyes en las que se establece la inspección de fábricas (Factory Laws en Inglaterra y en otros países) y la responsabilidad objetiva del empresario por las lesiones ocurridas en y durante el trabajo de sus obreros.

12 Con dos variantes, la de los tribunales escabinados del tipo alemán, con un juez profesional y jueces escabinos nombrados a partes iguales por sindicatos y organizaciones empresariales, y el modelo francés de *prud'hommes*, con tribunales paritarios de la profesión y jueces legos nombrados a partes iguales por los sindicatos y las organizaciones empresariales. En la actualidad algunos países han evolucionado hacia la profesionalización: los tribunales industriales españoles y los *probi viri* italianos, por ejemplo, han desaparecido.

13 Dos sistemas, el alemán de comités de empresa unilateral, en el que solo se sientan representantes de los trabajadores, y el francés mixto, donde el empresario o sus representantes presiden las reuniones.

coestión de la empresa.¹⁴ La presencia de representantes sindicales en la cúpula directiva de las empresas se halla en los países escandinavos y en Alemania, si bien las directivas de la Unión Europea (UE) establecen órganos de participación en las empresas multinacionales con más de 1500 trabajadores en al menos dos países europeos, así como en las sociedades y cooperativas europeas de cierto volumen de capital. El diálogo y la participación tienen también otras formulaciones en la importancia de la negociación colectiva para regular instituciones conjuntas o disciplinar a todo el sector de actividad a través de los convenios colectivos de ámbito estatal.

La ética social latente detrás del modelo europeo se halla en el sentimiento intrínseco de igualdad entre ambas partes de las relaciones industriales y de pertenencia a una comunidad, una ética con antiguas raíces que se remontan al *utrumque ius* medieval, o derecho común de los Estados europeos formado por el derecho romano y el canónico desde el siglo XI al XVI, mezcla de contractualismo romano y de fraternidad cristiana, una mentalidad que ha trascendido por encima de las luchas entre los Estados europeos.¹⁵ El *utrumque ius* despliega el contrato sinalagmático, cuya esencia radica en que nacen obligaciones para ambas partes cuyo cumplimiento se hace recíprocamente dependiente, de tal modo que cualquiera de las partes puede resolver el contrato libremente si la otra no ha cumplido su obligación.¹⁶ Trabajadores y empresarios quedan vinculados de forma recíproca y a un mismo nivel, a pesar de la diferencia de estatus social, con un sentido de pertenencia a un grupo igualitario. Además, desde la Roma clásica y Cicerón, el empresario se concibe como un ser inmoral con raras excepciones,¹⁷ a lo que luego se añade la conocida maldición evangélica del hombre rico, equiparado a un camello en la difícil conquista del reino de los cielos, todo lo cual permite cierta nivelación social entre trabajadores y empresarios. Siglos más tarde, la Revolución francesa plasmará en tres principios aquella evolución humanista: libertad, igualdad, fraternidad. Como indica Hutton, el *welfare*, los sindicatos, la concepción ampliada de la empresa y el acento sobre el papel de los gobiernos son instituciones y valores que nacen del pasado feudal y cristiano de Europa (Hutton, 2002, p. 270). Es la herencia que reciben a través del

14 El sistema alemán de la coestión —Mitbestimmung— ha alcanzado justa fama por su carácter omnicomprensivo, pues se aplica a todas las empresas con más de 1000 trabajadores, las cuales deben acoger a un tercio de representantes sindicales en los consejos de vigilancia —Aufsichtsräte— de la entidad, si bien en las grandes empresas de la industria pesada la proporción llega a la mitad, con presidencia y voto de calidad de los consejeros capitalistas (cfr. Ojeda, 1978).

15 Durante varios siglos los pueblos europeos tuvieron como inspiración esta doble fuente del Corpus Iuris Civilis de Justiniano y del Corpus Iuris Canonici de la Iglesia católica, mediante los cuales interpretaron y aplicaron los «iura propria» de cada Estado (Betancourt Serna, 2013, p. 143). Para Clavero (1994, p. 15), este doble derecho —*utrumque ius*— «resultan para la época inseparables entre sí».

16 La *exceptio inadimpleti contractus* y la idea del sinalagma o interdependencia entre las obligaciones de las partes surgen con los glosadores romanistas, pero las desarrollan ampliamente los canonistas y a ellos se les atribuye comúnmente (Rivera Restrepo, 2010, pp. 165-166; Donaires, 2012, p. 4; Ochoa, 2006, p. 109). También los canonistas incidieron en la moralidad de la causa contractual y en el consenso, más que en la forma, como origen de la obligación (León Hurtado 1961, p. 21). Las Decretales de Gregorio IX de 1234 ya lo dejaron bien claro: *pacta sunt servanda*, los pactos deben ser observados.

17 «El comercio, si es en pequeño, ha de tenerse como vil, si es en gran escala, importando grandes cantidades procedentes de todas partes, distribuyéndolas a muchos sin fraude, no es enteramente *vituperabile*» (Cicerón, *De Officiis*).

contrato social de Rousseau tanto la socialdemocracia como el catolicismo social europeos para desembocar en la fórmula ya citada de «capitalismo renano», en el que los empresarios son conscientes de sus deberes sociales.¹⁸

Quizá por ello, las partes sociales no están solas en ese diálogo, pues hay un tercer actor velando por el equilibrio entre ellas, el Estado, el cual considera como uno de sus principales cometidos el mantener unas relaciones sociales equilibradas: el *tripartismo*, ya sea establecido institucionalmente o mediante reuniones informales al máximo nivel en la *concertación*, tiene en la Unión Europea importantes formulaciones que arrancan con los encuentros de Val Duchesse a partir de 1984, y en el plano institucional ha llevado a la creación de numerosos comités paritarios y órganos del máximo nivel europeo.¹⁹

Con el cambio de siglo y la incorporación a la UE de numerosos países de la antigua Europa del Este en los años 2004-2007, el tripartismo y el diálogo social han languidecido, pues dichos países miran más hacia Estados Unidos como modelo por seguir. Pero no por llevar en los momentos actuales una existencia lánguida quiere decirse que hayan sucumbido los órganos y las funciones en las que se sustenta el modelo. Los reajustes han ocurrido más bien en el ámbito de las condiciones de trabajo, con una información previa a los representantes de los trabajadores, los cuales han tenido la oportunidad de discutir con las empresas la posibilidad de atenuar los efectos de la crisis.²⁰ Desde otros modelos, fuertes críticas se dirigen a la falta de competitividad de la «fortaleza Europa», partiendo de la idea de que los sindicatos constituyen «costes de transacción» tan sobrevenidos y fastidiosos como las normas legales, a pesar de que los países con las manifestaciones más acabadas de la participación, como son los países escandinavos y Alemania, se encuentran a la cabeza en cuanto a renta *per capita* y exportaciones.

4. Modelo social norteamericano

Bastante distinto del modelo participativo europeo se presenta el modelo *adversativo* norteamericano, llamado así comúnmente por considerar a empresas y trabajadores como partes con intereses radicalmente opuestos que deben concretar sus relaciones a través de la negociación colectiva, pues de otro modo se aplican las

18 Incluso «en Gran Bretaña las empresas operan en un contexto fuertemente influenciado —como en el resto de Europa— por la herencia del feudalismo y del concepto de bien común, presente tanto en el socialismo como en el nacionalismo tory» (Hutton 2002, p. 269).

19 El Comité Económico y Social y el Consejo Tripartito están regulados en el derecho originario. Así, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea los contempla respectivamente en los artículos 301 y ss. y 152. La Cumbre Social Tripartita (CST) para el Crecimiento y el Empleo se creó mediante la Decisión 2003/174/CE del Consejo, de 6 de marzo de 2003, que formalizó la práctica de celebrar reuniones informales de alto nivel desde 1997 en el marco de la Estrategia Europea de Empleo y, posteriormente, de la Estrategia de Lisboa.

20 Las Directivas de la UE sobre información y consulta a los representantes de los trabajadores, tanto en casos de transmisión de empresas, insolvencia de empresas, o despidos colectivos, como en otros supuestos, obligan a la información y consulta a los representantes de los trabajadores, además de a otras actuaciones en garantía de estos últimos.

prerrogativas de la dirección o «managerial prerogatives», es decir, el poder unilateral del empresario. La visión corriente de la empresa norteamericana nos la presenta como el lugar del despido libre (*firing at will*) y de la libre decisión del *manager*; de los sindicatos débiles y de los duros capitanes de industria como Steve Jobs o Jeff Bezos.²¹ Se conoce también como el país donde se han aplicado las estrategias antisindicales más agresivas, por ejemplo el auditorio cautivo o los asesores en destrucción de sindicatos («union busters»). Y, sobre todo, es la cuna del neoliberalismo de la Escuela de Chicago, con una doctrina muy atractiva de libre poder empresarial con innumerables seguidores en todo el mundo. El legislador norteamericano ha hecho gala de un amplio abstencionismo en las relaciones industriales, excepción hecha de las tres importantes leyes federales,²² y el país es uno de los que han dejado de ratificar los grandes Convenios de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva, causando un gran vacío al cual se acogen otros países menos influyentes.²³

Sin embargo, lo característico del modelo norteamericano no reside ahí, al menos desde el punto de vista jurídico y de la ética social. Hay un individualismo obvio y un claro abstencionismo del Estado —en claro contraste con el modelo participativo europeo—, y buena parte de lo anteriormente dicho podría considerarse como inevitable resultado de él. Sin embargo, ese individualismo se proclama en aras de un planteamiento igualitario que coloca al mismo nivel al trabajador y al empresario, aunque les niegue un interés común en la marcha de la empresa. Bajo la óptica del modelo norteamericano, la empresa es asunto del empresario y el trabajador es libre de contratar o no su esfuerzo con aquel. Se supone, por ende, que la relación es contractual entre ambas partes, al mismo nivel entre ellas, pero donde cada parte se mueve en una esfera distinta que carece de puntos en común.²⁴

Semejante trasfondo igualitario y contractual tiene unas expresiones jurídicas que no son únicamente las de la empresa autoritaria. Porque a pesar del despido libre y de los enérgicos *tycoons* de industria, la percepción que se tiene de la empresa norteamericana es la de un lugar donde los trabajadores disfrutaban de bastante libertad en sus relaciones con la contraparte. Ese perfil positivo aflora, por ejemplo, en

21 Nombrado «Hombre del Año» por la revista *Time* en 1995, y elegido «Peor Jefe del Mundo» en una votación *online* en 2014 en el Congreso de la Confederación Sindical Internacional.

22 Wagner Act, Landrum-Griffin Act, Taft-Hartley Act. El abstencionismo es solo federal, aunque muy vistoso: los Estados de la Unión disponen de códigos laborales —por ejemplo, el de California— en los que se detallan las normas laborales más ordinarias.

23 La no ratificación de estos dos Convenios y de otros más se justifica por Estados Unidos en el hecho de que la legislación laboral es una materia de competencia de los Estados miembros. Sin embargo, el mismo problema se ha planteado en la Unión Europea con la ratificación del Convenio de Trabajo Marítimo de 2006 y fue resuelto de forma relativamente rápida para dar lugar al Acuerdo Europeo y a la Directiva Europea sobre Trabajo Marítimo de 2008.

24 Claro que, cuando Estados Unidos inicia su vida como país independiente, también en Francia se gestaba la Revolución de 1791, que acabaría con los gremios y los edictos del ministro Turgot en los que se imponía la subordinación o «domesticidad» de los obreros: durante cien años, en Francia y otros países del Viejo Continente se proclamó una situación «revolucionaria» en la que el *bon droit* aplicado por los jueces de paz y después por los consejos de *prud'hommes* como reglas de equidad consistía en rechazar las condiciones de trabajo impuestas unilateralmente por los empresarios y aceptar las negociadas de igual a igual, sin subordinación. Para las decisiones en tal sentido de los juzgados de paz y *conseils de prud'hommes* de París, Lyon y otras ciudades entre 1791 y 1885, cfr. Cottareau, 2002, pp. 1528 y ss.)

el sistema de los «grievance procedures» o procedimientos de quejas establecidos en los convenios colectivos, y gracias al cual el trabajador puede plantear sus reclamaciones ante una serie de instancias bilaterales internas y de pasar, cuando la discrepancia persiste, a un árbitro externo que resolverá con plena libertad sobre el conflicto.²⁵ El sistema norteamericano de arbitrajes se ha extendido a todo el mundo anglosajón²⁶ y comienza a ser tenido en cuenta en otras regiones, por ejemplo en Europa, donde los tribunales laborales se encuentran sobrecargados de asuntos.

No solamente el modelo se plasma en el extenso sistema de arbitrajes. Mayor relieve aún tiene una legislación sustantiva surgida en la década de 1970, en el momento más álgido de los enfrentamientos raciales, con la Ley de Derechos Civiles de 1964. La consagración legal de la igualdad de derechos de los diferentes grupos «minoritarios» —mujeres, negros, hispanos— trae consigo un gran despliegue de otros derechos tanto de tipo laboral como no laboral, pero su ímpetu hace avanzar al conjunto de derechos fundamentales hasta un nivel a veces superior al alcanzado en Europa. El supuesto más importante lo hallamos en las denominadas acciones positivas (*positive actions*), que dan preferencia de empleo y de promoción a los grupos minoritarios en los sectores donde presentan un déficit porcentual de cierta gravedad. En la formulación norteamericana de las acciones positivas se llega incluso a admitir la *reverse discrimination*, es decir, a preferir a los miembros del grupo minoritario aunque ofrezcan peores cualificaciones que los del otro grupo, algo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo no admite.²⁷

¿Hay una doctrina consistente, una ética social, detrás de un conjunto tan difuso y hasta cierto punto tan novedoso de tendencias como el modelo norteamericano?

La exaltación del individuo dentro de la igualdad nos hace recordar la doctrina social calvinista que estudiara Max Weber en su seminal libro sobre la ética protestante y el espíritu del capitalismo (Weber, 1904 y 1905, pp. 139 ss.).²⁸ El fuerte componente calvinista de la Iglesia de Inglaterra y, a través de la emigración, la importancia determinante de esta doctrina en la formación del espíritu norteamericano, parece innegable.²⁹ Como decía Max Weber, concedemos la razón a Goethein al

25 Al no existir en Estados Unidos una jurisdicción laboral especializada en conflictos laborales, los tribunales ordinarios resuelven con intervención del jurado, lo que significa, al menos en materia de despidos, elevadas y frecuentes indemnizaciones impuestas a los empresarios, pero con grandes retrasos. En Europa, uno de los elementos del modelo es la presencia de tribunales especializados y/o procedimientos *ad hoc* que resuelven con relativa rapidez, a cambio de imponer indemnizaciones tasadas que están por debajo de las normales en la jurisdicción ordinaria.

26 Las Asociaciones de Árbitros y sus extensos reglamentos existen también en otros países, como por ejemplo Australia, y el sistema de arbitraje se utiliza con frecuencia, huyendo de los largos y costosísimos pleitos civiles.

27 Véase, por ejemplo, la Sentencia TJE Kalanke 450/93: dos ingenieros de parques y jardines del ayuntamiento de la ciudad alemana de Bremen, hombre y mujer, competían para el puesto directivo superior y presentaban parecidos currículos. La sentencia del TJE establece que la prioridad del género con menor presencia debe aplicarse, pero solo a igualdad de méritos entre ambos.

28 Se suele contrastar su visión con la de Sombart (1913), Ghosh (2008) y Marcuse (1936).

29 El propio Weber utiliza textos de Benjamin Franklin y otros autores británicos, norteamericanos y alemanes para concretar los elementos del espíritu capitalista (Weber, 1991, pp. 231 y ss., 272 y ss.). Calvinistas, metodistas, baptistas de los siglos XVII y XVIII, en Inglaterra y Holanda, menonitas, cuáqueros, pietistas alemanes, hugonotes franceses, forman el protestantismo ascético que predica el trabajo como salvación.

calificar a la Diáspora calvinista en su calidad de «vivero de la economía capitalista» (Weber, 1991, parte I, nota 17).³⁰

La predestinación de los elegidos por la voluntad divina se muestra en el éxito social, a lo que se añade la glorificación del dinero, ya que la «perseverancia de los santos» en el sacrificio y el esfuerzo tiene su mayor exponente en crear riqueza.³¹ Por ello se identifica por lo común al calvinismo con el capitalismo, y a nuestros efectos produce un respeto religioso por el empresario que no hallamos en el modelo social europeo. Una empresa con éxito constituye el mejor indicio de que su titular es uno de los predestinados desde la eternidad para entrar en el reino de los cielos.³² Con semejante respaldo ético, y toda vez que el destino de cada uno se encuentra en las manos de Dios, según Calvino, difícil será hablar de una comunidad de intereses y de considerar al prójimo como partícipe del interés propio.

5. Modelo asiático

También Estados Unidos y su modelo parecen haber perdido el aire de imbatibilidad económica, de éxito a todo trance, que presentaba desde finales del XIX, cuando su producto interior bruto sobrepasó al del Reino Unido. El informe mundial del Fondo Monetario Internacional de julio de 2014 indica que el año 2015, en paridad de poder de compra, China sobrepasaría por vez primera a Estados Unidos en producción

De entre ellos sobresale el calvinismo y su doctrina de la predestinación: como dice Weber, la diferencia entre el ascetismo medieval y el ascetismo calvinista radica en que este abandona los *consilia evangelica* y se transforma en un ascetismo *en el mundo* (Weber, 1991, p. 176). «La influencia de Calvino en la fundación de los Estados Unidos es innegable. El patriotismo de la nación, la ética del trabajo, el sentido de igualdad, la moral pública y aun elementos de democracia, brotaron como parte del pensamiento puritano en Nueva Inglaterra. Cuando el predicador calvinista Jonathan Edwards dijo a los feligreses en 1741 que ellos estaban como pendiendo de una tela de araña sobre el abismo del infierno, solo por la gracia de la mano del Dios al que habían ofendido, no estaba abrazando ningún credo herético sino que usaba el vocabulario básico de la fe americana» (Burek, 2010).

30 «Únicamente el elegido es poseedor de la *fe efficax* —describe la fe calvinista Weber en la parte 2, nota 56—. Solo él es competente —merced a la *regeneratio* y a la consecuente *santificatio* de su vida entera— para acrecentar la gloria de Dios por el hábito de realizar obras buenas, no solo en apariencia, sino auténticas». Al respecto, véase también Rachfahl (1909).

31 La doctrina «terrible» de la predestinación, como la definía Weber, obligó a los teólogos y pastores calvinistas a plantear la búsqueda de signos externos de haber sido elegido por Dios, y lo encontraron en el enriquecimiento (Weber, 1991, pp. 163 y 164). El ascetismo protestante interpretó el enriquecimiento empresarial como una profesión, y a la profesión —es decir, la actividad laboral puesta por Dios y querida por él, según Lutero— como el único medio para llegar a estar seguro del estado de gracia (Weber, 1991, p. 271).

32 «El hombre que nace predestinado debe buscar los signos de su salvación: es la misión primordial que tiene en la vida terrenal. ¿Cómo Dios le informará si integra el reducido grupo de los elegidos? A través de signos de carácter material, que irá obteniendo a lo largo de su vida laboral. Así surge un nuevo tipo humano cuyo prototipo será el “self made man”: un individuo que vive para trabajar, que debe aprovechar al máximo el escaso tiempo disponible en la tierra, que ahorra y se enriquece, que forma grandes capitales, pero que a su vez ha renunciado a los placeres mundanos. En suma, un empresario ascético, y un trabajador eficiente y esforzado que pretende llegar a ser empresario» (resumen de Saavedra Dahm, s.f., p. 94).

(FMI, 2014).³³ China ha pasado a ser, desde hace algunos años, «la fábrica del mundo», la potencia discreta cuyas empresas, públicas o privadas, establecen sucursales por doquier y venden toda clase de productos. El trabajador chino tiene fama de infatigable, con muy largas jornadas y un fuerte espíritu de fidelidad a la empresa, a la que nunca presentará reclamaciones ni llevará a los tribunales.

Claro que el paradigma chino tiene sus equivalentes en otros países, algo superados en los tiempos actuales, en concreto los que en un tiempo se denominaron «Cinco Tigres Asiáticos»,³⁴ a los cuales habría de añadirse sin duda el subcontinente de India, con un crecimiento acelerado que solo supera China entre los grandes.³⁵

Poco conocemos de las relaciones industriales en China, como no sea su extraño sistema de capitalismo de Estado —no podemos considerarlo como socialismo de Estado, por más que el gobierno se encuentre en manos del Partido Comunista Chino y que teóricamente los intereses de los trabajadores sean defendidos por un sindicato único denominado Confederación Sindical de Toda China—.³⁶ La opinión común, resumida por John Sweeney, considera que en el área vital de los derechos humanos China ha cambiado poco: ha proseguido su estrategia de desarrollo que deniega a sus trabajadores las libertades más básicas, con un capitalismo floreciente a base de ofrecer a los inversores trabajo disciplinado y explotado (Sweeney, citado en Compa, 2004, p. 2). No obstante, hay rasgos comunes con los demás países asiáticos mencionados que nos hacen sospechar de una convergencia en torno a la misma ética social, caracterizada por la carencia de conflictos y enfrentamientos entre empresarios y trabajadores. El rastro podemos hallarlo en Japón, la economía mejor estudiada de las asiáticas, con sus monopolios institucionalizados y los «tres sagrados tesoros de las relaciones industriales japonesas», consistentes en el empleo vitalicio, los sindicatos de empresa y los ascensos por antigüedad.³⁷ Sin embargo, la larga crisis que ha sufrido Japón durante años ha puesto de relieve cómo dichos tesoros tenían mucho que ver con los grandes grupos de empresas o *keiretsu*,³⁸ e incluso que en ese ámbito más reducido habían entrado en franco retroceso.

33 En paridad de poder de compra, China superará a Estados Unidos este mismo año, con un 16,5 % del PIB mundial frente al 16,2% de Estados Unidos.

34 Japón, Corea del Sur, Taiwán, Hong Kong y Singapur.

35 Para 2014, según el mismo informe del FMI, 4,4 % de crecimiento, frente al 7,4 de China, 2,4 de México, 1,3 de Brasil y 0,2 de Rusia. En los países «desarrollados» el crecimiento previsto para 2014 es del 1,7 % para Estados Unidos, 1,9 para Alemania, 1,2 para España, 0,7 para Francia y 0,3 para Italia.

36 En inglés, ACFTU, aún hoy una parte integral del Estado chino y del Partido Comunista, según indica Compa (2004, p. 9). Existe una Confederación de Sindicatos Independientes, aunque limitada a Hong Kong, la Hong Kong Confederation of Trade Unions (HKCTU).

37 El *seniority system* denota la práctica de promover a los empleados según su antigüedad en la empresa, así como una escala de sueldos basada en la antigüedad, indica Yacuzzi (2006, p. 4). Geoffron (2003, p. 112) atribuye la perdurabilidad de estas peculiaridades japonesas a su especial modelo de financiación. Para el autor, parece irse configurando un nuevo tipo de relaciones laborales después de la crisis financiera internacional de 2008 (pp. 116 y 119 y ss.).

38 Geoffron y otros (2003, p. 120) calculaban que antes de la crisis afectaban en torno a un tercio de los trabajadores japoneses. Los grandes monopolios familiares (*zaibatsu*) forjados a partir de la segunda mitad del siglo XIX, Mitsui, Mitsubishi, Sumitomo y Yasuda, se organizaron en cárteles (*keiretsu*) de tipo horizontal y vertical, controlados por un banco, durante la expansión de la economía japonesa de los años 1950.

También del Japón conocemos que, a pesar de una poderosa organización sindical que negocia sus convenios de empresa simultáneamente en la gran ofensiva de primavera, su índice de conflictividad laboral, medido en demandas ante los tribunales, es mínimo.³⁹ La disciplina legendaria del trabajador japonés ha quedado marcada por las prácticas de cantar el himno de la empresa al comenzar el trabajo, los círculos de calidad o las huelgas al revés. El empresario ejerce una autoridad no discutida, que a su vez se compenetra con la autoridad del gobierno, cuyo legendario Ministerio de Industria Internacional ha llevado con éxito la producción japonesa a los mercados mundiales (Johnson, 1987).

¿Qué podemos ver detrás de la excelencia del trabajador chino o japonés, medida en beneficios para sus empresas? Semejante entrega a los intereses empresariales de tanta gente y de modo tan coordinado no puede ser debida a drásticas acciones disciplinarias o al temor cerval del trabajador por las represalias, sino a una convicción más íntima de que su conducta respeta los cánones apropiados. El «grupismo» como característica sociocultural del pueblo japonés se considera la perspectiva dominante de la productividad y docilidad del trabajador de ese país, pero es también algo similar lo que hallamos en otros países del continente (Kagano et al., 1985).⁴⁰

Desde hace muchos siglos, la religión dominante en Asia es la confuciana,⁴¹ y en ella el aspecto cívico se rige por la sumisión de cada individuo a la autoridad constituida en cada círculo social, ya sea el paterfamilias, el gobernante o el empresario. En definitivas cuentas, se trata de respetar dinámicamente el orden establecido sin poner en cuestión sus tendencias. Una senda de perfección interior que sigue, cabría decir, la conducta del junco cuando se doblega sin resistencia a la fuerza del viento. Para el confucianismo, hay cinco tipos de relaciones sociales básicas, de las cuales las más importantes y de las que deriva todo el comportamiento ético son las

39 Los datos estadísticos sobre la litigiosidad japonesa señalan a este país como uno de los ejemplos de menor conflictividad en el mundo, muy por debajo de las cifras mostradas por otros modelos nacionales de solución de conflictos. Si en el Reino Unido el número de casos planteados ante los tribunales de empleo es de aproximadamente 100 000 anuales, y similares órganos en Alemania atienden unos 600 000 casos y, en España, 170 000 anuales, en Japón deben resolver, en igual período de tiempo, 3500 casos (Nakakubo, 1996; Orrik, 2011). La cifra se refiere tanto a 1994, año en que se alcanzó un «record number of employment litigation», como a 2009. Para Nakakubo (1996), el *tremendo* incremento de casos obedecía a la recesión japonesa y a la oleada de reestructuraciones, siendo la mayor parte de los litigios de carácter individual. El dato numérico puede compararse con otros países que no se han utilizado como modelo en la anterior exposición, y obtendremos asimismo resultados sorprendentes; por ejemplo, los tribunales regionales de trabajo en Israel deben resolver unos 90 000 casos al año, y el Tribunal Nacional de Trabajo, unos 2000. (Adler, s.f.). Bien es cierto que, a diferencia de otros países, Japón no dispuso de una jurisdicción propia para los asuntos laborales hasta 2006, debiendo acudir los litigantes a la jurisdicción civil, como en Estados Unidos, lo que podía desanimarlos por los elevados costos y la lenta tramitación, pero las cifras de 2009 indican la irrelevancia del dato (cfr., sobre siete modelos nacionales de solución de conflictos, entre ellos el japonés, Ojeda, 2007, pp. 66 y ss.).

40 Según estos autores, el éxito japonés se debe a la dinámica de grupos en las empresas de ese país, bastante distinta a la dinámica burocrática de las empresas norteamericanas. La literatura especializada analiza también determinadas características de la gestión de empresas en Japón.

41 Mayoritaria en China, Japón, Vietnam y Corea, aunque, debido al ateísmo oficial del primer país citado, es difícil confirmar los datos. Compite con el hinduismo y el budismo, sobre todo en India.

familiares.⁴² Como dice Confucio en sus *Analectas*, «piedad filial y sumisión fraternal, ¿no son los fundamentos de la vida social?».

Pero cometeríamos un error si entendiéramos que el trabajador chino o japonés, coreano o vietnamita, carecen de todo espíritu de resistencia llegado el límite. El confucianismo tiene también su ética del líder-padre, y lanza contra el que no da ejemplo de vida el anatema que permite desobedecerlo. Los numerosos análisis existentes sobre las características de la empresa japonesa, por ejemplo, aluden a frecuentes tensiones entre el personal y la dirección, no siempre superadas por el espíritu de grupo (Geoffron, 2003, p. 116). Tensiones que se han agudizado al venir a menos los «tres sagrados tesoros» y comenzar las grandes empresas a contratar trabajo precario, establecer retribuciones vinculadas a la participación en los beneficios y determinar los ascensos en función de la productividad y no de la antigüedad del empleado.

En China no existe una jurisdicción específicamente laboral, por lo que los tribunales civiles asumen la resolución de esos conflictos (China Labour Bulletin, 2009).⁴³ La gran industrialización del país,⁴⁴ la pérdida de poder adquisitivo de los salarios⁴⁵ y una oleada de conflictos colectivos sin dirección sindical adecuada⁴⁶ han llevado a la multiplicación de los conflictos obreros a unos extremos impensables en la hasta no hace mucho hierática sociedad china; así, los conflictos presentados ante los comités de mediación y arbitraje pasaron de 48 000 casos en 1996 a 350 000 en 2007 y a 693 000 en 2008,⁴⁷ mientras que las demandas laborales presentadas ante los tribunales civiles también aumentaron geométricamente desde los 85 000 casos

42 Véase, en este sentido, Fei (1992, p. 74), Li (2012, p. 38), Rainey (2012, 2012, pp. 28 y ss.). «The concept of filial piety is central to Confucian thought [...] and has shaped nearly every aspect of Chinese social life», dice Rainey en la página. 29. Para Nitobe (2006, p. 32), el sentido de disciplina y de obediencia que infunde Confucio en estas enseñanzas y que fueron la fuente más pródiga del honor del samurái solo confirmaban lo que el pueblo había comprendido mucho antes de él. El «camino del cielo», inserto naturalmente en la naturaleza humana, indica para Confucio que la relación entre el cielo y la tierra establece el modelo para los códigos humanos: al igual que el Cielo está arriba y la tierra abajo, el soberano está por encima de sus súbditos, los padres sobre sus hijos y el marido sobre la mujer (Yao, 2001, p. 87). El hombre superior en las *Analectas* tiene el sentido de la justicia, pero no lo deriva de la moral, a diferencia de las enseñanzas de Rawls.

43 «La mediación es el sistema tradicional de solución de conflictos de todo tipo en el país: comités populares de mediación se hallan constituidos en pueblos, comunidades, lugares de trabajo y organizaciones gubernativas para ayudar a los ciudadanos a resolver sus disputas. Pero los tribunales civiles son vistos por muchos como más profesionales y generalmente más independientes que los comités de mediación y arbitraje a la hora de resolver conflictos laborales».

44 La entrada de China en la Organización Mundial del Comercio en 2001 generó una fiebre inversora que alcanzó los 54 000 millones de dólares de inversión extranjera al año siguiente, y un récord de exportaciones de 600 000 millones de dólares (Guo, 2007).

45 Según Foster (junio 10, 2010), los salarios cayeron desde el 17 % de participación en el producto interior en 1980 al 11 % en el año 2008.

46 La crisis financiera de los países occidentales ha repercutido desde 2008 agudamente en la economía china, y tras numerosos cierres de factorías y acontecimientos extraños como la cadena de suicidios ocurridos entre trabajadores de una factoría de Foxconn en 2010, el número de conflictos ascendió de forma exponencial y algunas empresas comenzaron a elevar los salarios drásticamente (Foxconn, Honda, etcétera) (cfr. Wong, 2010; Foster, junio 7, 2010).

47 Datos extraídos del informe «China's labour dispute resolutions system».

en 2002 a 126 000 en 2006 y a 286 000 en 2008.⁴⁸ Ese año 2008 entró en vigor una reforma de la legislación laboral en la que significativamente aparece la readmisión en caso de despido injustificado, pero que sin embargo no parece haber detenido el ascenso del número de conflictos.⁴⁹

Con ser unos aumentos espectaculares, la conflictividad china nada tiene que ver con el número de conflictos presentados y resueltos por los países de modelo europeo o norteamericano en sus principales sistemas de solución de conflictos, si los comparamos, por ejemplo, con los 600 000 casos ante los tribunales laborales alemanes, los 170 000 ante los españoles o los 100 000 israelitas.⁵⁰ Podemos afirmar, en consecuencia, que se trata de un modelo en el que la conflictividad laboral es mínima, aunque existente.

La evolución marcada por el nuevo ambiente laboral desde 2008 ha acentuado una tendencia iniciada mucho antes: la externalización de la producción china, cuyas empresas ahora comienzan a subcontratar en otros países con estándares laborales inferiores.⁵¹

6. Modelo Tántalo

Cabría pensar en el asiático como el más desigual de los modelos posibles, allí donde la dignidad de la persona encuentra sus peores registros gracias a la actitud sumisa de los mismos trabajadores. Ya hemos puesto en guardia de que tan plana afirmación muestra importantes excepciones. Sobre todo interesa tener bien claro que el modelo asiático se encuentra un escalón por encima del modelo teórico neoliberal ideado por Milton Friedman y la Escuela de Chicago, y a cuyo tenor la empresa debe buscar el máximo beneficio dentro de la máxima libertad para ambas partes de la relación, es decir, en la práctica, para el empresario.

La propuesta neoliberal encuentra aplicación estrecha en países de distintos continentes, donde los trabajadores sufren unas condiciones laborales cercanas a las de subsistencia. Dentro de una diversidad de submodelos, el más importante e interesante consiste en el que alía a los grandes inversores internacionales con los

48 Informe del presidente del Tribunal Supremo chino ante el Congreso del Pueblo en 2009, citado en «China's labour dispute resolutions system».

49 Se trata de la Ley de Contrato de Trabajo de 29 de junio de 2007. Sobre su importancia, al incluir auténtica negociación colectiva y claros derechos individuales de los trabajadores, véase Seibert (2012), Däubler & Wang, 2013, pp. 321 y ss. Una excelente exposición de la legislación china en Baker & McKenzie (2013, p. 13). En cuanto a la conflictividad posterior a la ley, en 2009 se presentaron 319 000 demandas laborales ante los tribunales chinos, frente a las 286 000 de 2008 (Wong, septiembre 15, 2010).

50 Ver supra, nota 44, con datos de 2001-2002. Las cifras han aumentado sobremanera con motivo de la crisis financiera; por ejemplo, en España, durante 2012, solo en conflictos por despido se presentaron 147 404 demandas ante los juzgados de lo social.

51 Las empresas chinas salen inicialmente en busca de energía y recursos a África y América del Sur (cfr. Alden, 2017; Jiang, 2009, pp. 585 y ss.). Pero en los últimos años acuden a países asiáticos para subcontratar parte de su producción, por ejemplo, Indonesia, Malasia o Bangladesh. La subcontratación china a otros países asiáticos ha adquirido proporciones significativas, al punto que se le acusa de ser el origen de las numerosas deficiencias de los productos *made in China* (Harris, marzo 19, 2013).

gobiernos locales para establecer unas condiciones de trabajo por debajo del nivel ético. Las que con ironía se han denominado «Repúblicas Bananeras», de débiles gobiernos en manos de las empresas multinacionales, se derraman tanto por los países centroamericanos o africanos como por un sinfín de estados asiáticos. No se trata por ello del reflejo de una ética de trabajo concreta, sino de la suma de factores favorables a la explotación sin principios, factores de entre los que descuellan los de tratarse de una sociedad invertebrada, con un gobierno distanciado de la ciudadanía y dispuesto a agrandar al poder económico internacional, y la presencia de unas empresas multinacionales favorables a invertir en el país a condición de disfrutar de un estatus laboral privilegiado. Si acudimos al mito de Tántalo, se trata de gobiernos débiles y volubles que no dudan en tratar de deslumbrar a los inversores poderosos ofreciendo en sacrificio a su propio pueblo, y recibiendo a cambio una respuesta ambigua. Como se sabe, Tántalo, rey de Frigia, invitó a los dioses a un banquete y sacrificó a su hijo para ofrecerlo como alimento.⁵²

Veamos el ejemplo de Bangladesh, una república parlamentaria densamente habitada⁵³ y cuya población profesa la religión musulmana en un 90 %. Tras varios incendios en fábricas textiles con numerosos muertos, el Parlamento de Bangladesh ha reformado la legislación laboral en julio de 2013, después de que Estados Unidos hubiera excluido al país de los acuerdos preferenciales (Brooks, 2013) y la Unión Europea amenazara con hacer algo similar. Con las reformas de 2013, las normas laborales «mejoraron» de la siguiente forma: la indemnización que debe pagar la empresa por muertes en accidente de trabajo se extiende ahora a los trabajadores con dos años de antigüedad, en lugar de los tres años exigidos por la ley de 2006. Las grandes empresas con más de 500 trabajadores quedan obligadas a cubrir el coste de los tratamientos de enfermedad profesional. Se establece la obligación de crear comités de seguridad y salud en las empresas con más de 50 trabajadores. Por el contrario, se amplían los sectores de interés nacional donde *no* se permite la libre sindicación, como por ejemplo el sector sanitario. Las «zonas industriales de exportación», donde se concentra la actividad fabril, continúan excluidas absolutamente del derecho de libertad sindical, negociación colectiva y huelga. Las huelgas pueden ser prohibidas en caso de perjuicios para el interés nacional o de serias dificultades para la comunidad. La legislación no impide la condena a trabajos forzosos como sanción a los huelguistas que incumplan la disciplina laboral o violen las restricciones al derecho de huelga. Los trabajadores pueden crear sindicatos siempre que consigan el 30 % de firmas de los trabajadores de una empresa. Para ello deben entregar al empresario los nombres de los organizadores. Las autoridades no deben remitir al empresario la lista de los firmantes de la solicitud, como era práctica habitual hasta ese momento (cfr. Greenhouse, 2013).

52 En el mito, no obstante, los dioses se muestran pasivos respecto a la oferta de Tántalo, mientras que en el modelo laboral las multinacionales asumen un papel bastante más activo en el nacimiento y mantenimiento del modelo.

53 Más de 167 millones de habitantes, en su mayor parte dedicados a la agricultura de subsistencia. La estabilidad política ha traído mejoras en la sanidad, la educación y la igualdad de género. El país, junto a los demás del modelo que referimos, es hoy la nueva tierra de promisión de las multinacionales «agresivas», sobre todo del sector textil.

El modelo tantálico no puede en realidad imputarse solo a los gobiernos de esos países, pues un gran número de empresas multinacionales campean a sus anchas por esos territorios sin ley e imponen sus condiciones abusivas a gobiernos y habitantes.⁵⁴ Cabría afirmar que en realidad las condiciones de subsistencia se deciden en las sedes centrales de algunas compañías multinacionales al fijar su política de producción, por lo que requieren estrategias transnacionales de compensación por organismos como la OIT, organizaciones de derechos humanos y asociaciones sindicales como los Global Unions. El incendio y hundimiento del edificio Rana Plaza, en Bangladesh, en el verano de 2013, con la muerte de 1169 obreras del sector textil que trabajaban en las insalubres y frágiles instalaciones, atestigua hasta qué punto las empresas locales y los gobiernos de esos países se pliegan a las condiciones ofrecidas desde el exterior: ha sido preciso un gran acuerdo sobre incendios y seguridad de edificios entre la mayor parte de las multinacionales más conocidas de la moda textil y los sindicatos globales⁵⁵ para que esas multinacionales accedieran a costear un servicio independiente de inspección de fábricas con facultades para proponer reformas y medidas de presión tales como la información pública de las deficiencias advertidas.

¿Cuál es la ética social utilizada para reforzar la imposición de semejantes condiciones de trabajo a la población? La legitimación utilizada no es de tipo religioso, sino patriótico, y tiene un poderoso atractivo.

El primer argumento consiste en la doctrina de la salvación nacional y el sacrificio necesario. Los gobiernos de países empobrecidos, tanto de corte militar como democrático, claman por la obligación patriótica de atraer inversores extranjeros para poner en marcha una economía pujante, y para ello consideran necesario el sacrificio de una parte de la población, los trabajadores, para mejorar el nivel de vida del conjunto. El argumento tiene múltiples variantes, fácilmente comprensibles para todos: en resumidas cuentas, solo con productos a muy bajo precio pueden competir los países en vías de desarrollo en el mercado internacional, como ya se ha demostrado hasta la saciedad. En los foros internacionales, los representantes de estos países reprochan los intentos de implantar estándares demasiado elevados como una fórmula utilizada por los países desarrollados para defender sus economías.

El argumento solo difícilmente encuentra una réplica, sobre todo si en efecto el nivel de vida de la población progresa con tales métodos. Mujeres y niños empleados en condiciones infrahumanas son las principales víctimas, pero el país ve mejorar la sanidad, la educación, las ciudades. Solo cabe, evidentemente, un reproche, que atañe a los derechos fundamentales y que veremos más abajo.

El modelo ha encontrado también en tiempos recientes una legitimación social más refinada donde apoyarse: se trata de la teoría de que la empresa tiene como

⁵⁴ En los últimos años, las empresas chinas han comenzado a subcontratar en los países vecinos de economías «al gusto», demostrando así que pueden obtener aún más beneficios en esos paraísos empresariales.

⁵⁵ *Accord on fire and building safety in Bangladesh*, de 12 de mayo de 2013. La mayor parte de las empresas norteamericanas de la moda textil se han negado a firmarlo, alegando que su legislación permite a los trabajadores extranjeros demandar a una empresa norteamericana en los tribunales de Estados Unidos por daños y perjuicios ocurridos en otro país. Se refieren a la Alien Tort Claims Act, o Ley de Reclamaciones por Daños a Extranjeros.

misión *crear empleo aunque sea a costa de los derechos fundamentales de los trabajadores*. Enfrentada a la alternativa entre dos graves males, ya el desempleo masivo, ya la negación de derechos, la opinión pública local se vence hacia privilegiar lo que parece menos grave, el empleo precario incluso como *working poors*, como trabajadores con ingresos por debajo del nivel de pobreza, y extiende incómoda un tupido velo sobre los incumplimientos de derechos fundamentales y humanos, si con ello el grueso de la población queda empleada. Se defiende la idea de que sin esa permisividad la situación del país sería mucho peor, y se exhiben cifras de crecimiento económico en algunos casos sorprendentes.

Pero el *mantra* es engañoso, porque busca economizar el gasto mediante la neutralización de derechos tan importantes como los de igualdad, libertad —de expresión, de organización—, dignidad o seguridad. Se pone precio a los derechos de la persona humana, que es tanto como decir que se puede pagar el precio de una vida con el beneplácito del legislador. En el siglo XIX los tribunales británicos fueron mucho más nítidos cuando atribuyeron durante algunos decenios la responsabilidad de los accidentes de trabajo a los propios trabajadores, mediante la doctrina de la asunción del riesgo, al contratar un trabajo *a sabiendas* de los riesgos que implicaba.⁵⁶ Semejante doctrina surgió en el marco de la libertad absoluta de contratar de aquella época, y hubo de ceder ante la enormidad de los accidentes y enfermedades profesionales producidos.

El modelo Tántalo tiene, como vemos, un apoyo ético entre la población local incluso mayor que los otros modelos antevistos, pero ello no significa que carezca de réplica. La veremos a continuación.

7. Reflexiones sobre la confrontación de modelos en el próximo futuro

El efecto útil de las reflexiones que anteceden consiste en proyectar hacia el futuro la tensión entre los modelos analizados y procurar algunas deducciones en torno a cuál de ellos prevalecerá en los años venideros. Las éticas sociales que los respaldan no pueden exportarse de la noche a la mañana, en cuanto se basan en religiones muy ligadas a un continente, pero en la aldea global se han convertido en paradig-

⁵⁶ Tres doctrinas jurisprudenciales, en realidad: la doctrina del «fellow servant», en el caso *Priestly v. Fowler* (1837), por la que los empleadores no eran responsables si el accidente se producía por la acción o negligencia de otro empleado, en el caso de un joven carnicero herido; la doctrina de la asunción de riesgo, en los casos *Yarmouth v. France* (1887) y *Osborne v. The London and North Western Railway Company* (1888), basado en el principio *volenti non fit injuria*, a cuya virtud los empleados conocían los riesgos del concreto trabajo cuando ellos firmaban el contrato, por lo que asumían el riesgo inherente, y en tal sentido muchas empresas imponían en el contrato la renuncia del trabajador a su derecho a demandar por accidente, lo que se denominó «derecho del trabajador a morir» o «contratos de muerte»; y la de negligencia contributiva, a partir del caso *Martin v. Wabash Railroad* (1893), de un maquinista que cayó de su tren por causa de un pasamanos suelto, a quien se denegaron indemnizaciones porque la revisión del material era una de sus obligaciones (cfr., al respecto, «Distinctions between assumption of risk and contributory negligence». *Washington and Lee Law Review*, 23, 1966, pp. 91 y ss.

mas sociales o ejemplos por imitar y llevan décadas influyendo en todo el mundo, el «modelo occidental» sobre todo en los países en vías de desarrollo, y el «modelo oriental» (o japonés, o chino) principalmente en los países desarrollados. Por su parte, el modelo tantálico goza, no tanto del prestigio, pero sí de la fuerza que le otorgan los datos estadísticos de crecimiento económico y el apoyo soterrado del neoliberalismo.⁵⁷ Seguramente todos estamos de acuerdo en que el modelo asiático contiene una mayor intensidad de disciplina industrial y sacrificio por parte de los trabajadores, si bien el modelo tantálico busca incluso apartar cualquier respeto a los derechos humanos ante la obtención del máximo beneficio.⁵⁸

Una mirada a los primeros tiempos de la Revolución Industrial en la Inglaterra del XVIII y XIX podrá ayudarnos a discernir el futuro próximo. En aquella época la industrialización masiva no desemboca en una mejora de las condiciones de trabajo, debido a la entrada asimismo masiva de un «ejército de reserva» consistente en mujeres y niños en las fábricas, y la libre negociación hace el resto. No obstante, y pese a las medidas legislativas tomadas por los gobiernos para mantener la disciplina laboral,⁵⁹ paulatinamente la condición obrera mejora por la acción sucesiva de dos grandes fuerzas: a) por una parte, la de los sindicatos, con un poder basado en el número de afiliados, cuyas cifras impresionantes y capacidad negociadora en la segunda mitad del XIX han dejado registradas los esposos Webb en su famoso estudio (Webb, S. & Webb, B., 1920, capítulos 7 y ss.); b) por otra, una sensibilizada opinión pública, muy organizada y dotada de penetrantes medios de expresión, al condicionar los debates en el Parlamento, llevándolo a posiciones más neutrales en materia laboral.⁶⁰

Volvamos ahora la mirada a los tiempos actuales para verificar las similitudes y diferencias con una época de condiciones hobbesianas. En el momento presente, el mercado global ha significado la aparición de grandes movimientos migratorios externos e internos, así como la explotación del trabajo femenino e infantil en los países en vías de desarrollo, lo que ha permitido la producción y comercialización mundial de productos a bajo precio. En principio, hay una gran similitud con los acontecimientos de dos siglos atrás, pues la *anomia* en esos países parece clara, y los desastres industriales muestran las condiciones infrahumanas de los trabajadores.

Sin embargo, las evoluciones optimistas parecen descartadas debido a la ausencia de fuertes sindicatos y de una opinión pública organizada parecida a la existente

57 El Informe del Fondo Monetario Internacional de otoño de 2014 señalaba el siguiente *ranking* de las mayores economías del mundo, toda una sorpresa porque por vez primera aparece un cierto predominio de Oriente sobre Occidente: China, Estados Unidos, India, Japón, Alemania, Rusia, Brasil, Francia, Indonesia, Reino Unido, México, Italia, Corea del Sur, Arabia Saudí, Canadá, España (IMF, octubre 2014).

58 Según datos de la Oficina Nacional de Estadísticas de China, el salario medio de la población *urbana* a fines de 2012 había alcanzado los 5870 euros al año, aún muy por debajo de la media occidental, pero que era el doble de solo cinco años antes (Fontdegloria, 2014, p. 23).

59 Napoleón polariza el esfuerzo bélico en torno a 1800, y antes y después los países europeos vivirán en una economía de guerra. Con la derrota del emperador la situación se suaviza sobremedida.

60 Tempranas leyes de fábrica sobre inspección de trabajo y prohibición del trabajo infantil; reconocimiento de la libertad sindical y abolición de las leyes de Master and Servant y de las penas de prisión por abandono del trabajo.

durante la Revolución Industrial. Más aún: el aprovechamiento de las pésimas condiciones laborales por las multinacionales extranjeras, en su mayoría residentes en países del modelo norteamericano o europeo, actúa en favor de disciplinas muy estrictas para *mejorar* los costes de producción.

Las organizaciones sindicales en los países del modelo asiático no alcanzan el nivel de afiliación y capacidad negociadora de sus homólogos en el siglo XIX europeo, e incluso los sindicatos autorizados forman parte de la estructura de poder político o encuentran fuertes limitaciones de actuación.⁶¹ No obstante, y como sucede con las empresas locales, cuya actitud viene condicionada por la presión de las empresas multinacionales, también la acción sindical tiene un fuerte componente transnacional protagonizado por los Global Unions. Casi siempre las relaciones a ese nivel mundial entre gigantes comienzan por acciones conflictivas para terminar en negociaciones y acuerdos que se desarrollan fuera de las fronteras de esos países, quizá en Ginebra o en Washington.⁶² En este sentido, algunos casos recientes parecen indicar una evolución positiva, más allá de los genéricos códigos de conducta, hacia la negociación de acuerdos sobre el reconocimiento de derechos fundamentales, como los de Jerzees de Honduras o sobre seguridad de fábricas en Bangladesh.

La opinión pública de los países explotados suele carecer de la necesaria vertebración y de medios potentes para hacerse oír, como hemos visto. No obstante, la globalización permite su conexión con las redes sociales e incidir desde ahí en algo vital para las multinacionales: el prestigio como marca.⁶³ Tratándose de derechos humanos, la receptividad de las redes es elevada y, siempre que se den otros factores propicios, la multinacional mostrará su disposición a conceder una garantía más o menos real de ellos.⁶⁴ Unida a la presión de organismos internacionales como la OIT, la opinión pública internacional puede llevar además a un cambio en la legislación

61 En 2013, según la OCDE, la afiliación sindical en Japón, por ejemplo, alcanzó su mínimo histórico, el 17,7 %, superior no obstante a la norteamericana, española o francesa, pero inferior a la media europea. En Corea del Sur se encuentra en torno al 10 % (http://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=UN_DEN). Los datos de otros países asiáticos son desconocidos o inciertos. A tenor de la encuesta realizada por Hayter y Stoevska (2011, p. 11), para los años 2008-2009 Malasia ofrecía una tasa de afiliación sindical del 10,3 %, Paquistán del 15,7 %, Filipinas del 3,2 %, Singapur del 31,7 %, Taiwán del 35,9 %, y Tailandia del 2,1 % (datos sobre la población asalariada). La Confederación Sindical Internacional mantiene una página web donde pueden verse las violaciones y limitaciones a la libertad sindical y a los derechos humanos en todos los países del mundo, por ejemplo en Bangladesh (<http://survey.ituc-csi.org/Bangladesh.html?lang=en>).

62 He estudiado varias situaciones de conflicto/negociación internacionales, como las descritas en mi artículo «Las funciones del sindicato en un mundo globalizado», de próxima aparición.

63 Las empresas auditoras manejan un enorme negocio dedicado a la inspección de unas 50 000 factorías en todo el mundo para detectar posibles abusos laborales y deficiencias en su seguridad, desde que las primeras denuncias contra Gap, Nike o Walmart se dejaron oír hace dos décadas. Solo Wal-Mart realizó en 2012 unas 11 500 inspecciones en sus fábricas mediante dichas empresas auditoras. La práctica habitual consiste, empero, en avisar de la inspección por anticipado, lo cual permite a la dirección «arreglar» la factoría (Clifford & Greenhouse, 2013).

64 Los Códigos de Conducta de las Empresas Multinacionales han proliferado en sus dos versiones, unilaterales y pactadas, hasta alcanzar a una mayoría de estas compañías. Ello no hubiera sido posible sin la expansión de internet ni la aldea global.

restrictiva del país donde se produce la negación de derechos fundamentales, como hemos visto en el caso de Bangladesh.

La información sobre las duras condiciones de trabajo en estos países, la presión de la opinión pública internacional y de los sindicatos globales, parecen llevar paulatinamente a una mejora de las condiciones de trabajo básicas, mientras que las multinacionales se ven obligadas a tener en cuenta los derechos humanos en las empresas locales que les suministran.

¿Quiere ello decir que los modelos confuciano y tantálico son etapas intermedias que desembocarán en los modelos «occidentales»? La respuesta no es tan clara, pues deben tenerse en cuenta dos efectos negativos de esa evolución hacia la igualdad: la pérdida de competitividad global del país emergente, y la volatilidad de las grandes inversiones internacionales. Las multinacionales aceptan a regañadientes la dignificación del empleo en las empresas locales, y se plantean la posibilidad de retornar la producción a sus países de origen una vez que consideran anulada la ventaja competitiva del país anfitrión.⁶⁵ En los países europeos, por su parte, la percepción es la contraria, de destrucción del modelo propio desde dentro, por la drástica reducción por vía legislativa de los estándares laborales para mejorar la competitividad, que sin embargo respeta las instituciones de diálogo y los derechos fundamentales.

Es legítimo plantear, desde una perspectiva histórico-jurídica, que el modelo igualitario no es solo el más justo, sino el que prevalecerá al cabo del tiempo, por lo cual la comunidad internacional debería proponerse una estrategia que lo apoye. Para ello debemos tener en cuenta que hasta aquí hemos hablado de los países más fuertes del planeta, solo una parte del concierto mundial. No podemos olvidar a un gran número de países situados por debajo de los modelos analizados, carentes de una ética social y que malviven como simples espectadores de la competencia internacional. Una estrategia maximalista en pro de la igualdad podría llevar más miseria aún a los desheredados absolutos, por lo que habremos de distinguir entre lo irrenunciable y lo relativo. La respuesta debe buscar la forma de armonizar los derechos fundamentales con la necesidad de competir en el mercado global.

A este propósito, hemos de distinguir los derechos fundamentales de la persona, que en su mayor parte son inescindibles⁶⁶ y cuyo disfrute debe garantizarse absolutamente, de los derechos contractuales de jornada y salario, cuantificables y susceptibles de graduación en tanto y en cuanto no desciendan por debajo del nivel donde se encuentra el derecho a la salud y a la seguridad personal.⁶⁷

65 Al fenómeno del *outsourcing* o externalización comienza a enfrentarse el opuesto fenómeno del retorno o *insourcing*. Las mejoras laborales en China están llevando a las multinacionales tanto al *insourcing* como al traslado de la producción hacia otros países del tipo tantálico.

66 El derecho a la salud sí permite, a mi juicio, distinguir entre exigencias ineludibles y requisitos técnicos de menor cuantía. El trabajo esclavo, la libertad sindical o la igualdad de género no son, por el contrario, susceptibles de graduación.

67 Las jornadas excesivas inciden sobre la salud y sobre el nivel de exposición al riesgo del trabajador exhausto. Los convenios de la OIT disponen de estándares a este respecto que deberían exigirse a todas las empresas de todo el mundo.

Respecto a los derechos fundamentales, la mayoría de ellos no encarecen el coste de los productos, y su rechazo tiene un fuerte componente cultural, como ocurre por ejemplo en la igualdad de género o la libertad sindical: es el mantenimiento de la jerarquía de sexos y la autoridad indiscutida del empresario lo que se defiende, pues el salario de hombres y mujeres podría converger hacia un término medio, y el diálogo social mejora el entendimiento de los factores de producción en las empresas. Desde 1998 la OIT defiende con éxito relativo un núcleo de convenios referidos al trabajo esclavo, trabajo infantil, igualdad de género y libertad sindical (OIT, 1998), mientras que otro derecho fundamental de gran importancia, el de la salud, se encuentra en numerosos convenios pero ha quedado fuera del núcleo fuerte.

Lo anterior conduce a una propuesta pragmática que consistiría en una Declaración formulada por la Conferencia General de la OIT o por la Asamblea General de la ONU, para comprometer a todos los países en la exigencia de los ocho convenios OIT sobre derechos fundamentales laborales, con el añadido de uno más sobre seguridad y salud.⁶⁸ Su observancia debería ser vigilada y sancionada desde uno de esos organismos internacionales con medidas adoptadas por todos los países, como por ejemplo la exclusión del incumplidor de los acuerdos comerciales preferenciales.⁶⁹

Y, con respecto a las condiciones de jornada y salario, mantener el amplio arco actual para permitir la competitividad de los países en vías de desarrollo, con el tope mínimo allí donde una jornada excesiva o un salario de miseria colisionara con el derecho fundamental a la salud. Más allá de esos mínimos fundamentales se alzaría fácilmente el reproche de tratarse de una actuación interesada contra la capacidad competitiva de los países del tercer mundo. Una negociación colectiva libre, asistida por los sindicatos globales, debería ser capaz de mejorar los mínimos vitales en función de los avances económicos.

El cometido principal de estas reflexiones ha consistido en desvelar los diversos modelos en presencia y la ética de trabajo que hay detrás de cada uno. El resultado de su confrontación actual es difícil de predecir, si bien parece encaminarse a corto plazo hacia una convergencia de todos esos modelos. El mundo globalizado marcha inexorablemente hacia la instauración de más fuertes controles internacionales, para la aplicación de unas reglas de juego más racionales y humanas, lo cual supondrá un nuevo equilibrio en el que tanto el beneficio empresarial como la dignidad de la persona tengan igualmente cabida.

68 Podrían ser uno de los dos convenios marco de la OIT en la materia: el número 155, de 1981, o el número 187, de 2006.

69 Ya se ha visto cómo la suspensión del acuerdo preferencial Estados Unidos-Bangladesh en agosto de 2013 ha llevado a una inmediata reforma laboral en este país, antes de que la UE hiciera algo similar. La aplicación fragmentada de tales sanciones genera críticas de parcialidad e insuficiencia que vendrían solventadas por una aplicación internacional.

Referencias

- Acemoglu, D., & Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países*. Ediciones Deusto.
- Adler, S. (s.f.). *Israel*. En Natlex, OIT Profiles.
- Albert, M. (1992). *Capitalismo contra capitalismo*. Barcelona: Paidós.
- Alden C. (2017). *China in Africa*. Londres: Zed Books.
- Baker & McKenzie (2013). *China Employment Law*. Ginebra: Guide.
- Betancourt Serna, F. (2013). Don Elio Antonio de Nebrija, jurista del *Utrumque Ius*. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 118. Lima: PUCP.
- Brooks T. (agosto 7, 2013). Bangladesh – U.S. President suspends Bangladesh from preferential trade benefits program. *The International Employment Lawyer*.
- Burek, J. (2010). El regreso del calvinismo. *The Christian Science Monitor*, 27 de marzo. Reproducido en la revista *El Camino Agosto*, 30 de marzo de 2010.
- China Labour Bulletin* (noviembre 26, 2009). China's labour dispute resolution system.
- Cicerón, *De Officiis* 1.42.151.
- Clavero Salvador, B. (1994). *Historia del derecho: derecho común*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Clifford, S., & Greenhouse, S. (diciembre, 2013). Fast and flawed inspections of factories abroad. *The New York Times*.
- Cline E. (2013). *Confucius, Rawls, and the sense of justice*. Fordham University Press.
- Compa, L. (2004). Justice for all. The struggle for worker rights in China. Washington: Solidarity Center.
- Confucio. *Analectas*, Libro I, capítulo 2.
- Cottureau, A. (2002). Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré, puis évincé par le droit du travail (France, XIXe siècle). *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 6, pp. 1521 y ss.
- Däubler, W., & Wang, Q. (2013). Aktuelle entwicklungen im Chinesischen arbeitsrecht. *Recht der Arbeit*, 6.
- Donaires Sánchez, P. (2012). El principio del consensualismo en el derecho de los contratos. *Derecho y Cambio Social*.
- Fei, X. (1992). *From the soil*. The Foundation of Chinese Society. University of California Press.
- Fondo Monetario Internacional – FMI. (2014). Informe sobre previsiones económicas para el año 2014, presentado en Ciudad de México en julio de 2014.
- Fontdegloria, X. (septiembre 20, 2014). El aumento de los costes salariales en China frena la inversión extranjera. *El País*, p. 23.
- Foster, P. (junio 7, 2010). Foxconn 'suicide factory' raises pay 70pc. *The Telegraph*.
- Foster, P. (junio 10, 2010). China faces wave of strikes.
- Fukuyama, F. (1994). *El fin de la historia y el último hombre*. Madrid: Planeta.

- Geoffron P. (2003). Las lecciones de la gran crisis japonesa de los años noventa. VV.AA. (Chesnais, F., & Phlion, D., coords.), *Las trampas de las finanzas mundiales*. Madrid: Akal.
- Ghosh, P. (2008). *A historian reads Max Weber*. Harrassowitz Verlag, Wiesbaden.
- Greenhouse, S. (julio 16, 2013). Under pressure, Bangladesh adopts new Labor Law. *The New York Times*.
- Güiraldes, Ricardo (1926). *Don Segundo Sombra*. Buenos Aires: Editorial Proa.
- Guo, B. (2007). China's labor standards: myths and realities. Paper presentado en la Conferencia organizada por el China Research Center sobre el tema «China: opportunities & challenges for U.S. Companies». Nueva York, febrero.
- Harris, D. (marzo 19, 2013). China product sourcing problems. Don't even try to blame it on a subcontractor. Not anymore. *China Business, Legal News*.
- Hayter, S., & Stoevska, V. (2011). *Social dialogue indicators*. Ginebra: OIT, Departamento de Relaciones Industriales y Empleo.
- Hernández, J. F. (1872). *El gaucho Martín Fierro*. Buenos Aires: Imprenta de la Pampa.
- Hernández, J. F. (1897). *La vuelta de Martín Fierro*. Buenos Aires: Librería Martín Fierro.
- Hutton, W. (2002). The world we're in. (Edición italiana: Europa vs. USA. Perché la nostra economia è più efficiente e la nostra società è più equa. Roma: Fazi Editore).
- IMF (octubre 2014). World Economic Outlook (WEO) – Legacies, clouds, uncertainties.
- Jiang W. (2009). Fuelling the dragon: China's rise and its energy and resources extraction in Africa. *The China Quarterly*, 199.
- Johnson, C. (1987). *MITI and the Japanese miracle. The growth of industrial policy, 1925-1975*. Tokio: Tuttle Co. Publishers.
- Kagono, T. et al. (1985). *Strategic vs. Evolutionary management: A U.S.-Japanese comparison of strategy and organization*. Nueva York: North Holland.
- León Hurtado, A. (1961). *La causa*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Li, J. (2012). *Cultural foundation of learning: East and West*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Marcuse, H. (1936). *Calvin und Luther*. París: Institut für Sozialforschung.
- Nakakubo, H. (1996). Procedures for resolving individual employment disputes. *Japan Labour Bulletin*, 6.
- Nitobe, I. (2006). *Bushido: el Código del Samurai*. LD Books.
- Ochoa G. (2006). *Derecho civil. I, Personas*. Santiago de Chile: Universidad Católica de Los Andes.
- OIT (1998). *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86.ª reunión. Ginebra.
- Ojeda Avilés, A. (1978). *La cogestión de las grandes empresas en Europa. La experiencia alemana y la Ley de Cogestión de 1976*. Sevilla: Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Serie Empresariales N.º 7.

- Ojeda Avilés, A. (2007). *Métodos y prácticas en la solución de conflictos laborales: un estudio internacional*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Servicio de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo.
- Orrik (2011). Employment litigation in Japan. *Asian-MENA Council*, mayo.
- Rachfahl, F. (1909). Kaivinismus und kapitalismus. *Internationale Wochenschrift für Wissenschaft Kunst und Technik*, números 39-43.
- Rainey, L. D. (2012). Confucius and Confucianism. The essentials. Wiley-Blackwell.
- Rivera Restrepo, J. M. (2010). *De los aspectos generales en torno a la doctrina de la causa*. Santiago de Chile: Universidad Bernardo O'Higgins.
- Saavedra Dahm, O. (s.f.). Análisis de la obra *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, de Max Weber. Santiago: FLACSO / Universidad de Chile.
- Sarmiento, D. F. (1874). *Facundo: civilización y barbarie*. París: Hachette.
- Sattzinger, M. (2003). El modelo europeo frente al modelo USA: capitalismo renano vs. capitalismo sajón. Evolución y perspectivas. Grin Verlag.
- Seibert, N. (2012). Die begründung und beendigung von arbeitsverhältnissen und arbeitsverträgen: eine darstellung und analyse der Chinesischen rechtslage. Berna: Peter Lang.
- Servais, J. M. (1999). Neuordnung der Wirtschaft und Europäisches Sozialmodell. En VV.AA. (Klebe, Th., ed.), *Recht und soziale arbeitswelt. Festschrift für Wolfgang Däubler*. Frankfurt: Bund Verlag. Traducción al español: *Nuevas configuraciones económicas y modelo social europeo*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 105(2002), pp. 1029 y ss.
- Sombart, W. (1913). Der bourgeois. Zur geistesgeschichte des modernen wirtschaftsmenschen. München/Leipzig.
- Sweeny, J. J. (2004). Foreword. En Compa, L., *Justice for all. The struggle for worker rights in China*. Washington: Solidarity Center.
- Webb, S., & Webb, B. (1920). *The history of trade unionism*. Londres: Longmans, capítulos VII y siguientes.
- Weber, M. (1904-1905). Die protestantische ethik und der geist des kapitalismus. *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, volúmenes XX y XXI (reeditada unitariamente en 1920).
- Weber, M. (1922). *Wirtschaft und gesellschaft. Grundriss der verstehenden soziologie*. Tübingen: J.C.B. Mohr (traducida al español como *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1969, vol. I, pp. 170 y ss.; vol. II, pp. 704 y ss.).
- Weber, M. (1991). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Traducción al español por J. Chávez Martínez. 9.ª edición. Editorial Premia.
- Wong, E. (septiembre 15, 2010). Global crisis adds to surge of labour disputes in Chinese courts. *The New York Times*. Cita datos del Tribunal Supremo chino publicados por *China Daily*.
- Wyndham Lewis, D. B. (1942). *Carlos de Europa Emperador de Occidente*. Espasa-Calpe (título original: *Emperor of the west: a study of the Emperor Charles the fifth*).
- Yacuzzi, E. (2006). *El management: una revisión de su literatura*. Parte I: *Conceptos y teorías*. Buenos Aires: Universidad CEMA.
- Yao, X. (2001). *El confucianismo*. Madrid: Akal.

El cuerpo y el alma del derecho del trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar

Alfredo Villavicencio Ríos

Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Miembro de número de la Academia Iberoamericana de

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Marco general: el trabajo y el derecho del trabajo

El trabajo como despliegue o esfuerzo —físico o intelectual— que realiza una persona humana con la finalidad de procurarse los medios de subsistencia (pero no solo eso: también pueden encontrarse otras finalidades, como la satisfacción, el placer, la solidaridad o la integración social, y otros móviles propios o concomitantes) existe desde tiempos inmemoriales y su organización ha pasado por diversos modos de producción. En este artículo vamos a circunscribirnos a esbozar algunos planteamientos respecto de su realización en tiempos actuales, lo que deja fuera todas las formas de organización de la producción que no sean capitalistas.

En este marco, lo primero que queremos resaltar es que se trata de una actividad consustancial a la naturaleza humana. De ahí que Mario Ackerman haya resaltado que la expresión trabajo humano, muy presente en la literatura académica laboralista, sea un pleonasma, indicando que «en rigor, el *trabajo*, en cuanto inseparable de la persona que lo ejecuta, obligadamente es *humano*, lo que torna, por demás, sobreabundante al adjetivo, porque esta actividad solo puede ser realizada por los seres humanos» (Ackerman, 2007).

También debemos agregar que el derecho del trabajo, como ya dejara en claro *urbi et orbi* Supiot (1997, pp. 57 y ss.), se ocupa de la *persona que trabaja* (sujeto de derecho) y no del *trabajo* (objeto), lo que lleva a que en esta aproximación académica, el ser humano (que trabaja) sea uno de los centros de nuestras preocupaciones. Asimismo nos ayuda, en época de robots trabajando, a precisar que, mientras estemos en los confines de nuestra disciplina, seguiremos hablando de los trabajadores-seres humanos, sin desconocer que los avances de la inteligencia artificial puedan desplazar extramuros de las actividades humanas a muchísimas labores productivas que fueron o están siendo realizadas por ellos.

Al respecto, Harari (2018, pp. 36 y ss.) señala que, en sus múltiples entrevistas y conferencias sobre los desafíos tecnológicos, la inteligencia artificial, los algoritmos de macrodatos y bioingeniería, los funcionarios gubernamentales, empresarios, activistas sociales se impacientan y aburren, hasta que se baja de lo abstracto a lo concreto pronunciando tres palabras mágicas: puestos de trabajo. Allí termina el malestar y comienza el interés y la preocupación generalizada, dado que la conjunción de la infotecnología y la biotecnología está llevando a la superación no solo de las capacidades físicas del ser humano, sino también de las cognitivas. De este modo, la revolución

tecnológica en curso echaría del mundo laboral a millones de personas, que pasarían de explotados a irrelevantes. Sin duda alguna, esta situación está dicha en condicional, porque surgirán nuevos empleos, y no solo alrededor del mundo de la tecnología sino también de actividades menos cualificadas como el cuidado de niños, enfermos o adultos mayores. Sin embargo, el futuro de los trabajadores es una interrogante y no tragedia a la que nos dirigimos deterministamente. Puede ser o no ser muy esperanzador para el empleo humano, y el rumbo que se tome depende en mucho de decisiones políticas globales que hay que aclarar y enfrentar.

En tal sentido, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, creada por la OIT, ha elaborado el enjundioso informe *Trabajar para un futuro más prometedor* (OIT, 2019, pp. 10 y ss.), con valiosísimos aportes para el camino elegido, basado en dos pilares medulares: revitalizar el contrato social y poner en el centro del programa a la persona humana. Por su claridad e importancia, presentamos, a continuación, algunas de las ideas medulares, literales o resumidas, en las que se verá que el ser humano es, como corresponde, el centro de sus preocupaciones.

Los avances tecnológicos –la inteligencia artificial, la automatización y la robótica– crearán nuevos puestos de trabajo, pero quienes van a perder sus trabajos en esta transición podrían ser los menos preparados para aprovechar las nuevas oportunidades. Las competencias de hoy no se ajustarán a los trabajos de mañana y las nuevas competencias adquiridas pueden quedar desfasadas rápidamente. La ecologización de nuestras economías creará millones de puestos de trabajo a medida que adoptemos prácticas sostenibles y tecnologías limpias; en cambio, otros puestos de trabajo desaparecerán cuando los países vayan reduciendo progresivamente sus industrias basadas en el carbón y en el uso intensivo de los recursos. La evolución demográfica no es un factor desdeñable. Si bien es cierto que el aumento de la población juvenil en algunas regiones del mundo y el envejecimiento de la población en otras pueden ejercer presión sobre los mercados de trabajo y los sistemas de la seguridad social, estos cambios abren nuevas vías que nos brindan la posibilidad de contar con sociedades activas, basadas en los cuidados y la inclusión.

Tenemos que aprovechar las posibilidades que nos brindan estas transformaciones profundas para crear un futuro más prometedor y conseguir seguridad económica, igualdad de oportunidades y justicia social; así como, en última instancia, reforzar nuestro tejido social.

Aprovechar el momento: Revitalizar el contrato social

Para abrir esas vías es preciso una acción comprometida por parte de los gobiernos y de las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Estos actores deben revitalizar el contrato social que asegura a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, el respeto de sus derechos y la protección de los riesgos a los que se exponen a cambio de su constante contribución a la economía. El diálogo social puede desempeñar un papel fundamental en garantizar la pertinencia de este contrato con miras a afrontar los cambios en curso si todos los actores del mundo del trabajo intervienen plenamente en él, en particular los muchos millones de trabajadores que están excluidos actualmente.

Un programa centrado en las personas

Proponemos un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo que fortalezca el contrato social, situando a las personas y el trabajo que realizan en el centro de las políticas económicas y sociales y de la práctica empresarial. Este programa se asienta en tres ejes de actuación, que combinados entre sí generarían crecimiento, igualdad y sostenibilidad para las generaciones presentes y futuras:

- i) Aumentar la inversión en las capacidades de las personas
 - a. El derecho a un aprendizaje a lo largo de la vida que permita a las personas adquirir competencias, perfeccionarlas y reciclarse profesionalmente.
 - b. El derecho a un aprendizaje a lo largo de la vida que permita a las personas adquirir competencias, perfeccionarlas y reciclarse profesionalmente.
 - c. Aplicar un programa transformador y mensurable para la igualdad de género.
 - d. Proporcionar protección social universal desde el nacimiento hasta la vejez.
- ii) Aumentar la inversión en las instituciones del trabajo
 - a. Establecer una Garantía Laboral Universal: disfrute de los derechos fundamentales del trabajo, un «salario vital adecuado» (Constitución de la OIT, 1919),
 - b. Respetar los límites máximos respecto a las horas de trabajo, la protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo, aprovechar la tecnología para ampliar las oportunidades y conciliar la vida profesional con la vida personal (un mínimo de horas de trabajo garantizadas que genere opciones reales de flexibilidad y control sobre los horarios de trabajo).
 - c. Garantizar la representación colectiva de los trabajadores y los empleadores a través del diálogo social como bien público, disfrutar del reconocimiento de su libertad sindical y del derecho de negociación colectiva, con el Estado como garante de esos derechos.
 - d. Encauzar y administrar la tecnología en favor del trabajo decente, lo que significa que trabajadores y directivos deben diseñar la concepción de puesto de trabajo; adoptar un enfoque de la inteligencia artificial «bajo control humano» que garantice que las decisiones definitivas que afectan al trabajo sean tomadas por personas, establecer un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas.
 - e. Reglamentar los avances tecnológicos requiere también de la reglamentación del uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo del trabajo, proporcionados por los avances tecnológicos.
- iii) Incrementar la inversión en el trabajo decente y sostenible, de conformidad con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas
 - a. Incentivos para promover inversiones en áreas clave en favor del trabajo decente y sostenible para impulsar también la igualdad de género y crear millones de puestos de trabajo y nuevas oportunidades para las microempresas y las pequeñas y medianas empresas.
 - b. El desarrollo de la economía rural, del cual depende el futuro de muchos de los trabajadores del mundo, debería convertirse en una prioridad.

- c. Remodelar las estructuras de incentivos empresariales en pro de estrategias de inversión a largo plazo, y explorar indicadores suplementarios de desarrollo humano y bienestar.

Se trata, qué duda cabe, de un punto de partida tan ambicioso como imprescindible, donde el ser humano está en el centro de las preocupaciones, como debe ser; de ahí que lo hayamos citado tan ampliamente.

2. El cuerpo y el alma del derecho del trabajo

A lo largo de la historia del capitalismo, las formas de organizar el trabajo y prestar servicios han sido muchas y son cada vez más complejas. Tras la crisis que comienza en la segunda parte de la década de 1970, las relaciones laborales sufrieron una gran transformación en el decenio siguiente, de la mano de una revolución tecnológica de inusitadas dimensiones. Así surge una «Nueva Economía» basada, en términos de Ojeda Avilés, en «sectores industriales sorprendentes: telecomunicaciones, nanotecnología, biotecnología, producción transgénica, aviónica, genética, ofimática, etc.» (Ojeda, 2010, p. 77); esto ha generado una situación inédita, puesto que «nunca antes se había producido tal número de inventos en tan poco tiempo, ni se habían difundido tan pronto, ni había habido tal capacidad de trasladarlos a la economía con semejante rapidez» (p. 78).

Todo ello, para ir sintetizando *una transformación muy compleja y que continúa a una velocidad vertiginosa, ha conducido a diversos cambios en la estructura empresarial* y ha dado paso al surgimiento de innumerables pequeñas empresas, que vienen de la mano de nuevas formas de organización del trabajo. Estas formas novedosas no responden al modelo de empresa unitaria sino, más bien, al de empresas en red, donde la subcontratación productiva —como externalización o como cesión de mano de obra—, el incremento de la contratación temporal, los nuevos modos de subordinación, el debilitamiento sindical y de la negociación colectiva, se constituyen en las señas de identidad.

Esta situación se inserta, además, en un proceso de globalización cada vez más acentuado, en el cual la digitalización de las empresas es actualmente el ícono principal en el mundo empresarial, y el comercio electrónico, una de sus expresiones más connotadas. Esto, sin duda alguna, está produciendo también mutaciones en el empleador y en el trabajador, en el vínculo entre ambas partes, en lo individual y en las relaciones colectivas, y, por supuesto, en el rol del Estado. Así se originan diversos tipos de relaciones laborales que, hasta ahora, no encuentran un nombre o categoría que las englobe, pero que dejan tras de sí una amplia estela de precarización en las condiciones de trabajo, que tiene ya manifestaciones muy claras en Europa.

Todo ello forma parte del cuerpo del derecho del trabajo, cada vez más flexible y cambiante, más líquido —según la conocida terminología de Zigmund Bauman— y complejo, que necesita una respuesta cada vez más más versátil o dúctil desde nuestra disciplina.

Esta situación de permanente y cada vez más rápido cambio, con ser incontrastable, no puede hacernos perder la perspectiva de que quien trabaja es un ser humano, ni la conciencia de que lo hace con su cuerpo. Ya en 1927, Otto Sinzheimer nos recordaba que «el trabajo es una energía esencial. Quien trabaja no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar» (Sinzheimer, 1984, p. 73). Se trata del ser humano prestando servicios —dicho con todas sus letras—, puesto que cuando se habla de persona se licúa gran parte de su significado concreto y se pasa a un nivel de abstracción que, sin llegar al de persona jurídica, parece reducirlo, como a ella, a un mero centro de imputación de derechos y obligaciones.¹

Esto es retomado por Supiot (1996, pp. 71 y ss.), quien —recordando la naturaleza extrapatrimonial que tiene el cuerpo— evidenciaba la antinomia que surge cuando se lo convierte en el (oscuro) objeto del contrato de trabajo. No es posible contratar teniendo por objeto el cuerpo humano; por tanto, para salir de tal contradicción es imprescindible garantizar a la persona seguridad en el trabajo y seguridad por el trabajo. En concreto, hay que salvaguardar no solo la integridad de su cuerpo y su salud —es decir, la aptitud física constante del trabajador—, sino también hay que asegurar su subsistencia. Ello contempla el principio general de garantía de los ingresos del trabajador, lo que incluye —qué duda cabe— no solo el pago por los servicios prestados, sino también la continuidad de los servicios, para garantizar los salarios del trabajador.

A ello podríamos agregar el estado de necesidad, que genera en la persona la urgencia de trabajar para obtener los ingresos que permitan cubrir el costo de vivir (del trabajador y su familia), así como la situación de asimetría de poder y de subordinación en que han de prestarse los servicios de trabajo (Kann-Freund, 2014, p. 52).² *De este modo podemos concluir que el espíritu de la regulación no puede ser sino protector del ser humano que trabaja; no puede sino ser tuitivo de sus derechos fundamentales; no puede sino imponer cierto equilibrio de poderes, para proteger los valores supremos de igualdad y libertad, dada la ineptitud radical del contrato para reflejar los dos intereses en juego, de acuerdo con los gráficos términos de Gol-dín (2014, p. 89).*

Por todo esto, la Declaración de Filadelfia, que actualizó la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), afirmó sin atenuantes —como principio fundamental en que se sustenta esta organización—, que el trabajo no es una mercancía. En consecuencia, no puede estar sujeto simple y llanamente a las reglas del mercado, sino que debe tenerse siempre presente que quien presta servicios es un ser humano y esta condición entraña, directamente, el respeto de su dignidad y de los derechos que se desprenden de tal naturaleza.

En sustancia, y más allá de los muchos y permanentes cambios en el cuerpo de nuestra disciplina, en lo que se refiere a su espíritu, a aquello que permanece y que le da identidad, el derecho laboral o es protector o carece de razón de ser, tal como afirmaba sin concesiones Oscar Ermida (2011, pp. 15-22), sintetizando de manera

1 En ese sentido, podríamos entender el llamado que, en 1919, hace el Preámbulo de la Constitución de la OIT a «un régimen de trabajo realmente humano».

2 Para este autor, la relación entre un empleador y un trabajador es una relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (*a bearer of power and one who is not a bearer of power*).

insuperable lo que la doctrina laboral ha sostenido a lo largo del tiempo (Hueck & Nippeddey, 1983, p. 45; Daubler, 1994, pp. 90-91; Camerlynck & Lyon-Caen, 1974, p. 24; De la Cueva, 1949, p. 240; García Murcia, Martín Valverde & Rodríguez Sañudo, 2010, pp. 65-66).³ Rodríguez-Piñero desarrolla con más amplitud esta tajante afirmación, señalando que «el Derecho del Trabajo ha sido históricamente un instrumento protector de un sujeto, que pone su persona en el centro de la relación contractual y que está subprotegido en el ámbito socioeconómico, y por ello es un derecho redistributivo, respecto a lo que sería someter a la relación contractual a la autonomía contractual, y de hecho a la decisión unilateral del empleador estableciendo garantías y límites frente a ese poder» (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 1999, p. 1).

Todo esto, además, sin dejar de lado el carácter ambivalente de nuestra disciplina que, por un lado, tiene un marcado carácter protrabajador, y, por otro, busca funcionalizar el conflicto laboral con el propio sistema capitalista, como ha sido dicho con precisión por Palomeque, al dejar sentado que el derecho del trabajo «fue una “solución defensiva”, frente al conflicto estructural desatado entre trabajo asalariado y capital, para su “integración” en términos compatibles con la conservación del sistema económico y social del capitalismo» (Palomeque, 2011, p. 15).

En conclusión, esta calidad protectora no solo tiene trascendencia personal sino también social: la finalidad de este carácter va más allá de la esfera individual para proyectar sus efectos concretos en la sociedad y en la política, a partir de sus aportes efectivos en el terreno de la justicia social, o de la democracia material, como se le quiera llamar. De ahí que sea pacífico en el laboralismo considerar que el contenido laboral de la Constitución es una de las señas de identidad del Estado social de derecho (Blancas, 2011, p. 93)⁴ —que ahora ha evolucionado a Estado constitucional de derecho—, y una garantía de igualdad, de democracia y, en síntesis, de ciudadanía. Además de proteger a la persona del trabajador y permitirle llegar a la condición de ciudadano, es un instrumento político creado por el propio capitalismo para democratizarlo materialmente, es decir, para que los intereses de los trabajadores se vean reflejados en las políticas públicas, a la vez que para procesar el conflicto laboral y transformarlo en paz social de alta calidad, puesto que elimina campos de conflicto (normas legales de mínimos) y produce mejoras concretas en las condiciones de trabajo y en la remuneración, a través de las cuales los integrantes de una comunidad se sentirán incluidos en la unidad productiva y en el país. En tal sentido, la calidad de la democracia puede medirse por la vigencia y fortaleza del derecho del trabajo, sobre todo en horas en las que el discurso dominante está dejando de lado estos valores para priorizar únicamente los de la productividad y la competitividad a cualquier precio. Veamos los alcances de esta nueva situación.

3 Se llegó incluso a considerar que el principio protector es el único verdaderamente específico del derecho del trabajo (véase De la Villa & López Cumbre, 2003, p. 10; Ackerman, 2005, pp. 25 y ss.).

4 Blancas (p. 93) afirma rotundamente que «histórica y normativamente, el núcleo de los derechos sociales lo conforman los relativos al trabajo, a tal punto que, con exactitud, se considera la “constitucionalización del Derecho del Trabajo” como la primera, y hasta hoy, la más relevante manifestación del Estado Social de Derecho».

3. La nueva narrativa jurídica dominante y la remercantilización del trabajo

Actualmente, nos topamos muy a menudo con una nueva narrativa jurídica, que no habla de *trabajadores* sino de *colaboradores*, que no ganan una remuneración sino una compensación y que, entre otros términos, no son despedidos sino desvinculados. Si miramos con atención los términos que se utilizan, veremos que tras ellos *hay una visión del mundo del trabajo que rompe con los moldes identitarios del derecho del trabajo*: se deja de lado la relación desigual, la subordinación y el conflicto de intereses, bases sobre las que se ha construido disciplina, y se nos ofrece una visión sustentada en un interés único que se ha de proteger: el de la empresa, su funcionamiento y sus necesidades, al servicio de los cuales deben estar todos los demás intereses inmersos en las relaciones laborales, al margen de su fundamentación.

Esto puede verse reflejado con claridad cuando Damián Pierbattisti califica el tránsito de la noción de trabajador a la de colaborador como «piedra angular de lo que llamamos el neoliberalismo en el espacio laboral», y cuando agrega que

la minuciosa y compleja ingeniería social sobre la que descansa la construcción de colaboradores no solo está orientada a producir individuos atomizados que se representen a sí mismos. Esta curiosa personificación, que cristaliza la voluntad del capital de asociar a la fuerza de trabajo a la nueva organización, *intenta borrar todo lazo de dominación y de explotación económica bajo la pretendida libertad y autonomía de los asalariados* (Pierbattisti, 2010; cursivas añadidas)

En el mismo sentido, Palermo señala que la apuesta por el cambio cultural, desde la perspectiva empresarial, «en donde la “colaboración” y la “paz social” gobiernan, configura un orden laboral donde prevalece la fragmentación entre los trabajadores, la competencia y la alineación al proyecto de la firma» (Palermo, 2012, pp. 185-186).

Si buscamos en nuestro campo de interés un ejemplo que nos ilustre esta nueva narrativa, podemos señalar que en ella

lo relevante no es ya el efecto económico del despido, sino la retórica de la organización de la empresa y los nuevos fundamentos de la autoridad de la misma. Estos se asientan sobre la individualización de la autonomía personal de los trabajadores en torno de un consenso sobre valores aceptados sin cuestionamiento y sin conflicto —puesto que este se niega o resulta invisible—, que resaltan el cambio, la movilidad, la tensión hacia la superación y el ascenso», negando, por cierto, cualquier posibilidad de identidad colectiva «en primer lugar sindical, conceptualizada a lo sumo como una presencia institucional externa». Así, «la soledad del trabajador le sitúa en un espacio de aislamiento sin raíces en la producción, sin encontrar asidero en el trabajo como forma de relación social».⁵

5 Los entrecomillados corresponden a Baylos Grau y Pérez Rey (2009, pp. 36-37).

La construcción de esta narrativa es, y no puede ser de otra manera, ideológica, y forma parte de la reordenación de valores e intereses producto del claro predominio neoliberal en la escena mundial desde la caída del Muro de Berlín en 1989. Por su trascendencia, generalización y efectos, a continuación presentamos las justificaciones de esta narrativa ahora hegemónica, aterrizando en el tema de la desvinculación y su contraste con el derecho al trabajo.

3.1. Las justificaciones de la nueva narrativa

El giro del discurso —que partía del reconocimiento constitucional del valor supremo del trabajo para la persona, su ciudadanía e, incluso, para la definición de configuraciones políticas de la sociedad⁶— hacia la narrativa que pone en el centro a la empresa y al mercado, tiene varios hitos, entre los cuales queremos destacar los que siguen.

Para comenzar, debemos traer a colación la crisis de los años 1970 y 1980, en la que se «culpabiliza» al derecho del trabajo de la destrucción del empleo y se le concibe como un obstáculo institucional para una respuesta oportuna y adecuada de las empresas a los retos de la productividad.⁷ Visto esto así, había entonces que hacer funcional el derecho del trabajo respecto del mercado

sobre la base de su aptitud para estimular los procesos de generación o destrucción de empleo, con la consecuencia [de] que este tipo de regulación solo resultará legitimada socialmente en la medida en que procure un nivel aceptable u óptimo de empleo en el país. En este contexto, se coloca en un lugar central el coste del despido como elemento orientador de los procesos económicos que favorecen o distorsionan el mercado de trabajo y la creación de empleo (Baylos Grau & Pérez Rey, 2009, p. 30).

Esta concepción, como lo ha señalado reiteradamente Ugarte Cataldo (2007, pp. 213 y ss.),⁸ tiene un ADN claramente identificable en los cultores del análisis económico del derecho que, bajo la égida del *homo economicus*, presentan una *teoría económica del derecho*⁹ que se sustenta en el paradigma de que para lograr acuerdos, contratos o relaciones eficientes, es imprescindible la negociación directa entre las partes, sin injerencias externas y en un contexto de costos de transacción bajos, para

6 La Constitución italiana, en su artículo 1, consagra que «Italia es una república democrática fundada en el trabajo». Lo mismo sucede con la Constitución peruana de 1979, que establecía también, en su artículo 79, que «El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo».

7 Como puede verse en Baylos Grau (2006, pp. 63 y ss.).

8 Véase, por todos sus trabajos al respecto, Ugarte Cataldo (2007, pp. 213 y ss.).

9 Posner señala con contundencia que esta teoría consiste en «la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común como daños, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al procedimiento civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la imposición de la ley de la administración judicial; e, incluso, al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho naviero, el derecho familiar y la jurisprudencia» (citado por Ugarte Cataldo, 2007).

decirlo en breve. Esta corriente se ha traducido políticamente en el endiosamiento de la eficiencia económica que traducido a lo laboral significa librar a las relaciones laborales de la intervención estatal y colectiva y colocar como valores dominantes la productividad y la competitividad, por encima o a costa de cualquier valor, principio o derecho fundamental; allí colisiona directamente con la construcción de un sistema jurídico que tiene al ser humano y sus derechos fundamentales como base del sistema político, y que podemos sustentarlo en el *homo antropologicus* de Supiot, quien señala que, desde el punto de vista jurídico, el hombre es «un sujeto, dotado de razón y titular de derechos inalienables y sagrados» (Supiot, 2012, p. 42).

La colocación del derecho del trabajo en el banquillo de los acusados, tras la crisis de los años 1970 y su ola desreguladora, se fortalece con la *introducción de nuevas formas de organización descentralizada del trabajo* (y sus correlatos legales de *outsourcing*, *insourcing*, *crowdworking*, intermediación, etcétera) y con el *advenimiento del mundo unipolar* tras la caída del Muro de Berlín, que nos ha colocado frente a una compleja globalización, en cuya íntima esencia está la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, como lo afirmara Ermida (2003, p. 120), quien agrega, con absoluta precisión, que

naturalmente, este proceso va acompañado de una ideología legitimadora, que tiende a priorizar el capital sobre el trabajo. La competitividad de la empresa en el mercado global se convierte en el bien supremo al que se subordinan todos los demás. Los intereses individuales son más valorizados que antes, mientras que los colectivos tienden a perder prestigio. La solidaridad pasa de moda y el egoísmo tiende a ser considerado como un motor del progreso. (Ermida, 2003, p. 121)

A partir de ello, la embestida de los poderes económicos conduce a que los políticos entiendan que hay que desandar el camino del protagonismo legal y colectivo en la fijación de las condiciones de trabajo para volver a la individualización de las relaciones laborales, restaurando al contrato su imperio en el establecimiento de las condiciones de trabajo. En otras palabras, y dado el desequilibrio de poderes que se da en el plano individual, hay que dejar las relaciones laborales en manos del empleador desregulado y sus intereses, abandonando la senda precedente de regulación tendencialmente equilibrada de tales relaciones.

Es necesario resaltar también que la narrativa hegemónica viene reforzada por otra concurrente —y también economicista— de *banalización* (y, por tanto, *tolerancia*) de la *injusticia social*, estudiada con detalle por Christophe Dejours (2006, pp. 16 y ss.), en la que la «guerra» por la mayor competitividad, que solo tiene víctimas individuales y civiles, separa adversidad de injusticia, de modo que se termina aceptando con resignación sus consecuencias en la destrucción del empleo, como si proviniese de leyes naturales y no de leyes humanas. En nuestro terreno, se viene abriendo camino, como señalan Baylos y Pérez Rey, «*la percepción del despido como un acto banal, que carece de importancia significativa en el conjunto de la organización de las relaciones laborales a cargo de la empresa que aísla este acto de sus consecuencias sobre las condiciones de vida de las personas que trabajan*» (Baylos & Pérez Rey, 2009, p. 35; cursivas añadidas).

Hemos dejado para el último lugar la mención de *la aparición del modelo de competencias* (Zarifian, 2001) *y su correlato con la empleabilidad de los trabajadores*, según los cuales «cada trabajador deberá revalidar permanentemente su formación, sus aptitudes y sus conocimientos, sentando las bases para construir una instancia de examen permanente sobre la fuerza de trabajo»; esta concepción ponía fin al empleo de por vida e «implicaba incertidumbre laboral y ausencia de toda instancia que garantice la estabilidad en el trabajo» (Pierbattisti, 2010, pp. 10-11).

Esta concepción floreció en los años 1960, acunada en la escuela de recursos humanos originaria de los Estados Unidos, en cuya Constitución no hay una consagración explícita de los derechos laborales (Goul IV, 1991, p. 39).¹⁰ Se sustenta en la doctrina del *employment-at-will*, es decir, en la capacidad del empleador de contratar en las condiciones que quiera y, en consecuencia, con un elenco legal mínimo de derechos laborales entre los que solo se puede destacar la instauración del salario mínimo y la jornada máxima de 40 horas, con el pago de horas extra (establecidos en la *Fair Labor Standards Act* de 1938) y la regulación de los derechos colectivos (*National Labor Relations Act* de 1935, más conocida como Ley Wagner). No tiene nada que se parezca al derecho al trabajo y, en consecuencia, el despido es libre, con las únicas excepciones previstas en el denominado *wrongful discharge*, que restringe tal libertad en los casos en que el despido se basa en la negativa del trabajador a cumplir un acto contrario a la ley, cuando hay motivos discriminatorios, cuando las partes consideran implícitamente como indeterminada la duración del contrato o cuando el despido es de mala fe.¹¹

3.2. El neoliberalismo como base de la remercantilización del trabajo

La amalgama de hitos reseñada anteriormente condujo, con cierta consistencia, a que el trabajador sea considerado un recurso (humano), inserto en un mercado (de trabajo). De esta manera, y a pesar de sus singularidades —evaluadas siempre en el terreno de las competencias—, tenía que estar sujeto a las reglas generales del mercado (oferta y demanda) y a la voluntad de quien lo incorporara en su organización empresarial.

La respuesta a estos argumentos y situaciones viene de la observación de la misma realidad y de la propia fungibilidad de los argumentos antes señalados. En primer lugar, la desregulación y flexibilización laboral, que tienen sus expresiones no solo en los países en desarrollo sino también en Europa (y no solo en Grecia y España, sino también en Italia y, últimamente, en Francia), no han servido para superar las crisis económicas sufridas, en la medida en que ni se ha generado más empleo, ni de

10 Al punto que para resolver sobre la constitucionalidad de la National Labor Relations Act de 1935, la Corte Suprema estadounidense tuvo que recurrir a la cláusula de comercio prevista por el artículo I sección 8 de la Constitución, que «permite al Congreso dictar normas que estén orientadas a regular el comercio entre los diversos Estados de la Unión. El fundamento constitucional sobre el que está apoyada esta normativa es que la regulación legal de trabajadores y empresarios es necesaria para disminuir la conflictividad laboral, que podría perjudicar al comercio interestatal» (Goul IV, 1991, p. 39).

11 Apretada síntesis de lo señalado respecto de la regulación laboral norteamericana por Campana (2016, pp. 134 y ss.). Ojeda Avilés (2010) coincide con esta opinión.

mejor calidad; más bien, se ha podido comprobar que las consecuencias directas han recaído en la precarización del trabajo y en la acumulación de riqueza en el vértice de la pirámide de los ingresos. Respecto de lo primero, el desempleo se agudiza, la informalidad se mantiene en niveles altos, hay un incremento significativo del trabajo temporal y subcontratado, entre otros. Y, en relación con lo segundo, un reciente estudio de Unicef afirma que la distribución de los datos revela un planeta increíblemente desigual. Como se usan diversos modelos para medir esta desigualdad, corresponde citar la conclusión a la que arriban:

Ambos modelos contables de distribución del ingreso ofrecen resultados llamativamente similares. Bajo los tipos de cambio del mercado, habitamos en un planeta en el que el quintil del extremo superior controla más del 80 % del ingreso global en contraste con un ínfimo 1 % para quienes se encuentran en el extremo inferior. Aunque la disparidad mejora bajo los tipos de cambio ajustados por PPA (del 67% al 2.6%), *ambos modelos revelan un mundo profundamente corroído por las disparidades del ingreso*. Cada uno de los métodos de contabilidad y de las distintas opciones de tipo de cambio sugieren también que se están produciendo algunos avances para los más pobres; no obstante, el perezoso ritmo al que se produce el cambio es claramente inaceptable. Usando el tipo de cambio bajo el modelo contable global con tipos de cambio del mercado, hicieron falta 17 años para que los mil millones de personas en los quintiles de abajo, viviendo en extrema pobreza, mejoraran su proporción del ingreso mundial en 0.18 puntos porcentuales, de un 0.77 % en 1990 al 0.95 % en 2007 [...]. A esta velocidad, llevaría más de ocho siglos (855 años para ser exactos) que los mil millones más pobres del mundo alcanzaran el 10 % del ingreso global. (Ortiz & Cummins, 2012, p. 20; cursivas añadidas)

Asimismo, sabemos claramente que el origen de las «leyes» que rigen la globalización no solo es humano sino claramente neoliberal. La economía se ha impuesto a la política en desmedro de la democracia y la ciudadanía. Lo que puede verse de manera elocuente en las palabras de Ferrajoli:

[...] de aquí, inevitablemente, el descrédito de la política, vista en el mejor de los casos como impotente y parasitaria y, en el peor de los casos, como antisocial y servil a los intereses destructivos de los más fuertes. En efecto, la política moderna, a partir de Hobbes, se legitima como expresión de los seres humanos de carne y hueso. Está legitimada socialmente en su dimensión sustancia y de reflejo de la política y es representativa, por su capacidad de resolver los problemas: de actuar los principios constitucionales, de garantizar los derechos y, por encima de todo, la vida, de redistribuir la riqueza a través de prestaciones y servicios, de disciplinar los poderes, de otro modo salvajes de la economía. Resulta en cambio desacreditada y deslegitimada cuando invierte ese papel: cuando no solo no limita ni disciplina los poderes privados de los más fuertes, sino que se subordina a ellos como un instrumento; cuando desmantela el estado social, favoreciendo a los más ricos y penalizando a los más pobres, y no reduce, sino que dilata, las desigualdades,

subvirtiendo el significado de nobles palabras como «reformas» y «reformismo»: ya no reformas sociales en favor de los más débiles, sino contrarreformas antisociales en su perjuicio. (Ferrajoli, 2014, p. 1969).¹²

Sabemos todos, además, que en el campo específico de las relaciones laborales, donde la desigualdad es evidente y también la contraposición de intereses y el conflicto consecuente, *la individualización de las relaciones laborales impulsada por el neoliberalismo coloca al empresario (y sus intereses) como sujeto predominante en el centro de la escena*, con todas las consecuencias económicas y jurídicas que hemos reseñado.

En conclusión, la actual situación de predominio de la economía sobre la política (y, consecuentemente, sobre la democracia) no se origina en ningún devenir inevitable ni, menos, en el fin de la historia: su origen reside en decisiones políticas de quienes tienen el poder a nivel mundial. Decisiones que los favorecen claramente, razón por la cual la Comisión Mundial para la Dimensión Social de la Globalización, nombrada por la OIT para estudiar este tema, concluyó palmariamente que:

1. La trayectoria actual de la globalización debe cambiar. Son demasiado pocos los que comparten los beneficios que de ella se derivan, y son demasiado numerosos los que carecen de voz para contribuir a la planificación de la misma e influir sobre su curso.

2. La globalización será lo que nosotros hagamos de ella. Sus resultados 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.

[...]

7. Reivindicamos una gobernanza de la globalización que sea más integradora, con políticas destinadas a conciliar mejor el crecimiento económico, por una parte, y el progreso social y la sostenibilidad medioambiental, por otra. (OIT, 2004, pp. 2-3)

Queda claro, entonces, que frente a esta situación de ausencia de una esfera pública global, que ha puesto en crisis a los sistemas de protección social nacionales e incluso al propio Estado constitucional de derecho, debe plantearse una alterna-

12 Agrega Ferrajoli: «[...] la subalternidad de las políticas nacionales a los mercados ha vaciado, junto con el papel de gobierno de la política, la misma representatividad y legitimidad de los órganos electivos, a los que los mercados imponen intervenciones antisociales, en perjuicio del trabajo y de los derechos sociales, y en beneficio, de hecho, de los intereses privados de la maximización de los beneficios, la especulación financiera y la apropiación de bienes comunes y vitales. De aquí se sigue un rol parasitario de la política y de las instituciones democráticas y un desprestigio generalizado de la clase política [...]. Un descrédito y una crisis política en cuanto tal, cada vez más subordinada a la economía, cada vez más desautorizada, cada vez más lejana de las necesidades y de los problemas de los países que estaría llamada a gobernar, por incapacidad, sometimiento ideológico o por connivencia con el mundo de los negocios» (p. 93).

tiva política, que seguro será de largo plazo, y que debería comenzar, siguiendo a Ferrajoli (2014, pp. 172-176), por dos líneas de acción complementarias para una actuación eficaz. La primera viene dada por el ya universalismo de los derechos fundamentales, que podría considerarse como una «embrionaria constitución del mundo», a la que «le faltan sus leyes de adecuación, es decir, las garantías tanto primarias como secundarias, de los múltiples derechos establecidos» que, si los tomamos en serio, «vienen impuestas por ellos a la política, no solo como su cometido histórico más importante y principal fuente de legitimación externa, sino también como una obligación jurídica y como condición de su legitimación interna». La segunda línea de acción viene a través de la progresiva expansión del *rule of law*, «que ciertamente no está anclado en el modelo estado-céntrico» y «está dotado de una intrínseca dimensión sustancial como conjunto de límites al poder despótico».

Entre tanto, y desde las relaciones laborales, hay que reconducir la globalización hacia un mundo con cuotas mayores de justicia social que, como señala Supiot, combine

una dimensión axiológica y una dimensión procesal. Esa dimensión axiológica es la de la dignidad humana y los derechos económicos, sociales y culturales que la respaldan. La dimensión procesal proviene a la vez de la libre empresa y de la libertad sindical en donde la tensión, regulada por el derecho a la huelga y la negociación colectiva, permite convertir las medidas de fuerza en medidas de derecho». Justicia social que, en el siglo XXI, tiene que agregar a sus tradicionales dimensiones al menos otras tres, según el propio Supiot: la de la justicia del comercio internacional, la de la justicia en las alianzas económicas y, por último, la de la justicia en la división del trabajo. (Supiot, 2016, pp. 25 y ss.)

Esta última es de trascendental importancia, porque se ocupa de introducir la justicia social en el terreno de la organización del trabajo y de la salud mental de los trabajadores, afectada por decisiones tomadas en esta materia.

4. La democracia sustantiva como muralla defensiva frente a la nueva narrativa

4.1. La trenza de la protección social

La defensa del alma del derecho del trabajo reclama actualmente del concurso del derecho del trabajo, del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, como la trenza de protección social instituida para que los derechos fundamentales involucrados en el mundo del trabajo sean respetados. Estos bienes jurídicos no son solo los típicamente laborales sino también aquellos que la doctrina y la jurisprudencia conocen ampliamente como los derechos laborales inespecíficos (Palomeque, 1991; Blancas, 2007; Pasco Cosmópolis, 2012); honor, intimidad, libertad de expresión, imagen, tutela judicial, etcétera, y que les corresponden en tanto ciudadanos.

Para garantizar la vigencia efectiva de los derechos humanos, en el Perú, y en otros países como Colombia o Argentina (pero con un espectro menor en cuanto al número de derechos), se ha reconocido rango constitucional a los tratados internacionales que consagran y regulan derechos fundamentales. En un contexto de desregulación laboral, esta idea, afirma Alfonso Mellado:

es esencial porque entonces nos ha de llevar a entender que las carencias del ordenamiento laboral se suplen mediante la remisión a esos otros conjuntos, con independencia de que así se disponga expresamente o no, y, sobre todo, y esto es lo esencial, que las normas laborales deben interpretarse y aplicarse en el marco de esos conjuntos más amplios en los que se insertan y, por tanto, no cabe una interpretación y aplicación de las mismas incongruente o contraria a lo que se derive de los mismos.¹³

A pesar del reconocido carácter mínimo de las normas internacionales, que ha conducido a que el recurso a ellas dependa del grado de desarrollo de los países, las actuales crisis internacionales y nacionales (y sus inclementes reformas socialmente regresivas) están conduciendo, en países como España, a «la adquisición de un protagonismo sin precedentes de la normativa internacional, en particular de la Carta Social Europea (en adelante, CSE). La explicación es lamentablemente clara puesto que la adopción de medidas restrictivas que afectan principalmente a los derechos sociales, ha implicado que se recurra a ella con la finalidad de exigir su reconocimiento, respeto y garantía» (Salcedo, 2016, p. 28).

Esta reciente mirada europea hacia lo internacional-laboral tiene una mayor tradición y una especial importancia en los países en los que el DIDH goza de jerarquía constitucional, a través del llamado «bloque de constitucionalidad», *que es una técnica constitucional que permite la ampliación de la fuerza normativa de la norma suprema* (derechos, principios y reglas) a normas que formalmente no están previstas por esta. Por este medio, «las normas materialmente constitucionales —esto es, con fuerza constitucional— son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales —esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el artículo constitucional» (Uprymni, s.f.).¹⁴ Esto es así a partir de la incorporación en la norma suprema de los tratados sobre derechos humanos que un país hubiera ratificado y estuvieran en vigor. Debe tenerse en cuenta, para comenzar, que, como sostiene Ermida (2006, p. 15), «los derechos fundamentales proclamados en pactos declaraciones y otros instrumentos internacionales de derechos humanos son constitucionales *ab initio*, nacen constitucionales [...]. La Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo».

13 Así nos lo recuerda Alfonso Mellado (2015, p. 14) cuando afirma «siempre, pues, ha sido claro que el ordenamiento jurídico-laboral se encontraba inserto en un conjunto más amplio; primero el ordenamiento interno estructurado a partir de la Constitución que, a su vez, se insertaba en otro conjunto aún más amplio que comprendía junto a las normas internas todas las supranacionales —por más que las de la Unión Europea pudieran también considerarse como derecho interno—».

14 En este trabajo puede verse con detalle el origen, alcances, ventajas y desventajas de este instrumento.

Este mecanismo suele estar previsto en la propia Constitución y cumple diversos fines relevantes, que van desde facilitarle una permanente adecuación histórica, hasta dotar a los derechos provenientes del DIDH de mecanismos y procesos que le garanticen su aplicación doméstica, a través de los establecidos para tal fin respecto de los derechos constitucionales originarios.¹⁵

Adicionalmente, estos *preceptos constitucionales de origen internacional* deben ser respetados por cualquier otra norma, con lo que no pueden ser contradichos, limitados o modificados por regulaciones infraconstitucionales; de ahí que las otras fuentes jurídicas tengan vedado el camino de establecer disposiciones contrarias a las regulaciones internacionales sobre derechos humanos. En el caso de que se produjese una afectación legal de las disposiciones de estos tratados, estaríamos ante un supuesto de invalidez de la norma inferior por inconstitucionalidad. Esto llevaría al juez a aplicar el tratado por encima de la norma de inferior jerarquía (control difuso), y también podría sustentar una acción de inconstitucionalidad dirigida a eliminar del ordenamiento jurídico a la norma legal infractora (control concentrado).¹⁶

Esta situación es muy relevante porque conduce a que la incorporación directa y con rango constitucional del derecho internacional permita descargar sobre el Poder Judicial nacional la obligación de aplicar tales tratados, lo que deviene una buena solución al viejo problema de la falta de imperio de las normas internacionales.

A todo esto habría que agregar con carácter general que, de conformidad con la Convención de Viena, el Estado está obligado a cumplir las normas internacionales de buena fe (artículo 26); además, «no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (artículo 27). Este dato normativo acarrea una importancia verdaderamente significativa, ya que, más allá del rango que tenga la norma internacional en cualquier país, establece obligaciones de respeto y cumplimiento que no pueden soslayarse ni siquiera a partir de normas constitucionales que colisionan con el tratado.

Finalmente, hay que tener en cuenta que en el ámbito del DIDH podemos ubicar el área del derecho internacional del trabajo conformado mayoritariamente por los Convenios Internacionales del Trabajo aprobados por la OIT, cuando se ocupan de regular los derechos humanos laborales.¹⁷ De esta manera, un sector significativo del «nuevo» derecho constitucional provendrá de estos convenios internacionales, que podrán ser utilizados como parámetro de validez de las normas nacionales, en tanto no sean menos favorables que la regulación doméstica, incluyendo la originariamente constitucional. Volveremos sobre esta trenza al analizar específicamente los alcances y la protección del derecho al trabajo.

15 Sobre el particular, puede verse Villavicencio Ríos (2011, pp. 611-636).

16 Si bien el control de constitucionalidad y el de convencionalidad no son exactamente iguales, tienen en común la invalidez de las normas de inferior rango contrarias a las disposiciones constitucionales o de origen internacional.

17 Por cierto, no nos estamos refiriendo solamente a los convenios que regulan los principios y derechos fundamentales, que son solo ocho, sino a todos los que se ocupan de algún derecho laboral considerado en el catálogo de derechos humanos laborales, o como fundamental en algún texto constitucional.

4.2. El paradigma de Estado constitucional de derecho como reino del alma del derecho del trabajo

A diferencia del modelo de Estados Unidos, cuya Constitución carece de un contenido laboral específico, en América Latina desde la Constitución Mexicana de Querétaro, de 1917, y en Europa desde la Constitución de Weimar, de 1919, las normas supremas de estas regiones tienen sendos contenidos laborales, que regulan los más diversos ámbitos de las relaciones laborales.

La incorporación de este contenido laboral (y social) de las diversas constituciones, junto con la contemplación de la intervención del Estado en la economía, dio lugar, desde 1917, a un proceso de sustitución del Estado liberal por el Estado social de derecho (Blancas, 2011),¹⁸ expresión con la que, según señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer:

se hace referencia a un Estado que no solo garantiza y protege los derechos y libertades, sino que realiza las acciones necesarias para llenar unos y otras de contenido efectivo, especialmente en el plano económico; la acción estatal pretenderá lograr el real disfrute de esas libertades y derechos, mediante la utilización de los instrumentos adecuados para promover a los menos favorecidos y tratar de lograr una mayor nivelación socioeconómica y cultural de los ciudadanos. (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, s.f., p. 18).

Tras la barbarie nazi en Europa, y tras las últimas dictaduras militares en América Latina, los ordenamientos jurídicos pasaron por un proceso de transformación de sus líneas medulares, para poder cumplir con una función de tan hondo calado; así dejaron de considerar a las constituciones como cuerpos político-jurídicos fundacionales con una eficacia jurídica muy relativa y abandonaron, progresivamente, el paradigma de la ley como la norma jurídica por excelencia y la forma política correspondiente, denominada «Estado legal de derecho».

Paulatinamente, *este paradigma fue cambiando en los diversos países, a partir de otorgarle a la Constitución el lugar central de la arquitectura jurídica*. Esto sucedió, como hace notar Landa (2011, p. 25), debido a que el poder constituyente del que emana y el contenido esencial de la comunidad que expresa jurídicamente le confieren supremacía material, en tanto que sus características de *lex legis* (en tanto se encuentra en el vértice de las demás normas) y *norma normarum* (en tanto constituye norma matriz para la creación de las demás normas) le garantizan supremacía formal. Debiendo agregarse que su carácter normativo supremo no solo se predica respecto del Estado y sus relaciones con los ciudadanos, sino también de las llevadas a cabo entre privados (*drittwirkung*), lo que importa una regulación «extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales» (Comanducci, 2003, p. 81), que además tendrá en los derechos fundamentales un núcleo pétreo o muy rígido que Ferrajoli denomina la «esfera de lo no decidible» (Ferrajoli, Comaducci, 2014, p. 20).

18 Un detallado estudio de esta forma social puede verse en Blancas (2011).

Se instituye así el modelo de Estado Constitucional de Derecho, cuyos rasgos singulares, en términos de Prieto Sanchís (2013, pp. 24 y ss.), son: i) el reconocimiento incuestionable de la fuerza normativa de la Constitución y su carácter de norma suprema, lo que implica la invalidez de normas o decisiones que vulneren lo establecido por ella; ii) la *rematerialización* constitucional, es decir, el agregado a las normas formales que regulan el ejercicio de los poderes, de normas sustantivas, expresadas en valores superiores, principios y especialmente los derechos fundamentales, que trazan límites negativos y positivos al poder;¹⁹ iii) la garantía judicial y la aplicación directa de la Constitución, es decir, su efectiva exigibilidad ante los jueces; estos, a su vez, han de tener competencia para controlar las demás normas del sistema, razón por la cual los derechos fundamentales no se presentan solo como condiciones de validez de las leyes, sino como normas con vocación de regular cualquier aspecto de la vida social, incluidas, por ejemplo, las relaciones entre particulares; y, iv) la rigidez constitucional, como intangibilidad que alcanza tanto a los derechos fundamentales como a ciertas reglas organizativas, entre ellas la propia fórmula democrática.

Como vemos, *el centro del paradigma del Estado constitucional de derecho es muy amplio y denso, y tiene en la vigencia directa y efectiva de los derechos fundamentales uno de sus principales pilares*, razón por la cual se habla de un *discurso de los derechos*,²⁰ que proyecta el valor superior de los derechos fundamentales sobre la actuación política y las relaciones sociales comunes, incluyendo, por supuesto, a la economía y al mercado. Esto nos conduce inexorablemente a la carga axiológica y teleológica muy grande que sustenta el paradigma de Estado constitucional de derecho, y que se expresa, en el caso concreto del derecho al trabajo, en los valores de igualdad, libertad,²¹ dignidad, democracia, inclusión social, ciudadanía.

19 Por eso Ferrajoli afirma que «mientras la existencia o vigencia de la norma continúa dependiendo de su *forma* de producción, cuya norma de reconocimiento sigue siendo el viejo *principio de legalidad formal*, su validez depende también de su *sustancia* o contenido, cuya norma de reconocimiento consiste en el *principio de legalidad sustancial*, que la vincula a la coherencia con los principios y los derechos constitucionalmente establecidos [...]. En efecto, con los principios y derechos fundamentales establecidos por esta [la Constitución] se estipula también, como solemne «nunca más» a los horrores de los totalitarismos, la que he llamado la *esfera de lo no decidible*, lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados» (Ferrajoli, 2014, pp. 19-20).

20 Cuyas bases, no necesariamente coherentes entre sí, son presentadas por Ugarte Cataldo en los siguientes términos: «Hart y la preeminencia del juez en los casos difíciles por la textura abierta de las normas, Dworking y el blindamiento de los derechos fundamentales como cartas de triunfo frente a consideraciones utilitaristas o consensualista, Alexy y la tesis de los derechos fundamentales como principios y la ponderación como vía de solución del conflicto entre estos derechos, y Ferrajoli y el garantismo como forma de implementación de los derechos fundamentales» (véase Ugarte Cataldo, 2011, pp. 3-4).

21 Y cuando hablamos del valor libertad, no estamos pensando solo en su expresión *negativa* (deber de abstención estatal), que puede aplicarse directamente a la autonomía colectiva (sindicación, negociación colectiva y huelga), así como a la igualdad de trato; sino también en su expresión *positiva* (la libertad como autonomía para ser uno mismo habiendo satisfecho sus necesidades), lo que resulta aplicable al derecho al trabajo y a todo el derecho del trabajo, con excepción de las anotadas expresiones de libertad negativa. Sobre este tema, véase la rigurosísima presentación de Blancas Bustamante, 2007, pp. 48 y ss.

Finalmente, y por estar directamente vinculado con el tema central de este trabajo, queremos resaltar que entre los principios que sostienen el edificio del Estado constitucional de derecho se encuentra el de interdicción de la arbitrariedad, en sus dos vertientes:

- a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda explicación racional. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.²²

Si bien este principio tiene un especial ámbito de aplicación en el terreno del debido proceso y sus exigencias de debida motivación, al tratarse de una exigencia axiológica del Estado constitucional, también debe hacerse extensivo a los privados como límite a sus actos. La Corte Suprema de Costa Rica ha avalado esta posición sobre la base de la «teoría de la irradiación», indicando que el principio de interdicción de la arbitrariedad es «de aplicación no solamente a sujetos de derecho público sino también de derecho privado, debido al *efecto irradiante* de los derechos fundamentales y humanos al ámbito privado»²³ (cursivas añadidas). También ha indicado que «no solo los poderes públicos —entes y órganos— están llamados al respeto de los derechos humanos y fundamentales de los que son titulares cualquier persona [*sic*] sino que también cualquier otro particular u organización del Derecho Privado está obligado a respetarlos y establecer las condiciones para su goce y ejercicio efectivos».²⁴ El Tribunal Constitucional peruano también ha sentado esta posición en una acción de amparo, indicando que, de acuerdo con el artículo 38 de la Constitución, «[t]odos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir y defender la Constitución», norma que impone el deber de respetar los derechos de todos, sea que desarrollen sus actividades en la esfera privada o pública».²⁵

5. La ética y el alma del derecho del trabajo, una relación directa

Nuestro país vive en un modelo de afectación constante de los más básicos principios de la ética, tanto a nivel del Estado como en las relaciones entre privados. Valga como ejemplo el hecho de que todos los expresidentes de la República, desde Alberto Fujimori hasta la fecha, están procesados o investigados por gravísimas imputaciones de corrupción, a la par que hay muchas empresas privadas involucradas en tales hechos. Y a nivel social también hemos de reconocer que lamentablemente tenemos una cultura de tolerancia a hechos de corrupción muy acentuada, que pasa por saltarse las colas, los semáforos,

22 STC N° 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico N.º 12.

23 Resolución N° 011390-2008 de la Corte Suprema de Costa Rica.

24 Resolución N° 05455-2007 de la Corte Suprema de Costa Rica.

25 STC N° 1848-2004-AA/TC, fundamento jurídico N.º 2.

vender entradas regaladas o coimear a la Policía. Ni qué decir de abogados que recurren en sus patrocinios o asesorías a manipular los hechos, formular defensas insostenibles o participar en la constitución de empresas *offshore* para esconder dineros mal habidos (la prensa nacional está llena cotidianamente de información al respecto).

No es ajena a esta situación el fin de la política partidaria y programática, y su sustitución por el aprovechamiento político de la popularidad y la oferta de medidas económicas que tienen como eje lo que se pide y no lo que se puede o debe. En todos estos casos hay un trasfondo individualista, de búsqueda del beneficio propio, a cualquier precio, y sin importar los valores que se tienen que sacrificar para conseguir llegar al poder. Y si los «padres de la patria» se toman esas «libertades», la ausencia general de paradigmas éticos es evidente.

Si vamos al mundo del trabajo y las relaciones laborales, nos encontramos, como señala Ermida, con la imposición de un modelo deslaborizante (remercantilización de las relaciones laborales), de profunda individualización (restringiendo severamente las posibilidades de actuación colectiva efectiva), que retira al Estado y a la tutela colectiva del ámbito laboral, dejando que la asimetría de poder existente entre empleadores y trabajadores, y su correlato en la empresa como principal fuente de regulación de las condiciones de trabajo, sea quien protagonice nuevamente, como en el siglo XIX, el mundo de la regulación del trabajo. Situación de por sí cuestionable éticamente, al colocar los intereses privados por encima de los generales y colectivos, cambiando el ordenamiento de las fuentes. El contrato de trabajo, que tenía un rol subordinado y residual a la ley y al convenio colectivo, se transforma en la estrella del establecimiento de condiciones de trabajo, sabiendo todos nosotros que, como señala Goldín, en la realidad el contrato de trabajo sufre de una ineptitud radical para reflejar los dos intereses en juego, haciéndolo solo con los del empleador.²⁶ Tenemos, pues, un problema ético de máxima relevancia cuando apoyamos y fomentamos modelos viciados en su origen por encubrir un apoyo incontrastable de los intereses del poderoso de la relación laboral, en claro contraste con la razón de ser y los principios identitarios del derecho del trabajo (Ermida, 2006, pp. 1-2).

Más allá de esta consideración general, Ermida nos plantea una *microética* laboral, en la que se encuentra el fundamento ético de una serie de institutos concretos del derecho del trabajo y de la seguridad social, con especial referencia a los sujetos de la relación de trabajo y a sus relaciones individuales y colectivas; así como una *macroética* laboral, en cuyo ámbito se encuentran el contenido y los fundamentos éticos del conjunto del sistema de relaciones laborales y del derecho del trabajo en su totalidad, es decir, los grandes principios de estas disciplinas en relación con la ética.

El alma del derecho del trabajo se encuentra identificada plenamente con los dos ámbitos de la ética en ese terreno del derecho. Se vincula estrechamente con los pilares básicos del Estado constitucional: respeto y garantía efectiva de la vigencia de los derechos fundamentales, laborales e inespecíficos (en nuestro caso). Teniendo en cuenta que se condicen con la naturaleza humana y democracia sustantiva, dan contenido y permiten que la dignidad se encarne en la vida cotidiana de los ciudadanos, con lo que se supera la condición democrática meramente formal, generando

26 Véase nota 12.

la obligación de respeto por parte del Estado y cada persona en todas las posibles relaciones que traben.

El derecho del trabajo es, además, un instrumento básico de consecución de igualdad efectiva en las relaciones laborales, superando la asimetría de poder existente en las relaciones individuales de trabajo. Con ello se fortalece el ámbito de libertad de los trabajadores, que tienen a la ley y al convenio colectivo como ejes que les amplían el ámbito de predeterminación de sus prestaciones. Y, finalmente, nuestra disciplina tiene una vinculación directa con la dignidad del trabajador, que se ve sujeto a una configuración no solo unilateral sino impuesta, frente a la que no tiene voz alguna. Por todo esto, el carácter tuitivo del derecho del trabajo forma parte del ADN del Estado constitucional de derecho, y, por tanto, siendo tan relevante la esfera axiológica de esta formación política, su desconocimiento entraña no solo una vulneración jurídica sino además una agresión clara a los principios y valores que dan sustento a las regulaciones constitucionales.

Se trata, pues, de garantías sociales y políticas que permiten el acceso a condiciones mínimas de vida y de democracia, cuyo desconocimiento o afectación hiere los fundamentos básicos de la vida civilizada. En tal sentido, la defensa del derecho del trabajo y su función social y política no solo debe ser numantina, sino que debe también aglutinar a todos los que creemos que, más allá de los intereses individuales, hay un imperativo social sin el cual ni siquiera los más ricos podrán tener sostenibilidad social y política y tranquilidad en su vida cotidiana.

Referencias

- Ackerman, Mario (2005). El principio protectorio o de protección. En VV.AA, *En torno a los principios del derecho del trabajo*. México: Editorial Porrúa.
- Ackerman, Mario (2007). El trabajo, los trabajadores y el derecho del trabajo. *Revista del Tribunal Superior de Trabajo*, volumen 73, número 3, julio-septiembre.
- Alfonso Mellado, Carlos (2015). La aplicación en el ámbito interno de las normas internacionales en materia social. *Trabajo y Derecho*, número 12.
- Baylos Grau, Antonio (2006). Mercado de trabajo y sistema jurídico laboral en el nuevo siglo. En Gianibelli, Guillermo, & Zas, Oscar (Coordinadores), *Estudios de teoría crítica de derecho del trabajo (inspirados en Moisés Meik)*. Buenos Aires: Bomarzo Latinoamericana.
- Baylos Grau, Antonio, & Pérez Rey, Joaquín (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.
- Blancas Bustamante, Carlos (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, Carlos (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Camerlynck, Guillaume Henri, & Lyon-Caen, Gerard (1974). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Campana, David (2016). Narrativas jurídicas (hegemónicas y subalternas) en torno a la terminación del trabajo: el caso del despido en el derecho norteamericano. *Laborem*, 17, pp. 134 y ss.
- Comanducci, Paolo (2003). Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. En VV.AA., *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Daubler, Wolfgang (1994). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial MTS.
- Dejours, Christophe (2006). *La banalización de la injusticia social*. Buenos Aires: Topia Editorial.
- De la Cueva, Mario (1949). *Derecho mexicano del trabajo*. México D.F.: Editorial Porrúa.
- De la Villa, Luis Enrique, & López Cumbre, Lourdes (Coordinadores) (2003). *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.
- Ermida Uriarte, Oscar (2003). Derechos laborales y comercio internacional. En Sanguinetti, Wilfredo, & García Laso, Agustín (Eds.), *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Ermida Uriarte, Oscar (2006). Ética y derecho del trabajo. *IUSLabor*, 1.
- Ermida, Oscar (2006). Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo». En Barreto, Hugo, *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*. Lima: OIT.
- Ermida, Oscar (2011). Protección, igualdad, dignidad, libertad y no discriminación. *Derecho & Sociedad*, número 37, pp. 15-22.
- Ferrajoli, Luigi (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta.

- García Murcia, Joaquín, Martín Valverde, Antonio, & Rodríguez Sañudo, Fermín (2010). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Goldín, Adrián (2014). *El derecho del trabajo. Conceptos, instituciones y tendencias*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Goul IV, Elliot B. (1991). *Nociones de derecho del trabajo norteamericano*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Harari, Yuval Noah (2018). *21 lecciones para el siglo XXI*. Madrid: Debate.
- Hueck, Alfredo, & Nippeddey, Hans Carl (1983). *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Kahn-Freund, Otto (2014). *Reflexiones sobre derecho y poder*. Madrid: MTSS.
- Landa Arroyo, César (2011). La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales. En *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer.
- Ojeda Avilés, Antonio (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley.
- OIT. (2004). *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos. Informe de la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización*. Ginebra: OIT.
- OIT. (2019). Trabajar por un futuro más prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra: OIT.
- Ortiz, Isabel, & Cummins, Mathew (2012). *Desigualdad global: la distribución de ingreso en 141 países*. New York: Unicef.
- Palermo, Hernán (2012). Los trabajadores y la «seguridad competente». *Trabajo y Sociedad*, número 18, pp.185-186.
- Palomeque López, Carlos (1991). *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Palomeque López, M. Carlos (2011). *Derecho del trabajo e ideología*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Pasco Cosmópolis, Mario (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, volumen 3, número 5.
- Pierbattisti, Damián (2010). Del trabajador al colaborador: del uso de la teoría del capital humano en el proceso de privatizaciones en Argentina (1990-2001). *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, número 128, pp. 15 y 20. <http://www.eumed.net/coursecon/ecolat/ar/>
- Prieto Sanchís, Luis (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (1999). El derecho del trabajo a fin de siglo. *Relaciones Labores*, tomo II.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (xxxx). El trabajo en la Constitución. En VV.AA., *Los trabajadores y la Constitución*. Madrid. Cuadernos de Trabajo número 4.
- Salcedo Beltrán, M.^a Carmen (2016). La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales. *Trabajo y Derecho*, 13.
- Sinzheimer, Hugo (1984). La esencia del derecho del trabajo. *Crisis económica y derecho del trabajo*.

Supiot, Alain (1996). *Crítica al derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Supiot, Alain (2012). *Homo juridicus: ensayo sobre la función antropológica del derecho*. 2.^a edición revisada. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Supiot, Alain (2016). ¿Cuál es la justicia social internacional para el siglo XXI? *Laborem*, número 19, pp. 20-21.

Ugarte Cataldo, José Luis (2007). El nuevo derecho del trabajo. *LexisNexis*. Santiago de Chile, pp. 213 y ss.

Ugarte Cataldo, José Luis (2011). *Derechos, trabajo y privacidad*. Santiago de Chile: AbeledoPerrot.

Uprymni, Rodrigo (s.f.). El bloque de constitucionalidad. Un análisis jurisprudencial y un ensayo doctrinal. www.dejusticia.com

Villavicencio Ríos, Alfredo (2011). Los tratados internacionales sobre derechos humanos y sus interpretaciones como normas de rango constitucional. En *Derecho del trabajo y derecho de la seguridad social: estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Zarifian, Philippe (2001). *Le modèle de la compétence*. Éditions Liaisons, Rueil-Malmaison.

**NUEVAS TECNOLOGÍAS Y
TRANSFORMACIONES
EMPRESARIALES**

La noción de trabajador y el ámbito de aplicación del derecho del trabajo: estancamientos y transformaciones

Carlos Palomeque López
Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca.
Doctor Honoris Causa por la PUCP

Allí donde se presenta una brecha notable de condiciones profesionales y, sobre todo, de costes económicos para las empresas entre unas y otras formas de empleo emergen las tensiones centrífugas y centrípetas hacia la expulsión o hacia la integración de cierto tipo de formas de trabajar fuera o dentro del ámbito aplicativo de la legislación laboral.

[Jesús Cruz Villalón, «El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo», 2018]

1. La noción formalizada de trabajador asalariado y la subsunción judicial de supuestos

La de *trabajador/trabajadores* es desde luego noción central del derecho del trabajo. Es por lo mismo cimiento y prueba del entramado jurídico y de la construcción institucional del ordenamiento de las relaciones de trabajo asalariado.

El trabajador es, por lo pronto, *sujeto* de la relación de intercambio de trabajo por salario sobre la que se construye el derecho del trabajo, posible tan solo a partir de la prestación personal de actividad que este lleva a cabo dentro de aquella para completar así la posición singular que mantiene en las relaciones de producción de bienes y servicios y del propio contrato de trabajo: deudor de trabajo y acreedor de salario. Es, por consiguiente, protagonista del conflicto estructural de base que se halla instalado en el sistema de economía de mercado. Pero el trabajador —los trabajadores asalariados— es —son—, asimismo, *objeto* del ordenamiento jurídico laboral, destinatario(s) de la función social de compensación de desigualdades que corresponde al derecho del trabajo: la protección de los trabajadores asalariados y de los grupos sociales dependientes como objetivo programático.

La intervención del Estado en las relaciones de producción, a través de la promulgación de normas protectoras de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial y limitadoras, por lo tanto, de la —hasta ese momento absoluta— voluntad del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo, respondió históricamente a la necesidad social de canalizar el conflicto político surgido entre los nuevos protagonistas colectivos del sistema económico capitalista. El cuerpo normativo resultante habría de cumplir así, pues, la misión de imponer a la contradicción de intereses consiguiente un cauce de circulación compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción y las paredes maestras de

la sociedad liberal. Esta es, sin duda, la función histórica que corresponde a la legislación del trabajo y, a la postre, al propio derecho del trabajo que la siguió.

No es posible olvidar, por lo mismo, el dato crucial que explica la razón de ser del derecho del trabajo como mecanismo de mediación en el conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de los antagonistas. Al propio tiempo que instrumento protector de las relaciones sociales que legitima a través del contrato, el ordenamiento laboral limita ciertamente la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de acción a los trabajadores. Por todo ello, no cabe duda de que la función social que ha otorgado en su momento carta de naturaleza al derecho del trabajo sigue siendo en la actualidad la *integración* del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada de trabajo asalariado. Sin perjuicio, claro es, de las importantes transformaciones que se han producido en el entramado institucional de este ordenamiento desde sus orígenes, así como en sus soluciones normativas singulares, como consecuencia de las modificaciones experimentadas por el sistema económico en su desarrollo histórico.

Parece fundado, por consiguiente, entender que el derecho del trabajo habrá de subsistir como cuerpo normativo, dotado, eso sí, de una u otra configuración institucional o incluso denominación, en tanto su función integradora siga siendo requerida por el sistema social. La presencia histórica del ordenamiento laboral no se debe, desde luego, al azar o al capricho de los legisladores, sino al diseño y ejecución de una precisa y singular misión: la institucionalización o juridificación de las contradicciones entre el trabajo asalariado y la titularidad de la organización productiva de la empresa capitalista.

Esta función integradora del conflicto estructural instalado en la relación de trabajo asalariado, que reposa, como se ha dicho, sobre el equilibrio entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado y la compensación de las desigualdades del contratante débil, por otro, es la razón de ser histórica o causa eficiente del derecho del trabajo, al propio tiempo todavía que la justificación de su mantenimiento o permanencia. La interpretación histórica de dicho equilibrio es, desde luego, una operación contingente, de acuerdo en cada caso con los diferentes factores condicionantes en juego —el sistema político y la correlación de fuerzas sociales dentro del mismo, la situación de la economía, el papel desempeñado por la autonomía colectiva, etcétera—, sin que en ningún caso la acción legislativa pueda dismantelar el núcleo esencial del acuerdo social sobreentendido —traducible a la postre en la noción material de *pacto constitucional*—, so pena de privar al cuerpo jurídico laboral de su función legitimadora primaria.

El aparato institucional y las soluciones normativas de que se sirve el ordenamiento laboral, instrumentos por lo tanto para la realización de la función social que le es propia —es indispensable distinguir, por lo tanto, entre la función objetiva del ordenamiento laboral y el modo de llevarla a cabo en cada escenario y de acuerdo con los factores condicionantes del caso—, no han dejado de experimentar lógicamente las transformaciones históricas derivadas del desarrollo de los correspondientes procesos económicos, sociales y políticos. El resultado último de este entramado no es otro, en fin, que la legitimación del sistema social y de su orden económico

—sistema de libertad de empresa y economía de mercado propios del Estado social y democrático de derecho—, cuya racionalización debe quedar asegurada siempre en el marco de las limitaciones y contrapesos que se fijan, lo que a la postre habrá de servir de test para medir la efectividad social del propio sistema normativo laboral.

Pero volvamos a la noción de trabajador asalariado como centro de imputación del derecho del trabajo. Tal como la han recibido los códigos laborales desde el primer momento, sin que la noción haya experimentado cambios significativos en el ámbito legislativo comparado, el concepto jurídico de trabajador puede expresarse perfectamente en los términos utilizados por la norma laboral española sobre el asunto, el artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba su texto refundido en vigor—: «La presente ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». En tanto que empresarios serán, correlativamente, prosigue el párrafo siguiente de esta disposición —por completar el punto de vista normativo de este mismo ordenamiento—, «todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior».

Derivan de aquí, desde luego, las notas singulares que caracterizan la noción jurídica de trabajador, comunes por cierto en términos generales al conjunto de las definiciones adoptadas al respecto por los sistemas normativos nacionales. En primer lugar, la existencia de una prestación voluntaria de servicios por el trabajador, de un trabajo voluntario, como corresponde al que se debe en virtud de una obligación contractual y por ello libremente asumida por el trabajador, fuera por lo tanto de cualquier manifestación de trabajo forzoso. En segundo, esta prestación de trabajo se realiza a cambio de una retribución económica —remuneración o salario— a cargo del empleador, por lo que se trata de un trabajo retribuido o asalariado que soporta de modo principal el proceso de producción de bienes y servicios, al margen por ello de cualquier manifestación lúdica o no productiva del esfuerzo humano. En tercero, la prestación de trabajo se lleva a cabo para otro sujeto o por cuenta ajena, de modo que los resultados o frutos de la actividad productiva —por decirlo en términos clásicos— se trasladan en virtud de un título contractual oneroso a persona distinta de quien lo realiza —ajenidad en el trabajo—, a diferencia del trabajo por cuenta propia o para sí mismo, que por ausencia de bilateralidad permanece extramuros de la relación y de su disciplina normativa. Y, en fin, el trabajo se produce dentro del ámbito de dirección del sujeto para quien se trabaja —dependencia—, por lo que se define como un trabajo dependiente o subordinado, cuyo modo de prestación está sometido al poder contractual de organización productiva que corresponde al empresario, a su poder de dirección en sentido amplio.

Esta noción será utilizada en consecuencia por jueces y aplicadores de la norma para la confirmación de sus juicios de laboralidad: la comprobación de la concurrencia o no, en un supuesto de hecho singular objeto de examen, de las notas que completan el paradigma de la noción de trabajador y, por ende, de la relación de trabajo asalariado. Así, pues, por intrincados y evasivos que sean los supuestos que suministran las nuevas prácticas, quehaceres y ocupaciones profesionales

dentro de una realidad social compleja y en profunda transformación, la operación judicial procedente no es otra técnicamente que la subsunción de aquellos en las reglas que califican la posición jurídica de trabajador, esto es, su inclusión como componente en una suma o clasificación más abarcadora, su consideración como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general.

En suma, ajenidad y dependencia son pues los rasgos caracterizadores del trabajo asalariado, así como, jurídicamente, de la posición contractual de la persona que lo presta —el trabajador— dentro del sistema de producción. Y es aquí, precisamente aquí, donde radica la diferencia con el trabajo por cuenta propia, autónomo o independiente.

El trabajo autónomo responde técnicamente, así pues, a una doble nota caracterizadora. En primer lugar, en relación con el régimen de atribución de la titularidad de los resultados del trabajo, los trabajadores autónomos —den estos o no a su vez ocupación a otros trabajadores— desarrollan su actividad económica o profesional a título lucrativo por cuenta propia, esto es, y frente al trabajo prestado en régimen de ajenidad —trabajo asalariado o por cuenta ajena—, mediante la adquisición de modo originario, desde el mismo momento en que se producen y en virtud del correspondiente título contractual, de los resultados de su labor productiva, cuyo destino final hacia el mercado —más allá del eventual consumo directo del producto— se articula a través de negocios jurídicos diversos, como la compraventa, el arrendamiento, la ejecución de obra, el transporte, la agencia, etcétera.

En segundo lugar, en relación esta vez con el modo de organización y de ejecución de la actividad productiva, el trabajo autónomo es desde luego —tal es en verdad la significación primaria de la expresión— independiente o no subordinado, en el sentido literal de que se lleva a cabo fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, sin que por ello quede sometido a las órdenes e instrucciones sobre el modo de realización del mismo emanadas de un empleador o empresario inexistente por hipótesis.

El trabajo autónomo se sitúa, por consiguiente, fuera del perímetro del ordenamiento laboral, lo que no es obstáculo, sin embargo, como se tendrá ocasión de comprobar más adelante, para que el derecho del trabajo mantenga —movido por la loable previsión de las consecuencias negativas de una exclusión absoluta por razones dogmáticas— un cordón umbilical que asegure de modo excepcional una discrecional laboralización parcial de la institución, cuando convenga a razones de política social y en aras de la extensión social de los derechos instalados en la relación de trabajo asalariado.

La exclusión tradicional del trabajo autónomo del ámbito de aplicación del derecho del trabajo se explica así, pues, a partir de la posición desplazada —no central o representativa— que aquel ha mantenido dentro del funcionamiento del sistema industrial de producción de bienes y servicios y, en consecuencia, de la estructura de su conflicto social paradigmático. Con el tiempo se ha abierto camino, sin embargo, una situación diferente, en la medida en que —por decirlo con palabras del preámbulo de la ley española por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley 20/2007, de 11 de julio, LETA— este «prolifera en países de elevado nivel de renta, en actividades de alto valor añadido, como consecuencia de los nuevos desarrollos

organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones y constituye una libre elección para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie», por lo que, junto a la figura de lo que podría denominarse «autónomos clásicos», titulares de un establecimiento comercial, agricultores o profesionales diversos, han llegado a ser cada vez «más importantes y numerosas en el tráfico jurídico y en la realidad social» otras expresiones heterogéneas y de especial significación económica del trabajo autónomo.

En cualquier caso, conviene tener en cuenta que el número de trabajadores autónomos —empresarios sin asalariados o trabajadores independientes, sin contar pues empleadores, miembros de cooperativas y ayudas familiares— incorporados al sistema productivo español —permítase una vez más una cita doméstica— en el presente apenas alcanza el 10,2 % del total de la población activa ocupada en el país —algo más de dos millones de personas, de un total de diecinueve millones y medio de ocupados, según datos del Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta de población activa*, correspondientes al tercer trimestre de 2018—. Es verdad, en consecuencia, que el volumen del trabajo por cuenta propia no ha dejado de aumentar dentro de las cifras generales de la ocupación existente, pero no lo es menos que también lo ha hecho —a salvo de los períodos agudos de crisis económica— la ocupación global del sistema y de los asalariados en particular, con la inevitable conclusión del mantenimiento en términos relativos de la todavía moderada participación del trabajo autónomo no empleador en la ocupación general del sistema económico.

La actividad económica del modelo de referencia sigue descansando principalmente, así, sobre la relación de intercambio de trabajo dependiente por salario, esto es, sobre la prestación generalizada de trabajo por cuenta ajena, por lo que el conflicto social generado en su seno y la necesidad de su disciplina o integración se han erigido en el punto de mira y la razón de ser del ordenamiento jurídico laboral. Con todo, la significación económica de las diversas expresiones del trabajo autónomo dentro del sistema de producción actual —paralelo, por lo demás, a la crisis del empleo o de determinadas formas del mismo—, así como el creciente proceso de proletarianización —de asimilación a los estándares de vida y de trabajo de los asalariados— de los trabajadores que se ocupan en estas formas de actividad, se encuentran, sin embargo, en el origen de la preocupación de los poderes públicos por la protección social de estas personas.

La defensa de una extensión —siempre parcial y limitada por la naturaleza de las cosas— de las normas laborales a los trabajadores autónomos tiene su plena justificación, a fin de cuentas, lejos de drásticas exigencias teóricas de renovación institucional, en el despliegue de la propia función integradora y de legitimación social del derecho del trabajo, esta vez en relación con personas y actividades que, no siendo aquellas que siguen definiendo el supuesto tipo de regulación —los protagonistas de la relación de intercambio cuyo conflicto de intereses es objeto de consideración—, son, sin embargo, perfectamente asimilables a estos propósitos al ámbito institucional del trabajo asalariado.

La búsqueda de un marco jurídico laboral adaptado al trabajo autónomo se relaciona así, en último término, con la preocupación por garantizar a estos trabajado-

res niveles de protección social semejantes a los de los trabajadores asalariados. La aplicación de determinados aspectos del derecho del trabajo a los trabajadores que no son asalariados ni empresarios ha sido tomada en consideración de este modo por distintas legislaciones nacionales —las «collaborazioni continuative e coordinate» del ordenamiento italiano, por ejemplo—, en cuya operación extensiva late, desde luego, la idea de que los trabajadores que se encuentren en una situación de dependencia económica frente a un empresario principal, aunque no puedan ser calificados como asalariados, deban poder beneficiarse de los derechos sociales propios de esa dependencia.

2. La noción de trabajador asalariado y el ámbito de aplicación de la norma laboral: una simbiosis corregida

La noción formalizada de trabajador es acotada técnicamente, así pues, por el ámbito de aplicación de la norma que regula su prestación de servicios retribuidos, por lo que ambos elementos institucionales —noción jurídica de trabajador y ámbito de aplicación de la norma laboral—, aun siendo realidades provistas cada una de ellas de singularidad conceptual propia y, por tanto, diferenciada, se construyen en realidad de modo recíproco, el uno en función del otro y viceversa.

Una noción es la de trabajador y otra, por su parte, la de ámbito de aplicación de la norma, pero no ha sido posible desde el principio hacerlas andar por separado. La norma laboral es pues de aplicación a los trabajadores que define, y estos trabajadores definidos por la norma lo son precisamente por su pertenencia al ámbito de aplicación de partida. La ley será de aplicación —dice la norma laboral española ya referida que deja a las claras la simbiosis entre ambas realidades— a los trabajadores por cuenta y bajo dependencia ajenas, quienes completan a su vez aquel ámbito. Una verdadera petición de principio, por cierto, al menos en su formulación normativa de origen, al ponerse por antecedente del razonamiento lo mismo que se quiera probar. De otro modo, no será posible hablar con rigor de trabajador desde el punto de vista jurídico formal —sí desde otros planos del conocimiento, económico, social, etcétera— más allá o fuera de los elementos materiales con que es construida la categoría por el ámbito de aplicación de la norma. La noción jurídica de trabajador es, a fin de cuentas, deudora o tributaria del ámbito de aplicación de la norma laboral.

Una primera consecuencia de lo anterior es, decididamente, que la de trabajador asalariado se ofrece como una noción de naturaleza relacional o condicionada, en el sentido de que su alcance técnico solo deriva del marco o ámbito aplicativo de la norma que la formula. Hay ciertamente otros trabajadores que se mueven extramuros del ámbito o contorno de la norma laboral, aquellas personas que llevan a cabo un trabajo productivo en que no concurren las notas de ajenidad y dependencia, tal como las define la norma laboral, pero tales supuestos incurren por principio en la irrelevancia jurídica laboral, a no ser que el propio ordenamiento diga otra cosa de modo excepcional.

Y una segunda y última es, por lo que ahora interesa, que la noción formalizada de trabajador no ha experimentado transformación principal a lo largo del tiempo,

en la medida en que sigue compareciendo en las leyes laborales provista de modo sustancial de los ingredientes técnicos que el ordenamiento arrastra desde el principio de la construcción dogmática, la ajenidad y la dependencia, como se sabe. Sí lo han hecho naturalmente las dedicaciones profesionales de los trabajadores, de la mano de formas de empleo en cambio constante como consecuencia de las transformaciones del trabajo y de la organización productiva que alumbran de continuo nuevas ocupaciones, empleos y tareas. Pero la noción jurídica que aglutina a todas sigue intacta en sustancia.

Lo que sí ha cambiado, por contra, es el propio ámbito de aplicación personal de la noma laboral, que ha sido objeto de modo continuado de ampliación o expansión en todos los ordenamientos jurídicos, a medida que la función compensadora o de cohesión social del ordenamiento laboral ha ido requiriendo su apertura paulatina a determinados supuestos de prestación laboral que son ajenos desde el punto de vista jurídico a los ingredientes que han tipificado al trabajo asalariado, pero que, a juicio del legislador que la adopta, requieren su inclusión laboral por razones de política social. El ámbito de aplicación del derecho del trabajo ha protagonizado en general, sin perjuicio de los vaivenes que no han dejado de envolver el proceso y conforme a una pauta visible en la mayor parte de los ordenamientos —nacionales y comunitario europeo—, un proceso continuado de agrandamiento o de incorporación a sus dominios, de modo parcial y con consecuencias jurídicas diversas, de supuestos tradicionalmente ajenos a su contenido.

Esta operación de política legislativa de —podemos llamarla así— *laboralización* continuada de supuestos afines o próximos al trabajo asalariado en sentido estricto, de ampliación personal de los ámbitos laborales originarios ligados a la regulación de aquella figura que no deja de ser —también en el presente, ya se ha señalado— el soporte básico del sistema de producción de la economía de mercado, constituye verdaderamente una corrección —excepción a fin de cuentas—, si es que se pretendiera todavía un alcance general e inexcusable de la misma, de la pauta simbiótica que la noción de trabajador y el ámbito de aplicación de la norma laboral compartieron desde la formación de las categorías. Ambas nociones fueron construidas en principio de consuno o común acuerdo, tal como se ha explicado, y de este modo comenzaron su andadura institucional recíproca, solo interrumpida por la tendencia progresiva del ámbito a su ampliación personal con supuestos no reconocibles técnicamente con las señas de identidad de la noción de trabajador.

La noción de trabajador, en suma, que se construyó de la mano del ámbito de aplicación, se ha mantenido estática e invariable, en tanto que el ámbito ha ido más allá de esta adscripción originaria, es verdad que de forma tímida y vacilante en ocasiones, pero siempre en la línea de justificación de la función política del derecho del trabajo.

3. La ampliación continuada del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo y las formas o técnicas de laboralización

La ampliación legislativa del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo, precedida en todos los casos de un debate doctrinal intenso, así como de las

aportaciones receptoras de la jurisprudencia, ha respondido en el común de los ordenamientos considerados a formas diversas de intervención, a técnicas plurales de laboralización, en definitiva.

Veamos a continuación los principales supuestos de este modo de proceder general —con especial referencia al comportamiento experimentado en la materia por el sistema normativo español—, conforme a una propuesta de caracterización y nomenclatura que se juzga oportuna.

3.1. Laboralización parcial constitutiva

Ello sucede con propiedad cuando se admite dentro del ámbito aplicativo del ordenamiento laboral, de modo parcial y por lo tanto tan solo a determinados efectos —aspectos de régimen jurídico o instituciones singulares—, a sujetos que no son trabajadores asalariados —estos sí pertenecientes como se sabe por derecho propio y de forma íntegra a dicho ámbito— por carecer de las notas jurídicas que califican esta categoría personal o, teniéndolas materialmente, por haber sido excluidos del ámbito desde el principio por razones de cultura jurídica o de conveniencia política atendibles por el ordenamiento. Este supuesto se basa, por consiguiente, por eso podemos hablar de inclusión constitutiva, en un forzamiento de los presupuestos jurídico-laborales gobernantes de la adscripción o pertenencia al ámbito de aplicación, que se justifica y hace posible en atención precisamente a consideraciones generales de política social, por tratarse de personas que exhiben una situación socioeconómica —que no jurídica— semejante a la de los trabajadores asalariados.

Es el caso, por lo pronto, de los *funcionarios públicos*, sujetos de una relación de prestación de servicios retribuidos de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas, en que concurren ciertamente cuantas notas materiales califican el trabajo por cuenta ajena. Sin embargo, son razones históricas de cultura jurídica las que explican la persistencia de esta distinción básica tradicional que ha llegado inclusive a ser constitucionalizada —el texto constitucional español contiene menciones separadas para el estatuto de los funcionarios públicos y el de los trabajadores, que en ambos casos la ley habrá de regular—: un régimen jurídico público para los funcionarios, cuya relación de trabajo es regulada por el derecho administrativo, y un régimen laboral privado o común para los trabajadores asalariados, disciplinado en este caso por el derecho del trabajo.

De modo que los funcionarios públicos permanecen en consecuencia fuera del ámbito de aplicación del sistema normativo jurídico-laboral o, con mayor propiedad, de la regulación del contrato de trabajo. Se excluye así del ámbito regulado por la Ley del Estatuto de los Trabajadores —decidida de modo expreso por el artículo 1.3.a de esta disposición legal— «la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regirá por las correspondientes normas legales y reglamentarias, así como la del personal al servicio de las Administraciones Públicas y demás entes, organismos y entidades del sector público, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias».

A pesar de todo, la extensión de la titularidad de determinados derechos laborales de carácter colectivo a los funcionarios públicos inauguraba, constitucionalmente

inclusive, un proceso de laboralización de la función pública —también llevado a aspectos individuales de la prestación de servicios— que contradecía en la práctica un entendimiento tajante de aquella pauta tradicional de diferenciación de regímenes jurídicos entre trabajadores y funcionarios. Es el caso, así pues, de los derechos de los funcionarios públicos —todos ellos de origen y naturaleza laboral— de libertad sindical, de negociación colectiva para la determinación de las condiciones de trabajo, de representación de intereses mediante la constitución de órganos unitarios, de participación institucional a través de las organizaciones sindicales, de reunión o, en fin, de huelga y planteamiento de conflictos colectivos.

Así, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, a los efectos de la Ley Orgánica de Libertad Sindical —LO 11/1985, de 2 de agosto—, «se considerarán trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicios de las Administraciones públicas» (artículo 1.2). Esto es, tanto los trabajadores por cuenta ajena en sentido técnico-jurídico como los funcionarios públicos, alumbrándose legalmente de este modo —a los solos efectos de esta norma legal, claro es— una noción material y no formal de trabajador asalariado, aquel que lleva a cabo una prestación de servicios retribuida por cuenta de otro y bajo su dirección, con independencia de la naturaleza de la relación jurídica de cobertura. El derecho de sindicación de los funcionarios públicos se había declarado de forma expresa y doble por la propia Constitución española (artículos 28.1 y 103.3 CE).

En materia de libertad sindical, la noción material de trabajador se extiende también, dando origen así a un nuevo supuesto de laboralización parcial constitutiva en el ordenamiento español, a quienes no lo sean en el momento de ejercicio del derecho —no son sujetos, por lo tanto, de una relación jurídica actual o vigente de prestación de servicios, contractual o funcional—, porque no hayan accedido todavía a una ocupación efectiva o porque hayan sido trabajadores en el pasado y puedan volver a serlo en adelante: los *trabajadores no actuales o inactuales*. Es el caso pues, en atención a su condición laboral pasada o potencial, de los trabajadores en paro o desempleados y de los que hayan cesado en su actividad laboral como consecuencia de su incapacidad —incapacitados— o jubilación —jubilados—. Estos «podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente ley» —derecho de afiliación al sindicato de su elección—, pero no fundar sindicatos de categoría, esto es, sindicatos «que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica» (artículo 3.1 LOLS).

Y lo mismo sucede, por lo demás, con los trabajadores por cuenta propia «que no tengan trabajadores a su servicio», esto es, que no sean al propio tiempo empresarios o autopatronos: *trabajadores autónomos no empleadores*. Estos «podrán afiliarse a las organizaciones sindicales» legalmente constituidas, «pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica» (artículo 3.1 LOLS). El sentido de esta inclusión constitutiva dentro del ámbito subjetivo de la libertad sindical no es otro, ciertamente, que la posición socioeconómica —no jurídica— semejante, que exhiben trabajadores asalariados y autónomos

no empleadores. Lo que, sin duda, justifica legalmente un tratamiento normativo unitario de ambas categorías de sujetos en materia de libertad sindical, porque —ha señalado el Tribunal Constitucional español— «no hay motivo para considerar carente de fundamento razonable una regulación que en último término orienta el derecho de los trabajadores autónomos para defender sus intereses o hacia su integración en los sindicatos de trabajadores o hacia la constitución de asociaciones al amparo de la legislación específica» (STC 98/1985). En concordancia con lo cual, la ya referida Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo atribuye a los trabajadores autónomos los derechos a «afiliarse al sindicato de su elección, en los términos establecidos en la legislación correspondiente» —la contenida en la Ley Orgánica de Libertad Sindical—, así como a «afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa», además de a «ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales» (artículo 19.1).

Los supuestos considerados hasta aquí responden, todos ellos, a lo que se podría tener por laboralización constitutiva *institucional*, en que son ámbitos institucionales singulares y solo ellos los afectados por la extensión parcial del ámbito de aplicación del ordenamiento, sin que este quede afectado en consecuencia en su conjunto. La libertad sindical, la negociación colectiva, la representación de intereses, los derechos colectivos en general, la libre circulación de trabajadores y otros ámbitos específicos del derecho social europeo, etcétera.

No es el caso, sin embargo, de la posición del *trabajo autónomo* en general dentro del ordenamiento jurídico laboral, dejando atrás el supuesto singular ya examinado de los trabajadores autónomos no empleadores. La regla general española contenida en la disposición adicional primera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores —trabajo por cuenta propia— de que «el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral» —ya se han analizado las razones generales que justifican esta exclusión—, cuenta sin embargo con una excepción, cuando la propia norma establece que ello será así «excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente» otra cosa.

Constituye esta solución legislativa, a fin de cuentas, el reconocimiento de un peculiar y abierto modelo de exclusión general/laboralización excepcional de la relación existente entre el trabajo autónomo y el ordenamiento laboral. Porque el trabajo por cuenta propia o autónomo queda excluido con carácter general del ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, sin perjuicio de aquellos *aspectos* que una disposición legal incorpore excepcionalmente a dicho ámbito y por lo tanto laboralice. En esta modalidad se podría hablar, así pues, de laboralización constitutiva *temática*, pues son temas, asuntos o aspectos singulares de régimen jurídico los destinatarios de la decisión de política legislativa en cuestión. En todo caso, tal vez sea inexistente en la práctica esta línea divisoria pretendida entre *instituciones* y *aspectos*, por lo que al contenido de la laboralización constitutiva se refiere, como para poder hablar con rigor de una laboralización institucional y de otra temática. Será en definitiva la propia disposición laboralizadora la que fije el alcance y la extensión material —institucional o temática—, por lo que en cada caso habrá que considerar los singulares contenidos institucionales afectados por la operación jurídica.

La protección social de los trabajadores autónomos y, en especial, de algunos de ellos, como quienes dependen económicamente de un empresario principal —trabajadores semiautónomos, parasubordinados, etcétera—, más allá naturalmente de su incorporación a la acción protectora del sistema de seguridad social o de las ayudas de política de empleo o de carácter fiscal adoptadas en su favor, puede ser perfectamente articulada en razón de las consideraciones antes expuestas —también en la actualidad, en pleno proceso cultural de valorización económica y social del recurso al trabajo independiente— a través de la fórmula normativa de cláusulas generales de laboralización parcial del tenor de la vigente en nuestro ordenamiento jurídico, la ya referida disposición adicional primera de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Una habilitación legislativa de este tipo, colocada sistemáticamente donde sea menester —tal vez fuese preferible su inserción entre los preceptos relativos al ámbito de aplicación de esta Ley—, sigue permitiendo en el presente acomodar en cada caso la eventual extensión de la normativa laboral al trabajo autónomo. Se tratará, en definitiva, como por lo demás ha ocurrido siempre en la corta historia del derecho del trabajo, de actualizar la función compensadora y legitimadora que cumple el ordenamiento laboral para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación genuina.

El ámbito material de las operaciones legislativas de laboralización del trabajo autónomo que se han llevado a cabo en nuestro ordenamiento jurídico bajo los referidos presupuestos normativos —sin reparar ahora en la incorporación de los trabajadores autónomos al «régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos», artículo 41 de la Constitución— arroja hasta el presente un balance jurídico razonable, que cuenta con una doble manifestación institucional.

Por un lado, se ha decidido legalmente la atribución a los trabajadores autónomos en general de determinados derechos laborales. Es el caso inicial ya examinado de la libertad sindical de los trabajadores por cuenta propia no empleadores (artículo 3.1 LOLS), incorporado a la relación de derechos colectivos básicos de los trabajadores autónomos (artículo 19 LETA): afiliación al sindicato o asociación empresarial de su elección, en los términos establecidos en la legislación correspondiente; fundación de y afiliación a asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa; y ejercicio de la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales.

O, también, de derechos profesionales de carácter individual de estos sujetos (artículo 4 LETA). Ya sean básicos de carácter individual, como el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, la libertad de iniciativa económica y derecho a la libre competencia y el derecho de propiedad intelectual sobre sus obras o prestaciones protegidas (artículo 4.2 LETA). O sean derivados del ejercicio de su actividad profesional: igualdad y no discriminación, respeto de su intimidad y consideración debida a su dignidad, formación y readaptación profesionales, integridad física y protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo —la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos laborales, establece su ámbito de aplicación laboral y estatutario, sin perjuicio de «los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos» (artículo 3.1), con la aplicación a estos del régimen de coordinación de actividades empresariales en un mismo centro

de trabajo en materia de cooperación, información e instrucción (artículo 24.5) —, percepción puntual de la prestación económica convenida, conciliación de la actividad profesional con la vida personal y familiar, asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, ejercicio de las acciones derivadas de la actividad profesional, tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales así como al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos (artículo 4.3 LETA).

Por otro, en fin, la aplicación intensa de soluciones laborales al régimen jurídico en que desarrollan su actividad determinadas categorías de trabajadores autónomos o asimilados jurídicamente a ellos: los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado (artículos 80 a 87 Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas); los aparceros que aporten únicamente su trabajo personal y, en su caso, una parte del capital de explotación y del capital circulante que no supere el 10 % del valor total (artículo 30, «aplicación de la normativa laboral y de seguridad social», Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos); o, en fin, los trabajadores autónomos económicamente dependientes (artículos 1.2 d) y 11 a 18 LETA), sobre los que se volverá.

3.2. Laboralización declarativa

Es el caso, por su parte, de relaciones de prestación de servicios propiamente laborales, en que concurren por lo tanto todos los elementos técnicos que permiten calificarlas como tales, aun cuando presenten determinadas singularidades en razón al sujeto trabajador, al trabajo mismo o a las condiciones en que este se presta. Buena parte de ellas fueron excluidas tradicionalmente, por razones de conveniencia u oportunidad, del ámbito de aplicación de ordenamiento laboral, a pesar de la denuncia doctrinal y de la existencia de pronunciamientos judiciales a favor de su laboralidad. Con el tiempo serían aceptadas por el ordenamiento jurídico a condición de que el legislador dejara establecida su especialidad a través de la utilización de un número abierto de *relaciones laborales especiales* o *atípicas*, junto al contrato de trabajo común destinatario del patrón normativo, lo que no deja de ser verdaderamente otra cosa que la recepción legislativa peculiar del debate doctrinal sobre las denominadas *zonas grises* del derecho del trabajo.

Esta incorporación institucional, lejos de constituir vínculo laboral alguno que no existiera hasta ese momento, se limitará por el contrario a la mera declaración formal y efectiva de una laboralidad ya presente. Lo que producirá, sin embargo, importantes consecuencias jurídicas para estas relaciones especiales, relativas principalmente al marco normativo de regulación establecido para las mismas —separado por lo general de la regulación común del contrato de trabajo—, así como a aspectos singulares de su régimen jurídico, que cuentan a menudo con soluciones normativas que difieren de las generales en aspectos concretos o inclusive entre sí.

Así, por ejemplo, el ordenamiento laboral español considera «relaciones laborales de carácter especial», dentro de una lista abierta susceptible de ser completada por el legislador —concluye la misma con la referencia a «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por un ley», lo que ya ha ocurrido en diversas ocasiones (artículo 2 Ley del Estatuto de los Traba-

jadores)—, las del personal de alta dirección de las empresas —altos cargos—, del servicio del hogar familiar, de los penados en las instituciones penitenciarias, de los deportistas profesionales, de los artistas en espectáculos públicos, de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas —mediadores mercantiles—, de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo, de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal, de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud —residentes sanitarios— y, en fin, de los abogados que presten servicios en despachos de abogados individuales o colectivos. Todas estas relaciones son reguladas por normas específicas —por lo común reales decretos aprobados por el Gobierno—, respecto de las cuales tan solo se dice —prescripción en verdad sorprendente y superflua— que «la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución».

3.3. Laboralización presunta o aparente

Se trata de operaciones legislativas que encierran problemas de adscripción material de fondo, más allá de su virtualidad laboralizadora aparente.

Es el caso, de modo señalado, de la incorporación de los denominados *trabajadores autónomos económicamente dependientes* —TAED en adelante, acrónimo preferible por su rigor formal al más eufónico y frecuente de TRADE, como ha entendido el Servicio Público de Empleo Estatal— al ámbito de influencia material del ordenamiento laboral, producida en nuestro sistema jurídico a partir de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo ya referida. La finalidad política de esta operación legislativa, cifrada de modo expreso para la mayoría de los trabajadores autónomos en la «demanda de un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena», se proyecta en este caso para un «colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata» (preámbulo).

Así, pues, la *dependencia económica* del trabajador autónomo respecto de un determinado cliente, del que obtiene todos o la mayor parte de los ingresos resultantes de su actividad profesional, define jurídicamente, a la postre, la condición de TAED —comprendido de modo expreso en el ámbito de aplicación de la LETA, artículos 1.2.d y 11 a 18—. Son así trabajadores autónomos económicamente dependientes quienes «realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente —la condición de dependiente tan solo se podrá ostentar respecto de un único cliente—, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 % de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales» (artículo 11.1 LETA).

El trabajador autónomo que reúna tales condiciones «podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente» (artículo 11 bis LETA, incorpora-

do por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social). De negarse el cliente a esta formalización del contrato, o cuando haya transcurrido un mes desde la referida comunicación y el documento no se haya formalizado, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de aquella condición ante los órganos jurisdiccionales del orden social (artículo 11 bis LETA).

Para el desempeño de la actividad económica o profesional como TAED, este deberá reunir simultáneamente las siguientes exigencias legales (artículo 11.2 LETA):

1.^a La condición de no ser empleadores —«no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena»— ni contratistas —«ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes»—, salvo en los supuestos y situaciones —establecidos por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social— en los que se permitirá excepcionalmente la contratación de un único trabajador.

2.^a El desarrollo de su actividad de modo diferenciado en relación con los demás trabajadores al servicio del cliente: «no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente».

3.^a La disposición de medios de producción propios: «disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente».

4.^a La disposición de una organización productiva propia —«desarrollar su actividad con criterios organizativos propios»—, sin perjuicio de las «indicaciones técnicas» que pudiese recibir de su cliente.

El trabajador autónomo económicamente dependiente, que lleva a cabo su actividad profesional con arreglo a «criterios organizativos propios», no está sometido por ello naturalmente a ningún «ámbito de organización y dirección» de ningún empleador, aquí inexistente por hipótesis —el régimen de dependencia o subordinación de la prestación califica tan solo el contrato de trabajo, artículos 1.1 y 20 LET—. Lo que habrá de tenerse en cuenta, por cierto, para calibrar el alcance de esas «indicaciones técnicas» sobre el modo de ejecución u organización del trabajo económicamente dependiente, compatibles desde luego por decisión legal con la figura. No existe sometimiento a poder de dirección y control ajeno alguno sobre la realización del trabajo por cuenta propia, pero sí al menos la eventualidad de indicaciones técnicas provenientes del cliente sobre la organización del trabajo, lo que no deja de ofrecer un flanco de oscuridad notable para la plena inteligencia del supuesto.

Cuándo hay «dirección y control» por parte del empresario —trabajo subordinado— y cuándo por parte del mismo —cliente— meras «indicaciones técnicas» —trabajo autónomo económicamente dependiente— es algo que, desde luego, tan solo el propio legislador parece tener claro. En prueba de lo cual, este no deja de apresurarse a declarar en el preámbulo de la LETA, de modo tan simplista como poco convincente desde el punto de vista argumental, que «la dependencia económica que la Ley reconoce al trabajador autónomo económicamente dependiente no

debe llevar a equívoco, [pues] se trata de un trabajador autónomo y esa dependencia económica en ningún caso debe implicar dependencia organizativa ni ajenidad». Sin embargo, y a salvo de un eventual e inseguro criterio de carácter cuantitativo, relativo al grado o intensidad de las instrucciones organizativas comunicadas —asunción de la dirección completa de la actividad frente a emisión de simples indicaciones sobre la misma—, se tiene la impresión de que en ambos casos se está hablando, si no realmente de lo mismo, al menos de algo muy parecido. La dificultad aplicativa del supuesto está servida en consecuencia.

El Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla la LETA en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro —y se crea el registro estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos— se limita en este punto a reproducir las previsiones legales ya conocidas, al establecer —sin la necesaria y deseable concreción reglamentaria— que, como ya se sabía literalmente desde la Ley, «la actividad se desarrollará por el trabajador autónomo con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiera recibir de su cliente para la realización de la actividad» (artículo 5.1 b). Tan solo, de modo singular, y en relación con el contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente en el sector de los agentes de seguros, este reglamento señala que se considerarán «indicaciones técnicas» —a los efectos del artículo 11.2.d LETA—, entre otras, «las relacionadas con su actividad, especialmente las que deriven de la normativa interna de suscripción y de cobertura de riesgos de la entidad aseguradora, de la normativa de seguros privados, de la normativa de protección de datos de carácter personal, de blanqueo de capitales u otras disposiciones de obligado cumplimiento» (artículo 9.1). Sin que, por descontado, esta mención contribuya al esclarecimiento de la cuestión antes planteada.

5.^a La percepción de una contraprestación económica, «en función de su actividad económica, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella».

A tal fin, se entenderá por «ingresos percibidos» por el trabajador autónomo, de parte del cliente con quien tiene la relación en cuestión, «los rendimientos íntegros, de naturaleza dineraria o en especie, que procedan de la actividad económica o profesional realizada por aquel a título lucrativo como trabajador por cuenta propia» (artículo 2.1 Real Decreto). Y, para el cálculo del porcentaje legal del 75 % de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales (artículo 11.1 LETA), estas cantidades «se pondrán en relación exclusivamente con los ingresos totales percibidos por el trabajador autónomo por rendimientos de actividades económicas o profesionales como consecuencia del trabajo por cuenta propia realizado para todos los clientes, incluido el que se toma como referencia para determinar la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, así como los rendimientos que pudiera tener como trabajador por cuenta ajena en virtud de contrato de trabajo, bien sea con otros clientes o empresarios o con el propio cliente», excluyéndose en este cálculo «los ingresos procedentes de los rendimientos de capital o plusvalías que perciba el trabajador autónomo derivados de la gestión de su propio patrimonio personal, así como los ingresos procedentes de la transmisión de elementos afectos a actividades económicas» (artículo 2.1 Real Decreto).

Con todo, «no tendrán en ningún caso» la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes (artículo 11.3 LETA): 1) los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos «abiertos al público»; y 2) los profesionales que ejerzan su profesión junto con otros «en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho».

La laboralización material del régimen profesional de los TAED llevada a cabo por la LETA alcanza al menos los siguientes aspectos institucionales:

1. La regulación del *contrato para la realización de la actividad profesional* celebrado siempre por escrito —y registrado en la oficina pública correspondiente— entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente (artículo 3.1.c) y 12 LETA), que desde luego no es técnicamente un contrato de trabajo —ya sea su naturaleza civil, mercantil o administrativa—, aunque incorpora a su régimen jurídico, sin embargo, numerosas categorías institucionales y soluciones normativas procedentes de la disciplina de aquel:
 - la duración del contrato (artículo 12.4 LETA);
 - la interrupción anual de la actividad (artículo 14.1 LETA);
 - el régimen de descanso semanal y festivo (artículo 14.2 LETA);
 - la jornada de actividad y su cuantía máxima, así como su distribución semanal en el caso de que la misma se compute por mes o año (artículo 14.2 LETA);
 - la realización de actividad por tiempo superior al pactado (artículo 14.3 LETA);
 - el horario de actividad y su adaptación a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo (artículo 14.4 LETA), de efectividad de la protección contra la violencia de género de que sea víctima la trabajadora autónoma o de su derecho a la asistencia social integral (artículo 14.5 LETA);
 - la extinción del contrato (artículo 15 LETA);
 - las interrupciones justificadas de la actividad profesional (artículo 16 LETA);
 - o, en fin, los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos (artículo 18 LETA).

El contrato tiene por *objeto*, en fin, «la realización de la actividad económica o profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente, pudiendo celebrarse para la ejecución de una obra o serie de ellas o para la prestación de uno o más servicios» (artículos 1.3 Real Decreto 197/2009). Esta norma reglamentaria se ocupa del régimen jurídico de la determinación, la comunicación y la acreditación de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente, de la duración, forma, contenido y registro del contrato, así como las obligaciones de información a cargo del cliente, con reglas especiales para el sector de los agentes de seguros.

2. Los *acuerdos de interés profesional*, establecidos «al amparo de las disposiciones del Código Civil» entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad (artículos 3.2 y 13 LETA), cuya eficacia personal —contractual y no normativa— se limitará a las partes firmantes, así como a los afiliados a

las mismas «que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello», no son naturalmente convenios colectivos —su incorporación «no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda el mero contrato individual», preámbulo LETA—, aunque desempeñan sin duda una función de regulación colectiva semejante [en tanto que «fuente(s) del régimen profesional» de estos trabajadores, artículo 3.2 LETA], al establecer «las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación» (artículo 13.1 LETA).

3. La atribución a los *órganos jurisdiccionales de orden social* de la competencia para conocer «las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente», así como «las solicitudes de reconocimiento de [esta] condición» (artículo 17.1 LETA). Serán también los competentes para conocer de «todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia» (artículo 17.2 LETA). Y es que, a juicio del preámbulo de la LETA, «las cuestiones litigiosas propias del contrato civil o mercantil celebrado entre el autónomo económicamente dependiente y su cliente van a estar estrechamente ligadas a la propia naturaleza de la figura de aquel, de tal forma que las pretensiones ligadas al contrato siempre van a juzgarse en conexión con el hecho de si el trabajador autónomo es realmente económicamente dependiente o no, según cumpla o no con los requisitos establecidos en la Ley, [y] esta circunstancia, nuclear en todo litigio, ha de ser conocida por la Jurisdicción Social».

La categoría jurídica de los trabajadores autónomos económicamente dependientes no deja de suscitar, a fin de cuentas, la cuestión central de si se está ante un supuesto de *laboralización material* de este colectivo de trabajadores, en la medida en que el ordenamiento jurídico laboral inspira a la postre su matriz reguladora en los términos examinados, ya que no su pertenencia o apropiación formal. O si, por el contrario, asistimos a una operación jurídica consciente de *expulsión efectiva* del ordenamiento laboral de quienes, por disponer en realidad de las notas que obligarían a calificar su situación como tal, son en realidad trabajadores materialmente asalariados que nunca debieron dejar de serlo en el plano jurídico. A mí me parece más bien lo segundo.

En cualquier caso, por último, conviene no olvidar que, tal como se ha puesto de manifiesto hasta aquí, la determinación del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo ha sido siempre una operación legislativa dinámica, permeable por descontado a las consideraciones de política social que impregnan el propósito del ordenamiento laboral, y cuyo camino está lejos de haberse detenido.

Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo¹

Juan Gorelli Hernández

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla

1. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de prestación de servicios a través de plataformas digitales?

Los sistemas productivos basados en plataformas digitales son ya una realidad que genera un importante grado de inquietud desde la perspectiva del derecho del trabajo. No es extraño, por ello, que los laboristas hayamos comenzado a prestar nuestra atención a este fenómeno, hasta hace bien poco extraño o escasamente relevante, pues el hecho de que la prestación de servicios se realice con base en el trabajo autónomo ha sembrado la alarma ante lo que parece ser un nuevo fenómeno de huida del ordenamiento laboral, lo que genera importantes consecuencias para la tutela y protección jurídica de las personas que realizan tales prestaciones de servicio.

Pues bien: un primer problema que nos vamos a encontrar es que existe todo un conjunto de fenómenos diferentes bajo el paraguas de la actividad de las plataformas digitales, por lo que, ante la diversidad, parece conveniente comenzar esta exposición diferenciando entre ellos para determinar cuál es el que a nosotros nos interesa realmente a los efectos de este trabajo (Dagnino, 2015, pp. 3 y ss.).

De entrada, hemos de referirnos a la «economía colaborativa» («consumo colaborativo» o «sharing economy»), origen del fenómeno de la economía de plataformas digitales: se trata de compartir o intercambiar bienes o servicios, actividad favorecida por el uso de aplicaciones tecnológicas, las plataformas; es decir, una aplicación informática por la que se pone en conexión a particulares para facilitar el intercambio de bienes o servicios (Sánchez, 2018, p. 71). La plataforma sirve como un intermediario que facilita la conexión. No existe fin de lucro entre los sujetos particulares, dado que se basa en un sistema en el que se comparten bienes y servicios (Suárez, 2018, p. 39), si bien la empresa que crea la plataforma puede cobrar por el acceso a ella.² Se trata de facilitar, a través de una aplicación informática (*apps* o páginas

1 Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible. Referencia: PGC2018-095263-B-100.

2 Debe tenerse en cuenta que, aun cuando habitualmente se utiliza la carencia de fin de lucro como un elemento distintivo de la economía colaborativa, lo cierto es que el fin de lucro no es del todo ajeno a este modelo; por ejemplo, quien pone su vehículo para ser utilizado también por terceras personas pretende darle utilidad, o pretende que su propio desplazamiento sea más económico al compartirse

web), el intercambio de bienes o servicios entre sujetos particulares (Gines i Fabrellas & Gálvez, 2016, p. 4; Poquet, 2018, p. 179). El ejemplo más conocido en mi país es BlaBlaCar, que permite que una persona con vehículo lo comparta para un desplazamiento, así como los costes que genera dicho desplazamiento (la gasolina) con terceras personas que se dirigen al mismo lugar; pero, como es lógico, existen otros ejemplos diferentes (así, Fon permite compartir el wifi; «¿Tienes sal?» es una aplicación que permite relacionarse con vecinos; o Workaway facilita la actividad de voluntariado y el intercambio cultural, permitiendo el alojamiento a cambio de trabajo, compañeros de viaje o aprendizaje de idiomas).

Pero junto a estos mecanismos de economía colaborativa hay plataformas que han evolucionado hacia un modelo diferente (Beltrán de Heredia, 2018, p. 6), en el que no se limitan a actuar como un mero y simple intermediario sin ánimo de lucro, sino que se configuran como empresas que tienen como objetivo desarrollar la prestación del servicio a los usuarios. El ejemplo que todos conocemos es Uber en el ámbito del transporte de personas, pero también Cabify, Deliveroo o Glovo (estas dos últimas en el terreno del transporte de comida a domicilio), etcétera; y en estos casos ya no estamos ante «economía colaborativa», sino ante un ejemplo de verdadero capitalismo digital: empresas que buscan un fin de lucro mediante una aplicación informática; empresas que se han percatado de la existencia de un mercado que puede instrumentalizarse a través de una plataforma digital (Plaza, Patiño & Gómez-Álvarez, 2018, p. 40; Sierra, 2016, p. 254). La empresa que proporciona la plataforma no se limita a intermediar sino que, en realidad, facilita el bien o servicio en cuestión, para lo que la utiliza no solo como medio de conexión entre cliente y prestador del servicio, sino que organiza cómo ha de prestarse ese servicio. Por lo tanto, podemos decir que este otro fenómeno, aun estando relacionado con la economía colaborativa, especialmente por la utilización de la plataforma digital, poco tiene que ver con ella. Dicho de manera mucho más gráfica: Uber no es economía colaborativa (Rodríguez-Piñero, 2018, p. 131; Todolí, 2015, p. 3).

Se trata de empresas que, a través de las innovaciones tecnológicas digitales y mediante programas informáticos o algoritmos, facilitan la conexión entre grupos tremendamente amplios de demandantes de un servicio y de oferentes de estos. Así la plataforma permite que un cliente reciba un servicio que puede ser realizado por una multitud de prestadores, por tanto, una externalización de la actividad que puede extenderse ampliamente, gracias a una multitud de posibles prestadores del servicio, lo que hace posible para la empresa cubrir perfectamente la demanda, aun cuando tales sujetos realicen una actividad mínima (microtarefas) (Gines i Fabrellas & Gálvez, 2016, p. 6). Desde la perspectiva del derecho del trabajo, el objeto de interés reside en que las empresas que actúan mediante plataformas digitales reniegan de la aplicación de las reglas laborales, al considerar que ellas no ordenan la actividad que brindan los prestadores de servicio, por lo que no son sus trabajadores, sino, en su caso, trabajadores autónomos.

los gastos con terceros. Quizá sería más oportuno señalar que en estos casos de economía compartida o colaborativa se pone el acento en el valor del uso y no en el valor de cambio del bien utilizado.

Es por la existencia de una multitud de posibles prestadores de servicios por lo que suele hablarse de «crowdsourcing». Según si el servicio puede prestarse virtualmente o físicamente, se habla de «crowdsourcing on line» (se trabaja desde el ciberespacio, sin que haya contacto físico entre prestador y cliente) o bien de «crowdsourcing offline» (la plataforma requiere que el prestador del servicio lo realice directamente, para lo que ha de estar disponible y localizado, existiendo sistemas de control de la prestación gracias a que el prestador del servicio está localizado) (Serrano & Borelli, 2017, p. 233). A su vez, los sistemas de «crowdsourcing» pueden ser genéricos (plataformas que gestionan diferentes tipos de servicios) o específicos (plataformas que gestionan un tipo de servicio en concreto) (Beltrán de Heredia, 2018, p. 8; Suárez, 2018, p. 40; Todolí, 2017, pp. 16-25; Trillo, 2018, p. 228). Pues bien: de estas diferentes alternativas, vamos a referirnos al «crowdsourcing offline» de carácter específico, pues es el que plantea los retos laborales más relevantes, especialmente desde la perspectiva de si los prestadores de servicios tienen o no una relación de carácter laboral, dado que los titulares de las plataformas consideran que se limitan a intermediar entre la oferta y la demanda, sin tener poder de decisión alguno en la organización del servicio, por lo que los prestadores de servicio son simples trabajadores autónomos (Sánchez, 2018, p. 89; Todolí, 2015, p. 4). Este es el modelo al que están adscritas plataformas como Cabify, Uber, Glovo, Deliveroo, etcétera, aquellas en las que se están produciendo conflictos con los prestadores de servicios/trabajadores.

2. La problemática laboral generada por la economía de plataformas

Una vez centrada la cuestión objeto de nuestro estudio, debemos señalar cuáles son los problemas que se plantean desde una perspectiva laboral. De entrada, existe una primera cuestión que resulta evidente y a la que ya nos hemos referido: este modelo económico supone una huida del derecho del trabajo, lo cual está en la base misma de este sistema productivo que pretende lograr costes más reducidos por la vía de salir del ámbito del derecho del trabajo, ahorrando así en costes laborales, adquiriendo ventaja sobre la competencia (Beltrán de Heredia, septiembre 20 de 2018, p. 7), pues las plataformas digitales (las empresas que las gestionan) consideran que, al limitarse a una mera actividad de intermediación, no existe un vínculo jurídico laboral entre ellas y los prestadores de servicio, que en su caso (si es que realizan la actividad de manera habitual) serán autónomos; por lo que tal actividad quedaría fuera del ámbito del derecho del trabajo. Las plataformas intentan huir del modelo laboral, para lo cual utilizan el propio contrato entre ella y el prestador de servicios, introduciendo en él todo un conjunto de elementos que favorecen la consideración de inexistencia de vínculo laboral y forzando de esta manera a que la prestación se realice, al menos formalmente, bajo la condición de trabajo autónomo (Rodríguez-Piñero, 2017, p. 143). Vamos a tratar ampliamente esta cuestión y, como veremos, no es posible dar una solución global al interrogante de la naturaleza jurídica de la relación entre plataforma y prestadores del servicio, pues ella va a depender de los elementos caracterizadores de cada relación o del modelo de relación que cada plataforma utilice con los prestadores del servicio.

Por otro lado, hay que destacar que este modelo económico genera un importante nivel de precariedad y de desprotección a los sujetos que realizan los servicios. Esta precariedad es consecuencia tanto del sistema productivo, que busca tener una multitud de posibles prestadores de servicios que se limitan a realizar microtarefas —lo que, consecuentemente, supone una mayor precariedad— como de la propia huida de este sistema productivo del derecho del trabajo, lo que genera la desprotección de este colectivo, tal como viene destacando desde hace tiempo la doctrina laboral (Baylos, 2010, pp. 38-39).

Bien sabemos en España que la inclusión en el ámbito de la laboralidad no garantiza al trabajador un seguro contra la precariedad: la evolución del ordenamiento laboral en los últimos decenios, basada en el criterio de la flexibilidad laboral, ha generado amplias bolsas de precariedad laboral, que se plasma no solo en la difusión de modalidades contractuales precarizadoras del empleo, como la contratación temporal o el contrato a tiempo parcial, sino también en condiciones de trabajo tremendamente precarias o inestables, especialmente en materia de tiempo de trabajo o extinción de la relación laboral. Pero, en todo caso, aun cuando en el ordenamiento laboral puede existir precariedad, lo cierto es que fuera del ámbito protector del derecho del trabajo *solo* hay precariedad, y es evidente que una prestación de trabajo desarrollada a través de una plataforma digital o una *app* siempre es mucho más precaria desde el punto de vista de las condiciones de trabajo que una prestación de trabajo subordinada desarrollada en el mismo sector por una empresa tradicional.

Al negarse la vinculación laboral de las plataformas con los prestadores de servicios, se genera un gran nivel de inestabilidad en estos, a lo que se une la facilidad para «inactivarlos» cuando la plataforma deje de tener interés en el desarrollo de su prestación de trabajo. Se produce una importante dosis de inseguridad económica, pues al desarrollar microtarefas los ingresos que se van a generar son escasos y claramente insuficientes; la calidad de las condiciones de prestación del servicio se reduce, sobre todo en materia de tiempo de trabajo, pues la inseguridad económica hace que los prestadores intenten estar disponibles un mayor período de tiempo para acceder a una mayor retribución. Si a lo anterior sumamos la plena disponibilidad del trabajador para asumir los encargos, encontramos que será difícil encajar este tipo de prestación de trabajo con los estándares laborales; además, un exceso en la duración del tiempo de trabajo y la necesidad de hacer cumplir los encargos con rapidez incrementan los problemas de salud y seguridad laboral; y, por otro lado, dificulta enormemente la conciliación de la vida familiar y laboral. Por otra parte, esta precariedad supone la dificultad para la defensa de los derechos tanto a nivel individual como colectivo y la carencia de protección de la Seguridad Social (Casas, 2017, p. 872; Dagnino, 2015, pp. 10 y ss.; Rodríguez & Pérez del Prado, 2018, pp. 357 y ss.; Rodríguez-Piñero, 2017, pp. 146 y ss.; Todolí, 2017, pp. 27-28). Dada la pretensión de las plataformas de evitar la aplicación del ordenamiento laboral y reconducir las relaciones de trabajo al ámbito del empleo autónomo, llegaríamos a una verdadera y absurda situación de autoexplotación. Es evidente que la digitalización y, en concreto, la economía de plataformas, pretende aumentar la competitividad de las empresas por la vía de la reducción de los costes del trabajo, lo que supone también la reducción de los derechos de los trabajadores, todo ello mediante la utilización de

formas pretendidamente no laborales que vinculan al prestador del servicio con la plataforma, lo que conduce a una expansión del trabajador pobre (Rodríguez, 2018, p. 212). Estos sistemas productivos pueden calificarse como supuestos de economía informal, capaz de generar situaciones de competencia desleal (Sierra, 2016, p. 248). Desde luego, no puede decirse que los avances tecnológicos hayan supuesto la reducción del empleo sumergido en España (Sierra, 2015, p. 3).

Es evidente que las indeseables consecuencias de un sistema productivo basado en plataformas, que se expresan en la situación de precariedad, incita a analizar si existe o no laboralidad en las relaciones entre plataformas y prestadores de servicio, tarea a la que vamos a dedicar este trabajo.

3. La vigencia de los criterios de laboralidad, su flexibilidad y sus indicios

La aparición de las plataformas ha generado un enorme revuelo entre la doctrina laboral, pues la expansión de formas no laborales de realizar el trabajo (autónomo en el mejor de los casos) ha activado la inquietud en nuestra disciplina, alarmada por el peligro de la «pérdida» de actividades que abandonaban el derecho del trabajo. Sin embargo, creo conveniente retomar la tranquilidad y aplicar a este problema (que en realidad es el problema jurídico original del derecho del trabajo: no en vano se resuelve acudiendo a la primera lección de cualquier temario de derecho del trabajo) la lógica jurídico-laboral, la de siempre, la que venimos aplicando desde que existe el derecho del trabajo y nos enfrentamos como laboralistas al primero y principal de los problemas jurídicos de nuestro peculiar ordenamiento: la delimitación de su ámbito. Y para ello hemos contado con un instrumento: el concepto de trabajador, que en derecho español aparece en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y que se basa en la existencia de cuatro elementos fundamentales definidores de la laboralidad: voluntariedad en la prestación de servicios, retribución como contraprestación al trabajo realizado, ajenidad y subordinación. Especial importancia como elementos definidores tienen la ajenidad y la subordinación, pues la mayoría de las diferentes tipologías de prestación de trabajo gozan de los caracteres de voluntariedad y retribución. En definitiva, la respuesta a estos nuevos fenómenos está, estaba y estará en nuestro «vetusto» derecho del trabajo, que cuenta con elementos suficientes para determinar si estamos o no ante una prestación de trabajo subordinado. Y ello es así por un motivo: tales criterios esenciales, especialmente la subordinación, se han caracterizado por su enorme flexibilidad y su capacidad de adaptación a nuevas situaciones productivas, evolucionando desde la subordinación por control directo o inmediato del empresario en cada momento del trabajo a una subordinación mediata o incluso *a posteriori* del desarrollo de la prestación; desde una especificación precisa de cómo ha de realizarse la prestación de trabajo, hasta la mera emisión de instrucciones de carácter general para el desarrollo de este.

Las nuevas tecnologías, al menos por ahora, no han desactualizado criterios como la subordinación o la ajenidad, que siguen siendo la clave para determinar si

estamos o no ante una relación laboral. Ciertamente, la existencia de los elementos de subordinación y ajenidad va a depender fundamentalmente del propio sistema de organización de la prestación de trabajo: si el trabajo se basa en un proceso productivo centralizado o un proceso flexible, con horarios fijos o en función del interés del que realiza la prestación; si hay autonomía del trabajador en la organización de la prestación; si existe un sistema jerarquizado; si hay un alto grado de fragmentación de la actividad productiva o no; si existe un control del desarrollo de la prestación, etcétera (González, 2017, p. 91); pero gracias a la flexibilidad de la dependencia y la ajenidad, es posible enfrentarnos a esta cuestión desde perspectivas modernas y no anclados en el trabajo industrial o fabril de principios del siglo XX, pues la subordinación o dependencia tiene un alto grado de adaptación a las nuevas realidades productivas (Sierra, 2015, pp. 9 y ss.).

Tal como resalta la jurisprudencia laboral española, debe tenerse en cuenta que los conceptos de ajenidad y dependencia resultan altamente abstractos, por lo que conceptualmente pueden ser poco útiles para una finalidad delimitadora; de ahí que se haya acudido a la doctrina de los indicios o indicadores, a través de los cuales se pueden manifestar ambos elementos.³

Desde la perspectiva de los indicios que usualmente utilizan la jurisprudencia o la doctrina laboral (se trata de señalar tan solo algunos, probablemente los más habituales, y no tenemos pretensión de ser exhaustivos), allí se encuentra que el trabajador esté sujeto a las órdenes o instrucciones emanadas directamente del empresario o de los mandos intermedios en los que el empresario delegue la organización y control del trabajo; la existencia de horarios que deben ser cumplidos por el trabajador, que tendrá que justificar la inasistencia al trabajo; la obligación de desarrollar los encargos, sin poder dejar de cumplirlos; la sujeción al poder de control del desarrollo de la prestación; la posibilidad de ser sancionado por incumplir con las obligaciones asumidas; la obligación de desarrollar la prestación de trabajo en el lugar especificado por el empresario. En definitiva, si el análisis concreto de las condiciones de desarrollo de la prestación arroja elementos o circunstancias por las que se evidencia que el trabajador está sometido a facultades de organización empresarial, careciendo de autonomía para organizar su prestación de trabajo (para lo cual no es necesario, ni mucho menos, que se detecten todos y cada uno de los posibles indicios antes señalados, sino que con los existentes pueda estimarse que hay una situación de subordinación jurídica o sometimiento a las facultades empresariales), estaremos ante una prestación de trabajo subordinado; de lo contrario,

3 En este sentido, resulta clásica la reiteradísima Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2004, RJ\2005\875: «Tanto la dependencia como la ajenidad —es la tercera premisa del razonamiento— son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra. Estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales».

probablemente se trate de una prestación de trabajo autónomo.⁴ En todo caso, debemos reiterar la flexibilidad propia de la configuración de la subordinación como elemento definidor de la relación laboral, lo que nos permite analizar la cuestión no ya con base en indicios propios de una actividad industrial tradicional, sino más acordes con los nuevos tipos de actividad productiva, adaptando la subordinación a la posibilidad de una relación laboral en el marco de la economía de las plataformas digitales; más acordes, por tanto, con estas nuevas formas productivas (Cruz, 2018, p. 40; Gines i Fabrellas & Gálvez, 2016, pp. 12-13; González, 2017, p. 106; Sánchez, 2018, p. 92). Podemos entonces afirmar que es posible que haya nuevos sistemas productivos en los que la subordinación sea menor, pero es posible detectar su existencia a través de nuevos indicios, pues el poder de dirección tradicional ha sido sustituido por formas más sofisticadas que buscan, como siempre, asegurar el control sobre el resultado final del trabajo (Sanguineti, 1996, p. 60).

En este sentido flexible podemos acudir a la literalidad de la STS de 25 de enero de 2000:

Y a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares, estos caracteres tampoco están ausentes en la relación enjuiciada, pues las instrucciones y dirección de la empresa aparecen en los propios términos del contrato que previene la limpieza en circunstancias especiales que naturalmente ha de determinar en cada caso el empresario y dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario, la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.

Desde el punto de vista de la ajenidad, la posición más tradicional ha señalado que esta se configura fundamentalmente a partir de la apropiación directa del empresario de los frutos o del resultado económico desarrollado por el trabajador, de manera que este último accede simplemente a un salario abonado por el empresario que es la contraprestación por el trabajo realizado. Ello supone que el trabajador es ajeno al resultado y los riesgos económicos de la actividad productiva. Pero también

⁴ Véase, sobre estos criterios, la STS de 26 de noviembre de 2012, RJ\2013\1076: «Finalmente no parece de más señalar que los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; y que también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador».

existen manifestaciones más modernas de la ajenidad, en clave de adaptación a las nuevas circunstancias productivas, tal como ocurre con el planteamiento de la ajenidad en el mercado: el trabajador no actúa directamente con los clientes, sino que lo hace mediante la intervención del empresario, que es quien controla la relación con el mercado de los potenciales clientes. También se ha señalado como criterio de ajenidad el del trabajador respecto de los medios de producción, de manera que la maquinaria, las herramientas de trabajo, son propiedad del empresario y no del trabajador, si bien desde un planteamiento más adaptado a las nuevas circunstancias productivas ha de señalarse que la ajenidad ha de centrarse respecto de los elementos esenciales del proceso productivo, no en elementos meramente auxiliares o de escasa importancia para este.⁵

A tenor de lo que acabamos de exponer, a la hora de valorar si estamos o no ante una relación laboral, la cuestión va a consistir fundamentalmente en un análisis de los elementos o circunstancias que caracterizan cada concreta prestación, para detectar entre tales elementos o circunstancias los indicios que apunten a favor o en contra de la laboralidad y determinar cuáles tienen más peso y cuáles menos relevancia, para, en una valoración conjunta de todos ellos, tomar una determinación lo más objetiva posible. Con tal fin debe tenerse en cuenta la evolución de la realidad productiva, de manera que los procesos actuales se parecen poco o nada a los procesos industriales de comienzos del siglo XX; por ejemplo, la estandarización de los horarios de trabajo es un indicio de laboralidad (y lo contrario de relación no laboral), pero hoy se cuestiona por la enorme flexibilidad en materia de tiempo de trabajo; o se la toma como indicio de inexistencia de relación laboral cuando quien presta servicios aporte los medios de producción, pero hoy existen muchas relaciones de trabajo en las que los medios de producción no tienen relevancia real en el proceso productivo. En este sentido, es posible comprobar la doctrina judicial española que ha venido resolviendo diferentes supuestos o situaciones de «zonas grises» a partir de los criterios de subordinación y ajenidad debidamente adaptados a nuevas situaciones o prestaciones de trabajo.⁶ Se trata, por tanto, de realizar una

5 Véase, sobre estos criterios, la STS de 26 de noviembre de 2012, RJ\2013\1076: «Y que son indicios comunes de la nota de ajenidad, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (SSTS 09/12/04 -rcud 5319/03 - ... 27/11/08 - rcud 3599/06 - ... 23/11/09 -rcud 170/09 -; 20/07/10 -rcud 3344/09 -; 29/11/10 -rcud 253/10 -. Y las muchas precedentes que en ellas se citan)».

6 En este sentido puede consultarse la serie de Sentencias del TS dedicadas a la empresa Zardoya Otis, S.A., dedicada al sector de instalación, suministro y reparación de ascensores, que subcontractaba su actividad con terceros «trabajadores autónomos», concretamente las SSTS de 24 de enero de 2018, RJ\2018\816; 24 de enero de 2018, RJ\2018\817 y 8 de febrero de 2018, RJ\2018\1028. En el análisis de las citadas sentencias no vamos a realizar distingos, pues la literalidad de las tres es prácticamente idéntica. Sobre las mismas pueden verse los comentarios de Beltrán de Heredia (7 de marzo de 2018, pp. 3-6). Más cercana a la actividad de las plataformas puede consultarse la STS de 16 de noviembre

valoración con base en dos grupos de indicios o elementos que apuntan en dirección contraria; téngase en cuenta que cuando se pretende la huida del derecho del trabajo, se introducen en las relaciones jurídicas elementos de cierta «autonomía» de quien presta el servicio, pero manteniendo un último poder de control por quien recibe la prestación.

4. La prestación de servicios a través de plataformas digitales: ¿cómo funcionan las plataformas y en qué condiciones se prestan los servicios?

Desde la perspectiva de determinar si la naturaleza jurídica de la vinculación entre los prestadores de servicio y las plataformas digitales tiene o no carácter laboral, es necesario analizar cuáles son las condiciones en las que los trabajadores desarrollan la prestación de sus servicios en los supuestos de «crowdsourcing offline» específico, pues en buena medida el análisis de tales condiciones nos va a permitir detectar indicios a favor o en contra de la existencia de laboralidad en tal relación jurídica. En todo caso, es necesario advertir que no existe una identidad total entre unas plataformas y otras, y que es posible que haya importantes diferencias que pueden hacer inclinar la balanza hacia uno u otro lado.

Con carácter general, nos vamos a encontrar como elemento común con la presencia de una plataforma digital o una aplicación informática, a través de la cual es posible concertar la prestación de un servicio a favor de un cliente de la plataforma. Los prestadores de servicios pueden haber sido contratados o no (es decir, puede existir una relación contractual o un simple acceso a la plataforma como prestador de un servicio) por la titular de la plataforma para que estén a disposición de los posibles clientes, para lo cual suele realizarse una entrevista o un procedimiento de selección en el que es posible exigir una titulación o una cualificación determinada. Los prestadores del servicio pueden tener capacidad para especificar su disponibilidad horaria, o sus preferencias sobre la hora de realizar su actividad. Una vez que un cliente demanda un servicio, la plataforma, a través de un algoritmo, que tendrá en cuenta diferentes aspectos (desde las preferencias de los clientes, la localidad o la zona en que se realizará y la cercanía de los prestadores, las preferencias horarias, los resultados de la evaluación de los servicios emitidas por anteriores clientes respecto de los diferentes prestadores, la titulación o cualificación, etcétera), selecciona al sujeto que puede realizar el servicio solicitado y la plataforma se pone en contacto con él facilitándole los datos de la demanda. A partir de ahí, el trabajador podrá aceptar o rechazar tal demanda de servicio, e incluso, en algunos casos, se permite su sustitución por un tercero. Sea como fuere, la conexión entre cliente y prestador del servicio se realizará a través de la plataforma. Para el desarrollo de la prestación, es habitual que la plata-

de 2017, RJ\2017\5543, relativa a traductores e intérpretes al servicio de una empresa, Ofilingua S.L., contratada por la Administración Pública para la interpretación y traducción en procedimientos judiciales, que a su vez contrataba para cada actuación a personal que había solicitado su incorporación a su base de datos; sobre la misma puede verse la ponencia de Rojo (2018, pp. 26-28).

forma facilite al trabajador un conjunto de instrucciones sobre cómo realizarla, instrucciones que pueden ser más o menos detalladas (desde el manejo y funcionamiento de la aplicación, hasta indicaciones sobre presencia, uniformidad y forma de actuar); puede facilitar incluso instrumentos que permiten realizar la actividad requerida (un teléfono con capacidad para el funcionamiento de la aplicación informática, algún tipo de material que permite identificar a la empresa y que cuenta con logotipos de ella), o medios para que el trabajador pueda acceder a los instrumentos que permiten el desarrollo de la actividad (un préstamo). Realizada la prestación, es habitual que la empresa requiera, a través de la plataforma, la evaluación del servicio, que sirve de esta manera como un instrumento de control que permite «calificar» al prestador del servicio de cara a estar en mejor posición para ser seleccionado a través del algoritmo informático que adjudica los servicios o incluso para ser expulsado de la aplicación. En cuanto al precio de los servicios, lo fija la empresa titular de la plataforma, no el prestador del servicio; y el pago lo realiza el cliente a través de la plataforma (siempre una vez que el servicio se haya producido y, normalmente, cuando el cliente esté satisfecho con él). Luego, la plataforma abona los servicios (deduciendo la cuantía correspondiente a ella por los servicios de intermediación que realiza) al prestador de tales servicios con cierta periodicidad. El prestador del servicio podrá tener o no, según los casos, dedicación exclusiva, de manera que, en función de esta circunstancia, podrá prestar servicios o no para otra plataforma diferente; al respecto, no hay un modelo común. En el caso de que los servicios no sean satisfactorios (aquí resultan esenciales los cuestionarios de evaluación que se cumplimentan por los clientes en la propia plataforma) o el prestador ignore las instrucciones que le facilita la empresa, se podrá «desactivar» al trabajador (Mercader, 2018, pp. 157-158).

Como vemos, la plataforma se configura como un instrumento que permite la totalidad de los pasos del proceso, excepto la prestación misma del servicio, que lo realiza el trabajador: no solo facilita la intermediación, sino que especifica la solución más óptima para el cliente, debiendo el prestador del servicio utilizar necesariamente la plataforma para desarrollar su prestación de trabajo, aceptar los encargos o rechazarlos, especificar las preferencias sobre disponibilidad horaria, aceptar que el pago se haga a través de ella y, de igual manera, el control de la prestación se realiza mediante la misma (Beltrán de Heredia, 26 de mayo de 2018, p. 3).

En todo caso, hemos señalado una serie de caracteres más o menos generales o extendidos entre los diferentes supuestos de plataformas que encontramos en España, pero sería conveniente analizar o señalar algunos casos concretos, aquellos que han suscitado problemas judiciales o administrativos en el país y que pueden darnos una perspectiva más adecuada.

Un sector en el que la utilización de plataformas se ha desarrollado de manera importante es en el transporte. Es posible encontrar diferentes ámbitos en los que se ha actuado; podemos mencionar el supuesto de plataformas orientadas al transporte de bienes o comida a domicilio. Este es el supuesto de Glovo, plataforma que conecta comercios y tiendas que requieren repartidores que facilitan el transporte de los bienes al domicilio o al lugar que especifican los que compran sus productos. La actividad del repartidor se gestiona a través de la plataforma, que sirve de medio de comunicación. El repartidor, previa determinación del turno de trabajo o franja

horaria que le interesa (el repartidor concreta el momento de inicio y fin de la jornada), procede a señalar su situación activa mediante la aplicación descargada en el teléfono móvil, de manera que a partir de ese momento puede recibir encargos; lo puede hacer de manera automática (a través del algoritmo diseñado por la empresa), y tiene la posibilidad de rechazar los que no le interesen de forma manual —sin que exista penalización alguna por el rechazo—; o bien puede seleccionar manualmente entre los diferentes encargos que están disponibles. El encargo se realiza de conformidad con las instrucciones del cliente, de manera que si surgen dudas, el repartidor debe contactar con él. La retribución se fija en el contrato con Glovo e incluye una cantidad por pedido, otra por kilometraje y el tiempo de espera, siendo Glovo quien abona dicha retribución. La empresa realiza evaluaciones del desempeño a los repartidores, de manera que crea un *ranking* de ellos en función de la valoración de los clientes, la asunción de encargos en horas de mayor demanda o la puntualidad para estar disponible en la franja horaria seleccionada y en la entrega de los pedidos. La mejor calificación en el *ranking* supone preferencia de acceso a los encargos que se suscitan a través de la plataforma, lo cual se tiene en cuenta a la hora de la asignación de tales encargos. El repartidor asume la responsabilidad del servicio, de manera que lo cobra si el cliente está conforme y responde ante el comprador al que debe entregar las mercancías que va a repartir por la pérdida o daños que estas pudieran haber sufrido (Beltrán de Heredia, 20 de septiembre 2018).

En el mismo ámbito del transporte, pero centrado en el traslado de comida a domicilio, encontramos la empresa Take Eat Easy. También en este caso la empresa contratada repartidores en bicicleta, distribuidos estratégicamente por la ciudad, con los que contactaba a través de teléfono móvil para asignarle pedidos que debían ser recogidos en un restaurante y ser entregados en una dirección especificada por el cliente. Es decir, la empresa se dedica a poner a disposición de los restaurantes a una flota de repartidores. Estos debían solicitar con cuatro semanas de anticipación a la empresa un determinado horario de trabajo que, necesariamente, debía realizarse en módulos de cuatro horas, que una vez aprobados son obligatorios para los repartidores. Estos reciben de la empresa el material imprescindible para el desarrollo del trabajo (mochila para transportar la comida con logotipo de la empresa, móvil con la aplicación de la empresa que marca los puntos de recogida y destino de la comida por transportar), debiendo entregar una fianza por dicho material. La empresa pone a disposición de los clientes un servicio de quejas o atención al cliente. En caso de no cumplir con las instrucciones de la empresa (que incluyen la utilización de logotipos identificadores de esta, la exigencia de puntualidad o necesidad de educación o amabilidad en el trato con los clientes) es posible penalizar a los repartidores o incluso extinguir la relación (Beltrán de Heredia, 13 de junio de 2018).

Otra de las empresas que actúa a través de plataforma en el ámbito del transporte de comida a domicilio es Deliveroo, que utiliza un sistema similar a los anteriormente descritos en este ámbito: la empresa fija las franjas de horario y a partir de ahí los repartidores eligen los turnos que más les interesan, siendo finalmente adjudicados estos por la empresa en virtud de las solicitudes, dando preferencia a aquellos repartidores que tienen mejor calificación por los clientes. Al inicio del turno el repartidor acude a un punto de control y activa la aplicación del móvil que permite recibir los encargos,

de manera que la aplicación no se activa si el repartidor no se encuentra en las inmediaciones del punto de control (existe un sistema de geolocalización en la aplicación). Una vez que el cliente solicita los servicios, la aplicación informática contacta con el repartidor más cercano al restaurante que recibe una comunicación al móvil. En ese momento puede aceptar o rechazar el encargo, pero si lo rechaza ha de justificar el motivo; también puede decidir dejar de recibir pedidos una vez que ha iniciado el turno, si bien ello acarrea consecuencias negativas sobre su valoración o calificación, lo que, a su vez, repercute sobre los encargos que puede recibir. La empresa tiene la facultad de controlar al trabajador a través del sistema de geolocalización, realiza evaluaciones periódicas sobre la disponibilidad del trabajador, la calidad de sus servicios y la puntualidad en las entregas. Es la empresa quien abona directamente la retribución al repartidor, no percibiendo retribución alguna de clientes o restaurantes. No existe exclusividad en el desarrollo de la actividad por parte del repartidor, que puede realizar servicios para otras empresas del sector (Beltrán de Heredia, 5 de junio de 2018).⁷

La plataforma más conocida y que probablemente ha servido de ejemplo inicial para el funcionamiento del sector del «*crowdsourcing offline*» específico es Uber. Dedicada al transporte urbano de pasajeros, actúa en el mismo sector del transporte público del taxi. A través de una aplicación informática de descarga gratuita en el teléfono móvil, los usuarios pueden conectar con conductores de vehículo para realizar sus desplazamientos dentro de la ciudad. Los clientes pueden localizar mediante el geolocalizador de la aplicación aquellos vehículos disponibles (téngase en cuenta que Uber no tiene vehículos propios, sino que estos son de los propios conductores que se asocian a la plataforma para acceder a ella, luego de superar una entrevista). El abono de los servicios por el cliente se realiza a través de la propia aplicación, de manera que la empresa procederá a realizar, a su vez, el ingreso de las cuantías a los conductores por los servicios realizados (menos la deducción del porcentaje que corresponde a la empresa). Los conductores asumen los costes de funcionamiento y de desarrollo de su actividad (gasolina, limpieza, mantenimiento mecánico, seguro, etcétera), tienen la capacidad para fijar el tiempo de trabajo y cuándo desean trabajar, y pueden rechazar servicios cuando no les interesen (si bien una vez aceptado el viaje deben realizarlo). Estos conductores tienen la consideración de autónomos para Uber, pues la empresa considera que se limitan a facilitar la aplicación y cobrar un porcentaje por la intermediación. Sin embargo, Uber realiza un proceso de selección de conductores, condiciona el tipo de vehículo, efectúa un conjunto de recomendaciones a los conductores (hay un «Manual del conductor») sobre apariencia de los mismos, trato a los clientes (abrirles la puerta, usar paraguas en caso de lluvia para que el cliente no se moje, etcétera), uso durante los servicios de música en el vehículo, todo ello con el objetivo de facilitar un cierto nivel de calidad. Los clientes evalúan, a través de la propia aplicación, el servicio prestado por el conductor, de manera que un resultado negativo puede determinar la «desactivación» de los conductores y excluirlos de la plataforma (Gines i Fabrellas & Gálvez, 2016, p. 7; Poquet, 2018, pp. 182-183; Sierra, 2016, p. 249; Sierra, 2015, pp. 17-18; Todolí, 2015, pp. 4-6; Todolí, 2017, pp. 40-42).

⁷ Apartado 37 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017.

5. Análisis de la solución a casos planteados en España

Por ahora existen pocas manifestaciones judiciales expresas sobre prestadores de servicio de plataformas: apenas hay (que conozcamos) alguna sentencia de juzgados de lo social (primer instancia); nada se ha resuelto aún en vía de recurso de suplicación (Tribunales Superiores de Justicia) ni, y mucho menos, en casación (Tribunal Supremo), aunque sí se cuenta con informes de la Inspección de Trabajo y con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) sobre el caso Elite Taxi (asociación de taxistas que demandó a Uber por considerar que había competencia desleal).

Empezamos por la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi (Beltrán de Heredia, marzo 2018, pp. 12-14; Birgillito, 2018, pp. 252-254; Poquet, 2018, p. 187; Suárez, 2018, pp. 42-43). Esta última Asociación interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona una demanda contra Uber System Spain por entender que su actuación suponía una violación de las reglas de competencia desleal (sustancialmente, que a los taxistas se les exigía una licencia administrativa, de la que carecía Uber). El Juzgado Nº 3 de lo Mercantil estimó necesario dilucidar con carácter previo si los servicios prestados por Uber debían considerarse como los meros servicios de intermediación, o si la actividad que desarrolla dicha empresa era una actividad de transporte (que, como tal, está sujeta a autorización administrativa), por lo que planteó ante el TJUE una serie de cuestiones prejudiciales que son el objeto de la Sentencia. Es decir, la STJUE va a responder a si la actividad de Uber debe considerarse actividad de transporte o un mero servicio electrónico de intermediación. La cuestión, evidentemente, nada tiene que ver con la determinación de si estamos o no ante una relación laboral, pero lo interesante del caso son los argumentos, que, puestos en conexión con la problemática laboral, resultan tremendamente llamativos.

La Sentencia considera que «es preciso poner de manifiesto que un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano»; es decir, la STJUE estima que si bien se trata de una actividad basada en una plataforma digital que tiene como objetivo la intermediación, existe una actividad subyacente, que no es otra que la del transporte; y para llegar a esta conclusión, la STJUE utiliza una serie de argumentos que pueden proyectarse fácilmente sobre la perspectiva laboral de la cuestión:

[...] resulta que el servicio de intermediación de Uber *se basa en la selección de conductores* no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que *esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte* y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, *Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores*. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el *precio máximo de la carrera, que*

*recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos.*⁸ (Cursivas añadidas)

Dicho de otra manera, el TJUE pone de manifiesto que Uber no se limita a intermediar, sino que coordina y organiza la actividad productiva de transporte, pues selecciona a los conductores, les facilita la aplicación informática, sin la cual no es posible realizar servicio alguno, y establece condiciones de prestación de servicios, pudiendo inactivar a los conductores. Tal como concluye el TJUE en esta Sentencia, «debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información”».⁹ Reiteramos que el problema de fondo no es la laboralidad o no de la relación jurídica entre los conductores y Uber, pero es evidente que los argumentos utilizados por la STJUE son tremendamente interesantes a la hora de enjuiciar si existe o no relación laboral (Sierra, 2016, p. 254; Suárez, 2018, pp. 50-51).

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) española también ha tenido un importante papel en precisar que los servicios desarrollados a ciertas empresas a través de plataformas digitales tienen naturaleza jurídica laboral.¹⁰ Así, hay pronunciamientos de la ITSS sobre el caso de Uber y de Deliveroo. Respecto del primero, contesta a la denuncia presentada por organizaciones de taxistas de Barcelona, respondiendo la Inspección, mediante informe de 9 de marzo de 2015, que entiende que los conductores de Uber son trabajadores: su prestación de trabajo forma parte esencial del tráfico de la empresa, que es la actividad de transporte urbano (se rechaza así que se trate de mera intermediación tecnológica); hay un proceso de selección de los conductores; existe un poder de control y de dirección ejercido fundamentalmente a través de las encuestas o valoraciones de los clientes; los conductores carecen de organización empresarial; la libertad de horario está limitada por la existencia de un sistema de incentivos que incide directamente sobre la elección de los turnos y la duración de la prestación; el instrumento esencial en el sistema productivo es la plataforma digital y no los vehículos particulares; el pago de los servicios se realiza directamente a Uber.

En cuanto a Deliveroo, informes de la ITSS de Valencia y de Madrid coinciden en considerar que los repartidores de dicha empresa mantienen una relación de carácter laboral con base en los siguientes argumentos: existe cierta libertad de horario, pero la concreción de los días de trabajo, las zonas de trabajo y el horario dentro de ellas es potestad de la empresa; la empresa dicta instrucciones; el incumplimiento de estas puede suponer la extinción del vínculo jurídico; el hecho de que las instrucciones sean mínimas no elimina la subordinación, pues lo esencial es determinar

⁸ Apartado 39 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017.

⁹ Apartado 40 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017.

¹⁰ Ver Beltrán de Heredia (marzo 2018, pp. 65-79); Poquet (2018, p. 187); Serrano y Borelli (2017, p. 238); Sierra (2016, pp. 250-251 y 255 y ss.; y 2015, pp. 20-21); Suárez (2018, pp. 43-44); Todolí (s.f.).

si tales instrucciones son suficientes para poder coordinar y dirigir la actividad; lo esencial en el sistema productivo es la plataforma y no el vehículo aportado por el repartidor, pues para desarrollar la actividad es imprescindible utilizar los medios tecnológicos de la empresa; el abono de los servicios lo realizan los clientes directamente a Deliveroo a través de la plataforma de pago; la prestación se inicia bajo el control de la empresa, pues el trabajador debe partir de un concreto punto de control fijado por la empresa, y debe retornar a él tras cada servicio; la empresa impone normas de comportamiento con los restaurantes adheridos a ella y con los clientes; la empresa organiza cursos de formación y tiene potestad sancionadora. En cuanto a la posibilidad de que el trabajador designe un sustituto, es más teórica que real, pues hasta el momento de la actuación inspectora esta situación no se había producido nunca.

En cuanto a los escasos pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión, nos es posible destacar sentencias de instancia. Así, en primer lugar podemos señalar la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valencia Nº 6 de 1 de junio de 2018,¹¹ que analiza un supuesto ya descrito, el de la empresa Deliveroo, a la que nos hemos referido antes y sobre el que también acabamos de señalar la existencia de un informe de la ITSS. En este caso la jueza de lo Social se inclinó por estimar la existencia de una relación laboral, entendiendo que se producen los elementos de ajenidad y dependencia. En lo que concierne a la dependencia, la Sentencia estima que el demandante trabajaba siguiendo las instrucciones de la demandada y bajo las condiciones fijadas unilateralmente por ella: el trabajador, tras ingresar en la empresa, debía descargar la aplicación desarrollada y gestionada por la empresa en su teléfono móvil, recibiendo una autorización y, con ella, un usuario y una contraseña personal para poder acceder. Es decir, para realizar los servicios el trabajador debe formar parte de la aplicación creada y administrada por la empresa. Era la empresa la que decidía la zona en la que el trabajador debía desempeñar sus funciones. En lo que se refiere al horario, si bien el trabajador ofertaba a la empresa las franjas horarias en las que quería trabajar, ellas debían estar incluidas en el horario previamente establecido por la demandada, y era esta quien, finalmente, decidía en qué horario iba a desempeñar sus funciones el trabajador cada semana. Además, la empresa daba instrucciones concretas a los repartidores sobre la forma en que se tenía que llevar a cabo el servicio, fijando tiempos y normas de comportamiento que los repartidores debían cumplir. Consta, asimismo, que al inicio del turno asignado los trabajadores debían acudir al lugar fijado por la empresa, para que esta les asignara servicios a través de la plataforma, debiendo retornar a él cada vez que finalizaban un servicio. Además, la empresa tenía en todo momento geolocalizado al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto; y era la empresa la que decidía en cada momento sobre los repartos por realizar y su efectiva asignación. Por otra parte, el trabajador carecía de libertad, dentro de su horario, para rechazar pedidos, resultando que en el concreto

11 Puede verse esta Sentencia en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj) bajo el siguiente número de ROJ: SJSO 1482/2018. Sobre esta, ver comentario de Beltrán de Heredia (5 de junio de 2018).

supuesto resuelto por la Sentencia, era precisamente el rechazo de ofertas y la falta de disponibilidad reiterados lo que dio lugar a la extinción de la relación entre las partes. Se consideró probado que el trabajador, aun cuando aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa la titular de la plataforma virtual a través de la cual se organizaba la actividad empresarial. No obsta a la existencia de dependencia el hecho de que el trabajador pudiera subcontratar el trabajo, pues quedó acreditado que la subcontratación era totalmente residual, sin que el trabajador hiciera uso de ella en momento alguno; además, la subcontratación de los servicios acordados con terceros requería previa autorización de la empresa por escrito. En cuanto a la ajenidad, era la empresa la que decidía el precio de los servicios realizados por el trabajador. Además, la empresa establecía las condiciones de los restaurantes adheridos y de los clientes a los que prestaba sus servicios, desconociendo el trabajador cuáles eran los restaurantes que en cada momento estaban adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes que solicitaban sus servicios. También era la empresa la que fijaba el precio del servicio a los clientes y lo cobraba a través de la aplicación, no estando permitida al trabajador la percepción de cantidad alguna en metálico, salvo la propina.

En la misma dirección encontramos la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 11 de Barcelona de 29 de mayo de 2018,¹² que estima como elementos definidores de la existencia de relación laboral que los uniformes y el material de trabajo eran puestos a disposición por la empresa; esta tenía un servicio de atención al cliente para resolver cualquier problema que se planteara en la actividad del repartidor; si bien los horarios eran solicitados por cada repartidor, era la empresa la que los aprobaba (con cuatro semanas de antelación); se ponía a disposición del personal unos formularios «para la concesión de vacaciones»; era la empresa quien abonaba la remuneración, sin que los repartidores percibiesen retribución alguna ni de los restaurantes donde recogían los pedidos ni de los clientes a los que debían entregar tales pedidos; existía una remuneración mínima garantizada, así como se establecía un pacto de exclusividad. Además, la Sentencia consideraba probada la existencia de un régimen disciplinario, pues se establecían una serie de incumplimientos que podían dar lugar a la extinción del contrato (falta de puntualidad, reparto sin las bolsas con el logo de la empresa o sin hacer uso de la caja facilitada, o sin repartir pedidos con las notas de amabilidad exigidas).

Sin embargo, la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 39 de Madrid, de 3 de septiembre de 2018,¹³ sobre la empresa Glovo, cuya actuación también hemos descrito *supra*, resuelve la cuestión en la dirección contraria, al entender la inexistencia de relación laboral, pues estimaba que:

[...] el repartidor es el que se organiza su trabajo (auto-organización), que responde directamente de su buen fin frente al cliente final, que también responde de

12 Ver esta Sentencia en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj) bajo el siguiente Nº de ROJ: SJSO 2390/2018. Sobre la misma puede verse Rojo (13 de junio de 2018).

13 Ver esta Sentencia en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj) bajo el siguiente Nº de ROJ: SJSO 3042/2018.

los posibles daños ocasionados durante el transporte; que su retribución depende de la cantidad de recados que realice y del buen fin de los mismos; que GLOVO solo ejerce como intermediario y por tanto no asume ninguna responsabilidad frente al cliente o el repartidor; que la realización de los recados se hará siguiendo las pautas del propio cliente (no las de GLOVO, que solo pone a disposición los recados), que las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) las pone el repartidor, y que el precio de los servicios será el establecido en las tarifas adjuntadas al contrato y se abonará por GLOVO contra entrega de la factura que se confecciona con periodicidad quincenal.

En puridad, tal como hemos visto en la descripción de la forma de actuación de esta empresa, no existen diferencias relevantes con Deliveroo o Take Eat Easy; sin embargo, en esta ocasión la jueza estimó que predominaban los indicios contrarios. Así, señalaba en la Sentencia que el demandante no tenía jornada ni horario, pues era él quien decidía la franja horaria, podía rechazar los pedidos que no le interesaban, decidía con libertad la ruta por seguir; consideró que el geolocalizador no era instrumento de control, sino que servía solo para contabilizar la distancia recorrida para su posterior abono; si bien existía un sistema de puntuación, tampoco era instrumento de control, sino un mecanismo de preferencia para la asignación de pedidos; era el repartidor el que asumía el riesgo y ventura en cada pedido y debía responder ante el cliente; los principales instrumentos de trabajo (celular y motocicleta) eran propiedad del repartidor, sin que se diese papel alguno relevante a la aplicación informática, al entender la Sentencia que la empresa era un mero intermediario entre clientes y repartidores; no existía pacto de exclusividad; el repartidor no tenía que justificar asistencias, sino solo comunicarlas, y decidía los días de descanso. En definitiva, la Sentencia da relevancia a elementos que los hechos probados de las sentencias anteriores evidenciaban que carecían totalmente de la misma, obviaba el papel de la plataforma informática totalmente al entender que es un mero instrumento de intermediación, por lo que consideraba que el trabajador tenía el pleno control de la actividad. Ciertamente, es una sentencia criticable, tal como han destacado los pocos comentarios existentes sobre ella, a los que nos adherimos (Beltrán de Heredia, 20 de septiembre de 2018; Todolí, 19 de septiembre de 2018).

6. Análisis de los indicios de laboralidad en la economía de plataformas

Tal como hemos venido señalando, determinar si estamos o no ante relaciones laborales en los casos de prestación de servicios a través de plataformas digitales pasa necesariamente por analizar los indicios a favor y en contra. Intentamos ahora señalar los principales indicios que deberían ser tenidos en cuenta para resolver el problema de la naturaleza del vínculo jurídico entre el prestador del servicio y el titular de la plataforma.

En esta labor debemos subrayar que los indicios deben ser interpretados a la luz misma del sistema productivo, que no es ya el tradicional del trabajo industrial, en el que existía una subordinación o sometimiento claro y patente a las facultades

directivas ejercidas de manera personal por el empresario o sus delegados, sino que estamos ante métodos productivos que han evolucionado hacia sistemas en los que la dependencia es mucho más sutil, dada la utilización de métodos de organización del trabajo en los que se da una apariencia de desconexión entre empresario y trabajador. Es aquí donde interviene ese elemento de flexibilidad de los criterios delimitadores de la relación laboral y en especial de la subordinación o dependencia al que nos hemos referido con anterioridad.

De entrada, la necesidad de adaptar los criterios de laboralidad del artículo 1.1 ET es evidente en el caso de las plataformas digitales, en el que existe una automatización de la toma de decisiones que correspondían al empresario, al utilizarse algoritmos informáticos. Pero tales algoritmos son utilizados por alguien (la empresa) con el fin de organizar la actividad productiva y apropiarse del resultado del trabajo de los que prestan servicios; no en vano el algoritmo sirve, fundamentalmente, para una asignación automática de las tareas, función propia del empresario (Mercader, 2018, p. 164); para lo que se requiere que los clientes previos hayan calificado a los trabajadores, de modo que tendrán más encargos los que tengan más puntuación. De esta manera, la tradicional subordinación jurídica a la persona del empresario ha dado paso a una subordinación tecnológica o dependencia digital (Sierra, 2015, pp. 11 y ss.; 2016, p. 257), dado que el instrumento a través del cual se organiza y controla el trabajo es la propia plataforma. Debemos desentrañar, pues, si existe una plataforma con un mero objetivo de intermediar o una plataforma que se utiliza para coordinar la actividad productiva (Birgillito, 2018, p. 252). Lo primero no genera ni origina una relación laboral. Sería el caso de la plataforma BlaBlaCar, un ejemplo de verdadera economía colaborativa (Gines i Fabrellas & Gálvez, 2016, p. 26), en la que los propietarios de vehículos infrautilizados son puestos a disposición de terceros para compartir gastos en los desplazamientos, de manera que la plataforma solo sirve como intermediario, pero no tiene una actividad o negocio subyacente organizado en torno a la plataforma. Ahora bien: el automatismo que aporta el algoritmo no elimina, por sí solo, la dependencia, pues si la plataforma es instrumento no solo para acceder a un mercado donde hay oferta y demanda de servicios, sino que se utiliza como mecanismo para el desarrollo de los servicios, estaremos ante una actividad subyacente organizada gracias a la plataforma para beneficiar a la propietaria de la misma; por lo tanto, entraremos en el ámbito de la laboralidad (Beltrán de Heredia, 26 de mayo de 2018).

El primer paso es la necesidad de utilizar la plataforma para prestar el servicio: puede estimarse que ello va de suyo en la actividad de cualquier plataforma, pues no es posible ofrecer un servicio o demandarlo si no se usa la plataforma; pero en realidad me refiero a otra realidad: la necesidad, no solo de acceder a la plataforma, sino de crear una cuenta específica para poder prestar el servicio, de manera que cuando se acepta y realiza un servicio, este se registra en la aplicación, de forma que es utilizado por la plataforma como instrumento de gestión de la actividad. No se trata, pues, de acceder a la plataforma y ofrecer el servicio para que un tercero lo seleccione, sin más intervención de la plataforma: lo que planteamos es que, a través de la plataforma y mediante la individualización de una cuenta personal, se pueda facilitar la gestión y control del trabajo. Ello se refuerza cuando la empresa

impone o facilita terminales o teléfonos móviles para poder estar conectados con la plataforma, debiendo activarlos para acceder a las demandas, usarlos para aceptarlas o rechazarlas, realizar informes sobre el cumplimiento de los servicios, etcétera. Es evidente que el sistema productivo basado en plataformas informáticas supone una evolución de los sistemas industriales tradicionales, por lo que la interpretación de la subordinación también debe evolucionar. Por ello, intentar sostener que en las actividades caracterizadas por el uso de nuevas tecnologías la subordinación como mecanismo de coordinación de la actividad productiva se basa en la supervisión directa del empresario o de un superior, no es más que un anacronismo limitador del ámbito del derecho del trabajo. Las nuevas organizaciones productivas utilizan nuevos sistemas de control del trabajador, y el análisis basado en los indicios debe tener en cuenta esta realidad. Lo esencial no es el sistema de control en sí, sino si existe un efectivo sistema de control que permita a la empresa rentabilizar el trabajo (Sánchez, 2018, p. 96; Todolí, 2015, p. 9 y 2017, pp. 47-49).

Por otro lado, es indicio de dependencia el hecho de que haya procesos de selección de los que van a prestar el servicio que ofrece la plataforma;¹⁴ es decir, no cualquier sujeto puede ofrecerse como prestador de servicios a través de la plataforma, sino solo aquellos que la empresa considere adecuados: es evidente que si la plataforma se limitase a permitir el acceso a cualquier sujeto prestador de servicios, habría neutralidad y no pretensión de organizar la prestación. La presencia de procesos de selección anima a entender que hay relación laboral, pero, al contrario, su ausencia puede ser indicio de no laboralidad. Esto no debe confundirse con la posibilidad de establecer requisitos esenciales; por ejemplo, las plataformas (sean meras intermediarias u organizadoras del servicio) podrán exigir que los prestadores de un servicio de transporte dispongan de permiso para conducir vehículos, sin que ello sea indicio de laboralidad.

Especial relevancia tiene que existan instrucciones o indicaciones a los trabajadores sobre cómo han de desarrollar su actividad (reglas sobre vestimenta, etiqueta, comportamiento, necesidad de acudir a un punto concreto para iniciar la actividad, necesidad de presentarse como personal de la empresa, llevando logotipos de la misma en el material de trabajo o incluso uniformes que identifican la empresa, etcétera), o el hecho de estar sometidos a geolocalización. Más aún: dichas instrucciones o guías son obligatorias para los que prestan el servicio, asumiendo el trabajador el compromiso de cumplirlas para acceder a la plataforma, de manera que la ignorancia de ellas supone la «inactivación», «desconexión» o despido del trabajador: todo ello indica la existencia de subordinación.¹⁵ Resalta cómo el sistema de plataformas es una realidad productiva alejada de la permanente presencia de las facultades de organización de la prestación: ciertamente, en una actividad caracterizada por el desarrollo de microtarefas, el conjunto de reglas u órdenes que emanan del empresario —es decir, el ejercicio del poder de dirección— va a ser mínimo, pero sigue habiéndolo, como lo prueba la existencia de tales instrucciones o indicaciones y,

14 Ver Beltrán de Heredia (26 de mayo de 2018); Birgillito (2018, p. 255); Sierra (2015, p. 21, y 2016, p. 256).

15 Ver Beltrán de Heredia (entradas del 26 de mayo de 2018 y 5 de junio de 2018; y ponencia de marzo de 2018); Birgillito (2018, p. 255); Gines i Fabrellas y Gálvez (2016, pp. 21-22); Sánchez (2018, p. 97).

consecuentemente, el hecho de que los trabajadores no tengan verdadera capacidad de organizar la forma de desarrollar su prestación de trabajo. Dicho de otra manera: para llevar una pizza del punto A al punto B no se requiere una fuerte presencia del poder de dirección; por lo tanto, lo relevante es detectar la presencia del poder de dirección aunque las manifestaciones de este sean sutiles, por lo que es necesaria una mayor implicación del empresario para organizar la actividad productiva dado el automatismo informático en la toma de decisiones.

En la misma dirección, otro indicio que evidencia la dependencia es el ejercicio de mecanismos de control a través de la propia plataforma y especialmente mediante los cuestionarios de satisfacción o evaluaciones que deben cumplimentar los clientes (con lo que se consigue que estos realicen directamente el control, de modo que esta tarea les es delegada, con el ahorro de este tipo de costes para la empresa). Así, las empresas pueden tener una información del desarrollo satisfactorio o no del trabajo realizado, controlándolo *a posteriori*. De hecho, se utilizan tales valoraciones para redirigir las ofertas de servicios a los trabajadores, beneficiando a aquellos que reciben una más alta puntuación o nivel de satisfacción por parte de los clientes. De igual manera, se utiliza también el hecho de que haya quejas por parte de los clientes para sancionar a los trabajadores por la vía de reducir los encargos (y, por tanto, la retribución), e incluso para «desactivarlos», es decir, para despedirlos.¹⁶ Todo ello manifiesta, además, no solo que se cuenta con un sistema de control de la prestación *a posteriori*, sino también que existe un ejercicio del poder sancionador por parte del empresario, y ambas cuestiones forman parte del conjunto de facultades directivas de un empresario. En definitiva, puede ser que el sistema de control sea más tenue o de baja intensidad; pero si existe el control suficiente para que el empresario pueda organizar la actividad productiva en un ámbito dominado por su algoritmo, estaremos ante una relación laboral.

También debemos tener en cuenta el valor o peso de elementos contrarios a la laboralidad; por ejemplo, la libertad en la fijación de los horarios o el tiempo de trabajo (Beltrán de Heredia, 26 de mayo de 2018). Es elemento común en el trabajo en plataformas que se recoja documentalmente que el prestador del servicio tiene cierta libertad (en unos casos mayor, en otros, menor) a la hora de concretar los horarios, el turno o el tiempo de trabajo. La lógica indica que, a mayor libertad, más alejados estaremos del ámbito propio del derecho del trabajo (Mercader, 2018, p. 161). No obstante, debe tenerse en cuenta el tipo de actividad a la que nos referimos: el «crowdsourcing». Esta permite el desarrollo de una actividad gracias a la existencia de una multitud de sujetos que desean prestar los servicios, y es justamente el que haya un número tremendamente amplio de estos sujetos lo que permite la existencia de esa libertad de horario, pues la empresa siempre contará con personal suficiente para cubrir las necesidades en cualquier horario de trabajo. Por lo tanto, no podemos analizar la cuestión desde los parámetros tradicionales del trabajo industrial, en el que se requiere una estandarización del tiempo de trabajo, sino desde la perspec-

16 Ver Beltrán de Heredia (5 de junio de 2018, 20 de septiembre de 2018, y ponencia de marzo 2018); Birgillito (2018, p. 256); Gines i Fabrellas y Gálvez (2016, p. 24); Poquet (2018, p. 183); Rojo (22 de mayo de 2018, p. 5); Sierra (2016, p. 258); Todolí (2015, p. 10 y 2017, p. 57).

tiva de un sistema productivo que no requiere de la estandarización, pues el propio sistema productivo garantiza la disponibilidad de personal suficiente sin necesidad de una organización específica del tiempo de trabajo. Es decir, la aparente libertad del trabajador no es fruto de su autonomía, sino de la facilidad organizativa que el sistema productivo garantiza al empresario.

Por otro lado, no faltan supuestos en los que la libertad del trabajador está sometida a límites por la empresa: se puede elegir horario, pero dentro de los turnos preestablecidos por la empresa; o existe libertad para elegir horario que debe comunicarse con plazos tremendamente amplios de preaviso para permitir a la empresa «encajar» (organizar) a los trabajadores en tales horarios; una vez elegido un turno, no es posible su alteración, o también se penaliza a los trabajadores que no aceptan cambios en su jornada o se permite que los trabajadores reciban ofertas en cualquier horario además del fijado por ellos; o bien existen sistemas de productividad que limitan los efectos de la libertad de horario, etcétera. Todo ello diluye la presunta libertad de horario con la que cuentan los trabajadores (Trillo, 2016, pp. 76-77). Por otra parte, hay que tener en cuenta que la flexibilidad en el tiempo de trabajo es uno de los aspectos que más ha avanzado en las últimas décadas dentro del ámbito de las relaciones de trabajo, especialmente desde la perspectiva empresarial (Rodríguez, 2018, p. 222); siendo también una exigencia de los trabajadores, especialmente para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por todo ello, ni podemos entender que la flexibilidad en materia de tiempo de trabajo sea exclusiva de prestaciones de servicios extralaborales, ni que sea excluyente de la laboralidad (Beltrán de Heredia, ponencia de marzo 2018; Poquet, 2018, p. 184). En definitiva, la existencia de flexibilidad en el tiempo de trabajo no impide que pueda reconocerse la existencia de subordinación (Gines i Fabrellas & Gálvez, p. 21).

Otro de los elementos que puede cuestionar que se trate de relaciones laborales es la facultad del prestador de los servicios para rechazar encargos de la plataforma. Se trata también de una constante en los diferentes supuestos de prestación de trabajo en plataformas, tal como hemos visto. Sin embargo, al margen de que, al igual que el resto de los indicios, por sí solo no puede determinar la laboralidad o extralaboralidad, sino que ha de realizarse una valoración conjunta de los diversos indicios existentes, ha de tenerse en cuenta que este indicio puede ser contrarrestado si se realiza un análisis más profundo de «las vísceras» del contrato: una cosa es incluir una cláusula de este tipo en el contrato, y otra si el trabajador tiene o no plena libertad de ejercicio de la misma. Dicho de otro modo: si la utilización de la facultad de rechazo puede tener consecuencias negativas para el trabajador, tales como que se reduzca por la empresa la asignación de encargos (y, en consecuencia, del salario a percibir) —es decir, si el trabajador puede recibir algún tipo de sanción como consecuencia del rechazo (Beltrán de Heredia, 5 de junio de 2018)—, no existe verdadera libertad o autonomía. Por otra parte, también debe valorarse cuándo puede realmente ejercerse por el trabajador la facultad de rechazo: si solo es una facultad ejercitable en un momento inicial (cuando se ofrece el encargo), o si una vez aceptado un encargo, es factible o no la renuncia a él. Por último, ha de insistirse en que la posibilidad de rechazar un encargo no es tanto una muestra de la autonomía del trabajador cuanto una consecuencia del propio sistema productivo basado en

el «crowdsourcing»: en un sistema productivo tradicional, al pretenderse optimizar la plantilla respecto del nivel de tarea por ejecutar (si se produce una determinada cantidad, se tiene justo la plantilla de personal para atender esas necesidades productivas), el rechazo a un encargo supone una complicación para la capacidad organizativa del empresario, que cuenta con escasos recursos o medios para suplir a quien rechaza el desarrollo de la prestación; de ahí que uno de los principales incumplimientos laborales sea, junto con la falta de puntualidad, la negativa a desarrollar la prestación. Sin embargo, en un sistema basado en el «crowdsourcing», lo que más abunda es, justamente, la mano de obra, de modo que es posible sustituir al trabajador sin problema alguno, e incluso de manera inmediata (gracias a la tecnología de la plataforma). En definitiva, tal como ha señalado la doctrina, hay que ir al fondo de la cuestión para constatar si realmente lo que se esconde tras la facultad de renuncia es la decisión empresarial de tolerar este tipo de conducta (Beltrán de Heredia, 5 de junio de 2018 y ponencia de marzo de 2018); a lo que yo añadiría que dicha tolerancia no es sino expresión de que no es necesario, para el sistema productivo, el ejercicio de las facultades disciplinarias, estando plenamente justificada dicha tolerancia por el propio sistema productivo, por lo que no es este un indicio que cuestione la subordinación en este tipo de prestación de trabajo.

En cuanto a la ajenidad, también podemos señalar ciertos indicios de laboralidad característicos de este tipo de prestación de trabajo. En primer lugar, el hecho de que el precio de los servicios no es fijado por los trabajadores, sino por la plataforma: es la empresa quien, en función de ciertos parámetros, fija los precios sin intervención alguna de los trabajadores. Ello es un claro indicio de que existe la necesaria ajenidad. Por el contrario, si fuese el prestador del servicio quien tiene capacidad de concretar el precio por los servicios prestados, estaríamos ante un indicio de no existencia de la relación laboral (Beltrán de Heredia, 26 de mayo de 2018 y ponencia de mayo 2018; y Rodríguez, 2018, pp. 221-222).

Más aún: podemos ver cómo en los diferentes casos analizados se utiliza la plataforma para el cobro de los servicios: los clientes abonar los servicios recibidos a través de la propia plataforma, sin que el trabajador acceda directamente al resultado económico de su trabajo. En cuanto a su retribución, se liquida cada cierto tiempo por la empresa titular de la plataforma, abonando su cuantía al trabajador, normalmente mediante transferencia y previa factura del trabajador; lo que entendemos como un claro indicio de que el trabajador no asume el riesgo empresarial.¹⁷

También es síntoma de existencia de relación laboral el hecho de que el trabajador sea totalmente ajeno a las decisiones esenciales del funcionamiento de la relación con el mercado y los clientes. Quien fija precios, realiza campañas de captación de clientes, se publicita, etcétera, es la empresa titular de la plataforma, no el trabajador.¹⁸ Además, la actuación en el mercado es de la empresa, no del trabajador; de hecho, el trabajador actúa bajo la marca de la titular de la plataforma y, tal como hemos señalado, normalmente lo hace utilizando el logotipo de la em-

17 Ver Beltrán de Heredia (26 de mayo de 2018); Gines i Fabrellas y Gálvez (2016, p.26); Sánchez (2018, p. 99); Sierra (2016, p. 257); Trillo (2018, p. 233) .

18 Ver Gines i Fabrellas y Gálvez (2016, p. 23); Poquet (2018, p.186); Trillo (2018, p. 233).

presa o incluso con uniforme, vestimenta o medios de producción que identifican a la empresa (Beltrán de Heredia, 26 de mayo de 2018 y 20 de septiembre de 2018; Sánchez, 2018, p. 97). Más aún: a tenor de los contratos que vinculan al trabajador con la titular de la plataforma, se evidencia cómo la empresa percibe que la actuación deficiente del trabajador en el desarrollo de su prestación de servicios daña la reputación de la empresa, pues el trabajador es la imagen de la empresa frente a los clientes (Beltrán de Heredia, 5 de junio de 2018), lo que justifica la posibilidad de «inactivar» o despedir a dicho trabajador. En definitiva, el trabajador que realiza la prestación no cuenta con una organización empresarial propia, sino que se integra en una organización ajena.¹⁹

No obstante lo anterior, en estos sistemas productivos es normal que el trabajador aporte medios productivos para el desarrollo de la prestación, normalmente el vehículo, además de un terminal o teléfono móvil, lo que juzga en contra de la existencia de ajenidad. No obstante, no estamos ante medios esenciales: lo esencial es la plataforma, que no solo es el mecanismo de intermediación con los clientes, sino también el instrumento a través del cual se organiza y gestiona la prestación de trabajo; y la plataforma es propiedad de la empresa. Es evidente que el valor de los medios aportados por el trabajador es tremendamente inferior al valor económico de la plataforma, todo lo cual anima a estimar la existencia de ajenidad pese a la aportación del vehículo u otros medios de producción por el trabajador.²⁰ Ello al margen de que no es extraño encontrar que la empresa establece requerimientos o especificaciones sobre tales medios (tal como ocurre con Uber, que especifica el tipo de vehículo o sus características (Sánchez, 2018, p. 97). La plataforma es la base esencial sobre la que gira toda la actividad productiva, de manera que esos medios de producción aportados por los trabajadores son meros elementos complementarios (Sánchez, 2018, p. 98; Todolí, 2015, pp. 13-14, y 2016, p. 55).

Lo anterior nos recuerda la STS de 26 de febrero de 1986,²¹ que declaraba la existencia de relación laboral entre los mensajeros y sus empresas, aun cuando estos debían aportar como instrumento de trabajo la motocicleta con la que realizar sus servicios, pues consideraba, precisamente, de escasa relevancia económica dicho medio de transporte (Rojo, mayo 2018, pp. 2 y ss.).

En definitiva, teniendo en cuenta que lo lógico es que encuentren indicios contradictorios, si de la valoración conjunta de los mismos se evidencia que existe una organización empresarial, que coordina una serie de recursos humanos dirigidos a facilitar un servicio (la actividad subyacente), generador de lucro o ganancia para la empresa, no lo duden: estamos ante una relación laboral. Si, por el contrario, se evidencia que la única intervención de la empresa es la mera intermediación entre quienes ofertan y demandan un servicio, obteniendo ingresos por el mero hecho de permitir el acceso a la plataforma que sirve de instrumento de conexión, no estaremos ante relaciones laborales.

19 Ver Gines i Fabrellas y Gálvez (2016, p.20); Todolí (2015, p. 12; y 2017, p. 50) .

20 Ver Beltrán de Heredia (5 de junio de 2018, 20 de septiembre de 2018 y ponencia de marzo de 2018, p. 53); Gines i Fabrellas y Gálvez (2016, p. 25); Poquet (2018, p. 185).

21 RJ\1986\834.

Referencias

- Baylos, A. (2010). La «huida» del derecho del trabajo: tendencias y límites a la deslaboralización. En Alarcón Caracuel, M. R., & Mirón Hernández, M. M. (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar* (pp. 35-54). Barcelona: Marcial Pons.
- Beltrán de Heredia, I. (marzo de 2018). Economía de las plataformas (platform economy) y contrato de trabajo. Ponencia en *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social*. Barcelona. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/>
- Beltrán de Heredia, I. (marzo 7, 2018). Delimitación del trabajo por cuenta ajena: últimas novedades jurisprudenciales y apunte internacional. [Blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/>
- Beltrán de Heredia, I. (mayo 26, 2018). Nueva intervención de la Inspección de Trabajo en los servicios de la economía de las plataformas: el caso Joyners. [Blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/>
- Beltrán de Heredia, I. (junio 5, 2018). Riders de Deliveroo: son trabajadores por cuenta ajena [Blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/>
- Beltrán de Heredia, I. (junio 13, 2018). Riders Take Eat Easy: son trabajadores por cuenta ajena (y nota al caso Pimlico Plumbers, UK) [Blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/>
- Beltrán de Heredia, I. (septiembre 20, 2018). Caso Glovo: ¿los repartidores no son trabajadores por cuenta ajena? (análisis a la SJS/39 Madrid de 3/9/18) [Blog]. *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Recuperado de <http://ignasibeltran.com/>
- Birgillito, M. L. (2018). («Au-delà de»). La calificación jurídica de los conductores de Uber. ¿Nuevos paradigmas sociales u operaciones de ingeniería jurídica?. En Todolí, A. (Ed.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Casas, M. E. (2017). Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno? *Derecho de las Relaciones Laborales*, 9.
- Consejo General del Poder Judicial (Cendoj). (2018). Sentencia Nº de ROJ: SJSO 1482/2018. Base de datos.
- Consejo General del Poder Judicial (Cendoj). (2018). Sentencia Nº de ROJ: SJSO 2390/2018. Base de datos.
- Consejo General del Poder Judicial (Cendoj). (2018). Sentencia Nº de ROJ: SJSO 3042/2018. Base de datos.
- Cruz, J. (2018). El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo. *Revista de Derecho Social*, 83.
- Dagnino, E. (2015). Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 3(3).
- Gines i Fabrellas, A., & Gálvez, S. (2016). Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del derecho del trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el entorno digital. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 1.

González, S. (2017): Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas. *Temas Laborales*, 138.

Mercader, J. R. (2018). La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad. En Todolí, A. (ed.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

Plaza, J. J., Patiño, D., & Gómez-Álvarez, R. (2018) Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico. En Todolí, A. (Ed.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

Poquet, R. (2018). Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa. En Todolí, A. (Ed.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

Rodríguez, E. (2018). La prestación de servicios a través de plataformas digitales: cambios en la organización del trabajo y en las relaciones laborales. En Miranda Boto, J. M. (Ed.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*. Madrid: Ediciones Cinca.

Rodríguez, M. L., & Pérez del Prado, D. (2018). El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(2), 357. Recuperado de <http://dx.doi.org/10.5209/CRLA60701>

Rodríguez-Piñero, M. (2017). La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social. *Temas Laborales*, 138.

Rodríguez-Piñero, M. (2018). El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo. En Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, *XXX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva. El futuro del trabajo: retos para la negociación colectiva*. Madrid.

Rojo, E. (mayo 22, 2018). Tecnología y relaciones laborales. La respuesta del derecho del trabajo a los cambios económicos y sociales (especial atención a la economía de las plataformas). En Jornadas de Estudio de la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo (UPIT), *La Inspección ante las nuevas formas de huida del derecho del trabajo*. Santiago de Compostela.

Rojo, E. (junio 13, 2018). Falsos autónomos (segunda parte). Después de Deliveroo, ahora Take Eat Easy Spain. Notas a la sentencia del Juzgado de lo Social Nº 11 de Barcelona de 29 de mayo de 2018. [Blog]. *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Recuperado de <http://eduardorojotorrecilla.es/>

Sánchez, J. M. (2018). La Uber economy y el fenómeno de la economía colaborativa en el mundo del trabajo en disputa. En Todolí, A. (Ed.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

Sanguineti, W. (1996). La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis? *Temas Laborales*, 40.

Serrano, J. M., & Borrelli, S. (2017) El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital. *Revista de Derecho Social*, 80.

Sierra, E. M. (2015). El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y derecho del trabajo*, 3(4).

Sierra, E. M. (2016). Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral. En Sánchez-Rodas Navarro, C. (Ed.), *El derecho del trabajo y de la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*. Murcia: Laborum.

Suárez, B. (2018). La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. *Temas Laborales*, 141.

Todolí, A. (2015). El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IusLabor*, 3.

Todolí, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa. La clasificación jurídica de trabajadores y autónomos y los efectos de la reputación «on line» en la economía de las plataformas virtuales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Todolí, A. (septiembre 19, 2018). Comentario a la Sentencia sobre los riders de GLOVO: ¿existe una presunción de «extralaboralidad»? [Blog]. *Argumentos en Derecho Laboral*. Recuperado de <https://adriantodoli.com/>

Todolí, A. (s.f). Comentario a la Resolución de la Inspección de Trabajo sobre Deliveroo: son laborales y no autónomos. [Blog]. *Argumentos en Derecho Laboral*. Recuperado de <https://adriantodoli.com/>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2017). Sentencia (STJUE) del 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Caso Uber y otros.

Tribunal Supremo. (1986). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de febrero de 1986, RJ\1986\834.

Tribunal Supremo. (2004). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de enero de 2000, RJ\2000\1312.

Tribunal Supremo. (2004). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2004, RJ\2005\875.

Tribunal Supremo. (2012). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de noviembre de 2012, RJ\2013\1076.

Tribunal Supremo. (2017). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 16 de noviembre de 2017, RJ\2017\5543.

Tribunal Supremo. (2018). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del 24 de enero de 2018, RJ\2018\816.

Tribunal Supremo. (2018). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del 24 de enero de 2018, RJ\2018\817.

Tribunal Supremo. (2018). Sentencia del Tribunal Supremo (STS) del 8 de febrero de 2018, RJ\2018\1028.

Trillo, F. (2016). Economía digitalizada y relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 76 y 77.

Trillo, F. (2018). El trabajo en plataformas virtuales: a propósito del caso Uber. En Todolí, A. (Ed.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (p. 228). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

Transformaciones de la empresa e identificación del empleador

Wilfredo Sanguinetti Raymond*

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca.

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

1. Fragmentación de la empresa e identificación del empleador: la imputación conjunta de la titularidad del contrato de trabajo como opción

En derecho del trabajo, la identificación del sujeto al que corresponde atribuir la condición de empleador posee una trascendencia muy superior a la que en principio suele asignársele. Esta permite, antes que nada, establecer a quién han de imputarse los derechos y las obligaciones que, como acreedor de la prestación subordinada de servicios y deudor de la retribución, derivan del contrato de trabajo. Asimismo, sirve para determinar cuál es el sujeto al que corresponde, por efecto de lo anterior, la responsabilidad por el cumplimiento de dichas obligaciones. Pero esto no es todo. Ella es determinante igualmente del sujeto al que corresponde dar cumplimiento a las normas y principios de fuente constitucional y legislativa dirigidos a hacer compatible la libre iniciativa económica con el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, de los que es expresión el entero sistema normativo laboral (Zoppoli, 2015, p. 204). Y también del sometimiento de este a los estándares de tratamiento uniforme marcados por la normativa convencional aplicable y las decisiones y políticas en materia de fijación de las condiciones laborales adoptadas por quien ocupa la posición de empleador en función de sus opciones de gestión económica y de personal y su posición de mercado. La imputación de dicha condición no permite, de tal forma, solo responder a la cuestión técnico-jurídica de quién es el acreedor de los servicios y el deudor de la retribución y, consiguientemente, el responsable de garantizar esta última, sino que contribuye de forma decisiva a responder otro interrogante de tanta o mayor trascendencia: ¿a qué tratamiento tiene derecho el trabajador? (Ratti, 2010, p. 44).

* Este artículo, a través del cual el autor se suma al homenaje que rinden sus profesores a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, su querida alma mater, en su centenario, ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Impacto laboral de las redes de empresas», financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Economía y Competitividad de España (Ref. DER 2015-67099-P MINECO/FEDER). El texto recoge, de modo sintético y adaptado a las características del ordenamiento laboral peruano, el contenido de su más amplio estudio titulado «El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales», publicado originalmente en Sanguinetti Raymond y Vivero Serrano (2018, pp. 115-149), al que remite para un mayor desarrollo de las ideas aquí planteadas, así como para el conocimiento del amplio aparato jurisprudencial, ligado a la experiencia española, que le sirve de soporte.

Durante el período de hegemonía del modelo unitario de organización de las actividades productivas, dentro del cual las nociones de empleador y de empresa eran coextensas, la aplicación de este abanico de consecuencias no plantearía dificultades. O lo haría exclusivamente desde la perspectiva de la posible utilización abusiva de la diversidad subjetiva con el propósito de eludir la responsabilidad asociada a la condición de empleador. Al fin y al cabo, durante esta etapa quien ocupaba la posición de empleador era normalmente también el titular de un conjunto organizado de medios materiales y humanos, entre ellos un grupo de trabajadores sujetos a su exclusiva dependencia, con los cuales llevaba a cabo de forma autosuficiente una actividad productiva. El débito, la responsabilidad y el espacio de determinación de las condiciones laborales terminaban así por coincidir en un mismo sujeto, que era, a la vez, el titular de la relación de trabajo y del proceso productivo cuyas necesidades esta trata de satisfacer. Sin que se plantearan en principio dudas de auténtico peso en torno a la persona a la que atribuir en cada caso la condición de empleador y asignar la consiguiente responsabilidad. Ni tampoco respecto al tratamiento que en tales casos debía corresponder a quienes se vinculaban a él a través de un contrato de trabajo (véase, con más amplitud, Sanguinetti, 2009, pp. 20-21).

Las cosas cambiarán radicalmente con la emergencia, a partir de la última década del pasado siglo, de un nuevo modelo de organización empresarial basado en la fragmentación de los procesos productivos y la creación de vínculos de colaboración de carácter tendencialmente estable entre sujetos autónomos desde el punto de vista jurídico para la atención de sus distintas fases o etapas o la realización de tareas que estos no estarían en condiciones de llevar a cabo por separado con la misma efectividad. Es decir, a partir de la sustitución de la empresa verticalmente integrada por la *red empresarial* como fórmula paradigmática de organización de las actividades productivas (véase Ruiz Peris, 2009; Sanguinetti, 2016).

Para empezar, porque el funcionamiento integrado de las actividades de los distintos sujetos que cooperan entre sí para el desarrollo de un mismo proceso productivo y la necesidad que estos tienen de crear fórmulas dirigidas a hacer viable esa colaboración están en condiciones de dar lugar a numerosas situaciones en las cuales no resulta fácil determinar a quién corresponde la titularidad real de la relación de trabajo. Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que lo que caracteriza al nuevo modelo es la posibilidad que abre, mediante el recurso a fórmulas contractuales diversas, de integrar dentro del propio proceso productivo la actividad de grupos de trabajadores de los que no se es empleador, por encontrarse sometidos al poder de dirección de otro sujeto, con el que se ha suscrito el correspondiente acuerdo de colaboración. Esto supone que el recurso al contrato de trabajo deja de ser la única forma de conseguir un aprovechamiento eficaz del esfuerzo ajeno, puesto que frente a él emergen fórmulas nuevas de organización que permiten llevar a cabo esa integración sin asumir los deberes y las responsabilidades ordinariamente asociados a la condición de empleador (Rodríguez-Piñero, 1992, p. 113). Y sin tener que reconocer a los trabajadores implicados en esta clase de operaciones condiciones laborales equiparables a las que disfrutarían de mantener con ellos un vínculo laboral directo.

La lógica del modelo hace posible, pues, mediante el recurso a la diversidad subjetiva y la instrumentalización de fórmulas jurídicas de diversa naturaleza, romper el

tradicional lazo de unión entre imputación, responsabilidad y tratamiento contractual, favoreciendo una difuminación, antes incluso que de la figura del empleador, de la responsabilidad empresarial y de los referidos tratamientos, abriendo una hasta entonces inédita posibilidad de diferenciación de condiciones entre los trabajadores que satisfacen necesidades integradas en un mismo proceso productivo.

Las herramientas de las que disponemos en el ordenamiento laboral peruano para encarar los desafíos propuestos por el modelo organizativo emergente son en principio dos, similares en lo fundamental a las presentes en otros ordenamientos. Por un lado, la configuración *contractual* y a la vez *realista* del contrato de trabajo, y, por tanto, de las posiciones subjetivas a él asociadas, presente en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de acuerdo con el cual «en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo», se entiende que entre quien lleva a cabo la referida prestación y quien la recibe y ejerce sobre ella los poderes que son determinantes de su carácter subordinado, cuyos alcances vienen definidos por su artículo 9. Y, por el otro, la prohibición de la «simple provisión de personal», en la que no existe ejercicio de esos poderes, llevada a cabo por el artículo 5 de la Ley 29245, reguladora de la tercerización de servicios, la cual viene acompañada de la expresa indicación de que la misma determina «que los trabajadores de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal». Se sanciona de este modo todo supuesto no autorizado de interposición en la posición jurídica del empleador, es decir, de disociación entre el sujeto que la ostenta y quien ejerce los poderes inherentes a ella, obligando a imputar esa condición, igualmente, a quien actúa como tal.

Es indudable que el juego combinado de ambos preceptos, confluyentes en su finalidad, resulta especialmente útil para combatir lo que se ha venido en llamar el «agujero negro» de la «irresponsabilidad organizada» (Collins, 2017), caracterizado por el empleo de fórmulas jurídicas diversas para eludir las obligaciones que corresponden al empleador o reducir abusiva y artificialmente las condiciones laborales. Una realidad que ha encontrado en el auge de las estrategias de fragmentación productiva su caldo de cultivo. Los mismos se revelan, en cambio, incapaces de hacer frente a los supuestos en que la elusión de responsabilidades y la diferenciación de tratamientos no son fruto de un uso artificial y ficticio de la diferenciación subjetiva, sino de la construcción, lícita y legítima, de un sistema de cooperación entre empresarios de carácter no meramente ocasional sino estable o con vocación de permanencia.

Las hipótesis de este tipo, todas encuadrables dentro de la fisiología del funcionamiento del nuevo modelo productivo, pueden ser ordenadas en torno a tres grupos.

El primero está representado por la utilización conjunta o compartida de los servicios de uno o varios trabajadores por dos o más empresarios. Esta situación se produce cuando más de un sujeto se beneficia de la prestación del trabajador y ejerce sobre él las prerrogativas inherentes a la condición de empleador. El recurso a esta fórmula puede encontrar su razón de ser en satisfacción de exigencias funcionales derivadas de la dinámica de colaboración interempresarial, pero también en la presencia de situaciones distintas aunque igualmente susceptibles de conducir a ese resultado, como pueden ser la titularidad compartida de la organización en la que se inserta la prestación del trabajador o la existencia de un elevado grado de integración entre las organi-

zaciones de varios empresarios (Fortunat, 2001, pp. 540-541). O incluso de la decisión sin más de varios empresarios de compartir los servicios de un trabajador.

La dinámica de intercambio entre empresarios es capaz de dar origen, en segundo lugar, a supuestos en los que lo que existe es un ejercicio compartido o un reparto de las potestades inherentes a la condición de empleador. En estas situaciones el trabajador, pese a prestar servicios desde el punto de vista material para un solo empresario, se encuentra sujeto al poder de varios o incluso a lo que se ha venido en denominar una «doble capa de control», con arreglo a la cual, mientras uno adopta las decisiones generales relativas a la ordenación del trabajo, otro retiene los poderes relacionados con la dirección de las prestaciones concretas (Gutiérrez Aranz, 2016, p. 194). La dinámica de la relación de trabajo termina siendo, así, el resultado de la interacción de las decisiones de ambos. Estas situaciones pueden tener su origen en el contrato mercantil que regula la colaboración entre los empresarios, que puede atribuir a uno poderes que le permitan incidir sobre las decisiones de naturaleza laboral del otro, como está en condiciones de ocurrir tratándose del contrato de franquicia. Pero también ser resultado del ejercicio *de facto* por un empresario de prerrogativas semejantes sobre la organización laboral sometida al poder de otro. En especial tratándose de contratistas que operan en el mismo centro que la principal y complementan sus procesos productivos, ya que entonces es posible que esta lleve a cabo, por la vía de los hechos, una intensa intervención sobre el personal de las primeras, capaz de sobrepasar los límites del control necesario para garantizar la realización coordinada de las tareas y adentrarse en el terreno de la organización del trabajo.

Finalmente, la lógica de los sistemas productivos integrados exige tener en cuenta una hipótesis distinta y más intrigante, aunque no infrecuente. Esta viene representada por la determinación por un empresario de las decisiones que como empleador debe adoptar otro, sin ejercer prerrogativa alguna inherente a esa condición. Simplemente al amparo del control sobre el proceso productivo en el que se inserta la actividad del empresario colaborador y la posición de supremacía económica que ostenta sobre él. La empresa principal no ejecuta, de tal modo, potestad patronal alguna, pero se desenvuelve como «la mano que mece la cuna» en lo que a las relaciones laborales dentro del sistema de cooperación se refiere (Molina Navarrete, 2017, p. 139).

En estos tres casos, la interrelación que se entabla entre los sujetos que colaboran de forma sostenida, y el impacto que esa situación puede desplegar sobre el ejercicio de las prerrogativas empresariales, conducen de forma natural a preguntarse si —y bajo qué condiciones— la imputación en común de la condición de empleador a todos los sujetos que inciden de forma relevante en el desenvolvimiento de la relación de trabajo constituye una solución más adecuada a los problemas de identificación del empleador, difuminación de la responsabilidad y pulverización de los tratamientos normativos apuntados que la representada por su atribución, de forma alternativa, a uno u otro sujeto, como en principio postulan los preceptos que fueron antes aludidos. Es decir, a valorar la aplicación al ámbito de las redes de empresas de la hipótesis del *empleador plural* o *empleador complejo*, presente en otros ordenamientos (véase Sanguinetti, 2009). Una opción que, de tener un espacio amplio de incidencia, estaría en condiciones de ofrecer una respuesta global a los referidos problemas, dada la reconocida aptitud de la cotitularidad del contrato de trabajo para conjugar sobre el

plano del contrato de trabajo, mediante el recurso al expediente técnico de las obligaciones subjetivamente complejas, dos de las más relevantes técnicas de tutela características de nuestra disciplina: la responsabilidad, que devendría en tal caso solidaria, y el principio de paridad de tratamiento (Alessi, 2015, p. 89).

El anterior es, de todas formas, un interrogante al que no puede ofrecerse una respuesta única para las tres situaciones referidas, ya que cada una posee una configuración singular y plantea problemas diversos. Así, tratándose del empleo en común de uno o más trabajadores, lo que resulta necesario establecer es si la posición de empleador puede ser ocupada simultáneamente por más de un sujeto, dando lugar a la configuración de un *empleador plural o conjunto*. Los supuestos en que varios sujetos comparten poderes inherentes a la condición de empleador pese a que solo uno se beneficia de manera inmediata de la prestación laboral requieren, para llegar a una conclusión similar, determinar adicionalmente si su imputación precisa que el sujeto ejerza por sí todos los poderes que le son inherentes o puede recaer también sobre quienes hacen uso solo de algunos de ellos en el marco de una relación de colaboración con otros empresarios. Resultado que llevaría aparejado el reconocimiento de la viabilidad de hipótesis de *empleador complejo o incompleto*, según se mire a su articulación con otros o al abanico de potestades que ejerce. Finalmente, los casos de influencia exterior exigen dilucidar si esa imputación conjunta puede tener lugar cuando un sujeto determina desde fuera las decisiones de quien dirige al trabajador. Lo que es tanto como interrogarse por la posibilidad de admitir la existencia de un *empleador mediato o indirecto*, que se superpone al inmediato y directo, pero sin anularlo.

Las siguientes páginas están dedicadas de forma monográfica al examen de la posible configuración de una situación de cotitularidad de la posición patronal en cada una de estas tres situaciones.

2. La aplicación de la figura del empleador plural o complejo a las nuevas fórmulas de cooperación interempresarial: posibilidades y límites

La aludida configuración contractual y realista del contrato de trabajo presente en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no solo proporciona herramientas de particular utilidad para encarar los delicados interrogantes a los que se ha hecho alusión, sino que predetermina la adopción de un determinado cauce para su solución.

Así, la caracterización desde bases contractuales de la posición del empleador implícitamente presente en el precepto conduce a centrar la atención, con ese propósito, en el examen de la posición que el sujeto o los sujetos asumen en el marco de la relación de intercambio, con exclusión de cualquier otra consideración o elemento adicional que no encuentre reflejo en el ejercicio de las prerrogativas a las que alude implícitamente el precepto. De igual forma, el carácter realista atribuido a dicha noción por la norma condiciona el método con el que ha de afrontarse la labor de imputación. Este deberá ir «de la relación al contrato» o «de los efectos para

individualizar el supuesto de hecho» (Nogler, 1992, pp. 308-309). Y, por tanto, partir del examen del desenvolvimiento de la relación y el comportamiento de las partes, y en especial de las que se sitúan en el polo vinculado con el ejercicio de los poderes propios de la condición de empleador, para determinar, en función de ello, el esquema que mejor se adecúa al equilibrio de intereses perseguido (Razzolini, 2013, p. 44). La lógica a emplear será aquí, pues, similar a la utilizada para la calificación de la relación como subordinada o autónoma (Nogler, 1992, p. 308). Sin que, por tanto, pueda concederse relevancia al hecho de que ese resultado no coincida o se encuentre en conflicto con el contenido de los contratos estipulados por las partes, por ejemplo por haberse suscrito contratos distintos o haberlo hecho solo con uno de los presuntos empleadores.

La conjunción de estos dos elementos facilita la construcción de soluciones para la mayor parte de los supuestos considerados. No obstante, coloca obstáculos insalvables para otros, como se podrá apreciar a continuación.

2.1. La plena admisibilidad del empleador plural

La configuración plural de la posición empresarial en el marco del contrato de trabajo conlleva una clara ruptura del principio de *unicidad*, al que se ha venido asociando la construcción de la figura del empleador en algunos ordenamientos partiendo de su carácter bilateral y de la proscripción de los supuestos de disociación entre el titular del vínculo laboral y quien ejerce los poderes a él asociados (Razzolini, 2013, pp. 30-32). La necesaria presencia de un solo sujeto en la posición de empleador en la que este principio se concreta, sin embargo, no es expresión de un principio deducible de la dogmática del contrato de trabajo, sino solo el reflejo de la desconfianza que producen las relaciones de trabajo triangulares en el marco de una realidad económica y productiva marcada por la correspondencia entre empresa, empresario y empleador (Razzolini, 2013, p. 30). Porque una cosa es la bilateralidad inherente a la relación de intercambio de trabajo por salario y otra distinta, que no se desprende de la anterior, que cada una de las posiciones jurídicas en las que esa relación se traduce haya de ser ocupada ineludiblemente por un único sujeto. Del carácter bilateral del contrato de trabajo no se deduce, pues, la exigencia de un empleador único.

Por el contrario, «el empleador puede ser uno o ser un conjunto de personas», toda vez que este, a diferencia de lo que sucede con el trabajador, «no se encarna en la relación laboral», sino que actúa como «el simple destinatario de una situación jurídica» (Molero Manglano, 1996, p. 518). La cual, por su naturaleza, no solo es susceptible de ser ejercida por sí o a través de terceros, sino de ser compartida. El instrumento técnico que permite en estos casos fundamentar jurídicamente la atribución a varios sujetos de la condición de empleador está representado por la categoría de las obligaciones subjetivamente complejas o colectivas, construida precisamente para dar corporeidad a aquellas situaciones en las que una misma prestación es utilizada en común con el fin de satisfacer un interés compartido por una colectividad organizada, el cual se ve reconducido por esta vía a una única relación jurídica imputable a una pluralidad de personas sin tener que crear para ello un

nuevo sujeto de derecho (Razzolini, 2013, p. 44) o hacer desaparecer las diferencias entre ellos mediante el empleo de instrumento alguno de vocación antidefraudatoria, como el «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica (Baz Rodríguez, 2002, pp. 210-211). Existirá entonces un único contrato de trabajo dentro del cual los empresarios comparten tanto la titularidad de los poderes asociados a la condición de empleador como la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones frente al trabajador. Una responsabilidad que opera en estos casos, debido a su posición común, a título propio y con carácter solidario.

Dicho lo anterior, la cuestión se desplaza hacia la determinación de las hipótesis en las que resulta posible a las partes optar por esa atribución conjunta de la posición empresarial. O cabe deducirla de su conducta.

Los casos en que puede establecerse la existencia de una situación de efectiva cotitularidad de la posición empresarial pueden ser ordenados en torno a dos bloques fundamentales. El primero está representado por aquellos en que la misma tiene su origen en la *estipulación expresa en el contrato de trabajo* de una pluralidad de receptores de la prestación laboral, normalmente asociada a la realización de labores de interés común (Baz Rodríguez, 2002, p. 214). Estos son supuestos que, por su naturaleza, no plantean especiales dificultades, ya que la posición patronal se encuentra claramente atribuida a varios sujetos, siendo reconocida por todos. El segundo bloque, de más difícil determinación, se encuentra representado por las hipótesis en que esa situación tiene un *origen fáctico o de hecho*, al estar en condiciones de ser deducida de un conjunto de circunstancias vinculadas con la dinámica de la relación, el comportamiento de las partes o el contexto organizativo en el que se desenvuelve la prestación del trabajador, que permiten inferir la presencia de una posición empresarial plural, no reconocida pero operativa en la práctica.

¿Cuáles pueden ser esas circunstancias capaces de actuar como títulos objetivos de atribución de la condición de empleador a sujetos que no la reconocen? Pueden distinguirse al menos tres, de diversa naturaleza.

La primera está representada por la *utilización indiferenciada* por varios sujetos de la prestación laboral, conservando cada uno la titularidad y el control de su respectiva organización. Esta es una situación capaz de originarse cada vez que exista una utilización indistinta, sea esta simultánea, alternativa o sucesiva, de los servicios de uno o más trabajadores, no solo por sociedades pertenecientes al mismo grupo, sino por empresarios que realizan actividades interrelacionadas, ejecutan conjuntamente una obra o servicio o encargan en común un trabajo a un trabajador, sin que pueda considerarse un impedimento que se haya suscrito un contrato de trabajo con uno solo de los empresarios o contratos distintos con dos o más. A su lado es preciso considerar la posibilidad de que esa asignación común de la posición patronal se derive del *control compartido de la organización del trabajo* en la que se inserta la prestación laboral. En este bloque se encuadran los casos en los que existe una titularidad conjunta del negocio en el que opera el trabajador, ostentada normalmente por personas físicas, o varios sujetos llevan a cabo su explotación en régimen societario.

Finalmente, el supuesto más problemático, sobre todo a los efectos de la distinción entre fisiología y patología, está representado por las hipótesis en las que la cotitularidad de la posición patronal puede ser considerada una consecuencia del

funcionamiento integrado de las organizaciones del trabajo. Pueden incluirse aquí las situaciones en que, o bien existe un elevado grado de interrelación entre las organizaciones productivas de los empresarios, del que pueda derivarse la posibilidad de una utilización indiferenciada o un intercambio de personal entre ellos, o bien los mismos actúan, pese a sus diferencias de personificación, como una única organización a efectos laborales, dentro de la que los trabajadores desarrollan sus tareas de forma simultánea, alternativa o sucesiva, pero no diferenciable, para todos (Baz Rodríguez, 2002, p. 215). Esta es una situación que puede ocurrir sobre todo en los grupos de empresas, incluso cuando estos no operan como una estructura de carácter fraudulento.

Como puede apreciarse, los apuntados son criterios que abren un amplio espacio para el uso fisiológico, lícito y legítimo, de la pluralidad empresarial, haciendo posible que esta actúe como una fórmula válida de articulación de las necesidades de cooperación entre empresas diversas, pero sin que ello tenga que suponer merma de los derechos y garantías de los trabajadores implicados en esas fórmulas de cooperación.

2.2. La potencial apertura hacia los supuestos de empleador complejo o incompleto

Mayor complejidad y enjundia poseen los supuestos en que un trabajador o incluso un grupo de trabajadores, a pesar de prestar servicios desde el punto de vista material para un único empresario, se encuentran sometidos al poder directivo de varios. En casos como estos, la aportación de una respuesta positiva a la atribución plural de la condición de empleador requiere dilucidar, en primer lugar, si esta puede ser situada igualmente en cabeza de un sujeto que no recibe en términos fácticos la prestación del trabajador, como en principio parecería exigir nuestra legislación, en atención exclusivamente al ejercicio sobre ella de prerrogativas vinculadas con la ordenación de su desarrollo. Y, en segundo término, que la imputación de esa posición no requiere de forma indispensable que el mismo ejerza todas y cada una de las manifestaciones de dicho poder, sino exclusivamente algunas de ellas.

Hacerlo no resulta difícil, sin embargo, si se adopta nuevamente como punto de partida el reconocimiento del carácter contractual de la posición jurídica del empleador llevado a cabo por el legislador. La recepción de la prestación de servicios del trabajador, que constituye el presupuesto para la imputación de la posición patronal, es una de naturaleza jurídica antes que puramente material, que debe ser atribuida a quien es titular del poder de disposición sobre ella. Si la titularidad de ese poder es compartida, por tanto, la del contrato deberá serlo también. Sin que sea inconveniente el hecho de que los sujetos que la ocupan no ejerzan todas y cada una de las manifestaciones de ese poder, siempre que las que ostentan sean tales y permitan en conjunto, es decir, evaluando la situación jurídica desde una perspectiva global, llevar a cabo una completa reconstrucción de la posición jurídica patronal.

Es más: este es un planteamiento susceptible de ser aplicado incluso a hipótesis en las cuales pueda registrarse una distribución o reparto de los poderes inherentes a la condición de empleador, reservándose uno las facultades de ordenación general del desarrollo de la actividad y atribuyéndose a otro las de concreción de su aplicación. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en el ámbito del contrato de franquicia,

cuando el franquiciador asuma funciones vinculadas con la organización del trabajo dentro de toda la red, encargándose los franquiciados de su ejecución. O cuando los empresarios articulados en torno a un determinado sistema de cooperación compartan ciertos poderes sobre los trabajadores y mientras ejercen otros por separado.

Debe advertirse, de todas formas, que los supuestos en que es posible establecer la existencia de una situación de este tipo son excepcionales, incluso en un ámbito como el de las franquicias, donde, debido a su propia lógica organizativa, resulta altamente probable que se registren niveles relevantes de injerencia del titular del modelo de negocio sobre las actividades del encargado de su puesta en marcha. Esto se debe a que, en razón de la tantas veces aludida configuración contractual del empleador, esa injerencia solo está en condiciones de dar lugar a una posición patronal compleja si se traduce en el ejercicio de poderes de organización y dirección por parte de quien la despliega. Y no cuando permanece en el exterior, por más relevante que pueda resultar para el posterior encauzamiento del ejercicio de esos poderes.

Establecer la presencia de supuestos de este tipo exige, de tal modo, distinguir los casos en los que los acuerdos entre los empresarios que colaboran o el comportamiento de estos permiten establecer que comparten o se distribuyen poderes que les permiten codecidir o establecer de forma conjunta o coordinada los términos y condiciones de la relación de trabajo, de aquellos en que lo que existe es una adecuación de la organización de trabajo de un empresario a las exigencias de la colaboración con otros, que se sitúan fuera del contrato de trabajo. Una tarea de gran complejidad, especialmente cuando se trata de empresas contratistas que integran los procesos productivos de otras y ven fuertemente condicionadas sus decisiones de gestión laboral por las de la empresa principal a la que sirven. La clave para ello se encuentra seguramente en dilucidar cuándo se está ante el ejercicio de poderes de coordinación, vigilancia y control surgidos de la relación mercantil entre los empresarios, luego de ejercidos los cuales corresponde al empresario ejecutor del encargo aplicar las consiguientes especificaciones organizando y dirigiendo la actividad laboral de sus trabajadores. Y cuándo, en cambio, se traspasa la linde del contrato de trabajo, por ejercitar el comitente poderes sobre los trabajadores del contratista.

En cualquier caso, resulta imposible fijar *a priori* y con carácter absoluto los estándares o elementos de hecho y circunstancias específicas que permiten identificar en cada caso los contornos de una situación de cotitularidad empresarial compleja o incompleta como la que ha sido esbozada (Gutiérrez Arranz, 2016, p. 195).

2.3. El difícil reconocimiento del empleador indirecto o mediato y la eventual construcción de un empleador instrumental para situaciones específicas

De distinta naturaleza son los dilemas que desde la perspectiva de la imputación postulan los supuestos de influencia externa de un empresario sobre las decisiones que como empleador ha de adoptar otro. Y es que aquí no se trata de determinar si resulta posible o no atribuir esa condición a dos o más sujetos que ejercen en los hechos prerrogativas inherentes a la misma, sino de determinar si procede o no tener en cuenta a tal efecto «los compromisos estructurales que incumben al empleador» y

que «condicionan más o menos incisivamente» la gestión que este pueda hacer de los contratos de trabajo (Fernández López, 2004, p. 70). E imputar, por tanto, esa posición al sujeto que «tras los bastidores» actúa como *inspirador* o *inductor* de la dirección y organización de la prestación de trabajo (Alvino, 2014, p. 124). Una pretensión que, incluso en las hipótesis en las que ese ascendente resulta especialmente penetrante, resulta difícilmente conciliable con la caracterización desde bases contractuales del sujeto empleador presente en nuestra legislación y su consiguiente imputación en cabeza de la persona o personas que hacen uso de los poderes que la definen.

Lo intrigante de la situación, por medio de la cual se termina en muchos casos por decidir, desde el exterior del contrato de trabajo y sin asumir ninguna obligación y responsabilidad, los términos y condiciones fundamentales de la relación laboral, ha conducido a un solvente sector doctrinal a realizar un importante esfuerzo argumentativo dirigido a hacer posible su encaje en los criterios tradicionales de atribución jurídica de la condición de empleador. En este sentido, se ha sostenido que «cuando una empresa invade la autonomía de decisión de otra, suplantándola y sometiéndola a su jerarquía», ha de ser considerada también empleador de los trabajadores concernidos, toda vez que no es dudoso que «recibe» su trabajo. Añadiéndose que cuando «los poderes de una de las empresas se heterodeterminan por otra», la cuestión «ya no se mantiene en la superficie del contrato de trabajo, sino que entra directamente en la dinámica de este» (Fernández López, 2004, p. 70; véase también Speziale, 2010, pp. 53-58).

Más allá de lo sugestivo del planteamiento, el importante esfuerzo argumentativo que lo acompaña, y los propósitos plenamente compartibles que lo animan, se trata de una tesis cuya acogida plantea dificultades insalvables a la luz de los criterios de imputación tantas veces aludidos. Y es que no basta, como se ha dicho, con hablar de influencia o subordinación entre empresas. Antes bien, es indispensable concretar a continuación «cómo actúa esa influencia o ese poder sobre el contrato y, en particular, sobre los criterios de calificación» antes mencionados (Desdentado Daroca, 2006, p. 76). Es decir, cómo se expresa o traduce en el ejercicio de prerrogativas patronales por el sujeto a quien se pretende realizar la imputación. Porque una cosa es la «heterodeterminación» de ese ejercicio y otra que este se lleve a cabo de forma conjunta o repartida entre dos o más sujetos. Mientras este último supuesto tiene encaje en la posibilidad de configuración plural del empleador, no ocurre lo mismo con el primero, donde el empresario que condiciona desde el exterior la iniciativa de otro no ejerce por sí potestad empresarial alguna, sino que actúa en un momento previo, como es el de la determinación de los motivos que inducen al empleador a ejercerlas de un cierto modo (Alvino, 2014, p. 123). Así las cosas, o esa heterodeterminación termina por anular la capacidad de decisión del empleador, dando lugar a un supuesto de interposición prohibido por la Ley 29245, al suponer que sus trabajadores no están «bajo su exclusiva subordinación», como apunta su artículo 1, u opera como un elemento condicionante, pero no invalidante, de las decisiones del empleador, que no permite atribuir a quien la ejerce esa posición junto con este último.

En consecuencia, la influencia que puedan ejercer las decisiones de un sujeto externo al contrato de trabajo sobre las que corresponde adoptar a quien actúa como

titular de los poderes de organización y dirección no resulta relevante a efectos de la aplicación del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad si no se traduce en el ejercicio de poderes de organización o dirección sobre el trabajador o la organización de trabajo de la empresa colaboradora. Para adoptar otra solución, y admitir la posibilidad de atribuir esa posición jurídica al sujeto que «mueve los hilos» dentro de la red, sería necesaria, pues, una revolución en los títulos que rigen su atribución, que convierta el control sobre el proceso productivo global dentro del que se inserta la prestación del trabajador —y el impacto de la voluntad de quien lo ejerce sobre el titular directo de poder de organización y dirección— en uno de ellos.

A despecho de su coherencia sustancial con la configuración contractual del empleador consagrada por nuestro ordenamiento, el apuntado no deja de ser un resultado claramente insatisfactorio, en la medida en que conduce a soslayar la realidad organizativa profunda, sustancialmente unitaria, de las relaciones de trabajo en el seno de las empresas que actúan en red (Molina Navarrete, 2017, p. 133). Por su intermedio se concede relevancia exclusiva a efectos de imputación de la posición patronal a «la puesta a disposición efectiva del poder de dirección inmediato y directo del empleador», mientras que los «poderes de gestión empresarial indirecta o mediata» del «empresario indirecto» carecen por completo de trascendencia (Molina Navarrete, 2017, pp. 128-129, 134), pese a que las condiciones de ejercicio del primero, y por su intermedio, en no pocas ocasiones, el entero régimen de las relaciones de trabajo, no se explican si no es poniéndolo en contacto con estos últimos. El resultado es, como se ha denunciado, un empleador «de mínimos», sin capacidad real de gestión sobre la relación de trabajo y sus condiciones, pero único titular de la misma (Fernández López, 2009, p. 16).

Lo anterior nos permite apreciar cómo, aplicado a las nuevas formas de estructuración de las actividades productivas, el concepto contractual de empleador aleja en muchos casos su imputación del centro real de decisión sobre la dinámica de las relaciones de trabajo. Plantearse a partir de aquí la posibilidad de llevar a cabo una «reconstrucción» del sujeto empleador mediante la creación de una «posición subjetiva nueva» capaz de operar como «un centro de imputación subjetiva suficiente» y a la vez «ajustado a la realidad económica y mercantil de la empresa», no resulta descabellado, aunque para ello deba prescindirse no solo «del esquema clásico de la personalidad jurídica» sino de la propia lógica del ejercicio directo de los poderes empresariales (Baylos Grau, 2006, p. 21).

Esta es, de todas formas, una propuesta *de lege ferenda*, cuya plasmación requiere de un proceso de reforma legislativa que no parece tener perspectivas de realización incluso en un futuro mediato. Y en cuyos resultados no es posible depositar excesivas expectativas, dada la manifiesta dificultad que existe para convertir la influencia externa de un empresario sobre otro en un criterio objetivo, operativo y viable de imputación de la posición de empleador. De ahí que, a despecho de esta posibilidad, la respuesta que desde hace tiempo viene articulándose frente a estas situaciones es la bastante más pragmática de proceder a la elaboración, normalmente desde bases legislativas, de las que han sido calificadas, con criterio material, de «naciones ulteriores por lo general más amplias de empleador», de carácter mera-

mente instrumental, cada una con un ámbito y un contenido específicos, al objeto de atender determinadas situaciones en las cuales «emerge la misma exigencia de tutela que tradicionalmente caracteriza al trabajo subordinado» (Nogler, 2018, p. 109). De hecho, expresión destacada de la creación de esta suerte de *empleador instrumental, artificial o putativo*, en tanto que no siéndolo es tratado como tal a un concreto efecto (Gutiérrez Arranz, 2016, p. 190) es la extensión de la responsabilidad por el débito retributivo y previsional del titular de la relación de trabajo al empresario principal que ha contratado o subcontratado con otro la realización de una obra o un servicio correspondientes a su actividad productiva presente en diversos ordenamientos, de la que es reflejo entre nosotros, bien que con limitaciones, la previsión del artículo 9 de la Ley 29245. Esta es una posibilidad que se abre cada vez que, en relación con un particular efecto jurídico y una situación concreta, resulte necesario, por razones vinculadas a la garantía de los derechos de carácter fundamental asociados a la tutela del trabajo subordinado, extender su aplicación a un sujeto diferente del empleador formal aunque intensamente relacionado con él.

Con todos los interrogantes que plantea, el que se acaba de apuntar es un camino abierto a la construcción de soluciones novedosas que, yendo más allá de la noción formal de empleador, pero respetando sus contornos y su naturaleza ineludiblemente contractual, lleven a cabo una aplicación de las garantías e instituciones de tutela del trabajo subordinado teniendo en cuenta la inserción de la prestación laboral en un proceso productivo de mayor alcance que el marcado por el contrato de trabajo y las partes que lo componen, así como la posición que dentro de él ocupan otros sujetos y el impacto que su intervención puede tener en su desenvolvimiento. Como tal, constituye el necesario complemento de la aplicación de la configuración colectiva del sujeto empresarial, en las variantes de *empleador plural* y *empleador complejo* que resultan en principio admisibles entre nosotros.

Referencias

- Alessi, C. (2015). Contrato di rete e regolazione dei rapporti di lavoro. En Carinci, M. T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Alvino, I. (2014). *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*. Milano: Giuffrè.
- Baylos Grau, A. (2006). Prólogo a Desdentado Daroca, E., *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova.
- Baz Rodríguez, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Comares.
- Collins, H. (2017). A review of The Concept of The Employer by Dr. Jeremias Prassl. Texto disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/content/labour-law-0/blog/2015/11/review-concept-employer-dr-jeremias-prassl>
- Desdentado Daroca, E. (2006). *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Valladolid: Lex Nova.
- Fernández López, M. F. (2004). El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar. En Fernández López, M. F. (Coordinadora), *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresarios*. Madrid: Tecnos.
- Fernández López, M. F. (2009). Las transformaciones del empleador y sus consecuencias en derecho del trabajo. Una jurisprudencia lenta y suave. *Relaciones Laborales*, 4.
- Fortunat, A. (2001). Due imprese e una stesa organizzazione aziendale: quando il lavoratore è al servizio di due padroni. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, II.
- Gutiérrez Arranz, R. (2016). La consideración de McDonald's por la Administración Laboral de EE.UU. como empresario de sus franquiciados. Su reflejo en las relaciones triangulares en España. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 187.
- Molero Manglano, C. (1996). Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos. *Actualidad Laboral*, 27.
- Molina Navarrete, C. (2017). «Empresas-red» y «empleador indirecto» la «líquida» frontera entre «red de contratas» y «nueva» cesión (indirecta) de trabajadores. *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 409.
- Nogler, L. (1992). Gruppo de imprese e diritto del lavoro. *Lavoro e Diritto*, 2.
- Nogler, L. (2018). Mono e multi-datorialità tra debito e garanzie patrimoniali dei crediti di lavoro. En Sanguinetti Raymond, W., & Vivero Serrano, J. B. (Directores), *Impacto laboral de las redes empresariales*. Granada: Comares.
- Ratti, L. (2010). Rapporti tirangolari di lavoro nel Regno Unito e prospettiva pluri datoriale. En AA.VV., *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. In ricordo di Massimo D'Antona dieci anni dopo. Atti del XVI Congresso Nazionale di Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè.
- Razzolini, O. (2013). Impresa di gruppo, interesse di gruppo e codatorialità dell'era della flexicurity. *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1.
- Rodríguez-Piñero, M. (1992). La huida del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales*, 12.

Ruiz Peris, J. I. (2009). Del contrato bilateral a la relación de red. En Ruiz Peris, J. I. (Director), *Hacia un derecho de las redes empresariales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sanguineti Raymond, W. (2009). Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales*, 7.

Sanguineti Raymond, W. (2016). *Redes empresariales y derecho del trabajo*. Granada: Comares.

Sanguineti Raymond, W., & Vivero Serrano (Directores) (2018). *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 115-149). Granada: Comares.

Speziale, V. (2010). Il datore di lavoro nell'impresa integrata. *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 125.

Zoppoli, L. (2015). Metaforfosi soggettive e riflessi sul sistema delle fonti del Diritto del Lavoro: la codatorialità. en Carinci, M. T. (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè.

El poder de dirección y el uso de nuevas tecnologías

Orlando de las Casas de la Torre Ugarte
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP

1. Introducción

Fiscalizaciones a través de cámaras de video-vigilancia, reportes por medio de teléfonos celulares, seguimiento a través de GPS, correos electrónicos en los teléfonos proporcionados por el empleador, teletrabajo, entre otros, son muy frecuentes hoy en día.

Y es que la vida moderna está marcada por la tecnología.

Si bien es impensable mantener una relación laboral sin este tipo de prácticas, nos preguntamos si el uso de la tecnología en los centros de trabajo es irrestricto, si existe un límite al uso de la tecnología en la relación laboral.

Nuestro sistema jurídico no cuenta con regulación al respecto, y la jurisprudencia casi no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema. Enfrentamos aspectos como el poder de dirección y fiscalización del empleador, por un lado, con los derechos del trabajador (básicamente el derecho fundamental a la intimidad), por el otro.

Desde hace algún tiempo hemos investigado la forma en que se desarrollan las relaciones laborales en la época actual. Es un momento en el que el uso de nuevas tecnologías facilita no solamente el desarrollo de las actividades de los trabajadores, sino también la forma en que los poderes y facultades del empleador se manifiestan y ejercitan; pero también un momento en el que deben establecerse reglas, parámetros, límites, para respetar los derechos fundamentales de los trabajadores. Algunos aspectos tratados en este artículo han sido propuestos en un trabajo mucho más ambicioso de nuestra autoría presentado años atrás (De las Casas, 2010).

En este trabajo se busca presentar parte de esta problemática, desarrollando específicamente la forma en la que se presenta la facultad de dirección del empleador, pero buscando asimismo establecer criterios que permitan ejercer esta facultad de una forma legítima y en un marco de respeto de los derechos fundamentales.

2. El poder de dirección a través del uso de nuevas tecnologías

Hay que ser conscientes de que, hoy en día, una característica central de las relaciones laborales es la incorporación de cambios tecnológicos en los sistemas de producción. Esta incorporación ha ayudado al surgimiento de nuevas formas en las que se puede prestar una relación laboral o nuevas formas de organización productiva. «La aplicación de las modernas tecnologías —especialmente de la información y las telecomunicaciones— a los procesos productivos está permitiendo el surgimiento

de modalidades “descentralizadas” de trabajo, que no participan de las características típicas que hasta el momento han venido acompañando a la prestación de servicios en régimen de dependencia [...]» (Sanguinetti, 1997, pp. 58-59).

Las relaciones laborales se pueden presentar hoy de múltiples maneras. Consideremos los procesos de descentralización productiva o tercerización de servicios o formas relativamente recientes, aprovechando soportes informáticos, de prestar (laboralmente) servicios como el teletrabajo o el trabajo a domicilio.

Todo redundaría en las nuevas formas de control que el empleador puede ejercer respecto de sus trabajadores.

Hemos pasado del modelo fordista, que implicaba una gran concentración de trabajadores generalmente en fábricas —como señala Mercader Uguina (2002, p. 82): «[...] el modelo de trabajador dominante era el industrial, concentrado en las fábricas, normalmente de cualificación pobre, y sometido a un estricto régimen ordenador de la prestación [...]—, donde las formas de control empresarial eran bastante elementales (bastaba una simple verificación visual de parte del empleador o de sus representantes) y costosa (se requería un número suficiente de personas encargadas de la labor fiscalizadora) y, en muchos casos, poco efectiva (la ausencia de fiscalización o la ausencia del empleador podía significar el no cumplimiento de algunos trabajadores de sus obligaciones laborales), a un esquema de trabajo distinto, basado en la descentralización productiva. En este último, en particular en los últimos años, la tendencia es a estar fuera de la empresa, sea por el surgimiento de actividades como el reparto o la venta (en muchos casos encargada a terceros), en las que la labor de fiscalización o control del empleador resulta bastante dificultosa.

Es complicado para el empleador verificar fehacientemente si el trabajador está cumpliendo de manera efectiva con sus obligaciones o si, por el contrario, se está dedicando a otras actividades que nada tienen que hacer con aquellas propias de su contrato de trabajo. Como señala Ojeda Avilés (2008, p. 36): «[...] la prestación laboral no puede ser controlada por los métodos habituales [...]».

Por ello (y, en particular, por estas nuevas formas de prestar la relación laboral), se recurre a la utilización de las denominadas nuevas tecnologías.¹

Hoy en día resulta sencillo fiscalizar o controlar el trabajo del personal que debe cumplir sus funciones principalmente fuera del centro de trabajo. Basta con proporcionarle un teléfono celular a través del cual se le pueda solicitar información de su ubicación, o respecto de los clientes que debe visitar, y hasta de los cambios de ruta que eventualmente deba practicar. Algo similar ocurre con los equipos de GPS, que permiten ubicar geográficamente al portador del equipo o del dispositivo con el fin de verificar si respetó la ruta indicada. Lo mismo sucede con los sistemas de videovigilancia, que hacen posible verificar a distancia el cumplimiento de las funciones encomendadas a los trabajadores, así el empleador se encuentre en otro país. Ojeda Avilés (2008, p. 38) lo señala claramente, cuando afirma que «[...] las nuevas tecnologías han hecho innece-

1 No hemos encontrado una definición que nos permita abarcar a qué nos estamos refiriendo (como muchos tratadistas) con el concepto «nuevas tecnologías»; sin embargo, en el ámbito laboral se utiliza esa denominación cuando se habla del uso de medios o mecanismos como Internet, instrumentos de audio y video y hasta aparatos de telefonía celular en la relación laboral como elemento de control y fiscalización.

sario el control empresarial e incluso la misma presencia del trabajador en el centro de trabajo, porque el control ya es virtual [...]. Falguera Baró (2004, p. 89) lo dice con propiedad: «[...] las nuevas tecnologías están trastocando el sistema de relaciones laborales y, por lo tanto, el propio derecho del trabajo [...]».

Pero también es a la inversa. Las nuevas tecnologías facilitan los cambios en la forma de prestación de la relación laboral. Moguel Fernández (2006) señala que «[...] en los últimos años, la implantación de las nuevas tecnologías ha originado cambios profundos en todos los ámbitos de nuestra sociedad [...]». Veamos cómo pueden darse estos cambios en las relaciones de trabajo.

3. Aplicación de las nuevas tecnologías

Como ya hemos adelantado, el uso de nuevas tecnologías en una relación laboral permite una fiscalización o control más eficaz; el control empresarial es más efectivo, incluso exagerado.

Al referirse a la efectividad, la profesora Luz Pacheco (2006) señala que «[...] las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario [...]», en tanto que Gamonal Contreras (2006, p. 124), refiriéndose a la exageración, indica que «[...] las TIC² han incrementado en forma excesiva las posibilidades de control empresarial aumentando la subordinación de los trabajadores [...]». El punto es que, eficaz o excesivo, el uso de estas nuevas tecnologías como una forma de control empresarial resulta bastante efectivo y facilita la labor de fiscalización. No podemos dejar de reconocer que «[...] en una época como la actual, resulta frecuente (y cada vez más) el uso de apoyo tecnológico para lograr un cabal cumplimiento de la prestación encomendada [...]» (De las Casas, 2008, p. 29), y eso justifica un empleo cada vez más asiduo.

A su turno, Gonzales de Patto (2003, pp. 182-183) afirma que «[...] el empresario recurrir, cada vez con más frecuencia, a medios audiovisuales, ópticos, telemáticos e informáticos de “control a distancia” directo en el centro de trabajo de la actividad laboral de sus empleados [...]». Y es lógico: se logra una fiscalización más adecuada a un menor costo.

Consideremos el uso de una cámara de video. El contar con este tipo de apoyo visual hace que el empleador (o las personas que este designe) pueda efectuar una verificación del cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores, sin que él mismo (o sus representantes) deban verificar *in situ* que se cumple con las instrucciones impartidas. Incluso desde un punto de vista económico, el empleador podría prescindir del personal que colabora con él en las labores de fiscalización y control. Los sistemas de vigilancia pueden llegar a situaciones en verdad bastante contundentes, como lo grafica Mercader Uguina (2002, p. 101) al señalar que esta «[...] es la era de las “tecnoniñeras”, equipamientos de vigilancia videográfica que, en equipos diminutos, con cámaras de video de dos o tres centímetros, pueden ser colocados en osos de peluche, relojes y plantas e instalarse en guarderías y hogares [...]». Siendo esa forma «moderna» de fiscalizar el trabajo de las niñeras y amas, habría que imaginar cuáles pueden llegar a ser las formas de fiscalización en un centro de trabajo.

2 Tecnologías de la información y el conocimiento.

Y así como esto ocurre en el centro de trabajo, también se presenta con quienes prestan servicios fuera de él (personal de reparto, el dedicado a verificaciones, visitantes médicos, etcétera). De no ser por la utilización de mecanismos como los teléfonos celulares o los sistemas de ubicación (GPS), el empleador no estaría en condiciones de constatar que el trabajador efectivamente está cumpliendo con las funciones encomendadas.

El profesor Carlos Blancas Bustamante (2009) lo dice de manera resumida:

[...] en tiempos recientes, [el poder de dirección] ha resultado perfeccionado o fortalecido por el surgimiento de tecnologías que, al hecho de otorgar un mayor grado de efectividad a la labor de control, agregan la posibilidad de una intervención de rasgos inquisitoriales que no parece conocer límites y que, por ello mismo, es susceptible de afectar al propio contrato de trabajo [...].

Es preciso considerar que los cambios han influido a quienes discuten su uso fuera del horario de trabajo. Este comentario resulta bastante lógico si pensamos en los dispositivos *handheld* de los teléfonos celulares: además de las llamadas telefónicas (que, como ya adelantamos, generan una evidente forma de control), ellos permiten recibir en los teléfonos celulares los correos electrónicos de la empresa (o los relacionados con las actividades laborales, que es lo mismo). Con ello se corre el riesgo de que la jornada efectiva de labores se vea extendida.³

Podemos concluir que la utilización de las nuevas tecnologías ha generado grandes cambios (y problemas) en la forma en que las relaciones laborales se vienen dando.

4. La subordinación como elemento central en el uso de las nuevas tecnologías

Se ha referido brevemente cómo el uso de las nuevas tecnologías ha variado la forma de realizar las funciones de fiscalización y control del empleador respecto de sus trabajadores. Veamos ahora cómo opera (o cómo debe operar) la fiscalización y control del empleador. Y para ello debemos hacer referencia a la subordinación.

Sabemos que la subordinación es uno de los elementos esenciales de la relación laboral, y es definida como el: «[...] vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto» (Neves Mujica, 2009, pp. 35-36).

De este elemento emanan, a decir de Sanguineti (1988, p. 159), los llamados «poderes o facultades del empleador», que vienen a ser las modalidades que adopta el derecho de este de dirigir la prestación del trabajador: poder de dirección, determinado por la impartición de instrucciones u órdenes; poder de fiscalización, dado por el control de la ejecución de la prestación con el fin de ver o comprobar si se

³ Al respecto, puede verse el enlace <http://www.france.adv.br/noticias/trabalho/uso-de-celular-apos-o-expediente-garante-horas-extras>, revisado el 25/12/2018.

han seguido o no las instrucciones impartidas; y poder disciplinario, que surge ante la constatación de la inobservancia de las obligaciones contraídas por el trabajador, y que conllevan la sanción a este. O, como señala Toyama (2004, p. 92): «[...] la subordinación implica la presencia de las facultades directriz, normativa y disciplinaria que tiene el empleador [...]».

Dirección y fiscalización son centrales. Dirección definida como «[...] el conjunto de facultades jurídicas a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo de la empresa [...]» (como se cita en De Vicente Pachés, 1998, p. 297); y fiscalización, referida al hecho de vigilar y controlar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, control para el cual el empleador utiliza «[...] los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido con sus funciones» (como se cita en De Vicente Pachés, 1998, pp. 298-299).

Sin embargo, estas facultades no son irrestrictas o ilimitadas, sino que deben ceñirse a las obligaciones relacionadas con la ejecución del contrato, quedando excluidas situaciones que nada tienen que ver con el mismo o con las obligaciones comprometidas por el trabajador.

Sin duda, como ya adelantamos, en palabras de Goñi Sein (2007, p. 17) al referirse a los sistemas de video-vigilancia, sistemas como ese:

[...] ofrece[n] notables ventajas sobre la acción de vigilancia directa que en el pasado se ejercía a través del personal específico encargado de tareas de vigilancia [...] el empresario puede vigilar a más trabajadores, ejerciendo un control universal y no solo concentrado en un grupo o sobre unos trabajadores más o menos sospechosos [...].

El punto es que el uso de nuevas tecnologías facilita las facultades de dirección y de fiscalización, mostrando de manera efectiva la presencia del elemento esencial: la subordinación. La subordinación es el factor determinante del uso de nuevas tecnologías. ¿Cuál es el límite?

En nuestra opinión, el derecho fundamental a la intimidad, derecho que nos vincula con el ámbito de la vida personal de una persona, con esa parte de cada uno que no tiene que estar ni al alcance ni en conocimiento de los demás, aquella parte de la vida de toda persona que no tiene por qué ser compartida con nadie si la persona no quiere.

Para Ernesto Benda, este derecho «[...] consiste en el derecho de toda persona a rehusar a cualquiera, e incluso al Estado, el acceso a la esfera interna de su persona, esto es, a disponer de una esfera de intimidad no perturbada por nadie [...]» (en Blancas Bustamante, s.f., p. 191). Y es que la vida privada, como indica Pacheco Zerga, será objeto de información y control social en tanto trascienda a la vida pública y tenga importancia para el desenvolvimiento de esta, porque de lo contrario la vida íntima no es informable ni investigable, no pudiendo ser objeto de información; es el «[...] reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña [...]» (2006, p. 25). Señalan a continuación Gorelli Hernández y Ojeda Avilés (1999, p. 211) que el derecho a

la intimidad «[...] tiene como objetivo básico, la protección de la esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona y su círculo familiar [...]».

De acuerdo con lo señalado, el derecho a la intimidad puede verse afectado a través de la captación o difusión no autorizada de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones, o, eventualmente, de información que pueda producir la intromisión, intrusión y divulgación de hechos que puedan perturbar la reserva y privacidad, y que se produzcan sin el consentimiento del titular (Eguiguren Praeli, 2004, pp. 117-122).

5. Nuevas tecnologías, subordinación y límites

Veamos ahora algunos casos de utilización de nuevas tecnologías como sistemas de control utilizados en la relación laboral.

5.1. Sistemas de video-vigilancia

Ya adelantamos cómo el uso de sistemas de video-vigilancia ha reemplazado la presencia física del empleador y facilitado la tradicional labor de control de este. Se busca «[...] la captación y el registro de la imagen [...]» (De Vicente Pachés, 1998, p. 323) del trabajador con el fin de fiscalizar o controlar su trabajo.

Hoy en día, la utilización de cámaras de video o sistemas de video-vigilancia es una práctica cada vez más extendida en los centros de trabajo, e incluso más allá de estos. Es válido entonces preguntarse si resulta justificada la utilización de cámaras de video en los centros de trabajo.

Para ello debemos preguntarnos por cuál es la razón para la utilización de los sistemas de video-vigilancia en una empresa. Y la respuesta es que así el empleador busca cumplir con sus funciones de control y fiscalización de manera más fácil, económica y efectiva. Como lo reconoce Martínez Fonz (2002, pp. 83-84):

[...] la intrusión en la propia imagen de los trabajadores no es ilegítima si el empleador puede justificar un pertinente, legítimo y significativo interés en el control (vigilar al trabajador para evaluar su formación, descubrir e impedir daños en el patrimonio empresarial, evitar que se produzcan actuaciones contrarias a la política de la empresa, entre otros.

Además: «[...] resulta ser mucho más económico que la supervisión humana, pues, amén de que pueden adquirirse en el mercado a un precio reducido, el gasto que representa el mantenimiento es incomparablemente menor que el de la contratación de uno o varios trabajadores [...]» (Goñi Sein, 2007, p. 17).

¿Es una facultad irrestricta? Sin ánimo de generar controversia, entendemos que no. Obviamente, nadie aceptaría la instalación de cámaras de video-vigilancia en los baños de los trabajadores (ejemplo extremo de lo que el empleador no puede hacer), pero, además, la medida debe ser pertinente, legítima y significativa.

Sin duda, es una facultad del empleador (facultad que nace del elemento esencial subordinación y, más precisamente, de las facultades de dirección, control y

fiscalización que nacen de la subordinación). Se reconoce que la instalación de las cámaras de video o de sistemas de video-vigilancia tiene por objeto verificar el cumplimiento de obligaciones laborales, con lo que la vigilancia deberá estar en estricta relación con el cumplimiento de la labor a la que se han comprometido los trabajadores. Dicho de otra forma, la instalación de sistemas de video-vigilancia deberá ser una medida justificada.

Para ello, la colocación de estos sistemas no debería limitar o restringir la capacidad de acción y el desarrollo normal de la relación laboral,⁴ debiendo dejarse de lado los aspectos que nada tengan que ver con el contexto estrictamente laboral (nada tienen que hacer en baños, comedores o cafeterías).

Este tipo de sistemas, en tanto pueden poner en riesgo o afectar derechos fundamentales (dignidad, intimidad, imagen, etcétera), deberían ser utilizados solo si no se encuentra otra opción más adecuada de fiscalización y vigilancia de parte del empleador. El Tribunal Constitucional Español lo ha determinado⁵ al señalar que la modulación de un derecho fundamental solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva.

Se sostiene que la utilización de los sistemas de video-vigilancia debiera ser puesta en conocimiento de los trabajadores. La razón para ello es que, justificada o no, la implementación limita o podría limitar aspectos como la intimidad o la imagen del trabajador. Sin embargo, existen situaciones en las que la falta de aviso resulta igualmente estar plenamente justificada.⁶

5.2. El correo electrónico

Esta es, hoy, una tecnología muy usada por los empleadores. Es impensable que a un trabajador no se le asigne una cuenta de correo electrónico, pues es a través de él como se transmiten las instrucciones, noticias, amonestaciones y otros aspectos relativos a la relación entre el empleador y sus trabajadores. Siendo esto así, la organización empresarial incorpora el uso del correo electrónico como una forma más de ejercer los aspectos relacionados con el elemento esencial subordinación, tal como puede ser la facultad de dirección, control e incluso de sanción. Algar Jiménez (2007, p. 41) señala que el uso del correo electrónico tiene una doble vertiente: como herramienta de trabajo y como medio de comunicación (tanto interna como externa) en la empresa.

Y es que el correo electrónico está presente en todos los aspectos de la vida (personal, social, académica y, lógicamente, laboral). En este último ámbito se discuten

4 Al respecto, puede revisarse la Sentencia 37/1998 del Tribunal Constitucional Español (demanda de amparo interpuesta por el Sindicato Langile Abertzaleen Batzardeak —LAB— contra el Gobierno Vasco).

5 Puede verse este criterio en la STC 99/1994.

6 Puede verse este criterio en la Sentencia 186/2000 del Tribunal Constitucional Español. Se señala que la instalación de un circuito cerrado de televisión no fue puesta en conocimiento de los trabajadores, «[...] por el justificado temor de la empresa de que el conocimiento de la existencia del sistema de filmación frustraría la finalidad apetecida [...]».

asuntos de lo más diversos (por ejemplo, si es factible que la cuenta de correo electrónico asignada al trabajador sea utilizada también para fines personales; cuál debe ser la forma de control que debe ejercer el empleador —tiempo de uso, revisión de contenidos—; etcétera).

Veamos las formas en que el control empresarial se puede manifestar y cuáles podrían ser los límites que habría que instituir.

5.2.1. El uso del correo electrónico para fines no laborales

No es extraño que se impida el uso particular de la cuenta de correo electrónico asignada al trabajador. Si, como señalan Sempere y San Martín en el libro de Rubio de Medina (2003, p. 12), «[...] en el ámbito laboral no cabe realizar actividades de carácter personal ya que los medios de trabajo son de propiedad de la empresa [...]», el empleador tendría todo el derecho de prohibir que el correo electrónico asignado a sus trabajadores sea usado para fines distintos a los laborales. Si esta fuera la regla establecida en una empresa, el empleador estará facultado para establecer sistemas de control respecto del uso del correo electrónico.

¿Significa eso que el trabajador está impedido de hacer uso de la cuenta de correo electrónico proporcionada por la empresa para fines distintos a los laborales? Sin duda, existen quienes siguen esta posición, pero no es la nuestra.

Hace unos años, en la época de la telefonía fija (cuando los teléfonos celulares no existían), ¿estaba el trabajador impedido de dar uso personal al teléfono de la empresa?, ¿no podía permitirse efectuar una breve llamada al domicilio para preguntar por sus hijos o por otro familiar cercano?, ¿no es frecuente preguntar si los hijos llegaron bien del colegio? Consideramos que las prohibiciones absolutas no son del todo correctas. Imagino que muchos concluiríamos que la «incomunicación» del trabajador, en términos absolutos, no es aceptable.

Volvamos a la época actual. Si somos capaces de aceptar que es factible, permisible y proporcional que un trabajador haya hecho uso del teléfono fijo de su empresa para llamar brevemente a su domicilio, ¿cuál sería la razón para que el empleador prohíba tajantemente el uso del correo electrónico proporcionado por la empresa? La pregunta resulta ser más interesante si consideramos, por ejemplo, que puede ser (como estamos seguros es) que sea el trabajador el que recibe mensajes a través de correos electrónicos en la cuenta que le ha proporcionado la empresa, situación en la que el trabajador no tiene ni participación ni responsabilidad.

Por ello, consideramos que ese tipo de situaciones (el uso racional del correo electrónico proporcionado por el empleador para fines distintos a los laborales) no solamente son factibles, sino también permisibles:

[...] quien envía un mensaje de correo electrónico a un amigo desde el ordenador de la empresa en tiempo de trabajo, no merece más reproche laboral que quien comenta a un compañero, durante la jornada, la trama de una película que ha visto [...]. Por lo tanto, en la mayoría de pronunciamientos se admite un cierto grado de tolerancia de tal utilización privada, siempre que guarde moderación [...]. (Sempere Navarro & San Martín Mazzucconi, 2007, pp. 3-4)

[...] existiría una suerte de realidad social electrónica en virtud de la cual la empresa debe comprender el hecho de que su personal pasa más horas en su puesto de trabajo que en su domicilio y que el correo electrónico puede contribuir a solucionar un porcentaje importante de problemas personales [...]. (García Birimisa, 2009, p. 226)

Siguiendo esa misma lógica (pero a propósito de los teléfonos celulares asignados por la empresa a los trabajadores, lógica que resulta plenamente aplicable al punto que trabajamos), Falguera Baró (2004, p. 196) sostiene que:

[...] en la medida que las nuevas tecnologías tienen un *uso social*, además del estrictamente productivo, no puede pretenderse —siendo ambos inseparables— que esta nueva lógica de comunicación opere en el centro de trabajo solo en la directa relación de prestación de servicios. Debe recordarse, en este sentido, que la más reciente doctrina legal viene considerando que el uso para fines particulares del teléfono, fijo o móvil, el fax de la empresa, etc. para fines extraproductivos no puede ser considerada, al menos de entrada, como un abuso de derecho o como una vulneración del principio de *bona fides* contractual, salvo, evidentemente, aquellos supuestos que podríamos calificar como «patológicos» [...].

Algar Jiménez (2007, pp. 77-78) hace un comentario (en este caso referido a las visitas a páginas web por los trabajadores en el horario de trabajo) similar, cuando señala que:

[...] algunos tribunales vienen estableciendo que «la consulta de páginas web y el uso de las redes de Intranet y Extranet por motivos extralaborales no constituyen por sí mismos quebrantamiento alguno de deberes laborales, más allá de lo que puede constituir, por ejemplo, hojear un periódico en tiempo y lugar de trabajo. Tal tipo de conductas, para ser sancionables, han de implicar, o bien un coste económico para la empresa, por ejemplo cuando la consulta exige una conexión tarifada por tiempo [...] o un proveedor de servicios ISP, o bien el abandono de las tareas laborales con disminución del rendimiento [...].

Por ello justificamos las razones por las que somos partidarios del uso personal de la cuenta de correo electrónico, en tanto sea un uso racional.

5.2.2. La fiscalización interna del correo electrónico

Un aspecto central es la posibilidad, eventualidad o facultad de revisión de los contenidos de los correos electrónicos enviados o recibidos por el trabajador.

Si es el empleador quien organiza el trabajo y, como parte de la organización laboral implementada, decide otorgar a sus trabajadores una cuenta de correo electrónico, este tiene todo el derecho (y está en toda su facultad) de regular el uso del mismo, y la regulación puede determinar la posibilidad de prohibir el uso del correo electrónico para fines distintos o ajenos a los laborales. Pero ¿es factible controlar el contenido de los correos electrónicos que el trabajador puede enviar o puede recibir a través del correo electrónico de la empresa?

Hay quienes sostienen que efectivamente es factible que el empleador controle o fiscalice el contenido de los correos electrónicos de sus trabajadores:

[...] tomando como premisa fundamental que el trabajador no puede utilizar el correo electrónico provisto por la empresa para fines personales, el contenido de todos los *e-mails* laborales le pertenece a la empresa, excede el ámbito de la intimidad del trabajador y, por lo tanto, no puede verse afectado ningún derecho o garantía constitucional [...]. (Oviedo, 2005, p. 67)

[...] la dirección del correo electrónico le pertenece al empresario, es un bien del empleador. Tan[to] es así que en ella figura el nombre o las iniciales de la empresa, que es quien tramitó el dominio, y el nombre del usuario-trabajador solo figura a los efectos de una distribución direccionada del mensaje. Por ende, el contenido de los mensajes emitidos y recibidos, vía esa dirección de *e-mail*, le pertenecen al empresario. De esta manera [...], el empleador tiene la facultad de controlar cuántos *e-mails* se envían y reciben mediante esa dirección, quiénes son los destinatarios de los enviados, los remitentes de los recibidos, fechas de envío y recepción, etcétera; *pero especialmente qué contenido tienen esos mensajes*, porque el mismo atañe particularmente a la empresa y a su desenvolvimiento [...]. (Oviedo, 2005, p. 70) (cursivas añadidas)

Elías Mantero (2006, p. 99) señalaba que: «[...] no se estaría afectando ningún derecho del trabajador en razón de que como es de su pleno conocimiento la cuenta, el computador y el contenido de los correos solamente deben estar referidos a la empresa [...]».

Sin embargo, introduciendo aspectos vinculados al derecho fundamental a la intimidad, podemos analizar si efectivamente resulta posible que el empleador tenga acceso al contenido de los correos electrónicos enviados o recibidos por el trabajador a través del correo electrónico proporcionado por la empresa. Aceptar una fiscalización de este tipo implicaría consentir que el empleador, por ejemplo, pueda escuchar conversaciones privadas de sus trabajadores, situación que, como ya hemos indicado, no nos parece factible. Consideremos que aspectos relacionados con la vida privada del trabajador (costumbres, situaciones familiares, etcétera), en virtud de la vigencia del derecho fundamental a la intimidad, están excluidos de la intromisión o conocimiento que pudieran tener terceras personas, entre estas el empleador.

Además, si consideramos el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política, que reconoce el derecho que toda persona tiene al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones, confirmaríamos (al menos en nuestra opinión) la imposibilidad de que el empleador acceda al contenido de los correos electrónicos, así sea del correo electrónico proporcionado por él.

Esta posición ha sido ratificada por nuestro Tribunal Constitucional⁷ en pronunciamientos que, si bien no son abundantes, dejan en claro la imposibilidad de acceder al contenido de los correos electrónicos de los trabajadores.

5.3. El teléfono celular (y los dispositivos inteligentes)

Así como el correo electrónico, el teléfono celular debe ser una de las formas más cotidianas de comunicación, incluida aquella que tiene lugar en toda organización empresarial. Como ocurre con el correo electrónico, es frecuente y común que la empresa asigne equipos de telefonía móvil a sus trabajadores. Y es que los teléfonos celulares resultan una forma efectiva de coordinación (dirección) o de control (fiscalización) entre empresa y trabajador, sea en el mismo centro de trabajo, sea, particularmente, cuando la labor del trabajador se presta parcial o totalmente fuera de este. El segundo aspecto de los mencionados es el que nos interesa.

El problema surge con los límites respecto del uso de los teléfonos celulares. En muchos casos la facultad de dirección o de fiscalización del empleador se ejerce a través de este medio: cuando el trabajador se encuentra fuera de la jornada e incluso está en su domicilio. Imaginemos la posibilidad de efectuar una llamada telefónica a un trabajador, por motivos laborales, sin duda, a la hora del refrigerio (tiempo que no debiera ser parte de la jornada). Peor aún: imaginemos ahora que esta situación se presenta pero terminada ya la jornada laboral, con lo que el trabajador recibe la llamada a mitad de una reunión social. Agravemos un poco más el ejemplo: imaginemos que esta misma situación se da cuando el trabajador se encuentra en su domicilio y con su familia.

En los ejemplos propuestos, las facultades de dirección o de fiscalización estarían afectando o invadiendo parte de la esfera doméstica, familiar o personal del trabajador. Preservando esa esfera personal-familiar que nos brinda el derecho fundamental a la intimidad, el empleador no contaría con las facultades para ejercer su facultad de dirección o de fiscalización en horarios en los que los trabajadores se encuentran dedicados a fines amicales o familiares distintos a los laborales, o en un horario distinto al de trabajo.

Lo mismo ocurriría con los teléfonos celulares inteligentes (o con los dispositivos *handheld* de los teléfonos celulares), que permiten recibir en el teléfono celular los correos electrónicos de la cuenta proporcionada por el empleador. En muchos casos resulta ser una exigencia del empleador el no apagar los dispositivos celulares fuera de la jornada, o establecen la obligación de contestar los correos electrónicos sin importar la oportunidad en que estos son recibidos. En estos últimos ejemplos, y por lo antes expuesto, se podría sostener que se está extendiendo la jornada de trabajo al propio domicilio, invadiendo esferas propias de la intimidad del trabajador. Ya hemos hecho referencia al riesgo de reclamo de trabajo en sobretiempo cuando se presentan este tipo de situaciones.

⁷ Al respecto, se puede ver las sentencias de los expedientes N.º 1058-2004-AA/TC (Rafael Francisco García Mendoza contra Serpost S.A.); 04224-2009-PA/TC (Angelina María Huamaní Vargas contra la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A.); y el expediente 03599-2010-PA/TC (María Espinoza Chumo contra Telefónica Gestión de Negocios SAC).

Sin duda, existen situaciones en las que la comunicación con determinado profesional debe ser inmediata (imaginemos a los médicos, que por una situación de emergencia deben estar en condiciones de ser ubicados más allá de la jornada laboral; o el caso de un especialista en sistemas, que ante un problema generado durante la madrugada en su centro de labores debe estar en disposición de atender la dificultad), pero entendemos que debe tratarse de situaciones excepcionales.

5.4. Los sistemas de posicionamiento global (GPS)

Los sistemas de posicionamiento global (GPS por la denominación en inglés: *global positioning system*) resultan otra de las formas cada vez más usadas de control empresarial. Se trata de sistemas de ubicación de personas u objetos a través del uso del satélite. Siendo así, quienes cuenten con un sistema de ese tipo, ya sea en un teléfono celular o en el vehículo que conduce, están en condiciones de ser ubicados geográficamente con bastante precisión.

En el ámbito laboral se acostumbra usar este tipo de tecnologías por dos razones fundamentales (cuando los sistemas GPS están ubicados al interior de los vehículos de la empresa): para evitar el robo del vehículo asignado al trabajador, y para cerciorarse de que no se está asignando al vehículo un uso distinto al laboral (caso, por ejemplo, en el que un vehículo dedicado al reparto no sea utilizado para fines ajenos a los laborales; o para determinar, en un trayecto largo, si el vehículo de la empresa ha estado siempre en ruta; o para verificar, en estos casos, si se detiene sin razón o abandona la ruta fijada). Algo similar ocurre con los visitantes médicos, a quienes con frecuencia se les tiene monitoreados con este tipo de tecnología, con la finalidad de determinar si se cumple con la ruta y visitas programadas.

Sin embargo, el hecho de poder saber cuál es la ubicación exacta de un trabajador podría implicar invadir aspectos o ámbitos familiares o personales. Nos preguntamos, como hemos hecho en todos los casos anteriores, cuál podría ser la justificación para que un trabajador cuente con un sistema de ubicación como los descritos en su teléfono celular. ¿Es válido estar en condiciones de saber en qué lugar se encuentra un trabajador así esté fuera de la jornada efectiva de trabajo? De acuerdo con lo señalado, los aspectos propios de la esfera individual, de la vida privada o familiar de toda persona deberían estar excluidos. Además, y como para los casos anteriores, la medida tendría que estar justificada y proporcional, lo que en el fondo significa que no deberá existir otra forma de cumplir con el objetivo del empleador.

6. Breve reflexión final

Ha sido la intención de este trabajo poner en debate situaciones nuevas pero que son cada vez más frecuentes; situaciones que enfrentan las facultades de dirección y fiscalización, relacionadas con los aspectos privados del trabajador.

En un mundo moderno, las nuevas tecnologías resultan de muchísima ayuda, y constituyen una forma de disminuir los costos empresariales, no obstante lo cual su uso, en nuestra opinión, no debe ser irrestricto.

Referencias

- Algar Jimenez , C. (2007). *El derecho laboral ante el reto de las nuevas tecnologías*. Madrid: Tirant lo Blanch.
- Blancas Bustamante, C. (s.f.). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas Bustamante, C. (23 y 24 de julio de 2009). Poder de dirección y derecho a la intimidad y privacidad del trabajador. *Ponencia oficial presentada en el Primer Encuentro Peruano Chileno*.
- De las Casas, O. (noviembre de 2008). La aplicación de las nuevas tecnologías como forma de control empresarial. *Soluciones Laborales* (11).
- De Vicente Pachés, F. (1998). *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*. Madrid: CES.
- Eguiguren Praeli, F. (2004). *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y conflictos*. Lima: Palestra Editores.
- Elías Mantero, F. (2006). Efectos legales de la utilización indebida de los servicios de Internet propios del empleador por parte del trabajador. *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*(6), 99.
- Falguera Baró, M. Á. (2004). Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías. AA.VV., *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*. Consejo General del Poder Judicial.
- Gamonal Contreras, S. (2006). El derecho del trabajo y las nuevas tecnologías en Chile. *Revista de Derecho Social Latinoamericana*(1).
- García Birimisa, E. (2009). *El ejercicio del poder de dirección y el uso del correo electrónico en el ámbito del trabajo*. Grijley.
- Gonzales de Patto, R. (2003). Nuevas tecnologías y relaciones laborales en el derecho español. *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la UNSA*(5).
- Goñi Sein, J. L. (2007). *La video-vigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Thomson Civitas.
- Gorelli Hernández, J., & Ojeda Avilés, A. (1999). *Diccionario jurídico laboral*. Granada: Editorial Comares.
- Martínez Fonz, D. (2002). *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: Consejo Económico Social (CES).
- Mercader Uguina, J. (2002). *Derecho del trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*. Editorial Lex Nova.
- Moguel Fernández, J. (febrero de 2006). *Noticias jurídicas*. Obtenido de El poder de control y vigilancia del empresario sobre las actividades de los trabajadores, y sus implicancias penales: <http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200602-5158142111062510.html>
- Montoya Melgar, A. (s.f.). *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*.
- Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda Avilés, A. (2008). Las relaciones laborales especiales. *Laborem, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*(8).

Oviedo, M. N. (2005). *Control empresarial sobre los e-mails de los dependientes*. Buenos Aires: Hammurabi.

Pacheco Serga, L. (2006). El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado. *Laborem*(6).

Pacheco Serga, L. (2006). El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado. *Laborem*(6).

Rubio de Medina, M. D. (2003). *El despido por utilización personal del correo electrónico*. Bosch.

Sanguinetti Raymond, W. (1988). *El contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*. Lima: Cultural Cuzco editores.

Sanguinetti Raymond, W. (1997). *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Ara Editores.

Sempere Navarro, A., & San Martín Mazzuconi, C. (12 de enero de 2007). Incidencias de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral: una visión panorámica. 3-4. Obtenido de <http://www.apdcat.net/media/284.pdf>

Toyama Miyagusuku, J. (2004). *Instituciones del derecho laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.

La subordinación en las nuevas plataformas de servicios

César Puntriano Rosas
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP

1. Las nuevas plataformas de servicios y su impacto en el concepto clásico de subordinación

Desde hace décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón del advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos y, en general, del esfuerzo empresarial por estar a la altura de los nuevos requerimientos de producción que hacen innecesaria la existencia de grandes empresas colmadas de *stock* de productos o que aglutinen internamente no solo su actividad principal sino también aquellas de carácter periférico o auxiliar, con la consiguiente masa de trabajadores. Se presenta un cambio de paradigma organizacional en el cual surge el «adelgazamiento» empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.

Es evidente el cambio en la noción de competitividad empresarial dado el posicionamiento de la calidad y la diferenciación de los productos y servicios como elementos claves de la misma (Coriat, 1994, pp. 38-40). Esto, sin duda, exige el acomodo de las empresas hacia un nuevo paradigma organizativo, tendiente a su especialización y, con ello, a su reducción.

Este fenómeno descentralizador o externalizador ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados con aspectos esenciales de su actividad empresarial (Del Rey & Gala, 2000). Ante esta irrupción de fenómenos descentralistas, el derecho del trabajo ha experimentado el declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario (Sanguineti, 1997, p. 60). Esta afectación al concepto clásico de subordinación produce

[...] una cierta «huida» del Derecho del trabajo, en el sentido que se está instrumentando un desvanecimiento de la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, que es, mucho más allá de las exigencias organizativas que se aducen como causa «objetiva» de dichos fenómenos, el objetivo de estos mecanismos.¹

¹ Véase el *blog* del profesor Antonio Baylos en: <http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-paradigma-productivo-de-la.html>

Las consecuencias de estas fórmulas de organización empresarial sobre el empleo son evidentes, toda vez que inciden en el incremento del empleo temporal y, por ende, en la creación de «trabajadores de segunda categoría» que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que tiene el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores del centro y de la periferia, en función de su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa.

Sin embargo, la irrupción tecnológica ha impactado aún más en las relaciones laborales, pues no solamente advertimos el empequeñecimiento del empleador mediante el mantenimiento de una planilla mínima y la recurrencia a terceros, sino también la desaparición de la noción de empleador y su reemplazo por la de emprendedores que prestan servicios a través de plataformas virtuales que ponen en contacto la oferta y la demanda. Las plataformas niegan la condición de empleador de los emprendedores y se definen como intermediarias entre los proveedores de servicios y sus clientes (consumidores finales). Esta condición es denominada «on demand» o «Gig economy». La doctrina estadounidense llama a este nuevo modelo de negocio «uber economy» o *crowdwork offline* específico, el cual implica que un servicio clásica o típicamente ejecutado por un trabajador sea asignado hacia un gran número de individuos en forma de llamamiento o convocatoria (Todoli, 2015, p. 3).

Las plataformas de servicios obtienen gran éxito al sacar provecho de una legislación que en automático excluye de cualquier tipo de protección laboral y de seguridad social a los emprendedores al considerarlos como autónomos (Todoli, 2017, p. 20).

Los negocios en los que se presentan estas plataformas de servicios son, entre otros, los siguientes: Uber,² Cabify³ (transporte de pasajeros), Glovo⁴ (reparto de comida, servicio de *courier*), Uber eats⁵ (reparto de comida), Rappi⁶ (reparto de comida, correspondencia, bienes en general), Deliveroo⁷ (reparto de comida), Fly-Cleaners⁸ (lavandería), Sharing academy⁹ (profesores particulares), entre otros casos, algunos de los cuales se encuentran en nuestro país y otros aún no. Conviene precisar que cuando el cliente recurre a estas plataformas de servicios lo hace en busca de recibir un servicio específico como el transporte, la enseñanza o el reparto de comida, y esto es importante, pues al dedicarse a una actividad concreta, las plataformas tienen un mayor control sobre sus trabajadores, o, en este caso, prestadores de servicios (Todoli, 2015, p. 4). Se valora mucho al cliente, por lo que se pide, al finalizar el servicio, que se califique al proveedor, pudiendo en muchos casos dejar de asignar servicios a quienes obtengan una puntuación baja.

Un ejemplo mundialmente conocido —y utilizado— de la plataforma de servicios es Uber. Esta empresa opera a través de una plataforma virtual mediante la

2 <https://www.uber.com/>

3 <https://cabify.com/es>

4 <https://glovoapp.com/>

5 <https://www.ubereats.com/en-US/>

6 <https://www.rappi.com/>

7 <https://deliveroo.co.uk/>

8 <http://flycleaners.com/>

9 <https://sharingacademy.com/en/>

cual las personas obtienen servicios de transporte de pasajeros. Cualquier usuario, por medio de un aplicativo móvil (*app*) gratuito, puede acceder automáticamente al conductor Uber más cercano y solicitar el servicio. El GPS es el sistema empleado para enlazar al usuario con el conductor. Es importante advertir que Uber no posee automóviles ni contrata choferes. Los conductores que se inscriben en la aplicación deben superar con éxito el proceso de admisión, que incluye presentar su licencia de conducir, registro del vehículo y seguro. Uber requiere al conductor que el vehículo que se utilice sea de menos de 10 años de antigüedad. Incluso, para prestar servicios en la categoría Uber Black se piden vehículos de alta gama. El costo del servicio viene fijado por Uber, por lo que ni el pasajero ni el conductor pueden negociarlo. Uber obtiene sus beneficios por cada viaje realizado, por el que cobra entre 10 % y 20 % de cada transacción. Los clientes pueden evaluar al conductor y estas evaluaciones son públicas para el resto de clientes.

Si el conductor obtiene evaluaciones negativas, Uber puede deshabilitarle el acceso a la aplicación. El conductor tiene la potestad de determinar si presta el servicio o no, pudiendo inclusive negarse a tomar algunos viajes, con la única excepción de que si acepta brindar el servicio no puede luego retractarse. Si el conductor no presta servicios por un período de tiempo, Uber lo desactiva, pero puede retornar a través de una nueva solicitud. Uber recomienda a los conductores vestir de manera apropiada, abrir la puerta de su cliente para que entre en el vehículo y que tenga preparado un paraguas para casos de lluvia. Adicionalmente, el conductor debe proveerse del vehículo, asumir gastos de gasolina, seguro vehicular y SOAT.

La pregunta que surge en este caso, y en todos aquellos en los que nos encontramos ante plataformas de servicios, es si la actividad que realizan los «proveedores» es autónoma o debe considerarse como subordinada y, por ende, laboral. Como ya señalamos, el paradigma clásico para determinar la existencia de una relación laboral no resulta en absoluto aplicable a esta actividad.

En efecto, como lo manifestaban Ermida y Hernández (2002, p. 286) en un muy interesante trabajo: «[...] las nuevas formas de organización del trabajo son recurrentemente mencionadas como [...] causa de cuestionamiento de la subordinación jurídica como criterio determinante de la existencia de un contrato o relación de trabajo y, consecuentemente, de la aplicación del Derecho Laboral [...]». ¿Cómo queda entonces la subordinación como indicio de laboralidad por excelencia ante estas nuevas formas de prestación de servicios aparentemente autónomas como las ya mencionadas? Los mismos autores sostienen una tesis vigente en la actualidad: «la validez de la subordinación como uno de los criterios determinantes de la aplicación de la tutela laboral clásica, a condición de que aquella sea interpretada con amplitud, agresividad y creatividad, de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga» (Ermida & Hernández, 2002, p. 295).

Esto supondrá emplear elementos adicionales para realizar el análisis de laboralidad de estos modelos de negocios, recurriendo, por ejemplo, a la ajenidad, la dependencia económica, la inserción en organización empresarial, entre otros. Estos elementos son denominados por la doctrina como rasgos sintomáticos de la relación laboral, y se los define como

un conjunto de elementos de hecho de lo más diversos, que permiten decidir a quien efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer. (Sanguineti, 2000, pp. 115 y ss.)

Algunos de estos rasgos sintomáticos son:

- La incorporación del trabajador en el proceso productivo de la empresa, es decir, estar incorporado en la organización del empleador.
- El lugar de ejecución del contrato.
- El cumplimiento de un horario de trabajo.
- La exclusividad, es decir, que solamente preste servicios a una sola persona.
- El control efectivo del trabajador.
- La continuidad y la permanencia.

Es posible que uno solo de estos rasgos sintomáticos no revele necesariamente la existencia de un contrato de trabajo, ya que la mayoría podría explicarse en el contexto de una relación autónoma (el cumplimiento de la prestación se efectúa dentro del horario de trabajo, porque es necesario el contacto con los trabajadores de la empresa, por ejemplo, en el caso de un auditor independiente, o una relación continua puede ser manifestación de un contrato de locación de servicios), por lo que habrá que recurrir a la conjunción de algunos de estos rasgos para determinar la existencia o no de una relación de trabajo (Sanguineti, 2000, pp. 115 y ss.). Desde luego, esta nueva actividad de las plataformas de servicios exige mayor sofisticación al momento de realizar el análisis de laboralidad.

A guisa de ejemplo, en el pronunciamiento en primera instancia recaído en el caso Uber,¹⁰ confirmado por la Corte de Apelaciones en noviembre de 2017, utiliza indicios nuevos de laboralidad para concluir que los conductores de Uber del Reino Unido poseen un vínculo laboral con la plataforma de servicios. Entre los argumentos empleados se pueden resaltar los siguientes:¹¹

- El hecho de que los choferes conducen bajo una marca ajena y que además Uber publicita su marca, no a los conductores o prestadores de servicios. Se indica en la sentencia que resulta complicado entender la coordinación entre empresas al referirse a Uber y a los conductores. Se trataría de la empresa Uber y los empresarios unipersonales (choferes).
- La imposibilidad de los conductores de hacer crecer su negocio. Indica la sentencia que, si los autónomos fueran pequeños empresarios, tendrían al menos

10 Mr. Y. Aslam, Mr. J. Farrar and Others —V— Uber. 28 October 2016. Case numbers: 2202551/2015 & Others. Recuperado el 28/12/2018 de <https://www.judiciary.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>

11 Recuperado el 27/12/2018 de <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>

potenciales posibilidades de crecimiento, hecho que no se presenta en este caso pues el crecimiento dependerá del incremento de horas de actividad de los choferes.

- La plataforma controla información clave para el desarrollo del negocio.
- Uber puede modificar unilateralmente los términos del contrato.
- La sentencia señala que es ridículo el argumento de que en Londres existan 30 000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma.

A partir de estos nuevos indicios, y de la aplicación de los clásicos, la judicatura del Reino Unido considera que Uber posee una relación laboral con sus conductores.

Otros indicios de laboralidad empleados por la jurisprudencia comparada son los siguientes:¹²

- Existencia de un proceso de selección previo al registro del proveedor en la plataforma digital de acuerdo con los criterios de la propietaria de dicha plataforma.
- Libertad del autónomo para aceptar o rechazar el encargo dentro de la plataforma digital donde figura como «disponible» para prestar el servicio.
- Inexistencia de organización empresarial de los usuarios (autónomos), siendo irrelevante en ocasiones la aportación del propio vehículo para la prestación del servicio cuando este no tiene la importancia suficiente.
- Asistencia «de un modo regular y continuado» a un lugar determinado por la plataforma para prestar el servicio por parte del usuario, así como la habitualidad o continuidad en la prestación de los servicios.
- Establecimiento de rutas y horarios en algunos casos.
- Existencia de códigos de comportamiento para la prestación y calidad del servicio, incorporando criterios como vestimenta adecuada, procedimientos a seguir ante incidencias, etcétera.
- Instrucciones para la ejecución y organización de los servicios de acuerdo con procedimientos preestablecidos por la plataforma.
- Imposibilidad de sustituir al prestador del servicio (autónomo) por otros colaboradores o «ayudantes».
- Sistema de valoraciones del cliente respecto al servicio prestado y posible desconexión de la plataforma en caso de evaluación negativa.

Lo que corresponde es dilucidar si la existencia de algunos de los indicios o rasgos sintomáticos señalados permite calificar de manera casi automática la relación autónomo–plataforma de servicios como laboral, debiéndose en esos casos hacer extensivo el ámbito de aplicación del derecho del trabajo o, en su defecto, seguir considerando a los proveedores del servicio como autónomos y dejar su regulación al derecho civil.

Una tercera medida consistiría en plantear la creación de un régimen especial como el existente en España para el trabajador autónomo dependiente económica-

¹² Recuperado el 28/12/2018 de https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/08/03/legal/1501757881_175784.html

mente (TRADE),¹³ pero mejorada para que incorpore a quienes prestan servicios a través de las plataformas. Desde luego, esta alternativa supone negarles la condición de trabajadores. Como cuarta opción se tiene el crear un régimen laboral especial, propio de esta actividad.¹⁴

En nuestra opinión, el juez o el inspector laboral deberá analizar cada demanda o denuncia que le sea presentada con mucho detalle a efectos de determinar si la relación que une a las partes es laboral o no. El caso es sumamente complejo, y no debemos caer en apresuramientos ni, mucho menos, en una visión patológica de estos modelos de negocio, como ocurre muchas veces con la tercerización, pues no debería asumirse que su objetivo es el fraude laboral. Si luego del análisis la conclusión apunta hacia la laboralidad de la relación entre la plataforma y el prestador de servicios, y en tanto no se emita un régimen especial, procederá la aplicación del régimen laboral común. En cambio, si la decisión consiste en que la relación es autónoma, se aplicará la normativa civil, salvo que en ese momento hubiera entrado en vigencia un cuerpo normativo similar al TRADE.

Tan complicado es el análisis que, actualmente, no existen pronunciamientos uniformes en otras latitudes, como veremos en el acápite siguiente.

2. Jurisprudencia comparada sobre la laboralización de las relaciones en plataformas virtuales¹⁵

En esta sección hemos clasificado los pronunciamientos en dos grupos: los que sostienen la existencia de una relación laboral entre el proveedor de servicios y la plataforma, y aquellos que opinan lo contrario.

13 España ha regulado el trabajo autónomo mediante la Ley 20/2007, de 11 de julio, Estatuto del trabajo autónomo, BOE N.º 166, de 12 de julio de 2007. Allí contempla a los TRADE, quienes realizan una actividad económica para un cliente, del que dependen económicamente al recibir, al menos, el 75 % de sus ingresos. La legislación les concede derecho a descansos, vacaciones anuales, indemnización en caso el cliente rompa injustificadamente el contrato. Esta concepción del TRADE no alcanzaría a la prestación de servicios a través de plataformas, pues ellas se presentan como meras intermediarias de la prestación de servicios, no teniendo en este supuesto un cliente mayoritario.

14 El profesor español Ignasi Beltrán (<https://ignasibeltran.com/2019/02/18/riders-de-glovo-trabajadores-o-trades-hasta-que-punto-estamos-apegados-a-nuestras-ideas/>) discrepa sobre la posibilidad de generar un régimen laboral especial para este tipo de prestadores de servicios.

15 Recuperado el 13/12/2018 de <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain/>. El texto original se encuentra en inglés, por lo que la información contenida en los cuadros ha sido traducida por el suscrito.

Relación laboral

País	Órgano judicial	Caso
Australia	Fair Work Commission	16/11/2018. Joshua Klooger v. Foodora ¹⁶ Australia Pty Ltd: la Comisión resuelve que el <i>rider</i> (chofer) no es un contratista y ordena a la empresa que le abone US\$15 000 en compensación por el despido injustificado. Señala que la correcta calificación de la relación entre las partes es laboral. El demandante no tenía una actividad comercial o negocio propio, o a su propio nombre; en lugar de eso, estaba trabajando en el negocio del demandado como parte del mismo. El trabajo del demandante se integró en el negocio del demandado y no en una operación independiente. El solicitante, a pesar del intento de crear la existencia de un acuerdo de contratista independiente, se involucró en un trabajo como conductor de reparto de Foodora, como trabajador de Foodora.
Brasil	33. ^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte	13/2/2017. Caso Uber: ¹⁷ se reconoce relación laboral entre el chofer de Uber, entre otras razones, debido a que la empresa ejerció en la práctica control sobre la forma en que los servicios eran prestados, como la entrega de dulces o agua a los pasajeros, la manera de vestir o el comportamiento, los cuales, si bien no eran obligatorios, resultaban esenciales para que el chofer recibiera buenas calificaciones y se mantuviera como «colaborador» con acceso a la plataforma. Inclusive los choferes están prohibidos de brindarles una tarjeta a los pasajeros, pues ello constituye una infracción seria que genera el bloqueo del conductor. Otro tema relevante es que la compañía establece que el rechazo de varios servicios genera el bloqueo del conductor por un tiempo determinado.
		Inclusive si el ratio de aceptación de servicios es inferior al 80 %, se establecen bloqueos progresivos desde 10 minutos a 12 horas.
Brasil	42. ^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte	12/6/2017. Caso Uber: el chofer no tiene clientes propios. Estos pertenecen a la empresa inclusive después del servicio. Los choferes no tienen la libertad de escoger a qué cliente se va a atender, pudiendo solamente aceptar o rechazar al cliente que la compañía indique.

16 Foodora es un servicio de reparto de comida por aplicativo que opera en diversos países del mundo (Alemania, Italia, Estados Unidos de América, Canadá, entre otros). El cliente hace su pedido mediante una aplicación en su teléfono inteligente y una persona en bicicleta le lleva la comida a su domicilio. Competencia de Uber Eats y Deliveroo. De acuerdo con noticias, Foodora cerraría sus operaciones en Australia. <https://www.abc.net.au/news/2018-08-02/foodora-pulls-out-of-australia/10066964>.

17 Uber Technologies Inc. es una empresa internacional que proporciona a sus clientes vehículos de transporte con conductor (VTC), a través de su software de aplicación móvil (app), que conecta los pasajeros con los conductores de vehículos registrados en su servicio, los cuales ofrecen un servicio de transporte a particulares. La empresa organiza recogidas en cientos de ciudades de todo el mundo y tiene su sede en San Francisco (California).

País	Órgano judicial	Caso
España	Juzgado de lo Social número 1 de Gijón ¹⁸	20/2/2019. Caso Glovo: ¹⁹ el Juzgado señala textualmente que: «[...] encontramos numerosas notas que nos ponen de manifiesto que entre los “glovers” y la empresa existe una verdadera sumisión o dependencia: existen órdenes de trabajo y procesos estandarizados de llevar a cabo el mismo que suponen que el trabajador no cuenta con la libertad propia del trabajador autónomo. Así, la fijación de una jornada de trabajo, de unos días de descanso, la previsión de casos de suspensión de la prestación de servicios. Resulta llamativa la pretendida libertad en la elección de horas o franjas horarias, que depende de un sistema de puntuación que hace que el trabajador tenga que plegarse a las exigencias empresariales si quiere configurar un horario que resulte rentable. Ello hace que la flexibilidad laboral que pretende hacer ver la empresa se convierta en una manera de hacer competir a los repartidores para lograr las mejores horas que ya no son las más compatibles con su vida personal, sino las que la empresa considera más rentables o de alta demanda.
		Existe un control de la realización del trabajo por los repartidores, no directo, sino a través de la propia aplicación y de sistemas de localización. Este control sirve para fijar la retribución y para repartir los servicios entre los distintos repartidores basándose en criterios de eficiencia empresarial. Otro indicio claro de esta sujeción al poder del empresario es la existencia de un régimen disciplinario».
España	Juzgado de lo Social número 33 de Madrid ²⁰	11/2/2019. Caso Glovo: ²¹ el pronunciamiento judicial señala que el repartidor se integra en la plataforma, recibiendo desde ella las ofertas de servicios seleccionadas previamente por Glovo. Esta mantiene un control completo de la actividad, pues informa a los clientes la ubicación del repartidor, para quien ha fijado reglas y luego es evaluado. «En este contexto las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, ya que GLOVOAPP23 SL cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado». Añade el Juzgado que el repartidor no puede realizar su tarea si se aparta de la plataforma digital, toda vez que si decide realizar esta actividad por cuenta propia estaría condenado al fracaso.

18 Se puede acceder a la sentencia en la siguiente dirección: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8685377&links=glovo&optimize=20190307&publicinterface=true>. Acceso el 12 de marzo de 2019.

19 Glovo es una empresa española fundada en Barcelona en 2015. Es un servicio a pedido que compra, recoge y entrega todo lo que se solicita a través de la aplicación. El servicio se lleva a cabo en menos de una hora por mensajeros independientes, llamados *glovers*.

20 Recuperado el 12/03/2019 de <https://ignasibeltran.com/2019/02/18/riders-de-glovo-trabajadores-o-trades-hasta-que-punto-estamos-apegados-a-nuestras-ideas/>

21 Véase nota 19.

País	Órgano judicial	Caso
España	Juzgado de lo Social número 6 de Valencia	<p>1/6/2018. Caso Deliveroo:²² la decisión sostiene que los servicios prestados a través de la plataforma describen una relación subordinada. Se presentan en el supuesto concreto las notas características de la relación de trabajo, ya que la prestación de servicios del «<i>rider</i>» a favor de la plataforma presenta rasgos que son solo concebibles en el trabajo dependiente.</p> <p>Para el juez existe dependencia puesto que la empresa demandada impartía instrucciones al repartidor y estableció unilateralmente las condiciones de su actividad. Explica que este debía descargarse la <i>app</i> (software informático) en su teléfono móvil y utilizarla para llevar a cabo sus servicios. Igualmente, Deliveroo establecía cómo debía efectuarse el reparto. Así, fijaba los tiempos de entrega y la forma de comportamiento. Y tenía siempre geolocalizador al <i>rider</i> («[...] a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto, siendo la empresa la que decidía en cada momento sobre los repartos a realizar y la efectiva asignación de los mismos»). Por último, el horario laboral también reflejaba la dependencia. Es cierto que el trabajador podía elegir las franjas de trabajo, pero siempre dentro de los límites contractualmente fijados, y era la plataforma colaborativa la que finalmente dictaminaba cuándo iban a prestarse los servicios.</p>
		<p>Segundo, «era la empresa la que decidía el precio de los servicios realizados por el trabajador, que este percibía con independencia del cobro por parte de la empresa, y tras la elaboración por parte de esta de la factura correspondiente». Asimismo, era Deliveroo quien imponía el precio del producto en relación al cliente final y lo cobraba a través de la aplicación. Los repartidores no podían percibir ninguna cantidad en metálico, excepto las propinas.</p> <p>Se añaden dos argumentos más: por un lado, el repartidor carecía de organización empresarial; aunque aportaba su bicicleta y teléfono móvil, la plataforma virtual a través de la que se organizaba y prestaba el servicio era de Deliveroo; por otro, «[...] los trabajadores eran “la imagen de la compañía de cara al cliente”».</p>
España	Juzgado de lo Social número 11 de Barcelona	<p>29/5/2018. Caso Take Eat Easy:²³ la decisión sostiene que los servicios prestados a través de la plataforma describen una relación subordinada. Los demandantes han llevado a cabo su actividad dentro de una relación laboral bajo el control del empleador, sometidos a una jornada laboral, planificando una licencia anual y percibiendo algunas cantidades que solo pueden clasificarse como salario, utilizando mochilas y terminales móviles otorgados por la empresa.</p>

22 Deliveroo es una compañía británica de entrega rápida de comida, con operaciones en Reino Unido, Países Bajos, Francia, Alemania, Bélgica, Irlanda, España, Italia, Australia, Singapur, Emiratos Árabes Unidos y China. Fue fundada en Londres en 2013 por Will Shu y Greg Orlowski. Los pedidos se hacen a través de su sitio web y sus colaboradores utilizan la bicicleta o el ciclomotor para recoger los pedidos de bares y restaurantes y entregarlos a los clientes.

23 Take Eat Easy es una plataforma de entrega de comida a domicilio. La misma geolocaliza al usuario y ofrece el catálogo de restaurantes disponibles en la zona. El repartidor emplea la bicicleta como medio de transporte. A mediados de 2016 la compañía anunció su cierre.

País	Órgano judicial	Caso
Francia	Cour d'appel de Paris	13/12/2017. Caso Le Cab: se declaró la condición de trabajador de un conductor registrado como trabajador por cuenta propia. El conductor estaba sujeto a un solo empleador y, además, «no tenía influencia ni poder de decisión sobre la política de tarifas que se le impuso», y, por lo tanto, debe trabajar «solo con los medios técnicos que tenía, [...], no tenía control sobre el momento de la actividad y era parte integral de un servicio organizado bajo el nombre de LeCab sin ninguna iniciativa real de él». La decisión entiende que la empresa no tenía «ningún otro propósito que el de crear artificialmente una apariencia de colaboración entre un proveedor de servicios y un trabajador por cuenta propia y, en última instancia, disfrazar la realidad que de otro modo conduciría a una relación de empleo remunerado».
Francia	Cour de Cassation	28/11/2018. Caso Take Eat Easy: la Corte revisa los criterios de la decisión de la Cour d'appel de Paris del 20 de abril de 2017. Sostiene que la subordinación se caracteriza por el desempeño del trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene el poder de emitir órdenes y directivas, supervisar su ejecución y castigar las fallas de su subordinado. La Cour d'appel de Paris viola el código laboral al sostener que un conductor no justifica un contrato de trabajo, mientras que la aplicación estaba equipada con un sistema de seguimiento geográfico que permite a la compañía monitorear la posición del conductor en tiempo real y registrar el número total de kilómetros recorridos. Asimismo, se indica que la empresa tenía poder sancionador.
Reino Unido	Supreme Court United Kingdom	13/6/2018. Caso Pimlico Plumbers Ltd. & Anor v Smith: el tribunal claramente tenía derecho a sostener que la característica dominante de los contratos del Sr. Smith con Pimlico era una obligación de desempeño personal. En la medida en que su facilidad para nombrar un sustituto fue producto de un derecho contractual, su limitación fue significativa: el sustituto tenía que provenir de las filas de los operativos de Pimlico, en otras palabras, de aquellos vinculados a Pimlico por un conjunto idéntico de obligaciones pasadas. Cabe señalar que la Corte de Apelaciones (10/2/2017) declaró que un plomero que realizaba trabajos en las casas de los clientes también tenía que ser calificado como un «trabajador». El Sr. Smith (plomero) estaba obligado por contrato a hacer un número mínimo de horas de trabajo por semana. Inclusive el plomero empleaba furgonetas con el logotipo de PP.
Reino Unido	Court of Appeal	10/11/2017. Caso Aslam vs. Uber: confirma la decisión del Tribunal de Empleo de Londres. Este Tribunal, el 28/10/2016, consideró que, dado que la aplicación está activa y se encuentra dentro del territorio en el que el conductor está autorizado para trabajar y está disponible para aceptar pedidos, se puede afirmar que, siempre que se cumplan estas condiciones, puede ser clasificado como trabajador.

País	Órgano judicial	Caso
		Y, en términos de tiempo de trabajo, entiende que comienza tan pronto como el conductor está dentro de ese territorio, tiene la aplicación conectada y está listo y dispuesto a aceptar tareas de viaje; y termina tan pronto como una o más de estas condiciones dejan de cumplirse.
Reino Unido	Court of Appeal	5/1/2017. Caso Ms M. Dewhurst v. Citysprint UK Ltd. ²⁴ ha declarado que el conductor (<i>rider</i>) también debe ser calificado como «trabajador». Ante el argumento de la compañía de que su servicio puede ser reemplazado por otra persona por decisión del propio conductor, el Tribunal señala que aunque es cierto que en ciertas circunstancias los conductores y asistentes pueden ser reemplazados, en realidad no parece que esto se admite en el caso de los <i>riders</i> . Agrega que, en cualquier caso, todos, incluido un empleado, pueden, en circunstancias inesperadas, pedirle a alguien que lo ayude, pero eso no cambia la naturaleza fundamental de la relación laboral. En opinión del Tribunal, la prueba legal no es si existe una cláusula de sustitución válida, sino si el demandante fue contratado personalmente para llevar a cabo el trabajo.
Estados Unidos de América	United States District Court Northern District of California	11/3/2015. Caso O'Connor v. Uber Technologies, Inc.: considera que existe una relación laboral basándose en elementos como el control de la empresa (en la calificación y selección de conductores) y una prueba de «realidades económicas» basada en los siguientes factores (que «no deben considerarse de forma aislada»): «1) En qué medida el servicio prestado es una parte integral del negocio del empleador; 2) La oportunidad del empleado para obtener ganancias o pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; 3) Las inversiones del empleador o empleado; 4) Si el trabajo realizado requiere habilidades especiales e iniciativa; 5) El grado de permanencia de la relación; y 6) El grado de control ejercido o utilizado por el empleador».
Estados Unidos de América	United States District Court Northern District of California	11/3/2015. Caso Cotter v. Lyft. ²⁵ resuelto en términos similares del caso previo.
Estados Unidos de América	California Labor Commissioner	16/6/2015. Berwick v. Uber Technologies Inc.: se rechaza la condición de autoempleados para los choferes.

24 CitySprint (UK) Limited proporciona servicios de mensajería y logística a clientes en el Reino Unido e internacionalmente. La compañía ofrece servicios de mensajería como el reparto el mismo día, mensajería segura de datos, mensajería prioritaria y gestión de contratos; servicios logísticos, como logística en el mismo día, durante la noche, muestras para la distribución de pruebas, mensajería de múltiples envíos, transporte especializado, mensajería técnica, diseño de soluciones logísticas, distribución de piezas y soluciones de documentos.

25 Lyft es un servicio de transporte en auto para viajeros. El cliente instala una aplicación y, cuando quiere ser recogido, pulsa un botón. Un conductor cercano recibirá la notificación y pronto un coche con un enorme bigote aparecerá frente a él. Muy parecido al servicio que presta Uber.

Relación autónoma

País	Órgano judicial	Caso
Australia	Fair Work Commission	21/12/2017. Mr. Mr Michail Kaseris v. Rasier Pacific V.O.F.: afrontando el despido de un conductor a través de su desactivación de la plataforma como resultado de una baja evaluación, declara que no deben ser clasificados como «trabajadores». Especialmente, entre otras razones, porque el conductor tiene el control total sobre la forma para proporcionar el servicio y porque él debe proporcionar su propio vehículo, un <i>smartphone</i> y un plan de datos inalámbricos. También entiende que, sin ellos, el conductor no podía proporcionar servicios de transporte del tipo que se prestan; agregando que el conductor asumió plenamente el costo del seguro del vehículo, el cual no llevaba ni uniforme ni logotipos de la empresa. Por otro lado, aunque la plataforma establece las tarifas, incluyendo los honorarios mínimos por viaje y el incremento de los precios, en la opinión de la FWC no son factores abrumadoramente «fuertes».
Brasil	37. ^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte	30/10/2017. Caso Uber: la subordinación no está definida por la necesidad del conductor de estar bien evaluado para permanecer activo en la plataforma. La empresa no tiene interferencia en la evaluación realizada por los usuarios de la plataforma y, por lo tanto, es un riesgo asumido por ambas partes contratantes.
Brasil	43. ^a Vara do Trabalho de Belo Horizonte	20/7/2017. Caso Uber: la aplicación establece un vínculo entre el cliente y el conductor y no distorsiona su autonomía.
Chile	Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago	14/7/2016. Caso Thomson con Uber Chile Spa: los choferes tienen absoluta libertad para conectarse o desconectarse del sistema, así como para aceptar o no la solicitud. Hay bonos o incentivos para los conductores que se conectan en fechas clave, que no califican como una relación laboral.
España	Juzgado de lo Social número 17 de Madrid ²⁶	11/1/2019. Caso Glovo: ²⁷ el pronunciamiento judicial señala que el conductor tenía libertad para determinar el servicio durante el que prestaría servicios, fijando los días, empleando un vehículo propio, eligiendo itinerario, asumiendo el riesgo, no estando sometido a poder disciplinario; contaba con libertad de aceptar el servicio, no era exclusivo, la factura dependía de los pedidos, etcétera. Estos indicios evidencian para el Juzgado la ausencia de relación laboral.

26 Información tomada de <https://ignasibeltran.com/2019/02/18/riders-de-glovo-trabajadores-o-trades-hasta-que-punto-estamos-apegados-a-nuestras-ideas/>. Acceso el 12.03.2019.

27 Véase nota 19.

País	Órgano judicial	Caso
España	Juzgado de lo Social número 39 de Madrid	3/9/2018. Glovo: ²⁸ el conductor (<i>rider</i>) no es considerado como un trabajador porque tiene el control total sobre su actividad. Elige las órdenes que le interesaron y rechaza las que no quería, decide libremente la ruta a seguir al destino, no tiene la obligación de iniciar o finalizar sus servicios en un momento determinado, la compañía no impuso el tipo ni la cantidad de órdenes. El geolocalizador GPS no es un instrumento de control de la Compañía, sino la forma de contar el kilometraje para su pago posterior.
Francia	Cour d'appel de Paris	20/4/2017. Caso Take Eat Easy: afirma que los <i>riders</i> de la plataforma Take Eat Easy no pueden ser clasificados como trabajadores porque, en esencia, el proveedor del servicio se limita a proporcionar una caja isotérmica, el mensajero tiene una amplia libertad para elegir cuándo quiere trabajar (sin tener que proporcionar una justificación) y porque aunque a primera vista la existencia de advertencias («huelgas») dependiendo de la prestación del servicio podría sugerir la existencia de un poder disciplinario, esto no es suficiente para caracterizar la relación como subordinación. Sin embargo, estos criterios han sido revisados por la decisión de la Cour de Cassation del 28 de noviembre de 2018 (ver arriba).
Francia	Cour d'appel de Paris	9/11/2017. Caso Deliveroo: en términos similares al caso Take Eat Easy.
Francia	Conseil de Prud'hommes de Paris	29/1/2018. Florian Ménard vs. SAS Uber France, Uber B V: niega el estatus de asalariado a un conductor porque «la Compañía UBER no controla las horas de trabajo de los conductores de vehículos de pasajeros y estos conductores no tienen ninguna obligación de presencia o duración de la conexión». Además, el conductor, propietario del vehículo, tenía libertad para trabajar de acuerdo con los horarios y los días que le convenían; y no está bajo la obligación de presencia o duración de la conexión, pudiendo desconectarse cuando lo considere conveniente. Así que «esta total libertad de organización de la que disfrutó el señor Ménard ya crea un obstáculo para reconocer un contrato de trabajo».
Italia	Tribunale Ordinario di Torino	7/5/2018. Caso Foodora: señala que los transportistas de entrega son contratistas por cuenta propia.
Reino Unido	High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court	5/12/2018. Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo: los derechos humanos de los corredores no habían sido violados y los ciclistas no estaban en una «relación laboral» en el contexto de la legislación europea de derechos humanos. Confirma la decisión del Comité Central de Arbitraje.

²⁸ Glovo es una empresa española fundada en Barcelona en 2015. Es un servicio a pedido que compra, recoge y entrega todo lo que se solicita a través de la aplicación. El servicio se lleva a cabo en menos de una hora por mensajeros independientes, llamados Glovers.

País	Órgano judicial	Caso
Reino Unido	Central Arbitration Committee	14/11/2017. Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo: declara el carácter personal del servicio en relación con una reclamación sindical colectiva. En este caso, como resultado de los cambios contractuales por parte de Deliveroo, que permiten las sustituciones de los repartidores antes o después de haber aceptado una asignación, el CAC ha decidido en contra de la naturaleza laboral del trabajo porque este poder de sustitución establece una dificultad central e insuperable de reconocer la condición de trabajador. A su vez, la cuestión del uniforme o los logotipos de la aplicación también adquiere relevancia para negar la naturaleza del empleo.
Estados Unidos de Nort de América	United States District Court Northern District of California	8/2/2018. Raef Lawson v. Grubhub, Inc.: el demandante es de hecho un contratista independiente mientras conduce y entrega alimentos para Grubhub: «Después de considerar todos los factores, el Tribunal considera que Grubhub ha satisfecho su carga de demostrar que el Sr. Lawson fue calificado adecuadamente como contratista independiente. Si bien algunos factores pesan a favor de una relación laboral, la falta de Grubhub de todo el control necesario sobre el trabajo del Sr. Lawson, incluida la forma en que realizó las entregas e incluso si, o durante cuánto tiempo, junto con otros factores persuaden al Tribunal de que la clasificación del contratista era adecuada para el Sr. Lawson durante su breve permanencia con Grubhub.
Estados Unidos de ANorAmérica	United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania	11/4/2018. Razak v. Uber Black: los conductores del servicio Uber Black son contratistas independientes y no empleados de la compañía. Especialmente porque el hecho de que «Uber ejerce cierto control cuando los conductores están en línea no los convierte en empleados»; por lo tanto, en este caso, «el derecho del presunto empleador a controlar la manera en que se debe realizar el trabajo» pesa mucho a favor del estado de «contratista independiente». Por otro lado, el hecho de que los conductores tengan la oportunidad de elegir una mayor ganancia al no aceptar solicitudes de viaje, significa que «tenían la libertad de ganar dinero en otro lugar» (incluso mientras permanecen activamente en línea en la aplicación Uber). Por lo tanto, «estos hechos indican claramente que [ellos] son contratistas independientes que persiguen sus propias oportunidades empresariales en busca de ganancias». Y los hechos que «deben comprar (o arrendar) sus propios vehículos costosos» y que «no hay permanencia de la relación de trabajo en absoluto, a menos que el conductor lo desee» refuerzan esta conclusión.

3. Conclusiones

Es evidente que este nuevo modelo de negocio que efectúan las plataformas de servicios cuestiona los paradigmas clásicos, y quizá los no tan clásicos, del derecho del trabajo, dándole validez a aquellas posiciones a favor de la exclusión de las mismas de su ámbito de aplicación. Resulta necesario que los trabajadores autónomos que operan bajo demanda en distintas plataformas de servicios cuenten con «un encaje jurídico que decida si son empleados por cuenta ajena o propia, y que regule sus condiciones, protección y derechos fundamentales».²⁹

La regulación que se proponga debe orientarse a la protección de estas personas, pues su situación no es semejante a la de un autónomo en sentido estricto ni tampoco a la de un trabajador subordinado. Entonces no será viable extender, en automático, el manto protector del derecho laboral a dicha prestación de servicios *sui generis*.

Pero ¿qué ocurrirá en tanto dicha legislación no sea emitida? Creemos que, si del análisis objetivo y razonado de una determinada prestación de servicios a través de una plataforma digital se advierte la existencia de indicios de laboralidad, se podrá considerar al autónomo como subordinado. Será necesario que la autoridad que se pronuncie al respecto conozca con detalle la manera como opera la plataforma para poder emitir un juicio de valor objetivo, que analice los presuntos indicios en el contexto del modelo de negocios concreto y que también estudie rigurosamente las pruebas aportadas por las partes. No debe emitirse opinión con base en prejuicios ni en orientaciones subjetivas, sino en lo aportado o detectado en el caso específico.

El *crowdwork offline* específico es una realidad en nuestro país, por lo que resulta importante tomar medidas legislativas y regularlo pronto pues seguramente la litigiosidad imperante en nuestro medio generará resoluciones judiciales o inspecciones laborales cuyas conclusiones estarán limitadas entre dos opciones para calificar a los proveedores de servicios a través de las mencionadas plataformas: como autónomos o subordinados; cuando, como vimos, puede existir una vía adicional.

29 Declaraciones de la profesora Anna Gines, impulsora del Instituto de Estudios Laborales de Esade Madrid, en la sesión «El Trabajo en plataformas digitales: retos y oportunidades», llevada a cabo el martes 30 de octubre de 2018 en Esade Madrid. Recuperado el 29/12/2018: <https://confilegal.com/20181031-las-relaciones-laborales-de-las-plataformas-digitales-buscan-un-marco-juridico/>

Referencias

Coriat, B. (1994). *Los desafíos de la competitividad*. Buenos Aires: Asociación Trabajo y Sociedad. Editorial Eudeba.

Del Rey Guanter, S., & Gala Durán, C. (2000). Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia. *Relaciones laborales, revista crítica de teoría y práctica*, (1).

Ermida Uriarte, O., & Hernández Álvarez, O. (2002). Crítica de la subordinación. *Ius et Veritas*, 25. Lima: PUCP.

Sanguineti Raymond, W. (1997). *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. Lima: Ara Editores.

Sanguineti Raymond, W. (2000). *El contrato de locación de servicios. Frente al derecho civil y al derecho del trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica.

Todoli Signes, A. (2015, diciembre). El impacto de la «Uber Economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo (Uber economy impact on the industrial relationships: the effect of the virtual platforms on the employment contract concept). *IUS Labor*; (3). Recuperado el 28/12/2018 de <https://ssrn.com/abstract=2705538>

Todoli Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo Blanch.

La intimidad del trabajador en el marco de las nuevas innovaciones tecnológicas: tensiones comunes

Roberto Matallana Ruiz
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP

1. Introducción

No es difícil identificar en nuestro entorno la gran expansión, tanto cuantitativa como cualitativa, de la tecnología de información y comunicación, un avance que se produce cada vez con una mayor aceleración, rebasando así las expectativas que se podían haber tenido hace un siglo. En efecto, solo hace 50 años aproximadamente salieron al mercado la primera generación de computadoras comerciales, hecho que significó un cambio de paradigma al facilitar el tratamiento de información a través de uso de programas y pasar del cálculo analógico al cálculo digital. Luego, con la introducción de la Internet y la masificación del uso de teléfonos móviles y tabletas, se han abierto una serie de posibilidades que rompen los límites espaciales y temporales a los que nos encontrábamos afincados antes de contar con todos estos avances electrónicos.

Pero los cambios no solo se hacen patentes en el uso de nuevos y sofisticados dispositivos, pues también está cambiando nuestra mentalidad sobre qué somos y cómo orientarnos en el mundo. Lejos de la visión pesimista que no ve con buenos ojos estos acontecimientos, queda claro que la tecnología influye en el desarrollo de la sociedad. Con ella hemos logrado optimizar muchas de las tareas que realizábamos de manera cotidiana, reduciendo el tiempo y abaratando costos de transacción. Pero el uso de estos sistemas de procesamiento de información requiere un nuevo tipo conocimiento: ya no es un conocimiento de primer orden (relacionado directamente con hechos y conceptos que sirven de base a la información), sino de segundo orden (que recae en la organización y tratamiento de esa información). Esto exige a todas las personas una continua actualización de conocimiento. Y remarkamos la palabra «exige», porque de la capacidad de adaptación del individuo dependerá su éxito o fracaso en adecuarse a las nuevas expectativas sociales y económicas propias de la era digital.

Esta necesidad de adaptación no es ajena a las empresas, que tienen como finalidad organizar la producción y distribución de bienes y servicios partiendo del binomio capital-trabajo. La tecnología, al obedecer a la lógica de superación, se convierte en un elemento indisoluble en el crecimiento de las corporaciones, al agilizar y hacer más eficaces y eficientes sus procesos; de ese modo, innovación, conectividad y competitividad son términos que actualmente se encuentran vinculados al mundo empresarial. Pero mantenerse en la vanguardia requiere asumir una serie de costos:

una mayor inversión en la adquisición de equipos, gastos en la capacitación para un adecuado uso de estas herramientas y un nuevo sistema de gestión del personal. Es este último campo el que más tensiones ha generado en el derecho, debido a que no pocos conflictos se han producido al tener que fijarse los parámetros sobre el uso de celulares o correos electrónicos brindados por la compañía, la limitación del acceso a Internet dentro de la jornada de trabajo, la presencia de cámaras de vigilancia en ambientes laborales, el uso de sistemas de geolocalización en medios de transporte, entre otros.

Qué duda cabe de que la monitorización de la actividad laboral puede generar tensiones entre el empleador y los trabajadores, por lo que resulta necesario establecer cuáles son los límites de la potestad fiscalizadora del empleador para no afectar los derechos de los trabajadores, entre ellos el derecho a la intimidad, tema que será abordado en este artículo.

2. Los derechos fundamentales del trabajador

2.1. Los derechos fundamentales desde el nuevo enfoque constitucional

Los derechos fundamentales, en la concepción clásica del constitucionalismo liberal, donde la libertad individual era la base, fueron entendidos como derechos oponibles frente al Estado, imponiéndose así la abstención del poder público y su no injerencia en los ámbitos de libertad de los individuos. Es decir, el Estado debía ser un Estado abstencionista frente a los derechos fundamentales. Tal como indica Blancas (2013, p. 20): «La conducta que se exige al Estado para asegurar la libertad individual es la de abstención, la no injerencia en los ámbitos de libertad reconocidos en favor de la persona».

El constitucionalismo clásico veía al Estado como el único poder capaz de amenazar o vulnerar los derechos fundamentales. No obstante, con el avance las sociedades surgieron nuevas organizaciones sociales (gremiales, religiosas, políticas, empresariales, entre otras) y la relación de los individuos no era ya solo con el Estado, sino también con dichas organizaciones que podían ser capaces también de producir daños a los derechos fundamentales. Así, la vulneración no solo era pasible de configurarse por parte del Estado, sino también por parte de las nuevas organizaciones, configuradas como nuevos centros de poder, incluso de los propios individuos. De esa forma, surgió la necesidad de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares.

Frente al régimen liberal de los derechos fundamentales o constitucionalismo clásico, pronto aparecerían los denominados derechos sociales, caracterizados por la concepción de que no solo basta reconocer en el plano teórico la libertad absoluta del hombre, sino de permitir que dicha libertad pueda ser ejercida también en la práctica: «Se dieron cuenta ya en ese momento de que para poder realizar, efectivamente, ciertos derechos había que propiciar los medios para que los individuos pudieran ejercitarlos. Y ese es el significado de los derechos sociales» (De Vega, 1997, p. 368). Aquí se reconoce un rol activo por parte del Estado, pues mientras

que en la concepción clásica se proclamaba su carácter abstencionista frente a los derechos fundamentales, con el Estado social se pide «intervenir lo más posible para que los individuos puedan gozar de los derechos de una manera efectiva» (De Vega, 1997, p. 369).

El nuevo modelo de Estado surgió con el reconocimiento de los denominados derechos de carácter social, económico y cultural. Así, la constitucionalización de dichos derechos, en la que se encontraba el derecho al trabajo, representó un viraje sobre la concepción liberal de los derechos a una concepción social, en la que el Estado tendría ya no un rol abstencionista, sino uno protagonista.

Actualmente, en las constituciones de los países, dichos derechos se encuentran regulados, y en lo que aquí nos importa, también los derechos laborales. Pues tal como refiere Palomeque (2017), las constituciones del primer momento de la historia no contemplaban los denominados derechos sociales y las relaciones de trabajo, pues solo respondían a una concepción individual, liberal. Solo con el surgimiento del Estado social de derecho aparecerían los derechos laborales.

2.2. Clasificación de los derechos fundamentales de los trabajadores

Los derechos fundamentales de los trabajadores se encuentran divididos en dos grandes grupos: los derechos fundamentales laborales específicos y los derechos laborales fundamentales inespecíficos. Dicha división doctrinaria fue iniciada por el doctor Carlos Palomeque, quien introdujo la categoría de «inespecíficos» para distinguirlos de los derechos constitucionales de contenido puramente laboral (específicos).

2.2.1. Derechos laborales específicos

Se denominan derechos laborales específicos a aquellos derechos reconocidos por las constituciones y que solo pueden ser ejercidos dentro de una relación de trabajo por todos aquellos que tengan la categoría de trabajadores, y que, fuera del ámbito laboral, no tienen razón de ser o no podrían ser ejercidos, pese a su reconocimiento constitucional. Por ejemplo, es imposible imaginar a una persona que no tenga vínculo laboral con una empresa exigiéndole a esta que le otorgue descanso vacacional, pues es sabido que tienen derecho al descanso vacacional solo los trabajadores que tengan vínculo laboral con una empresa.

Estos derechos son definidos como

aquellos cuya titularidad y ejercicio tiene que ver con las relaciones de trabajo, que la Constitución le atribuye a un sujeto de la relación laboral, al trabajador, a los trabajadores, a los sujetos colectivos, de tal manera que, fuera de ahí no cabe la titularidad de ese derecho y que además exige un ejercicio dentro de la relación o de las relaciones laborales. (Palomeque, 2017, p. 13)

El reconocimiento sistemático de los derechos laborales constitucionales en nuestro país se produjo a partir de la Constitución Política de 1979, en la que se contemplaban una serie de derechos conectados directamente con la noción de que el

trabajo es la fuente principal de la riqueza. Tiene por ello este, el trabajo, la naturaleza de un derecho y un deber social, y corresponde al Estado la promoción de las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a las personas la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones (artículo 42).

En dicha Constitución se reconocían, por mencionar solo algunos, los siguientes derechos específicos laborales: a la igualdad de trato, a una remuneración justa, a la jornada ordinaria de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, el derecho a la estabilidad en el trabajo, la preferencia del pago de la remuneración y de los beneficios sociales frente a otras deudas del empleador, derecho a la participación en las utilidades, y los derechos a la sindicación, a la negociación colectiva y a la huelga. Pues, tal como indica Toyama (2015, p. 11): «Cuantitativa y cualitativamente, la Constitución de 1979 ha sido la que mejor ha abordado el tema laboral [...] [la] que trató sin reparos los derechos laborales de los trabajadores, que otorgó un acápite especial al tema del trabajo y lo realizó con sistemática».

Por su parte, la Constitución de 1993, bajo una corriente flexibilizadora, modificó los alcances de algunos derechos laborales y reconoció los siguientes derechos, que pueden ser divididos en individuales y colectivos. Dentro de los primeros encontramos el derecho al contrato de trabajo, a la remuneración, a la jornada laboral y descansos, etcétera; y, dentro de los segundos, a la negociación colectiva, la sindicación y la huelga.

2.2.2. Derechos fundamentales inespecíficos

Las constituciones de los Estados regulan una serie de derechos dentro de los cuales se encuentran los derechos específicamente laborales y aquellos que no tienen dicha naturaleza, dentro de los cuales se encuentran, por ejemplo, el derecho a la libertad, la dignidad, la intimidad, el honor, la imagen, etcétera. En ese sentido, toca formular la siguiente interrogante: ¿si no se encuentran catalogados como laborales, pueden ser ejercidos por los trabajadores dentro de la relación laboral? La respuesta que doctrinariamente se ha dado es que sí. Y ello es completamente acertado, pues los trabajadores, al tener dicha categoría, no se convierten en objetos del trabajo, no pierden su condición de seres humanos. Por tanto, los derechos reconocidos en favor de todas las personas, y que no son específicamente laborales, no se encuentran limitados por el ámbito del trabajo, no pierden eficacia por el solo hecho de encontrarse el trabajador en condición de subordinado.

Por tanto, cuando se habla de derechos laborales inespecíficos, se hace referencia a los «derechos fundamentales compartidos por todas las personas, por todos los ciudadanos, pero que son ejercidos por aquellas personas que se encuentran en una relación de subordinación» (Cortés Carcelén, s.f., p. 60). A decir de Palomeque (2017):

[...] estos son derechos que no son específicamente del trabajador, que son del ciudadano, pero que son ejercidos por el trabajador ciudadano en el seno de la relación laboral. Porque el trabajador, en el seno de la relación laboral, no deja en la puerta de la fábrica o en la puerta de la oficina sus derechos de ciudadano,

los ejerce dentro también [...], no son derechos específicamente laborales pero si son ejercidos por el trabajador en el seno de la relación laboral se convierten en derechos laborales.

O como bien señala Pasco (2012, p. 21):

Son derechos de carácter general, atribuidos a todos los ciudadanos y que son ejercitados por ellos dentro de una relación laboral. Son ciudadanos que, al mismo tiempo y naturalmente son trabajadores y, por lo tanto, esos derechos que en su origen no son estrictamente laborales se convierten en derechos laborales por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se ejercen.

Es decir, son todos aquellos derechos fundamentales reconocidos en favor de todas las personas, y que, al ser ejercidos por los ciudadanos que se encuentran en relación de subordinación con un empleador, valga decir, los trabajadores, se convierten o adquieren la condición de verdaderos derechos laborales.

3. El derecho fundamental a la intimidad

3.1. La intimidad como derecho fundamental inespecífico

Reconocido que dentro del ámbito laboral los trabajadores pueden ejercer también sus derechos que como ciudadanos se les ha reconocido, lo que queda es preguntarnos cuáles son aquellos derechos inespecíficos relevantes en el ámbito del trabajo. Si bien no existe una lista que individualice los derechos fundamentales inespecíficos, a criterio nuestro consideramos, de forma declarativa, que estos son los derechos que tienen especial relevancia en al ámbito de trabajo: derecho a la dignidad, a la igualdad y no discriminación, a la libertad de expresión, libertad de reunión, la libertad de conciencia y de religión, a la intimidad, al honor, la imagen, a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la educación.

3.2. Aceptación de intimidad

La teoría jurídica tradicional considera la intimidad como una manifestación de los derechos de la personalidad, y, en el sistema actual de derechos fundamentales, como expresión del valor de la dignidad humana (Cardona, 1998, p. 109).

Según Benda, citado por Blancas (2013, p. 188), la intimidad consiste en el derecho de toda persona «a rehusar a cualquiera, e incluso al Estado, el acceso a la esfera interna de su persona, esto es, a disponer de una esfera de intimidad no perturbada por nadie». Para Cardona (1998, p. 108), la aceptación más arraigada de intimidad es aquella que la considera como la garantía de que nadie puede sufrir intromisiones o investigaciones no deseadas sobre su vida privada y que, de ser investigado, estas investigaciones no pueden ser divulgadas. Al respecto, se pueden advertir dos ámbitos. Primero, la facultad de impedir su acceso, y, segundo, a oponerse a su divul-

gación ilegítima. Para Bernales (1996, p. 104), la intimidad es el conjunto de hechos y situaciones de la vida propia que pertenecen al ser humano como una reserva no divulgable. Entre otros están sus hábitos privados, sus preferencias, sus relaciones humanas, sus emociones, sus sentimientos, sus secretos, sus características físicas tales como su salud, sus problemas congénitos, sus accidentes y las secuelas consiguientes, etcétera.

De acuerdo con Marcini (2013, p. 185), «el derecho a la intimidad supone el derecho que tiene el sujeto a mantener reservado del conocimiento ajeno un espacio de su vida (ciertas actividades, comportamientos, situaciones, datos o sentimientos)».

La intimidad consiste, por tanto, en la facultad que tiene cada persona de disponer de un espacio que no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado mediante cualquier tipo de intromisiones. Es la facultad que la Constitución le reconoce a una persona para que su vida íntima sea respetada y que sus actos no sean objeto de observación a efectos de que nadie pueda entrometerse en la existencia ajena.

3.3. Diferencias entre intimidad y privacidad

Pasa que a menudo utilizamos indistintamente los conceptos de vida privada e intimidad; no obstante, pese a que ambos tienen el mismo objeto, existe una pequeña diferencia. El concepto de vida privada es genérico, amplio, y engloba todo aquello que no queremos que sea conocido por los demás; se trata de un espacio que protegemos con mayor celo e intensidad, porque lo entendemos como esencial para el desarrollo de nuestra persona. Este espacio se llama intimidad (Rebollo, 2005, p. 73).

La diferencia, entonces, radica en el grado de intensidad con el que protegemos una y la otra, por cuanto la restricción o la no injerencia dependen de la decisión del individuo y de su libertad para elegir qué parte de su vida ha de restringir en su totalidad y qué parte ha de dar a conocer. Aquello que es totalmente restringido ante los demás se llama intimidad, y lo que puede ser conocido por unos cuantos, vida privada.

Así lo ha entendido nuestro Tribunal Constitucional, pues en la STC Nº 06712-2005-HC/TC ha indicado que:

La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas [...].

Finalmente, podemos afirmar que la intimidad es parte de la vida privada, un espacio propio, reservado solo al individuo y que por ningún motivo puede ser ventilada o invadida por terceros.

4. Facultad fiscalizadora del empleador

4.1. El poder directivo del empleador: manifestaciones

El elemento principal del contrato de trabajo, que lo diferencia de otras relaciones jurídicas vecinas, viene representado por la subordinación, que implica la sujeción del trabajador a las disposiciones del empleador. Se afirma así, siguiendo a Cabanellas (1949, p. 197):

[...] el Derecho del Trabajo gobierna el trabajo subordinado, el trabajo dependiente; o sea, las relaciones jurídicas nacidas del cumplimiento de un trabajo por cuenta de otro, cada vez que la ejecución del trabajo se acompaña de una subordinación respecto del patrono o empresario, quien, en su calidad de patrono dentro de la empresa, ostenta el poder de dirigir y orientar las labores del trabajador.

O, como bien refiere De Ferrari (1968, p. 309): «El derecho del trabajo se ocupa exclusivamente del trabajo prestado en estado de subordinación». Y por subordinación se entiende

el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa. (Cabanellas, 1949, p. 201)

Ello implica que la relación de trabajo es una relación jurídica de poder, donde una de las partes (el empleador) goza de ciertas facultades sobre la otra (el trabajador), quien prestará sus servicios según los requerimientos que aquel demande. Queda así justificado que el poder empresarial se apoye en la subordinación.

En virtud de este poder, el empleador goza de ciertas facultades que el ordenamiento jurídico laboral le otorga con la finalidad de que pueda organizar y conducir la empresa; pues, tal como indica Hernández (1997, p. 405): «El poder de dirección reconocido al empleador comprende una pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional».

Las facultades que se derivan del poder de dirección son las siguientes: la facultad normativa, la facultad ordenadora, la facultad de control y vigilancia, la facultad disciplinaria o sancionadora y la facultad de adaptación o variación.

Dentro de nuestra legislación laboral, las facultades del empleador se encuentran reguladas en el artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, donde se establece que:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su 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.

El empleador está facultado para *introducir cambios* o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. (Cursivas añadidas)

Puede observarse que en el citado artículo se reconocen solo cuatro de las cinco facultades anteriormente mencionadas, obviándose mencionar lo que a nuestro criterio es una de las más importantes facultades con las que cuenta el empleador: la facultad fiscalizadora.

Y decimos la más importante porque depende de su ejercicio la verificación del cumplimiento de las labores por parte del trabajador, pues solo a través de la fiscalización se puede comprobar si se está dando o no cumplimiento a las obligaciones contraídas por parte de aquel.

A continuación desarrollamos en qué consiste el poder de fiscalización o control por el empleador.

4.2. La potestad fiscalizadora

Mencionamos líneas arriba que una de las facultades más importantes es la fiscalización, ya que se constituye como una potestad necesaria para verificar el cumplimiento de las órdenes o directivas impartidas por el empleador. Sin esta facultad, la facultad ordenadora y disciplinaria no tendrían razón de ser, pues no habría manera de conocer si los trabajadores están ejecutando o no las órdenes o directivas del empleador, por lo que tampoco sería posible sancionarlo. Ello debido a que es: «una función necesaria que sigue a la función directiva y de mando, y precede a la función disciplinaria; en el sentido de que el poder directivo y de mando no tendrá efecto sin la función fiscalizadora, y esta última se encuentra íntimamente ligada a los demás poderes» (Cabanellas, 1949, p. 207).

Respecto de las facultades de control y vigilancia, Rodríguez (2013, p. 190) expresa que son

aquellas que, incardinadas dentro del poder de dirección y organización del empresario, le permiten a éste adoptar medidas de supervisión o vigilancia de la actividad laboral. Estas medidas quedan justificadas por las propias características de la relación laboral y por la incorporación del trabajador al ámbito organizativo de la empresa que concede al empleador un paralelo poder organizador.

El poder de fiscalización o de vigilancia alcanza a la ejecución material del trabajo y tiende a determinar si el trabajador ha seguido o dado cumplimiento a las instrucciones impartidas para la ejecución de su labor (Cabanellas, 1949, p. 206). He ahí su importancia.

4.3. Formas de fiscalización

El empleador, para asegurarse de que sus trabajadores cumplen con todas las obligaciones a las que se encuentran sujetos, tiene la facultad de desplegar diversos mecanismos, destinados a controlar y vigilar las labores del trabajador. De ese modo, la vigilancia en el lugar de trabajo resulta un método útil para controlar el quehacer diario de los trabajadores. Sin embargo, este poder debe ser usado de forma proporcional y justificada, pues de lo contrario se corre el riesgo de vulnerar los derechos fundamentales, especialmente del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones.

Por tal razón, los empleadores que opten por adecuar a su empresa diversos mecanismos de vigilancia tienen que hacerlo siempre tomado en cuenta las posibles vulneraciones a los derechos del trabajador; pues el carácter subordinado de la relación laboral no implica que no pueda ejercer los derechos fundamentales que como persona se le tiene atribuido. Y ello es así porque, pese a todo, sigue siendo un sujeto de derecho, y su posición de sujeción por ningún motivo hace que pierda dicha condición.

Tal como refirió el Tribunal Constitucional en la STC N° 1058-2004-AA/TC:

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23□ de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *«Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador»*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos. (Cursivas añadidas)

Ahora bien: para hacer efectivo el ejercicio de la facultad de fiscalización o control, el empleador puede recurrir a cualquiera de los siguientes dos mecanismos: vigilancia por personal autorizado y a través de medios electrónicos.

a. La vigilancia por personal autorizado

Esta forma de fiscalización está referida al control de los trabajadores por parte de otros trabajadores: dentro de la empresa, el empleador puede contratar los servicios de cierto personal con la única finalidad de que se encargue de la vigilancia del resto de sus subordinados, cuya función específica es controlar la actividad laboral. Tal es el caso, por ejemplo, de los capataces o supervisores. Este mecanismo no tiene «nada ilícito ni anormal, pues resulta natural que, dentro de la estructura empresarial, existan trabajadores cuya prestación laboral específica consista en vigilar el cumplimiento de la prestación de los demás trabajadores» (Blancas, 2013, p. 199).

No obstante, ello no implica que el empleador no deba de informar sobre la contratación de fiscalizadores. Es necesario comunicar dicha decisión a los trabajadores, para evitar posibles contingencias, como acusaciones de «espionaje» por parte del empleador, aunadas a las consecuencias negativas que esto puede generar en el desenvolvimiento de un buen clima laboral. Tal como afirma Blancas (2013, pp. 199-200):

Al estar integrado en la organización empresarial y tener funciones definidas, quienes ejercen las facultades de control lo hacen públicamente y, por tanto, son conocidos por los trabajadores, de modo tal que estos, al desarrollar su actividad, saben quién los vigila y cuáles son los procedimientos de control que deberán observar. En cambio, el empleo de vigilantes ocultos que no figuran en la estructura de la empresa —desconocidos, por ende, por los trabajadores— se considera un mecanismo lesivo de su dignidad e intimidad.

b. La vigilancia a través de medios electrónicos

La otra forma de fiscalización puede darse a través de las tecnologías de la información y comunicación (comúnmente conocidas como TIC), lo que ha introducido un nuevo paradigma en el proceso de adaptación de la sociedad y los individuos a los nuevos parámetros comunicativos. Las características de la actual sociedad de la información son las siguientes:

- **Cotidianidad:** el uso de las nuevas tecnologías se ha vuelto cotidiano como consecuencia de la necesidad de interconexión, al ser estos medios de comunicación indispensables para aumentar la agilidad y simplicidad en la transmisión de información. Estas herramientas han incidido en la renovación de los esquemas comunicacionales en las empresas donde resulta común que el intercambio de ideas e información se realice de la forma más eficaz y menos onerosa.
- **Accesibilidad:** en las actuales sociedades, la información ha sido recopilada y organizada de tal forma que cualquier persona puede acceder a la misma desde cualquier lugar del mundo y en cualquier momento. De esa manera, la información de naturaleza reservada requiere de sistemas sofisticados de protección que impidan que personas ajenas a la empresa (protección extraempresarial) o los mismos trabajadores (protección intraempresarial) puedan realizar un manejo indebido de esta información.
- **Transmisión instantánea y ausencia de barreras:** las barreras comunicativas son percibidas como límites arbitrarios en la actual sociedad de la información. Por eso, hay una marcada tendencia a la eliminación o disminución de esas barreras, teniendo como consecuencia que muchas plataformas provean información gratuita, de manera veloz (e incluso en tiempo real a pesar de la distancia) y donde el papel del consumidor ya no sea solo de espectador y pueda adoptar un papel más activo.

En el ámbito del trabajo, dicha tecnología es utilizada por el empleador como una herramienta necesaria para el tratamiento de información (almacenamiento, recuperación, procesamiento y envío), así como para mejorar su sistema de vigilancia. La introducción de este nuevo esquema de regular las relaciones laborales ha modificado totalmente la realidad productiva, permitiendo un mejor y más sencillo control de los procesos, rebasando las antiguas barreras de tiempo y espacio. En efecto, el empleador puede disponer el uso o la instalación de mecanismos electrónicos de vigilancia: uso de cámaras de video-vigilancia, verificación de los correos electrónicos, de los servidores web, uso de sistema de posicionamiento global (GPS), entre otros.

De usarse cualquiera de los mecanismos, el empleador tendrá que informar a los trabajadores que serán sujetos de fiscalización, pues así estos sabrán que están siendo vigilados y evitarán en todo momento ventilar o mencionar aspectos íntimos o privados. Este deber de información garantiza que los trabajadores, más adelante, no denuncien la vulneración de sus derechos a la intimidad y a la reserva de sus comunicaciones, principalmente.

Además de este deber general, hay algunas cuestiones específicas que debe atender el empleador, como las siguientes:

(i) Correo electrónico

En el caso de la fiscalización del correo electrónico del trabajador, se debe tener en cuenta la procedencia del correo (si es personal o si lo otorga la empresa). No hay duda de que sobre el primero el empleador no tiene facultades de acceso, pues al estar dentro de la esfera privada del trabajador, no puede ser objeto de interceptación. En el caso del correo empresarial, entendido como aquel otorgado por el empleador al trabajador, sí es perfectamente posible que el empleador lo fiscalice, previa comunicación al trabajador. De lo contrario, esto es, de no tener conocimiento el trabajador, pese a que se trata del correo empresarial, no podría verificarlo el empleador.

Sobre el acceso al contenido del correo institucional, la Corte Suprema ha indicado, en la Casación Nº 14614-2016 Lima, que constituye un exceso que el empleador señale que es propietario de las cuentas de correo electrónico (*e-mails*) y que se encuentra facultado para revisar su contenido. En opinión de la Corte Suprema, admitir ello sería colisionar con el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores.

Actualmente es política de casi todas las empresas otorgar correos institucionales a sus trabajadores para mejorar el flujo comunicativo. En principio, se podría entender que por haber sido concedidos por el empleador, este estaría facultado para ingresar en los contenidos de dichos correos. No obstante, dicho parecer no es preciso, pues todo depende del conocimiento que tenga el trabajador. Por ejemplo, a través del correo institucional un trabajador mantiene conversaciones sentimentales y un tanto subidas de tono con su pareja, quien también, por cierto, labora en la empresa. El empleador, al enterarse, decide amonestar a los involucrados por hacer uso indebido de los correos otorgados a los trabajadores. En este caso, ¿es legítimo sancionarlos? La respuesta no es categórica; es decir, se les podrá imponer una san-

ción si, en el momento en que se les entregaron las cuenta de correo, el empleador les advirtió que podía revisar los contenidos cuando lo creyera conveniente. Si fue así, los amonestados no podrían alegar vulneración a su intimidad. Pero si tal advertencia no se produjo, estaríamos frente a una vulneración de la intimidad de los trabajadores, y por ende, no podrían ser sancionados.

(ii) Uso de teléfonos

Lo mismo sucede con los teléfonos otorgados a los trabajadores, pues la única forma legítima de interceptarlos o fiscalizar las conversaciones del trabajador será cuando este haya sido debidamente informado de que esto podía ocurrir.

En el caso específico de los teléfonos móviles, es común que para determinadas actividades (ventas, transporte, tramitadores, etcétera) los empleadores otorguen a los trabajadores estos equipos como herramientas de trabajo. Naturalmente, la potestad de fiscalización del empleador es inmediata a través de este instrumento, siempre que se realice dentro del horario de trabajo. Por esa razón, resultará un acto hostil el hecho de que el empleador trate de ejercer esta facultad fuera de esta limitación temporal (por ejemplo, en horario de refrigerio), o incluso cuando el trabajador esté en su domicilio.

(iii) GPS

Otra de las formas de fiscalización es el uso del denominado GPS, dispositivo mediante el cual se puede conocer en tiempo real la ubicación del trabajador. El uso de este mecanismo de fiscalización se viene intensificando, tanto para el control de los conductores como para el de los trabajadores que laboran como vendedores movilizándose por distintos puntos de la ciudad.

Para el caso de los transportistas, la instalación de este dispositivo está justificada no solo por cuestiones de índole laboral, es decir, para verificar si el trabajador está cumpliendo con sus obligaciones contraídas en el contrato de trabajo, sino también como un mecanismo de prevención contra robos o asaltos.

Pero, sea cual fuere el motivo, ¿la implementación de la fiscalización por GPS vulnera la intimidad del trabajador? Creemos que no. Claro, siempre y cuando esté debidamente justificada. Así, por ejemplo, si en el contrato de trabajo de un conductor de transporte interprovincial se pacta que durante el recorrido queda prohibido hacer paradas, salvo en las terminales autorizadas, así como el recojo de pasajeros durante el viaje, la única forma de que el empleador pueda fiscalizar al trabajador sería instalando un GPS que le permita conocer si está cumpliendo o no con la obligación. En este caso, como el empleador no puede acompañar en su recorrido al trabajador, es legítima la utilización del GPS, pues solo así se puede verificar que el conductor está cumpliendo con la cláusula contractual. Además, actualmente ese es el mecanismo más eficiente para el control de las labores de este tipo de trabajadores.

Igual lógica se aplica para el caso de la fiscalización de los trabajadores que, por la naturaleza de sus labores, deben constantemente movilizarse por la ciudad. Es el

caso de los vendedores. En este supuesto sí es factible la utilización del GPS a través de los Smartphone otorgados a los trabajadores. Pero su utilización estará limitada al horario de trabajo, no pudiendo el empleador fiscalizarlo durante su horario de refrigerio, o cuando la jornada de trabajo diaria haya culminado. En estos supuestos, es posible que el trabajador inhabilite desde su teléfono la información de su ubicación, sin merecer por ello una sanción.

En ambos casos, el del conductor y el del vendedor, para evitar contingencias futuras con aquellos trabajadores que puedan alegar que dicho mecanismo de fiscalización vulnera su intimidad, es preciso que, antes de su implementación, los trabajadores conozcan la forma en la que los datos serán recopilados. Y el GPS solo podrá ser usado durante la jornada de trabajo, no antes ni después, ni tampoco en la hora del refrigerio.

4.4. El deber de información y reserva del empleador

Como hemos indicado de forma reiterada, es importante que todos los empleadores informen previamente de los mecanismos de fiscalización que han de adoptar, pues solo así los trabajadores tendrán claras las reglas de fiscalización, siendo así de su entera responsabilidad si, por cualquiera de los medios, decidan exponer asuntos de su intimidad. Si saben que serán supervisados a través del uso de los medios de vigilancia, deben tener sumo cuidado con lo que hagan o digan.

En referencia a este deber de protección de los datos personales de los trabajadores, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en uno de sus repertorios de recomendaciones prácticas, ha indicado ciertos límites a las facultades de control y vigilancia del empleador. Así, ha dispuesto:

El repertorio no prohíbe la vigilancia de los trabajadores, pero fija límites muy claros. La vigilancia debe cumplir con dos condiciones. En primer lugar, solo puede efectuarse si los trabajadores interesados han sido previamente informados acerca de las intenciones del empleador. En consecuencia, antes de que se pongan en marcha las actividades de vigilancia, los trabajadores deben conocer las finalidades de ésta y saber con precisión en qué períodos se efectuará. En segundo lugar, los empleadores no tienen la libertad de elegir el método y los medios de vigilancia que ellos consideren como los mejor adaptados a sus objetivos. Por el contrario, deben tener en cuenta las consecuencias que puede tener la vigilancia respecto de la vida privada de los trabajadores y deben dar preferencia a los medios que tengan los menores efectos en ese plano. (OIT, 1997, p. 21)

Aquí se aprecian ámbitos dentro de los cuales el empleador puede ejercer el poder de fiscalización en la relación laboral. Se establecen dos condiciones: primero, los trabajadores deben ser comunicados de manera oportuna y suficiente sobre los actos de vigilancia, pues ello les permitirá conocer: i) la causa de la vigilancia, ii) la duración y iii) los medios utilizados. En segundo lugar, los empleadores deben tomar en cuenta las consecuencias que pueden traer los mecanismos de vigilancia, razón por la cual han de inclinarse por optar por los menos dañosos para su vida privada.

Si el empleador no observa adecuadamente el deber de información, esto no implica que, de sospecharse alguna falta del trabajador, no pueda accederse a dichos medios. Es posible hacerlo, pero siempre que exista una autorización judicial, para evitar una severa afectación de los derechos a la intimidad y a la reserva de las comunicaciones. Sobre el particular, el magistrado Mesía Ramírez, a través del Exp. N° 03599-2010-PA/TC, ha expresado lo siguiente:

En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución.

5. Tensión entre el derecho a la intimidad y la potestad fiscalizadora del empleador

Los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador pueden, no en pocas ocasiones, entrar en colisión con los poderes directivos del empleador. Tal es el caso, por ejemplo, del ejercicio del derecho a la intimidad del trabajador dentro de la empresa, que colisiona principalmente con la facultad fiscalizadora del empleador.

Líneas arriba indicamos que el ejercicio de la facultad fiscalizadora es indispensable en el devenir de la relación laboral, pues la única forma de acreditar que los trabajadores vienen cumpliendo con todas sus obligaciones y ejecutando las órdenes y directrices del empleador es a través de los mecanismos de vigilancia de las que este se puede valer.

No obstante, el ejercicio de poder controlador no es absoluto, sino que debe ser ejercido dentro de los límites de la razonabilidad y el uso de los diversos mecanismos de vigilancia implementados por el empleador, de modo que ella esté debidamente justificada. Esto implica el respeto y la no vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que la fiscalización del trabajo, en todas sus formas, no debe afectar la intimidad del trabajador.

Dicho límite encuentra fundamento en el artículo 23 de la Constitución Política del Perú, que regula que: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

En esa línea, nuestro Tribunal Constitucional, en la STC N° 1124-2001-AA/TC, ha entendido que:

Si bien aquélla [en alusión a la empresa demandada] dispone de potestades empresariales de dirección y organización y constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de

disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable.

Entonces, es posible reconocer que un primer límite a la facultad fiscalizadora del empleador está representado por los derechos fundamentales del trabajador, y, en nuestro caso, por el derecho fundamental a la intimidad, pues en todo el proceso de fiscalización se debe garantizar la indemnidad de la intimidad del trabajador, y no solo este, sino también su privacidad. Como vimos líneas arriba, intimidad y privacidad no son lo mismo.

Asimismo, la facultad fiscalizadora debe restringirse al ámbito del trabajo y no ir más allá de este, lo que implica que el empleador solo puede controlar aspectos relacionados con la relación laboral y dentro de la jornada y horario de trabajo: como el poder de dirección consiste en el uso adecuado de la fuerza de trabajo destinado a lograr los fines empresariales, dicho poder puede ser ejercido solo durante el tiempo en el que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, no pudiendo extenderse a aspectos ajenos a la actividad laboral. Resulta ilegítimo, entonces, pretender controlar cuestiones no laborales.

6. Conclusiones

- Los derechos fundamentales del trabajador se dividen en específicos e inespecíficos. Los primeros están referidos a los derechos fundamentales propiamente laborales, tales como el salario, las vacaciones, el horario de trabajo, la libertad sindical, la huelga, entre otros. Los segundos se usan para hacer alusión a aquellos derechos fundamentales que no tienen contenido laboral, pero que, al ser ejercidos en el ámbito de trabajo, se convierten en laborales (el derecho a la dignidad, a la libertad de expresión, al honor, a la imagen, a la intimidad, entre otros).
- El derecho a la intimidad se diferencia del derecho a la privacidad en que este último abarca al primero. Ello quiere decir que la privacidad puede ser conocida por el titular del derecho y las personas que él crea convenientes, mientras que la intimidad es el espacio propio, solo conocido por el titular (es más restringido).
- La contrapartida de los derechos fundamentales del trabajador es el poder directivo del empleador, del cual se derivan una serie de facultades (reglamentar, ordenar, controlar, sancionar, variar).
- El uso de los poderes directivos debe estar debidamente razonado y justificado, pues siempre tiene que hacerse dentro de los límites de la legalidad, respetando los derechos constitucionales y legales del trabajador.
- Dentro de dichas facultades se encuentra la denominada facultad fiscalizadora, a través de la cual el empleador se encuentra habilitado para verificar el cum-

plimiento de las labores del personal a su cargo. Esta facultad es una de las más importantes, pues permite constatar que las órdenes del empleador sean cumplidas y, en caso de no ser así, proceder con la sanción. Esta última no podría configurarse sin que se haya constatado el incumplimiento, y eso solo es posible a través de la fiscalización. Esta facultad se restringe al ámbito del trabajo, y no puede abarcar más allá, lo que implica que el empleador solo puede controlar aspectos relacionados con la relación laboral y dentro de la jornada y horario de trabajo.

- Los mecanismos de vigilancia que adopte el empleador deben ser debidamente comunicados a los trabajadores, pues solo así estos sabrán las reglas de fiscalización a las que estarán sujetos y tendrán cuidado de no ventilar aspectos de su vida privada. Si, pese a ello, manifiestan por ejemplo algo íntimo que puede ser captado por alguno de los medios de fiscalización, el trabajador no podrá alegar vulneración a su intimidad, pues desde el principio conocía las implicancias que ello acarrearía. Asimismo, los empleadores deben optar, de entre todas las posibles formas de fiscalización, por aquella que sea menos dañosa de la privacidad e intimidad de los trabajadores.
- Si el empleador no cumple con el deber de informar a los trabajadores sobre las formas de fiscalizar sus labores y tuviera sospechas de que estos están empleando indebidamente los correos institucionales, los servidores web y/o los teléfonos de la empresa, solo podrá acceder al contenido de estos previa autorización judicial. Si, en cambio, actúa de forma unilateral y sin permiso del trabajador, se configura una clara vulneración de la intimidad del trabajador, así como de su derecho a la reserva de las comunicaciones.

Referencias

- Bernales Ballesteros, E. (1996). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS.
- Blancas Bustamante, C. (2013). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. 2.ª edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Cabanellas, G. (1949). *Tratado de derecho laboral. Contrato de trabajo* (vol. II). Buenos Aires: El Gráfico.
- Cardona Rubert, M. B. (1998). El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador. *Ius et Praxis*, 4(2), 107-134. Recuperado el 15 de septiembre de 2018 de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19740207>
- Cortés Carcelén, J. C. (s.f.). Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional. 57-75. Recuperado el 14 de septiembre de 2018 de «Los derechos inespecíficos».
- De Ferrari, F. (1968). *Derecho del trabajo* (vol. II). Buenos Aires: Depalma.
- De Vega, P. (29 de mayo de 1997). El problema de los derechos fundamentales en el Estado social (pp. 365-383). Recuperado el 14 de septiembre de 2018 de dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/261834.pdf
- Hernández Rueda, L. (1997). El poder de dirección de empleador. En De Buen Lozano, N., *Instituciones del derecho del trabajo* (pp. 405-419). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Marcini Burgos, B. (2013). Derecho al honor, buena reputación, intimidad personal y familiar, voz e imagen. Comentario al artículo 2, numeral 7 de la Constitución. En Gutierrez, W., *La Constitución comentada* (tomo I, pp. 181-193). Lima: Gaceta Jurídica.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1997). *Repertorio de recomendaciones. Protección de los datos personales de los trabajadores*. Ginebra. En http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf
- Palomeque López, C. M. (2017). Los derechos del trabajador frente a los actuales paradigmas productivos. Retos del derecho laboral en la denominada «nueva economía». *Soluciones Laborales*, 13-19.
- Pasco Cosmópolis, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 13-26. Recuperado el 13 de septiembre de 2018 de <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42978/44918/>
- Rebollo Delgado, L. (2005). *El derecho fundamental a la intimidad*. 2.ª edición. Madrid: Dykinson.
- Rodríguez Copé, M. L. (2013). Facultades de control empresarial y circuito cerrado de televisión. Poder de dirección. *Temas Laborales*, 121, 189-200. Recuperado el 14 de septiembre de 2018 de http://www.juntadeandalucia.es/empleo/anexos/ccarl/33_1427_3.pdf
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ugarte, J. (2000). El derecho a la intimidad y la relación de trabajo. *Boletín Oficial Dirección del Trabajo*, 1-23. Recuperado el 15 de septiembre de 2018 de http://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-65179_recurso_1.pdf

**PROBLEMÁTICA Y
PROSPECTIVA PARA LA
PROTECCIÓN SOCIAL
EN EL PERÚ**

El dilema del sistema de pensiones peruano: ampliar su baja cobertura y lograr su sostenibilidad

César Gonzales Hunt*

Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP. Magíster en Estudios Avanzados en Seguridad Social en el Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social - Universidad Pablo de Olavide de Sevilla – España

1. Introducción

Es sabido que en la historia de la humanidad se han presentado diversos mecanismos de protección social, pasando por el ahorro individual, la beneficencia, el asistencialismo, el mutualismo, el seguro social, hasta llegar a la seguridad social. En efecto, siguiendo por esquemas más consolidados en cuanto a la integración y participación de distintos individuos, hasta llegar al escenario ideal, conocido como seguridad social, cuyo origen le es atribuible a Sir William Beveridge, quien en 1942 ideó un modelo de previsión social que cubriera a todos los seres humanos por su sola condición de serlo, frente a todos los estados de necesidad que pudieran surgir, es decir, desde la cuna hasta la tumba (Gonzales & Ántola, 2015, p. 116).

Así, Monereo (2001, p. 48) sostiene que la seguridad social es «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». Por ello, afirmamos:

La seguridad social es aquel mecanismo de protección que se llega a consolidar luego de que a lo largo del tiempo se fueron estableciendo medidas de protección para el ser humano, pero de forma dispersa en cuanto su ámbito subjetivo y objetivo. Es así que la seguridad social nace con el propósito de unificarlas, disponiendo un único régimen de protección suficiente, oportuna y adecuada. A su vez, busca cubrir todos los estados de necesidad que el ser humano puede tener a lo largo de su vida, incluso aquellos que no han sido previstos aún. Asimismo, pretende incluir dentro de su ámbito de aplicación a toda persona, sin distinción por el rol que desempeña en la sociedad o sus características particulares, simplemente otorgándole la cobertura necesaria, cuando la requiera, por su sola condición de ser humano. Esto implica, necesariamente, contar con medios que permitan hacer sostenible el sistema que pretende la seguridad social, por lo cual esta cuenta con un patrimonio independiente del Estado, cuyo único objetivo es otorgar la protección que cada individuo requiera para afrontar los riesgos y

* Agradezco a Javier Paitán Martínez, adjunto de docencia del curso Seguridad Social en la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP, por su inestimable apoyo para el desarrollo de este trabajo.

contingencias que se presentan en la vida, en el momento que sea. Básicamente, la financiación de este fondo se conforma por las aportaciones de sus afiliados, quienes, en un modelo ideal, involucran a la totalidad de las personas. (Gonzales & Ántola, 2015, p. 117)

En efecto, como nos enseña Aparicio (2017, p. 478), citando a Sir William Beveridge, la seguridad social no es otra cosa que «la seguridad del individuo, organizada por el Estado, contra los riesgos a que está expuesto el individuo, aun cuando la sociedad se organice de la mejor forma posible». El mismo autor precisa que ello no debe hacer olvidar que la seguridad social es un plan específico y preciso a disposición de todo gobierno nacional que previamente adopte la decisión política de abolir la miseria, cuya puesta en práctica puede exigir, según los casos, medidas técnicas más o menos complejas, pero eso es meramente un «problema administrativo y de ejecución».

De este modo, hemos sostenido que:

En el Perú se han concebido sistemas de seguros sociales antes que de seguridad social, lo que ha generado que se hayan establecido protecciones determinadas y limitadas a un grupo específico de ciudadanos, centralmente a trabajadores y sus derechohabientes: una cobertura parcial; a cargo de dos sistemas de pensiones (uno público y otro privado) con un modelo fragmentando y en constante competencia, e insostenibles en el tiempo, por problemas estructurales y paramétricos internos y externos. No obstante, no podemos dejar de lado que el propósito de los mecanismos de protección social antes mencionados ha sido y es lograr consolidarse como un sistema de seguridad social, por lo que el desarrollo que se debe intentar conseguir a lo largo del tiempo debe encontrarse dirigido hacia una mejora antes que de un retroceso.

En este punto resulta trascendente destacar que la consolidación de uno u otro sistema de pensiones (o de previsión social) parte siempre de una estructura de pilares, a los que hemos conocido como principios. Si bien estamos ante regímenes de protección de diferente configuración y envergadura, no podemos olvidar que el seguro social es el antecedente inmediato de la seguridad social, así como que este último es el modelo al que aspira el primero, motivo por el cual ambos sistemas comparten, en cierto punto, tales cimientos. En otras palabras, las bases que soportan a los seguros sociales serán las mismas bases que, en un estadio superior y conjuntamente con algunas otras, serán las que consoliden a la seguridad social. (Gonzalez & Ántola, 2015, p. 118)

Justamente, los principios de universalidad y solidaridad de la seguridad social, entre otros, han pasado ya desde hace décadas a ser una de las principales preocupaciones de los sistemas de pensiones, al punto de constituirse en uno de sus constantes desafíos y retos y, actualmente, en uno de los más álgidos problemas del sistema de pensiones peruano; siendo que el primer principio está relacionado directamente con el acceso a la cobertura de la protección social en pensiones, mientras que el segundo con la sostenibilidad del sistema de pensiones.

Ahora bien: ¿cuáles son los principales problemas del sistema de pensiones peruano? Entre otros, uno es el de la cobertura, que «se refiere a la proporción de la población de adultos mayores protegida por los sistemas (y, si se trata de un sistema contributivo, a la proporción de adultos jóvenes aportantes)». Y otro es el de la sostenibilidad, que «se remite a la capacidad de la sociedad y el Estado de mantener los sistemas en funcionamiento sin ocasionar mayores inconvenientes en las cuentas fiscales» (Rofman & Lucchetti, 2006, pp. 1-10).

Debido a la problemática de la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones, Cruz-Saco et al. (2014, p. 32) ha señalado que el mismo es un «fracaso», con la siguiente justificación:

Solo una de cada cuatro personas se jubila a través del sistema formal. La tasa de reemplazo, definida como la razón promedio entre la pensión y el ingreso, es cercana al 40% en el sistema privado y menos del 30% en el público. Las comisiones son tan elevadas que la rentabilidad de las AFP es más de cuatro veces la de los fondos que administran desde el 2000. Y, decenas de miles de aportantes a la ONP jamás recibirán pensión alguna.

Estos son los principales problemas de nuestro sistema de pensiones que, en esta oportunidad, serán materia de estudio de este trabajo. Para ello, preliminarmente, se desarrollarán algunas cuestiones previas sobre la institución de la seguridad social en pensiones, los principios de universalidad (cobertura) y solidaridad (sostenibilidad), así como de la arquitectura de nuestro sistema de pensiones. Seguidamente, dando respuesta a la interrogante antes planteada, identificaremos algunos de los factores que inciden negativamente en la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones peruano, con la finalidad de proponer una alternativa de reforma de dicho sistema, para efectos de aumentar la cobertura y lograr su sostenibilidad en el corto, mediano y largo plazo: un dilema (y problema) de nuestro sistema de pensiones.

La problemática de la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones peruano es un tema que debe entrar en la agenda política de todos los gobiernos, y no solo como una política de cada gobierno de turno sino como una política del Estado que debe convocar la participación de todos los actores y sectores de la sociedad involucrados, principalmente de la ciudadanía, por ser los actuales y futuros beneficiarios de las prestaciones de la seguridad social (en salud y en pensiones). Por ello, este trabajo pretende generar el debate y discusión sobre el particular, así como contribuir con algunos planteamientos de posibles reformas y soluciones al sistema de pensiones.

2. Cuestión previa: consideraciones en torno a la seguridad social en pensiones

2.1. La seguridad social como un sistema de protección integral

La seguridad social resulta ser un concepto complejo, en la medida en que se trata de un fenómeno social, económico, político y jurídico. Por lo tanto, pueden existir

una serie de definiciones dependiendo del ángulo desde el cual se le analice, y todas ellas —de una forma u otra— resultarían válidas. Por ejemplo, tomando lo dicho por el tratadista Buffil, citado por Abanto (2013, p. 20), para el ciudadano común la seguridad social es un derecho; para el Estado es una política; para la administración pública, un servicio público; para la economía, un factor para la redistribución de la riqueza; para el derecho, una rama de la ciencia jurídica; etcétera.

De este modo, la seguridad social, como se sostuvo en la Conferencia Internacional de Seguridad Social (1994), trajo consigo la determinación de un objeto específico, «proteger a los ciudadanos ante los riesgos y siniestros (conocidos actualmente como contingencias sociales) que inexorablemente se han de presentar», como los riesgos que «implican acontecimientos de realización incierta que afectan la plenitud de las facultades físicas y mentales de una persona, disminuyen sus recursos económicos o determinan su desaparición», o las contingencias sociales «que inciden sobre las facultades físicas y mentales, siendo las más conocidas la enfermedad, la invalidez, la maternidad,¹ los accidentes de trabajo, la vejez y ciertamente la muerte» (p. 29).

Por ello, la seguridad social, conforme a lo expresado por Alonso y Tortuero (2001, p. 21) y Monereo (2001, p. 48), nace con el propósito de unificarlas, disponiendo un único régimen de protección suficiente, oportuna y adecuada; además de pretender cubrir todos los estados de necesidad que el ser humano puede tener a lo largo de su vida, incluso aquellos que no han sido previstos aún.

En esa misma línea, Almanza (1989, pp. 544-546) nos enseña que la seguridad social pretende incluir en su ámbito de aplicación a toda persona, sin distinción del papel que desempeña en la sociedad o sus características particulares, simplemente otorgándole la cobertura necesaria, cuando la requiera, por su sola condición de ser humano. Esto implica, necesariamente, contar con medios que permitan hacer sostenible el sistema que pretende la seguridad social, por lo cual esta cuenta con un patrimonio independiente del Estado, cuyo único objetivo es otorgar la protección que cada individuo requiera para afrontar los riesgos y contingencias que se presentan en la vida, en el momento que sea. Básicamente, la financiación de este fondo se conforma por las aportaciones de sus afiliados, quienes, en un modelo ideal, involucran a la totalidad de las personas. Sin embargo, otros factores externos a estas cotizaciones, como aportaciones estatales, acciones, derechos y bienes, y sus frutos, intereses y productos, serán elementales para incrementar el patrimonio de la seguridad social.

El sistema de protección social más avanzado de la sociedad y del Estado, esto es, la seguridad social, sigue la evolución de las sociedades y, por ello, sufre constantes evoluciones o modificaciones para adecuarse a las nuevas realidades. Así, además de que la seguridad social y sus componentes constituyan una columna de los derechos humanos fundamentales, es un componente esencial de las sociedades, pues con dicho mecanismo se busca su protección social integral, concibiéndose que «es

1 La maternidad ha sido considerada como un riesgo a lo largo de la vida de una persona, toda vez que representa una doble situación: por un lado, implica la pérdida del ingreso de la mujer que debe dejar de trabajar antes, durante y después del alumbramiento; mientras que, por otro lado, la llegada de un nuevo miembro a la familia implica afrontar gastos adicionales que involucran atención médica, educación, alimentación, vestimenta, entre otros.

un fin mayor el que se pretende con los aspectos institucionales y administrativos que la conforman, el mismo que envuelve al bienestar general» (Gonzales & Ántola, 2015, p. 118). En ese sentido, «se ubica a la seguridad social dentro del concepto de seguridad del ingreso, del sostenimiento de las familias» (Bernedo, 2000, p. 11).

Como ya señalamos, la finalidad de los seguros sociales «es siempre la de consolidarse como un sistema de seguridad social, a fin de conseguir la protección de toda la ciudadanía de la sociedad en todas las etapas de su vida y en los distintos estados de necesidad» (Gonzalez & Ántola, 2015, p. 120); para lo cual se busca su sustento en los principios fundantes o básico del sistema de protección social.

2.2. La pensión como una de las prestaciones económicas más relevantes de la seguridad social

Las principales manifestaciones de la seguridad social son las prestaciones económicas y las prestaciones de salud (Aparicio, 1999, pp. 33 y ss.), siendo que las primeras son conocidas, comúnmente, como las pensiones, que constituyen pagos periódicos o permanentes que se reconocen y otorgan ante la presencia de un riesgo o contingencia social, previo el cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por las leyes sobre la materia. Por ejemplo, si un trabajador se accidenta, se enferma o llega a la vejez, recibirá una pensión de invalidez o de jubilación. Es esta la concepción de protección social integral, a cargo de la seguridad social y del seguro social, regida por los principios de universalidad, solidaridad, entre otros. García (2001, p. 309) precisa:

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 se es trabajador, cuando se es pensionista o cuando se presenten situaciones de inactividad laboral.

Por otra parte, es preciso recalcar que la administración de las pensiones se postula —en teoría, mas no en la práctica— como una de carácter centralizado y vinculado a un sistema único de financiamiento, que se ha de constituir como la expresión práctica del principio de la unidad, característico de la seguridad social.

3. El sistema de pensiones peruano: reparto vs. capitalización individual

3.1. El marco normativo de la seguridad social en pensiones

En un marco más moderno, la seguridad social es entendida como una protección social integral, que busca el bienestar general de la sociedad, identificándose a dicho sistema de protección social como un derecho humano y fundamental en un Estado social y

democrático de derecho. Así, «el derecho a la seguridad social recogido en la Constitución Política del Perú de 1993 es un derecho fundamental social» (Landa, 2010, p. 219).

En efecto, en los artículos 10 y 11 de la Constitución Política de 1993 se reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley, a través de las pensiones y las prestaciones de salud; siendo el Estado el responsable de garantizar el libre acceso de las mismas a través de entidades públicas, privadas o mixtas, y de supervisar su eficaz funcionamiento. Asimismo, el artículo 12 de dicha norma refiere que los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles.

Las pensiones, además de ser una de las principales preocupaciones y manifestaciones de la seguridad social, son aquellas prestaciones económicas que buscan garantizar el bienestar de los trabajadores y sus familiares, así como de la sociedad en general, frente a las contingencias que se puedan presentar a lo largo de la vida. Al margen de estas contingencias (vejez, años de aportes o servicios, accidente, enfermedad, desempleo o muerte), constituye el pago periódico e indeterminado que se otorga a quien se encuentra afiliado a un sistema específico de protección, luego de cumplirse los requisitos que la ley establezca; requisitos referidos a los periodos de afiliación o de aportación, los cuales tenderán a variar de acuerdo con su naturaleza (Abanto, 2008, p. 661). Las pensiones, como se enfatizó anteriormente, se otorgan ante la carencia de una fuente segura de ingresos, esto es, en reemplazo de las remuneraciones.

Por otra parte, en el marco constitucional peruano, el sistema de seguridad social en pensiones responde a un modelo dual o paralelo, pues habilita la existencia de un régimen contributivo de reparto y uno de capitalización individual. De este modo, de acuerdo con los sistemas de organización del gasto, estamos frente a un SNP a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) y a un SPP a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

Ambos modelos están orientados a los trabajadores dependientes y formales, con una cobertura parcial, debido a la configuración actual de nuestro mercado laboral (en el que priman la informalidad, el desempleo y el subempleo), que básicamente se deriva de un sistema de protección social basado en su interdependencia con el derecho del trabajo, que impide y dificulta la inclusión del grupo heterogéneo de la sociedad, conformado por los trabajadores independientes, los desempleados y los de otros sectores rurales o urbanos. Ello también incide en que el sistema de pensiones se encuentre con enormes distorsiones, esto es, sea insostenible en el mediano y largo plazo.

3.2. El sistema de reparto: SNP a cargo de la ONP

El SNP,² regulado por el Decreto Ley N° 19990, del año 1973 y administrado por la ONP, forma parte del sistema de pensiones de reparto, caracterizado fundamental-

2 Es uno de los regímenes de pensiones públicas (que comprende también a los regímenes especiales: mineros, trabajadores de construcción civil, amas de casa, etcétera). Este último también está conformado por el régimen de los funcionarios y servidores públicos, regulado por el Decreto Ley N° 20530; el régimen aplicable a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales, regulado por el Decreto Ley N° 19846; y el régimen de los funcionarios del Servicio Diplomático de la República, regulado por el capítulo IX del Decreto Legislativo N° 894 (vigente desde el año 1996).

mente por brindar protección a los trabajadores dependientes —y sus familiares— de manera obligatoria, autofinanciado por los aportes de estos (13 % de la remuneración), cuya retención está a cargo del empleador, y cuyos fondos no pueden ser destinados a fines distintos de aquellos para los que fueron creados. Se establecen límites a las pensiones (mínima: S/415,00 y máxima: S/857,36). Los trabajadores de hoy financian las pensiones de los jubilados, perdiéndose la individualidad de las contribuciones para su financiamiento (solidaridad intergeneracional); a pesar de dicho financiamiento, se requiere del subsidio del Estado.

Como se puede apreciar, el SNP puede describirse de la siguiente manera:

Es un sistema público en el cual 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. (Vega-Centeno & Remenyi, 1996, p. 375)

3.3. El sistema de capitalización individual: SPP a cargo de las AFP

El SPP, regulado por el Decreto Ley No 25897, del año 1992, forma parte del sistema de capitalización individual, en el cual el afiliado (trabajador estatal y privado) cotiza una contribución definida (13 % de la remuneración, aproximadamente) a una cuenta individual que es administrada por las AFP —empresas privadas bajo la supervisión de la SBS— con el objetivo de acumular un fondo pensionario individual, el que se dispondrá al momento del cese laboral, permitiendo el otorgamiento de las prestaciones de jubilación, invalidez y sobrevivencia (viudez, orfandad y ascendientes). Las pensiones en este sistema se calculan a partir de la suma de las cotizaciones (ahorro) del afiliado, más los rendimientos de las inversiones generados por dicho ahorro.

Al respecto, cabe precisar lo siguiente:

A inicios de la última década del siglo pasado y como consecuencia del deterioro sostenido del SNP, se generó una opción diferente y alternativa sostenible de ahorro en pensiones. Luego de un intento fallido de reforma del sistema previsional³ se creó el SPP, constituido como sociedades anónimas que tiene la función de administrar el fondo de pensiones de cada afiliado, el mismo que es colocado de manera diversificada de acuerdo a los límites establecidos por ley, en instrumentos previamente calificados. (Gonzales, 2008, pp. 278-729)

3 A través del Decreto Legislativo N° 724, que crea el Sistema Privado de Pensiones, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, el 11 de noviembre de 1991. Se lo plantea como complementario del Sistema Nacional de Pensiones administrado por el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS). La iniciativa fracasa en virtud de un contexto político adverso y sus insuficiencias y vacíos. Es derogado por la décimo sexta disposición final del Decreto Ley N° 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.

4. Arquitectura del sistema de pensiones peruano: protección social sin cobertura y sostenibilidad

Según lo señalado por el Informe de la Comisión de Protección Social (2017), denominado «Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo»:

El Perú cuenta, entre otros aspectos, con un modelo pensionario altamente fragmentado y carente de visión integral conformado por dos regímenes contributivos (SNP y SPP) y en constante competencia y un nivel de cobertura bajo y deficiente, producto de un sistema enfocado fundamentalmente en el mercado formal (de trabajadores asalariados), siendo que 28% de la fuerza laboral está afiliada al sistema contributivo de pensiones. (pp. 9-15)

De este modo, en el sistema de pensiones se presentan dos principales problemas y deficiencias, entre otros (fragmentación e inequidad, suficiencia de las pensiones, comisiones y organización industrial, flexibilización excesiva sobre el ahorro previsional): universalidad en la cobertura y sostenibilidad fiscal del sistema. Ambos constituyen principios de la seguridad social.

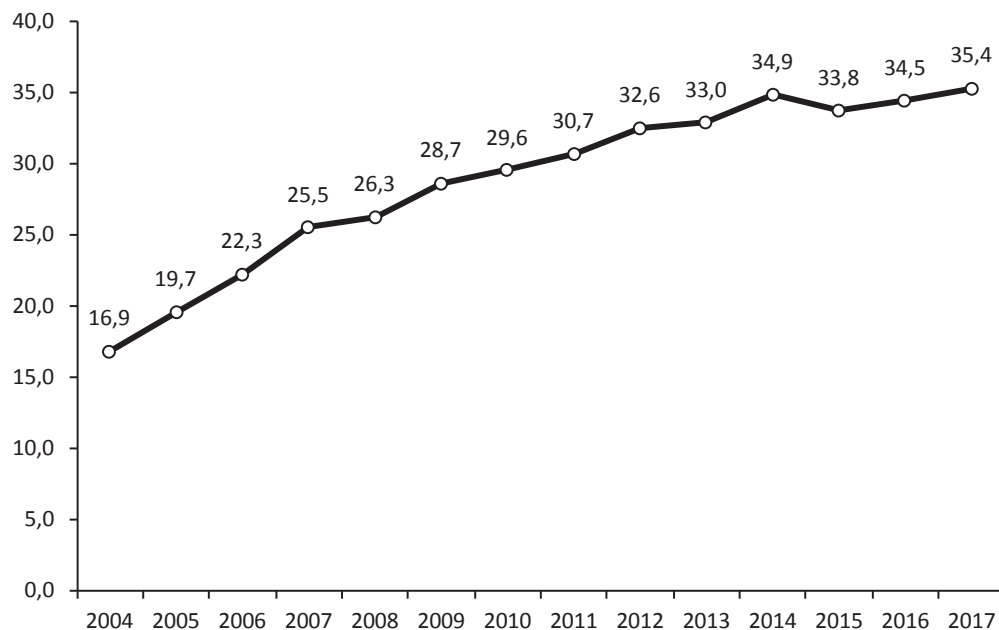
4.1. El problema de la universalidad en la cobertura

La cobertura del sistema de pensiones es un problema de larga data que hasta la fecha ha logrado solo minúsculos logros. Así, en el año 2017 la cobertura previsional de la PEA, por parte del SPP y la ONP, representa una tasa de afiliación del 35,5 % (5 millones 810 mil trabajadores), un incremento de la cobertura de la protección social en pensiones, en comparación a los años anteriores, desde el 2004, como se puede apreciar en el gráfico 1.

Asimismo, en el total de la PEA ocupada afiliada a un sistema de pensiones predomina la afiliación al SPP con el 66,4 % (3 millones 875 mil personas), seguida de los afiliados al Decreto Ley N° 19990, con el 25,5 % (1 millón 666 mil personas); al Decreto Ley N° 20530, con el 1,7 % (96 mil 549 personas), y a otros sistemas de pensiones con el 3,5 % (201 mil 904 personas). No obstante, cabe resaltar que más de la mitad (64 %) no se encuentran protegidos, ya que no perciben ningún tipo de pensión, sea contributiva o no contributiva, representando a un grupo vulnerable con altas probabilidades de caer en situación de pobreza.

«Transcurridos 25 años —muchos más que la vigencia del sistema público—, la realidad nos lleva a algunos de los objetivos que no se han logrado, sobre todo, los objetivos de carácter social que buscaban lograr pensiones mucho mejores que las del SNP» (Rueda, 2017, p. 204), con una mayor protección (cobertura) y financiamiento (sostenibilidad) del sistema de pensiones. Obsérvese en el gráfico 2 el número de afiliados a los dos más importantes sistemas de pensiones en el país. Como en todos los casos nacionales, obsérvese también el número de cotizantes, que son los asegurados o afiliados en actividad, en cada uno de los dos sistemas, pues es necesario clarificar la diferencia entre afiliados y cotizantes.

Gráfico 1
Perú: evolución de la tasa de afiliación a un sistema de pensiones de la PEA ocupada, 2004-2017 (Porcentajes)



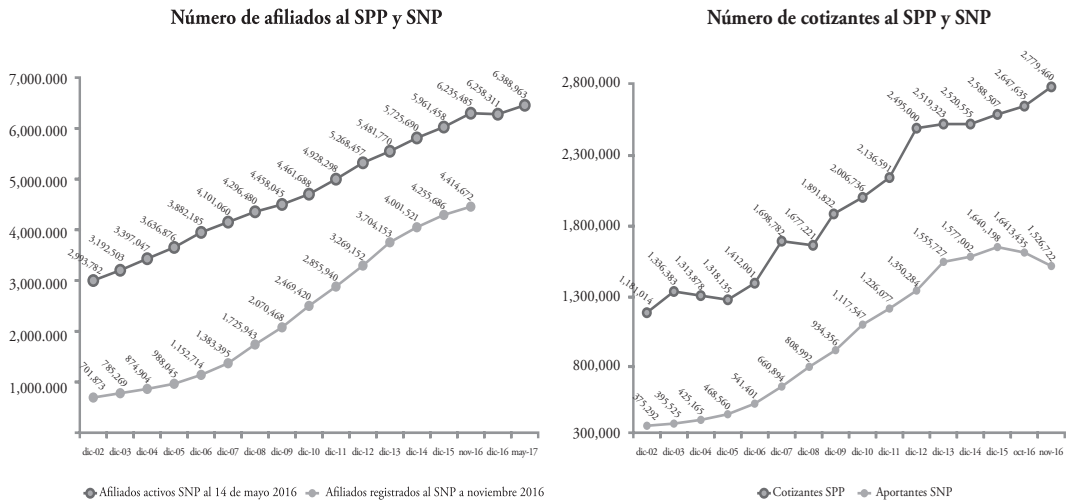
Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2004-2017.
Elaboración: MTPE – DGPE – Dirección de Investigación Socioeconómica Laboral (DISEL).

Desde el año 2013, la cobertura previsional de la PEA por parte del SPP y la ONP se redujo en 12,8 %, a pesar de que en 2017 se presentó un incremento de la cobertura (35,4 %). Así, cabe recordar lo señalado por Cruz-Saco et al. (2017, p. 10):

En 1980, la cobertura del IPSS era 37.4% (PEA, 5.7 millones; asegurados activos, 2.1 millones) y en 2013, la cobertura conjunta de la ONP y el SPP es 25.7% (PEA ocupada fue de 15.8 millones; los cotizantes, 4.1 millones; 1.6 millones en la ONP y 2.5 millones en el SPP). Esta baja cobertura se explica por una alta informalización de la fuerza de trabajo, excesivos costos transaccionales del SPP que desalientan la afiliación y una cultura previsional tradicional que se basa en pilares familiares.

La cobertura se ve afectada por diferentes factores que son propios del sistema de pensiones (cobertura dirigida únicamente a los trabajadores asalariados y dependientes) y otros externos (como la informalidad laboral y la falta de cultura de seguridad social), lo que impide su aumento. «De no reducirse las brechas de cobertura la protección a los ciudadanos mayores de 65 años, que actualmente alcanza a solamente 35% del total, se reduciría aún más en los siguientes años». Ello se debe a

Gráfico 2
Número de afiliados y de cotizantes al SPP y SNP



Fuente: Resumen Ejecutivo del SPP al 19 de mayo de 2017.
Elaboración: Asociación de AFP (2017).

que «la afiliación al sistema previsional y la frecuencia de aporte es menor en el caso de los trabajadores más jóvenes comparados con los de mayor edad» (Comisión de Protección Social, 2017, p. 225).

4.2. El problema de la sostenibilidad fiscal del sistema

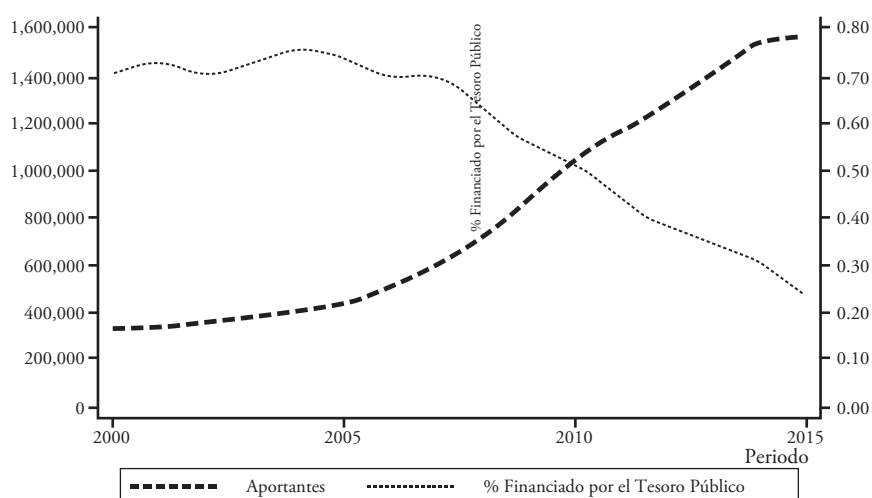
Según en el Informe de la Comisión de Protección Social (2017), el problema de la sostenibilidad del SNP se presenta, en primer lugar, por el envejecimiento de la población, en el que «la tendencia hacia bajas tasas de natalidad junto con el aumento de la esperanza de vida genera problemas en la sostenibilidad fiscal de estos sistemas» (p. 234). Así, en el referido informe se enfatiza:

Actualmente, el Perú goza de lo que es conocido como un «bono demográfico». Esto se ve reflejado en la reducción del déficit del financiamiento, donde recursos del Tesoro Público son utilizados por la insuficiencia de los fondos de los mismos aportantes. El creciente ingreso de aportantes, junto con otros componentes económicos y legales, ha permitido reducir la brecha. En el año 2001, el financiamiento de las pensiones con recursos del Tesoro Público representaba el 74% de del pago total de pensiones, pasando a 23% en el 2015. Más aún, de mantenerse el comportamiento histórico observado, se estima que hacia el año 2018 los aportes van a ser suficientes como para financiar el pago de las pensiones. Sin embargo, este equilibrio no se mantendría en el largo plazo, pues se espera una reversión del ratio cuando muchos de los actuales afiliados se jubilen y la cantidad de apor-

tantes no crezca al mismo ritmo. Así, a futuro, habrá una cantidad insuficiente de aportantes para financiar estas pensiones. (p. 234)

De ello se puede advertir que durante el año 2015 los aportes de los trabajadores son —y serán— insuficientes para el financiamiento del SNP, por lo que fueron cubiertos con recursos del Tesoro Público, como se puede ver en el gráfico 3.

Gráfico 3
Aportantes *versus* el porcentaje del financiamiento de las pensiones cubierto con recursos del Tesoro Público



Fuente: ONP.

Elaboración: Comisión de Protección Social.

Del mismo modo, en el Informe de la Comisión de Protección Social (2017, p. 234) se precisa que existe «un debilitamiento estructural del SNP producto de la convivencia con el SPP, puesto que ello generó dos subsistemas segmentados con poca o nula interconexión y complementariedad», en los siguientes términos:

La creación del SPP debilitó aún más al sistema nacional en la medida en que se produjo una migración de las personas con mayores ingresos al sistema privado. Esto le quita recursos al sistema público e imposibilita la utilización del SNP como un medio para la redistribución de ingresos, lo que se acentúa en un contexto en el que el espacio fiscal se ha reducido debido a una menor recaudación y a la necesidad de que el gasto público lidere una postura expansiva dado el enfriamiento de la economía.

De lo expuesto, el fenómeno del envejecimiento de la población peruana y la coexistencia de dos sistemas de pensiones (SNP y SPP) —entre otros factores internos y externos— generan enormes distorsiones, como se ve reflejado en la cobertura

parcial y escasa. Esto impide la consolidación de un sistema con suficiente financiamiento en el SNP (hay más pensionistas que trabajadores cotizantes) o de un sistema autofinanciado en el SPP (hay una huida de afiliados y cotizantes por normas que permiten la libre disponibilidad del fondo de pensiones de las AFP).

Ello, a su vez, genera la imposición de una gran carga fiscal, desde el pasado hasta el presente (e incluso el futuro), en el que el Estado debe intervenir con la provisión de recursos del Tesoro Público para cubrir las pensiones de los actuales pensionistas (en su mayoría del SNP y, en algunas situaciones, del SPP).

5. Algunos factores que afectan la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones

Las deficiencias y problemas que se presentan en la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones peruano se explican, principalmente, y a nuestro criterio, por los siguientes factores: la informalidad laboral; la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes; el surgimiento de nuevas relaciones de trabajo, propio del fenómeno de la globalización y de la Cuarta Revolución Industrial; el fenómeno del envejecimiento poblacional; la libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP; y la ampliación del Régimen Especial de Jubilación Anticipada (REJA).

Estos factores, entre otros, son los que afectan al SNP y al SPP, en tanto van generando una (des)protección social en pensiones en perjuicio no solo de los trabajadores asalariados y dependientes sino también de la ciudadanía en general.

5.1. La (des)protección social a causa de la informalidad laboral

Como precisa Cuadros (2018, p. 6) en relación con la informalidad laboral:

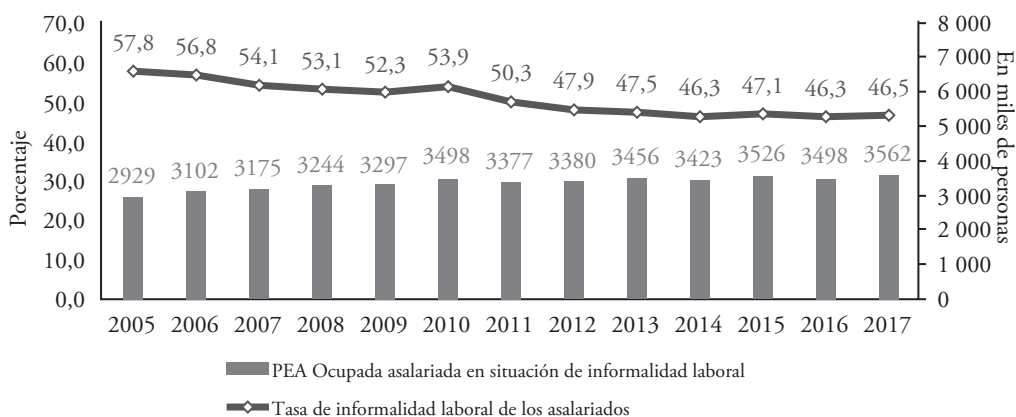
Solo se puede hablar de informalidad laboral en el ámbito de trabajadores sujetos a la regulación laboral, es decir, todos aquellos que laboran en relación de dependencia con un empleador (privado o público) donde hay reglas que cumplir. Por ello, no corresponde hablar de informalidad laboral en el ámbito de prestadores de servicios que no están bajo la cobertura de regulación laboral alguna: independientes o familiares, por ejemplo. La razón y distinción es muy clara: no hay incumplimiento de alguna regla laboral si no hay relación laboral.

De ahí que cabe distinguir entre los trabajadores en condición de formalidad laboral (trabajadores asalariados y dependientes que se encuentran registrados en planilla y por tanto acceden a los beneficios laborales establecidos por la normativa correspondiente) y los trabajadores en condición de informalidad laboral (trabajadores asalariados y dependientes que no se encuentran registrados en planilla y por tanto no acceden a los beneficios laborales establecidos por la normativa correspondiente). Dicho autor señala que, según el INEI y la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza 2017, se encuentran en el empleo formal, aproximadamente, 3 millones 412 mil personas en el sector privado y 1 millón 321 mil en el

sector público. Asimismo, se encuentran en el empleo informal, aproximadamente, 3 millones 404 mil personas en el sector privado y 158 mil en el sector público.

Ahora bien: a diciembre de 2017 (ver gráfico 4), la tasa de informalidad (porcentaje de trabajadores asalariados y dependientes que no se encuentran registrados en planilla) fue del 46,5 %, menor en 11,3 % a la del año 2005 (57,8 %).

Gráfico 4
Perú: tasa de informalidad laboral de los asalariados 2005-2017
(Porcentajes y absoluto en miles)



Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG), 2005-2017.

Elaboración: MTPE – DGPE – Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISSEL).

La tasa de informalidad (elevada) es uno de los factores principales que afectan al sistema contributivo de pensiones; a ello se suma «la fuerte presencia del auto-empleo y del trabajo familiar no remunerado (con predominio en zonas rurales), el alto porcentaje de afiliados que no cotizan regularmente, los bajos ingresos de la población y la escasa densidad de las cotizaciones a lo largo del ciclo laboral por efecto de la alta rotación laboral» (Cuadros & Sánchez, 2010, p. 22).

Además, nuestro modelo previsional no guarda consistencia con la estructura del mercado laboral (con una tasa de informalidad del 46,5%), puesto que «en nuestro país es determinante en la generación de profundas desigualdades a nivel de ingresos y en el acceso a mecanismos de protección de contingencias, como la seguridad social [en pensiones]» (Cuadros & Sánchez, 2010, p. 22).

A diciembre de 2017 (ver cuadro 1), sobre una PEA ocupada de 16 millones 5 mil personas, solo el 35,4 % tenía acceso al sistema de pensiones. Si bien ello constituye un incremento de la cobertura de la protección social en pensiones en comparación con años anteriores, la informalidad laboral sigue siendo una de las causas principales de la baja cobertura del sistema de pensiones, pues el 64,6 % de la PEA ocupada no se encuentra afiliada a ningún sistema de pensiones.

Cuadro 1
Perú: PEA ocupada por condición de acceso a protección social en pensiones,
según categoría ocupacional, 2017
(Absoluto y porcentajes)

Categoría Ocupacional	Afiliados a un sistema de pensiones (A)	Afiliados a un sistema de pensiones (B)	PEA Ocupada en cada categoría (C)= (A) + (B)	Afiliados a un sistema de pensiones (%) (D)= (A) / (C)	No Afiliados a un sistema de pensiones (%) (E)= (B) / (C)
PEA Ocupada afiliada a un sistema de pensiones	5,840,115	10,670,869	16,510,984	35.4	64.6
Asalariado público	1,224,429	198,386	1,422,815	86.1	13.9
Asalariado privado	3,113,457	3,124,588	6,238,045	49.9	20.1
Independiente	1,122,503	4,977,145	6,099,649	18.4	81.6
Profesional o técnico	138,741	154,585	293,325	47.3	52.7
No Profesional o técnico	983,763	4,822,561	5,806,324	16.9	83.1
Empleador o conductor de empresas	210,663	443,397	654,060	32.2	67.8
Trabajador familiar no remunerado	113,467	1,587,777	1,701,244	6.7	93.3
Trabajador del hogar	55,597	339,575	395,171	14.1	85.9

Fuente: INEI. Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2017.
 Elaboración: MTPE – DGPE – Dirección de Investigación Socioeconómica Laboral (DISEL).

Un sector importante de la población asalariada no tiene acceso a un sistema de pensiones; es el caso de los trabajadores no registrados en planillas y los trabajadores independientes. A ello se suma la escasa cobertura del sistema de pensiones en las microempresas (75,5 % sin protección social) y entre los trabajadores del hogar (85,9%), así como las personas que jamás aportaron ni aportarán (por ejemplo, los independientes informales y las personas adultas mayores).

5.2. La (des)protección social de los trabajadores independientes a falta de la afiliación obligatoria a un sistema de pensiones

En atención a la (des)protección social de los trabajadores independientes —entre otros factores, a causa de la falta de la afiliación obligatoria a un sistema de pensiones—, es preciso indicar que:

La obligatoriedad de afiliación de los independientes a los sistemas de pensiones existentes en el Perú es una clara manifestación de los principios de solidaridad, universalidad y progresividad que sustentan a la Seguridad Social. Así, en el año 2012 se promulgó la Ley N° 29903, Ley de Reforma del Sistema Privado de Pensiones, que trajo consigo una serie de medidas innovadoras en torno a los regímenes previsionales en el Perú, siendo que una de ellas estuvo relacionada con la incor-

poración dentro de la seguridad social en pensiones del Perú de los independientes menores de 40 años de edad, quienes representan un sector importante de la población del país.⁴

Siendo que, los esfuerzos del Estado es el procurar una garantía de protección a los miembros de la sociedad a futuro, como una evidente muestra de desarrollo en materia de seguridad social, la obligatoriedad de afiliación de los independientes se instaura como una clara manifestación de la aplicación del principio de universalidad, ampliando el ámbito subjetivo sobre el cual recaerá la garantía de protección contenida en la Constitución peruana en materia de seguridad social. Sin embargo, este beneficio de protección no puede ser gratuito. En efecto, se requiere que la participación de los nuevos integrantes —es decir, de los independientes— dentro del sistema previsional sea activa con el propósito de que contribuyan, tal como lo hacen los demás partícipes del régimen, al financiamiento del mismo; el cual se traslada a la obligatoriedad de aportación. Lo anterior es, dentro del esquema del SNP en donde el mecanismo de financiación imperante es el de reparto, la consolidación de una de las aristas del principio de solidaridad, toda vez que los aportes de los independientes servirán para incrementar los recursos del propio régimen y de esa manera poder financiar las pensiones de aquellos que entran en periodo de inactividad.

Esto, a su vez, constituye una manifestación del principio de universalidad y solidaridad —así como el de progresividad—, puesto que nos encontramos frente a un avance positivo en seguridad social, en la medida en que se involucra a un grupo de personas que se encontraba, hasta antes de la reforma, desprotegido en proyección a su futuro y respecto de los estados de necesidad que pudieran presentar. Asimismo, constituye una mejora para el propio sistema en sí, dado que contará con mayores ingresos que podrán permitir revisar las prestaciones que se vienen otorgando, con la expectativa de poder optimizarlas.

Si bien el propósito de la medida fue mejorar el futuro de los nuevos partícipes del sistema, en relación con la garantía de una pensión que procure su subsistencia en etapas de necesidad (como la vejez o invalidez), la acogida por parte de los independientes no fue la esperada. Inicialmente, se cuestionó la forma de implementación, calificándola de abrupta y elevada, lo que llevó a que se tomaran medidas que redujeron los porcentajes de aportación, estableciendo escalones en función de los ingresos y difiriendo la entrada en vigencia de la medida.

Quizá la esperanza de esta última fue crear conciencia en aquellos independientes que calificaban como afiliados obligatorios, a efectos de que llegado el 1 de agosto de 2014 empezaran con los aportes previamente dispuestos. Sin embargo, diferente fue el resultado, toda vez que el reclamo referido a que el recorte en los ingresos mensuales era una afectación en el patrimonio de los independientes, prevaleció ante la urgente necesidad de contar con un sistema de Seguridad Social mucho más amplio en su extremo subjetivo.

⁴ Según el INEI, para el año 2013 el número de independientes ascendía aproximadamente a 6 millones de personas y, de ese grupo, alrededor de 2 669 300 personas (43,3 % de todo el universo de independientes identificados en ese período) eran menores de 41 años. Actualmente (2018), más de un tercio de la población ocupada asalariada del país es trabajadora o trabajador independiente.

Por ello, el 17 de setiembre de 2014 se expidió la Ley N° 30237 que derogó los artículos 8 y 9 de la Ley N° 29903, y en consecuencia se dejó sin efecto la disposición que obligaba a los independientes menores de 40 años a aportar obligatoriamente a un sistema previsional. Ello resultó totalmente cuestionable desde el punto de vista de la seguridad social y sus principios, porque ha quedado demostrado a lo largo del tiempo que el ser humano tiende a utilizar los ingresos en cuestiones más inmediatas, antes que destinarlos a un fondo que busque consolidar un sistema de protección personal futuro. Lo anterior se hace más evidente cuando analizamos el hecho de que pese a existir la figura de la «afiliación voluntaria» a los regímenes previsionales existentes, el acogimiento a estos es mínimo.

Esto pone en evidencia que de no existir medidas estrictas que impliquen mandatos de obligatorio cumplimiento, el ser humano —en este caso, el peruano— no se acogerá a un sistema de pensiones, vaciando de contenido al derecho a la seguridad social que le es inherente. Por lo tanto, consideramos que la obligatoriedad de afiliación de los independientes que se reguló a partir de la Ley N° 29903, fue una medida positiva para el país que pudo perfeccionarse, para consolidar la seguridad social, esto es, brindar cobertura de protección social sin distinción de ser trabajadores dependiente e independiente.

A partir de ello, el impacto de este primer avance y posterior retroceso en el camino que el Perú viene trazando hacia la consolidación de un régimen de seguridad social en pensiones, la vuelta a la voluntariedad de la afiliación a un sistema de pensiones de los trabajadores independientes (con la Ley N° 30237) constituye una regresión irrazonable que contraviene los principios de solidaridad, universalidad y progresividad que sustentan a la seguridad social. (Gonzalez & Ántola, 2015, pp. 131-139)

Según el INEI y la ENAHO (2018, p. 157), más de un tercio de la población ocupada asalariada del país es trabajadora o trabajador independiente. Así, en el 2017 (ver cuadro 2), los trabajadores independientes a nivel nacional ascendieron a 6 millones 753 mil 700 personas que representan el 40,9 % del total de ocupados. Asimismo, se componen de empleadores o patronos (9,7 %) e independientes o por cuenta propia (90,3 %).

En el periodo 2007-2017, la PEA ocupada independiente creció a una tasa promedio anual de 1,6 %; los independientes (cuenta propia) crecieron en 2,1%, mientras que los empleadores o patronos presentan una tasa promedio anual negativa, -2,2 %. Respecto del año anterior, en 2017 los trabajadores independientes crecieron en 3,6%; entre los de cuenta propia se registró un incremento de 4,9 %, mientras que aquellos en condición de empleadores o patronos mostraron una disminución de -6,7 %.

Cuadro 2**Perú: población ocupada en condición de trabajador independiente, según categoría de ocupación, 2007, 2016 y 2017 (Miles de personas)**

Categoría de ocupación	2017	2016	2017	Incremento promedio anual (Miles de personas) 2007-2017	Tasa de crecimiento promedio anual (%) 2007-2017	Incremento promedio anual (Miles de personas) 2016-2017	Variación porcentual (5) 2017-2016
Total	5,759,2	6,518,5	6,753,7	99,5	1,6	235,2	3,6
Empleador o Patrono	815,6	700,9	654,1	-16,2	-2,2	-46,8	-6,7
Trabajador independiente (Cuenta propia)	4,943,6	5,817,6	6,099,6	115,6	2,1	282,0	4,9

Fuente: INEI-ENAHO.

Elaboración: INEI.

La eliminación de la obligatoriedad de la afiliación de los independientes representó —y sigue representando— un retroceso en la consolidación de un mejor modelo de previsión social en el Perú, no solo por la disminución del ámbito subjetivo de la misma, sino por el hecho de que no exista un fin superior que se intente privilegiar con esta medida. Mantener la situación de desprotección de un grupo importante de miembros de la sociedad, sustentada en el rechazo de estos a destinar parte de sus ingresos a un fondo previsional futuro, significa inejecutar la garantía de cobertura de la seguridad social respecto de los independientes (Gonzales & Ántola, 2015, pp. 115-139), cuyo grupo conforma actualmente la mayor parte del empleo informal (83,8 %).

Se debe precisar que el empleo informal se concentra en empresas de 1 a 10 trabajadores (88,6 %) y en empresas de 11 a 50 trabajadores (54,3 %). El análisis de la estructura del empleo según categoría ocupacional revela que la mayor parte del empleo informal proviene de los trabajadores familiares no remunerados (100,0 %), trabajadores del hogar (92,4 %) e independientes (83,8 %) (INEI, 2018, p. 122).

5.3. La (des)protección social en pensiones frente al surgimiento de las nuevas relaciones de trabajo: Easy, Uber, Beat y Glovo

Bajo el influjo de las nuevas tecnologías, los fenómenos de la globalización y la Cuarta Revolución Industrial, «el modelo de trabajo cambia. Fábricas reducidas, flexibilización de las categorías, expansión del trabajo formalmente independiente y externo a la fábrica son algunas de las principales expresiones de los cambios» (Raso, 2016, p. 28).

La Cuarta Revolución Industrial (o Revolución 4.0) está referida en la mayor parte de los estudios a la «*Sharing economy*», «*collaborative economy*», «*on-demand economy*», «*peer economy*», «*collaborative consumption*»; términos que hacen alusión a un determinado modo de entender la economía, como consecuencia de la denominada Cuarta Revolución Industrial o Revolución 4.0, que necesariamente se confronta con la economía precedente o «tradicional» (Trillo, 2016, p. 59).

La tecnología y la «digitalización de la vida social ha[n] ocasionado una nueva manera de entender las relaciones entre individual y colectiva», conocida como «tecnologización de la vida cotidiana» (Trillo, 2016, p. 61), con una flexibilización constante (y otras veces, desregulación) de la organización del trabajo e, incluso, de la protección social. Al respecto, Raso (2016, p. 33) señala en un reciente estudio que los impactos de la digitalización de la economía sobre el mercado de trabajo generan diversos riesgos: «pérdida masiva de puestos de trabajo, mayor polarización de la sociedad; una desregulación de los mercados, que hará peligrar la financiación de la seguridad social y erosionará la base impositiva».

Al parecer, el futuro del trabajo, así como del sistema de pensiones, es una cuestión de sustentabilidad. Como enfatiza Raso (2016, p. 33), frente a la realidad de las plataformas virtuales que organizan trabajo ajeno, se puede llegar a una de las siguientes conclusiones «frágiles» y «vacilantes»:

De todos modos es cierto, que seguirá habiendo millones de trabajadores anclados a trabajos precarios, con baja capacitación y alta vulnerabilidad económica, que reclaman tutelas jurídicas. A ellos deberemos prestar especial atención, no solo por la vía del Derecho del Trabajo, sino también para una Seguridad Social, que probablemente deberá recorrer caminos nuevos (¿o viejos?): menos bismarkianos y más asistencialistas.

Frente a la propagación del servicio de taxi a través de plataformas tecnológicas (Easy, Uber, Beat, por ejemplo⁵) o del servicio de *delivery* (por ejemplo, Glovo), ¿cuál es el futuro de la clase trabajadora en materia de empleo? y, consecuentemente, ¿cuál es el futuro de su protección social en pensiones? ¿Estamos preparados en el Perú para garantizar el empleo y protección social de la clase trabajadora ante al nacimiento de nuevas empresas y nuevas formas de organización del trabajo?

5.4. La (des)protección del modelo contributivo de seguridad social en pensiones frente al fenómeno del envejecimiento poblacional

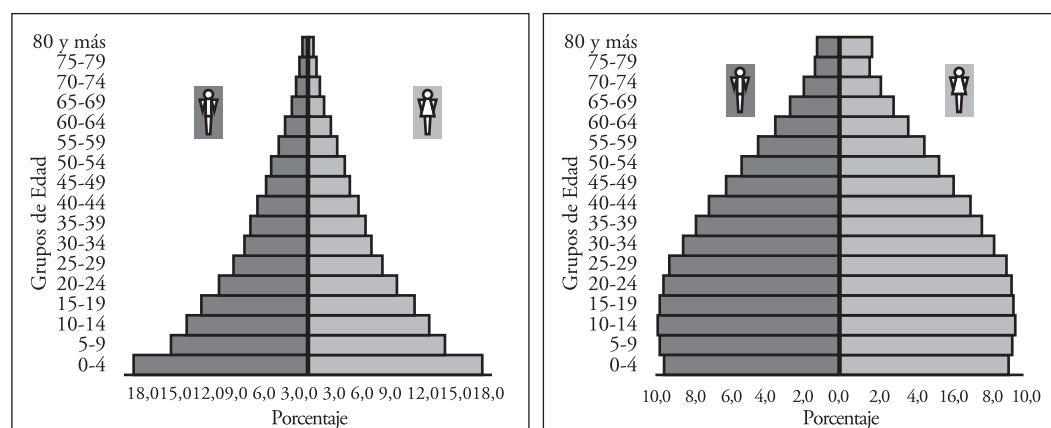
Según el IV Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (2013), el nuevo contexto demográfico y sus cambios acelerados —esto es, el *fenómeno del envejecimiento poblacional* como consecuencia de las bajas tasas de natalidad y de mortalidad, en el que el grupo de población de 60 años o más está creciendo más rápidamente que cualquier otro grupo de edad, con proyecciones a triplicar su número en el año 2050— tienen efectos importantes

5 Debe recordarse que a la fecha (2018) existe un Proyecto de Ley N° 1505/2016-CR que está en debate para su aprobación y promulgación por el Congreso de la República. Al respecto dicha propuesta normativa tiene por objeto crear y regular el servicio privado de transporte de pasajeros ofrecido y administrado a través de entidades operadoras de plataformas digitales, con el fin de asegurar la legalidad del servicio, promover la mejora y calidad del mismo e identificar las corresponsabilidades entre el operador de la plataforma y los usuarios. No obstante, nada se dice sobre la protección social que deben recibir los que brindan dicho servicio privado de transporte a través de plataformas tecnológicas.

para el desarrollo económico, los mercados de trabajo y la protección social de los países desarrollados y en desarrollo.

En el caso peruano, según el INEI (2018), producto «de los grandes cambios demográficos experimentados en las últimas décadas en el país, la estructura por edad y sexo de la población está experimentando cambios significativos». Así, en «la década de los años cincuenta, la estructura de la población peruana estaba compuesta básicamente por niños; así de cada 100 personas 42 eran menores de 15 años de edad»; mientras que, «en el año 2018 son menores de 15 años 27 de cada 100 habitantes». «En este proceso de envejecimiento de la población peruana, aumenta la proporción de la población adulta mayor de 5,7% en el año 1950 a 10,4% en el año 2018» (p. 1), como se muestra en el gráfico 5.

Gráfico 5
Pirámide de la población en 1950 y en el 2018



Fuente: INEI. Informe Técnico N.º 3, junio de 2018.

Elaboración: INEI.

El crecimiento demográfico se ha reducido. La pirámide poblacional cambia progresivamente: se reduce la población más joven y se incrementa la población mayor con una esperanza de vida de 75,2 años, como consecuencia de los cambios en la mortalidad y la fecundidad que vienen afectando el volumen y la estructura, en lo referido al comportamiento social y económico, por edad de la población (INEI, 2016, pp. 27-38).

En el gráfico 5 se pueden observar, las pirámides (estructuras) poblacionales de los años 1950 (con cohortes más amplias en los tramos de los niños menores y angostas hacia arriba, característica de un país joven), y 2018 (con mayor base formada por cohortes de los grupos que van desde los 0 a los 19 años y con un descenso de la mortalidad de los menores de 15 años). Asimismo, según el INEI (2015, p. 6), para el 2025 la pirámide poblacional tendrá una base rectangular con tramos parecidos hasta los 34 años que refleja un mayor incremento de la población adulta de 65 años a más, lo que denotará un decrecimiento de la tasa de mortalidad y una prolongación de la esperanza de vida, aun sin llegar a un envejecimiento de la población por la alta tasa de natalidad (u homogeneización con las edades adultas).

El sistema de pensiones enfrenta diversos problemas estructurales, como bien lo precisan Abanto y Paitán (2016, pp. 98-99), en los siguientes términos:

El envejecimiento progresivo de la población peruana (aumento de la esperanza de vida), la disminución de la natalidad, acompañada con el descenso en el número de aportantes jóvenes, la elevada tasa de informalidad laboral, del autoempleo y los bajos niveles de empleo afectan de manera inmediata la estructura poblacional del Perú, así como la organización del gasto de los sistemas de pensiones de reparto y de capitalización (a cargo de la ONP y las AFP, respectivamente). En el primer caso producen el aumento de la población activa sin que sea reemplazada por la fuerza juvenil, mientras que en el segundo produce el desfinanciamiento por la falta de aportantes. Ello se agrava en mayor medida con la crisis económica global que reduce el nivel de las pensiones actuales y futuras, tanto de la ONP, en la que se agrava su desfinanciamiento, como de las AFP, donde hay una reducción de los activos financieros y los intereses por la alta volatilidad de los fondos individuales.

Debe tenerse en cuenta que, según el INEI (2015), de la población adulta mayor, el 39,0 % está afiliado a un sistema de pensiones. Así, a junio de 2018, el 20,4 % está afiliado a la ONP, seguido por el 9,9 % de afiliados a las AFP y el 5,4 % a la Cédula Viva. Asimismo, se debe tener presente que, de la población adulta mayor, el 19,6 % son beneficiarios del programa social Pensión 65. No obstante ello, llama severamente la atención que el 61% de la población adulta mayor no cuente con un sistema de pensión (p. 11).

El Perú no está preparado para enfrentar cambios demográficos dinámicos y cambiantes. Para mantener un intercambio intergeneracional (trabajadores y pensionistas) equilibrado es importante disponer de recursos, generados principalmente por los aportes de la ciudadanía que tiene un empleo formal, para atender las prestaciones de salud y pensiones; sin que ello implique la reducción de dichas prestaciones, aunque los altos niveles de informalidad y del autoempleo sean las principales causas del escaso nivel de cobertura de los sistemas de pensiones. Otro problema es que hay un elevado porcentaje de afiliados que no aporta de manera regular, lo que se debe a los reducidos ingresos que percibe la clase trabajadora, a la baja densidad de las cotizaciones durante el período que dura el ciclo laboral, a las constantes rotaciones laborales y al estancamiento de las remuneraciones reales.

5.5. La (des)protección social en pensiones frente a la libre disponibilidad de los fondos de pensiones de las AFP

Contrariamente a los principios de progresividad y de sostenibilidad de los sistemas de pensiones, principalmente del SPP, el 21/4/2016 y el 29/6/2016 se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* la Ley N° 30425, bajo el nombre de «Ley que modifica el Texto Único Ordenando de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo N° 054-97-EF, y que amplía la vigencia del Régimen Especial de Jubilación Anticipada», y la Ley N° 30478, denominada «Ley que modifica el Artículo 40 y la Vigésimo Cuarta Disposición Final y

Transitoria del TUO de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones», respectivamente.

Con dichas normas se establecieron, principalmente, dos puntos, entre otros: primero, que el afiliado a una AFP, a partir de los 65 o más años de edad, pueda optar por solicitar una pensión en cualquier modalidad que ofrece el SPP o la entrega hasta el 95,5 % de su Cuenta de Individual de Capitalización (CIC) en las armadas que considere necesarias, siendo que esta última opción también se extiende a los actuales pensionistas bajo el Régimen Especial de Jubilación Anticipada y a quienes ya son jubilados bajo la modalidad de retiro programado total o parcial. Y, segundo, que el afiliado, de cualquier edad, pueda retirar hasta el 25 % del fondo acumulado en su CIC para la cuota inicial de una primera vivienda (terreno u otro bien inmueble) o la amortización de un crédito hipotecario.

Con dicha habilitación legal, «la finalidad del ahorro forzoso previsional (afiliación y pago de aportes obligatorios) para generar una renta para sufragar la vejez, que es una de las características innatas de los sistemas pensionarios, pierde importancia y queda supeditada a la libertad de cada una de las personas afiliadas al SPP» (Abanto & Paitán, 2016, pp. 87-100). Así, pues, el retiro de los fondos pensionarios en aplicación de las Leyes N° 30428⁶ y 30478 —en el que prima el hecho de tener mayor liquidez para el gasto en la actualidad que la previsión (ahorro) de contingencias futuras, como la vejez, fundamentalmente—, resulta ser más importante que el acceso a una pensión, representada por una cultura de ahorro forzoso previsional.

Este cuestionable —y, por qué no decirlo, trágico— cambio legislativo del sistema previsional del Perú, concretado con las disposiciones de la Ley N° 30425 y su modificatoria (Ley N° 30478), que desnaturalizan la finalidad del ahorro forzoso previsional, puede ser considerado por un sector como una reforma parcial y necesaria del SPP o la implementación de una modalidad (opción) más; mientras que para otros, como en el presente trabajo, una deformación, o, manifiestamente, una «deconstrucción»⁷ del SPP y, por ende, del propio sistema de pensiones.

La habilitación de disponer los fondos pensionarios de las AFP, conforme al contenido en dichas normas, vulnera abiertamente el derecho fundamental a la pensión, en cuanto a su contenido esencial, «puesto que permite que el afiliado ejecute una acción —solicitar la entrega del fondo acumulado— cuya consecuencia directa es expulsarlo del régimen previsional y, por lo tanto, impedirle el acceso a una pensión» (Gonzales, 2015). Asimismo, se debe tener en consideración lo siguiente:

6 Según el Instituto de Economía y Desarrollo Empresarial (IEDEP) de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), solo 8 % de los afiliados de las AFP podrán retirar fondos (95,5 % de sus aportes de su cuenta individual de capitalización) hasta el año 2026. Es decir, de los 6 045 363 afiliados en el SPP al 2015, únicamente 463 300 podrán beneficiarse de la norma aprobada por el Congreso (Andina, 2016).

7 Según la Real Academia Española, el término «deconstrucción» es definido como la «acción y efecto de deconstruir», o como el «desmontaje de un concepto o de una construcción intelectual por medio de su análisis, mostrando así contradicciones y ambigüedades». Por su parte, el término «deconstruir» se expresa como «deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual» (RAE, 2018).

Asimismo, permitir retirar los fondos previsionales para que el afiliado opte por destinarlos a propósitos distintos a los de la jubilación, implica afectar la intangibilidad que proscribe el artículo 12 de la *Constitución Política del Perú*; afectación que no podría superar el test de razonabilidad en la medida que ello llevaría a que se imponga la voluntad de la persona antes que el resguardo y protección de su futuro, cuestión de evidente interés social, no pudiendo garantizarse una vida digna, lo que constituye el fin supremo del Estado.

La adscripción al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho impone la ejecución de medidas eficaces y constantes para alcanzar progresivamente la vigencia del derecho a la seguridad social y de pensiones. Su cobertura y protección es un mandato fundamental obligatorio a cargo del Estado más allá de que en su gestión intervengan entes privados. Al no garantizarse dicha obligación constitucional, se corre el riesgo —a corto, mediano y largo plazo— que el Estado tenga que asumir, por su compromiso social, la carga de incontables adultos mayores que decidan disponer de sus fondos para fines ajenos a lo previsional durante su vejez. He aquí el impacto económico potencial hacia el Estado que la Ley N° 304025 y su modificatoria desconoce.

Permitir a los afiliados del SPP retirar el 95.5% o el 25% del fondo acumulado es inconstitucional y contraproducente para la sostenibilidad de la seguridad social y el derecho a la pensión en el Perú y, además, implica un retroceso y restricción en derechos de las personas, como es el acceso a una pensión, pues priva al beneficiario de acceder a un ingreso que sustituye su remuneración como trabajador dependiente o independiente, privándolo de una garantía de mantenimiento de una vida acorde con el principio de dignidad para él y su familia nuclear. (Gonzales, 2015)

Según el Fondo Monetario Internacional (2018), cerca del 92 % de los contribuyentes que cumplen 65 años han estado retirando el tope máximo de sus pensiones, es decir, el 95,5 %, lo que ha llevado a una expansión del consumo a corto plazo, pero también a una caída en el total de primas colocadas en el 2017 y 2018, ya que las personas no han reinvertido sus cuentas capitalizadas en productos de pensiones. Así, el FMI precisó que «la ley de 2016 debe ser derogada, y se deben diseñar nuevas reformas para mejorar las tasas de reemplazo y aumentar las tasas de contribución en general», puesto que «los objetivos de protección social a largo plazo se verán menoscabados si no se toman medidas inmediatas».

Ahora bien: la necesaria reforma del SPP, al igual que la del SNP, no pasa por la aprobación de medidas que disponen la liberalización de los fondos de pensiones por decisión exclusiva del afiliado, «sino por otras soluciones que se adopten luego de un debate amplio y plural, en un clima de diálogo y concertación con la sociedad civil» (Gonzales, 2015).

5.6. La (des)protección social a causa de la ampliación del Régimen Especial de Jubilación Anticipada

Tienen derecho a una pensión de jubilación en la AFP los afiliados (tanto hombres como mujeres) que cumplen 65 años de edad y dejan de aportar a su CIC, debido

a la culminación de su actividad laboral por motivos de edad, como es la vejez. La jubilación, en el SNP y en el SPP, se reconoce una vez cumplidos los 65 años de edad. En el primer sistema de pensiones, adicionalmente, se requiere contar con 20 años de aportes. Asimismo, el aporte pensionario se realiza sobre la base de la RMV (ascendente a S/930,00), como mínimo.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el marco legal del SPP también contempla supuestos de jubilación anticipada, agrupadas en cuatro categorías: la jubilación anticipada en mérito a: (i) fondos sobrantes y suficientes, (ii) labores de riesgo, (iii) al desempleo y (iv) al derecho adquirido en la SNP. De este modo, el REJA consiste en un mecanismo transitorio de jubilación anticipada que fue previsto —de manera temporal— por las leyes N° 27617 (2002), N° 28991 (2007) y N° 30425 (2016), siendo que los afiliados que cumplan con los siguientes requisitos podrán solicitarlo a su AFP:

- Contar con 50 (mujer) o 55 (hombre) años de edad.
- Estar desempleado un mínimo de 12 meses antes de presentar la solicitud de pensión, lo cual se acredita con la Declaración Jurada de Impuesto a la Renta.
- La CIC debe tener suficientes fondos para otorgar una pensión que sea equivalente, cuando menos, a una RMV.

De no llegar a una RMV, la AFP deberá entregar al afiliado el 50 % del monto existente en su CIC.

Como ya se indicó, el REJA fue una medida temporal establecida mediante la Ley N° 29426, que se ha ido extendiendo por diferentes normas aprobadas por el Congreso, muchas veces por insistencia de este ante las observaciones del Poder Ejecutivo. Actualmente, como el REJA solo tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2018, nuevamente se pretende extender dicho régimen hasta el año 2021, decisión que fue aprobada por el Legislativo el 21 de noviembre de 2018 mediante el Proyecto de Ley N° 3378/2018-CR. La propuesta se sustentó en que la tasa de desempleo en el Perú se ha incrementado y que los pensionistas requieren la habilitación para disponer de hasta el 95,5 % del total del fondo de sus aportes.

No obstante, luego de ser aprobada dicha propuesta legislativa por insistencia en el Congreso de la República, esta fue remitida al Ejecutivo, quien observó la Autógrafa de Ley, señalando que la tasa de desempleo de la población entre 46 y 54 años viene disminuyendo (de 6,3 % a 5,0 % y de 3,4 % a 2,1 %, respectivamente, entre 2007 y 2017). Asimismo, precisó que con esta medida se estaría poniendo freno al retiro de los fondos de pensiones de las AFP, bajo la ley que permite a los afiliados disponer del 95,5% de sus fondos.

Al respecto, según la Superintendencia de Banca y Seguros – SBS (en Gestión, 2018), entre mayo de 2016 y setiembre de 2018, unos 204 767 afiliados optaron por retirar S/15 361 millones de sus AFP y, por tanto, ya no tendrán acceso a una pensión mensual. Ahora bien: de este grupo, hasta 151 119 (73,8 %) se han jubilado anticipadamente (antes de los 65 años). Es decir, 7 de cada 10 jubilados que retiran el 95,5 % lo hacen mediante el REJA. Y es que el 99 % de los afiliados del REJA retiran el 95,5 % de su fondo de pensiones.

Asimismo, según los cálculos realizados por la Asociación de AFP, «se estima que 120 mil personas podrán retirar su fondo de su Cuenta Individual de Capitalización (CIC) al año, lo que en un lapso de 9 años serían más de un millón de personas las que quedarían desprotegidas y sin acceso a pensión de jubilación». Siendo que «[el dinero retirado en ese lapso de tiempo equivaldría a 60 mil millones de soles, lo que equivale a 38% de fondo de pensiones y 44% del ahorro interno» (Gestión, 2018).

6. Hacia una mayor cobertura y logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones con empleos plenos y decentes: integración de las políticas sociales

Para hacer frente a los problemas estructurales que presentan los diferentes ordenamientos jurídicos laborales y previsionales, sumados al fenómeno del envejecimiento de la población, que también se ve afectado por las crisis económicas y financieras globales, el desempleo, el subempleo y la informalidad laboral, y demás factores que atentan contra la cobertura y sostenibilidad del sistema de pensiones, se requieren políticas sociales de empleo y de protección social —integrados y coordinados— de mediano y largo plazo, sobre todo estas últimas.

En efecto, para hacer frente al problema de la baja cobertura del sistema de protección social en pensiones, así como a la (in)sostenibilidad del sistema de pensiones, son necesarias políticas sociales de protección social con un enfoque en los constantes cambios demográficos y la crisis económica global, factores que se influyen de manera recíproca, garantizando el futuro de la seguridad social y de pensiones, con una mayor cobertura, esto es, mayor y mejor otorgamiento de pensiones sustentados en cambios estructurales —y los no estructurales en segundo lugar— que tengan por fin la implementación del modelo multipilar o mixto del sistema de pensiones (garantizar ingresos mínimos por el Estado de bienestar e ingresos complementarios que incentiven aún más el ahorro individual); así como de políticas integrales de empleo digno y trabajos competitivos y productivos.

Asimismo, se requiere «la necesaria articulación de las entidades encargadas de la administración y gestión del sistema de pensiones» (Paitán, 2017), y políticas que fomenten la inversión del capital físico (recursos humanos, tanto de los que están a punto de jubilarse como de los que ingresan por primera vez al mercado laboral), así como el establecimiento de mecanismos que incentiven el ingreso de trabajadores independientes y empresas familiares.

La seguridad social en pensiones y el empleo —así como el desempeño económico— se deben relacionar pluridimensionalmente con los cambios demográficos, para efectos de combinar eficiente y eficazmente la regulación de la demanda interior de empleo con la sostenibilidad financiera de la seguridad social, promoviendo un diálogo intergeneracional de solidaridad y de apoyo mutuo.

Por ello, las políticas sociales deben tener como norte fijo: i) fortalecer el empleo pleno, decente y productivo durante todo el ciclo de la vida laboral, e ii) implementar nuevos modelos de protección social que amplíen la cobertura de protección y su sostenibilidad, sobre todo de las personas en edad avanzada, teniendo en con-

sideración el modelo previsional de cada país de la Unión Europea y de América Latina y el Caribe en cuanto a la incidencia de los presupuestos configuradores de la pensión, los requisitos del hecho causante de la contingencia de jubilación y las reglas de cálculo para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación.

6.1. Políticas sociales en materia de empleo

En principio, es menester implementar políticas laborales —de mediano y largo plazo— que promuevan el empleo digno y productivo durante el ciclo de la vida laboral de las personas. Así, se debe incrementar la participación de la fuerza productiva de trabajo de todos los grupos de edad, con especial atención de los grupos vulnerables, como los trabajadores de edad avanzada (mayores de 60 años), que permitan el incremento del empleo y, por ende, de la demanda interior de puestos de trabajo. La inversión en el capital humano debe ser prioridad permanente de todos los Estados, pues ello permite tener mercados laborales con mayor productividad y competitividad, así como de la economía (micro y macro), que viabiliza el financiamiento y sostenibilidad de los regímenes de seguridad social cuando se acabe el ciclo de vida laboral de las personas.

Por un lado se debe promover el empleo juvenil y, por el otro, retener el talento de las personas con más experiencia y trayectoria en el mercado laboral, que siempre apunta a ser más productivo y competitivo, teniendo siempre en consideración la realidad demográfica,⁸ económica,⁹ social¹⁰ y legislativa¹¹ de cada país. Ello hará posible mantener un equilibrio en el desplazamiento de la fuerza laboral, pues al permitir la prolongación de la participación de los trabajadores de edad avanzada también se permitirá una mayor cotización al sistema de seguridad social (financiamiento del sistema), puesto que la mayoría de los sistemas de seguridad social vienen financiándose con las aportaciones provenientes del trabajo dependiente y asalariado (habría más activos que sostengan a los inactivos).

8 Al respecto, se debe tener en consideración que actualmente algunos países presentan un envejecimiento avanzado (por ejemplo, la mayoría de los países de la Unión Europea y algunos países de Latinoamérica, como Uruguay), otros de carácter moderado (por ejemplo, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Perú y Venezuela), y otros, incipiente (por ejemplo, Bolivia, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua y Paraguay).

9 Sobre esto, las perspectivas de la economía mundial vienen deteriorándose, con dinámicas diferenciadas entre un mayor avance de la economía estadounidense, estancamiento en la Zona Euro y Japón, y deterioro en las economías emergentes con crecientes vulnerabilidades y desequilibrios macrofinancieros.

10 Al respecto, en América Latina y el Caribe, enfrentan grandes problemas para encontrar un empleo. Uno de cada cinco jóvenes (21 millones) son , y la tasa de triplica la del resto de trabajadores. De los jóvenes que trabajan, solo uno de cada tres (35 %) tiene un . El problema no es exclusivo de la región y casi todos los países del mundo comparten el desafío de crear buenas oportunidades para los jóvenes (Factor Trabajo, 2016).

11 En relación con ello, se debe tener en cuenta que muchos países están implementando reformas flexibilizadoras —y otras desregularizadoras— de su legislación laboral. Por ejemplo, en unos países se vienen implementando jornadas reducidas de trabajo, programas de capacitación para jóvenes y personas adultas; mientras que en otros se están implementando contratos temporales en los que los trabajadores no gozan de estabilidad alguna.

Los Estados, como garantes primarios y últimos del servicio público de la seguridad social, deben apuntar a dar respuestas prácticas para garantizar el empleo pleno y decente y la protección social de toda la ciudadanía en edad de trabajar, con especial atención a los que ingresan por primera vez al mercado. Sobre el particular, es imprescindible contar con políticas de inversión en la educación de formación continua, planes y programas para gestionar la accesibilidad al empleo de los jóvenes¹² (por ejemplo, de los «NiNi»).

6.2. Políticas sociales en materia de seguridad social

Desde el punto de vista del sistema de protección social, es imprescindible contar con políticas sociales que promuevan una mayor cobertura y sostenible en el tiempo, en beneficio de todos los grupos de la población, en especial de los que son vulnerables (personas de edad avanzada): su atención especial permitirá combinar eficazmente la demanda interior de empleo y la viabilidad económica financiera del Sistema de Protección Social, pues este se financia con los aportes de todas las personas que conforman el mercado laboral, cuyo impacto requiere ser positivo para mantener la sostenibilidad financiera de dicho Sistema.

En principio, todos los países deben prever fondos de reserva de seguridad social para garantizar el pago de los actuales y futuros pensionistas. Asimismo, en vista del envejecimiento (incipiente, moderado y avanzado) de la población a nivel mundial, se debería retardar la edad de jubilación (flexibilizarla), lo cual permitirá prolongar la vida laboral y la productividad y, por ende, el aumento del financiamiento del sistema previsional y la disminución de pensionistas que podrían ser una gran carga social. El retraso de la edad de jubilación es más positivo que modificar las bases que determinan la cuantía de la pensión o del aumento de las cotizaciones, pues los sistemas de pensiones se deben ir adaptando a los cambios constantes (económicos y sociopolíticos), teniendo en cuenta los niveles de protección dignos. Ahora bien: el retraso de la edad de jubilación repercutirá en el aumento de los años de cotización y la base reguladora del cómputo de la pensión, permitiendo otorgar cuantías suficientes de las mismas. La forma de cálculo de la pensión debe tener en cuenta «el esfuerzo contributivo y la contingencia concreta que se está protegiendo» (Paitán, 2017). Por otra parte, también se deben «suprimir los planes de jubilación anticipada que son contrarios a la prolongación de la vida laboral, pues con menores años de cotización, el monto de las pensiones también es menor» (Paitán, 2017).

Desde 1981, cuando Chile implementó el esquema previsional basado en la contribución definida con base en cuentas individuales administradas por el sector privado, totalmente contrario al esquema de reparto que siempre está a cargo del Estado, se han venido produciendo reformas pensionales estructurales durante la

12 Ante este panorama, los programas de aprendices se presentan como una fórmula prometedora. Los países con sistemas de aprendices más desarrollados han podido mantener bajas las tasas de desempleo juvenil incluso durante la crisis global (por ejemplo, del 5% en Alemania, que fue pionero en este tema), y mayores niveles de productividad para el sector privado (Factor Trabajo, 2016).

década de los años 90 del siglo pasado, sobre todo en América Latina y el Caribe, con panoramas positivos y otras veces muy desalentadores. Así, tenemos legislaciones con modelos previsionales que reemplazaron totalmente el sistema de reparto por el sistema de capitalización individual, o en los que existen de manera paralela, o en los que son complementarios. Se debe implementar este último, pues el sistema de reparto se encargaría de otorgar prestaciones mínimas o básicas, mientras que el sistema de capitalización otorgaría prestaciones complementarias a las básicas.

No obstante, el sistema de protección social para alcanzar una mayor cobertura también requiere de la implementación de regímenes de pensiones sociales no contributivos para combinarlos con los contributivos, teniendo en cuenta los diferentes métodos de cálculo de las mismas. Paralelamente, se requerirá la implementación de regímenes universales financiados con impuestos, dependiendo de la realidad de cada país, frente a las crisis económicas globales y los cambios demográficos. De acuerdo con cada realidad social, económica y jurídica, el país deberá tomar una decisión respecto de implementar el Sistema de Pensiones Multipilar.¹³

El equilibrio entre el empleo y la protección social, así como el de la economía en general, se materializa con las políticas que permiten que los trabajadores de edad avanzada puedan jubilarse al llegar a cierta edad (edad de jubilación real), en la que efectivamente se vean impedidos de seguir prestando sus servicios laborales y no por la edad biológica. Su experiencia laboral y productividad deben ser tomadas en consideración. Es una inversión para que estas personas a lo largo de todo su ciclo laboral tengan una vida útil y productiva, para evitar ser una carga familiar y otorgarle mayores ingresos a la familia y prolongar las contribuciones al sistema de seguridad social, para gozar de mayores y mejores pensiones.

Los contratos intergeneracionales, que reflejan el diálogo de solidaridad y de apoyo mutuo, son la mejor alternativa para mantener altas tasas de crecimiento económico, así como del empleo y de la protección social, para hacer frente a las nuevas circunstancias sociales (aumento de la pobreza), poblacionales (envejecimiento de la población) y económicas (crisis globales y déficit fiscal), tanto en sus efectos positivos como, y sobre todo, en los negativos (pobreza, desprotección social, informalidad, mayores cargas sociales, entre otros).

Los sistemas de protección social de los países se deben reformular implementando no solo reformas «no estructurales» sino también —y de manera prioritaria— reformas «estructurales», teniendo en consideración la situación demográfica, económica, sociopolítica y jurídica de cada país; así como los principios, instrumentos y recomendaciones enunciados por la OIT (normas mínimas de la seguridad social). Las políticas sociales de empleo y de protección social deben apuntar a propiciar el fomento de altos niveles de empleo formal y decente y la sostenibilidad financiera del sistema, alcanzando gradualmente la meta de la cobertura universal en armonía con el desarrollo económico y el fomento del mercado interno de empleo.

13 Cabe recordar que mediante el Proyecto de Ley N° 1929/2007-CP, con base en el informe de una comisión de especialistas formada por los doctores Javier Neves Mujica, César Gonzales Hunt y Christian Sánchez Reyes, se proponía un sistema multipilares, así como a partir de los siguientes trabajos del Banco Mundial (1994), de Abanto y Paitán (2016, p. 99) y de Gonzales y Paitán (2015, p. 33).

7. Conclusión

El sistema de reparto (SNP) se sustenta en el establecimiento de la solidaridad entre generaciones (pacto intergeneracional) que implica y exige que cada generación de trabajadores en actividad asuma los gastos y cargas económicas de las generaciones precedentes que ya no están en actividad, produciéndose una coincidencia de los ingresos y gastos. Existe el riesgo de que se presenten incertidumbres en el futuro del sistema, ante la insolvencia en su financiamiento sustentado en el pacto intergeneracional avalado por el Estado, que puede derivar de la elevada tasa de desempleo, el empleo precario, la informalidad laboral, el déficit presupuestario y el acelerado envejecimiento de la población (mayores gastos en pensiones y menores ingresos en cuanto a las cotizaciones).

El sistema de capitalización individual (SPP) es un modelo que no depende del Estado —aunque ello no sea cierto en su integridad—, basado en cuentas individuales de capitalización en las que cada individuo soporta sus propios riesgos que se cubrirán sobre la base de las aportaciones que conforman su fondo. Es una especie de ahorro de largo plazo del afiliado, que le permite financiar sus pensiones futuras, pagadas por los aportes y rentabilidad acumuladas. Por un lado, genera una mayor certeza y seguridad respecto de las prestaciones que percibirá en el futuro; pero, por otro lado, se plantean problemas de solidaridad y desigualdad, puesto que no todas las personas tienen la misma capacidad de ahorro; además de los riesgos que implica la administración de su fondo, afectado por la inflación o crisis económica que puede acontecer —problemas de inversión—, y los riesgos que son soportados por los propios afiliados —problemas de rentabilidad de los recursos capitalizados.

Como se puede apreciar, nuestro sistema de protección social presenta déficits de cobertura y equidad en cuanto al acceso de las prestaciones que otorgan (sobre todo las pensiones) y de los cotizantes, así como de su sostenibilidad. Nuestro modelo previsional es precario, así como la estructura del mercado laboral, debido a la falta de políticas de empleo y de protección social.

Por ello, las políticas de empleo deben estar dirigidas a la promoción de la productividad laboral, sobre todo en los segmentos empresariales de menor tamaño (micro y pequeñas empresas) para que estén en capacidad de asumir los costos de regulación laboral y, por otro lado, fortalecer la fiscalización laboral en todo tamaño de empresa, sea esta pequeña, mediana o gran empresa. Por su parte, las políticas de protección social deben estar dirigidas a conciliar el ingreso de la nueva fuerza laboral en el mercado y el retiro de los que ya llegaron a la edad de jubilación, siendo que los aportes son el sustento para el otorgamiento de prestaciones futuras (tanto de los que están en actividad como de los pensionistas), más que apuntar a la reducción de la edad de jubilación. En realidad, ella se debería incrementar, en la medida en que existe una mayor tasa de mortalidad en el Perú, con una esperanza de vida de 74,6 años, lo que implica una extensión de la vida laboral de las personas mayores de 65 años. No obstante, esto debe realizarse en conjunto con otras reformas laborales para este grupo de personas, tales como la reducción de la jornada laboral, el cambio de actividad, el cambio de responsabilidad, entre otras.

«Asimismo, se requiere de medidas con la necesaria articulación de las entidades encargadas de la administración y gestión del sistema de pensiones» (Paitán, 2017), y de políticas que fomenten la inversión del capital físico (recursos humanos, tanto de los que están a punto de jubilarse como de los que se incorporan, por primera vez, al mercado laboral), y el establecimiento de mecanismos para que incentiven el ingreso de trabajadores independientes y empresas familiares. La prolongación de la vida laboral conciliable con el ingreso por primera vez de los jóvenes traería como efecto inmediato el incremento de los fondos de los sistemas de pensiones (del SNP o del SPP).

Es crucial una reforma del sistema de pensiones (paramétrica y estructural, principalmente), cuya finalidad se centre en ampliar la cobertura de protección para toda la población, reforzando (y reafirmando) los principios de universalidad y de sostenibilidad de seguridad social, en armonía con los demás. Con ello se estaría proponiendo «establecer un nuevo Contrato Social en el que todos los peruanos gocen de una pensión una vez culminada su vida laboral. Para ello se requiere además de una mejora estructural en la recaudación, con el fin de sostener la mayor presión de gasto que esta reforma implicaría» (Comisión de Protección Social, 2017, p. 35).

El sistema de pensiones peruano pasa por una problemática y crisis en materia de cobertura y sostenibilidad. Por ello, se requiere de la acción inmediata del gobierno, apoyada en la participación solidaria de todos los actores sociales, empleadores y demás sectores públicos y privados para diseñar políticas sociales orientadas a la ampliación del derecho a las pensiones contributivas y con una sostenibilidad financiera y fiscal, a corto, mediano y largo plazo.

Referencias

- Abanto, C. (2008). El sistema de pensiones en el Perú: de la reforma y la desafiliación a un sistema único complementario. *Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez*.
- Abanto, C. (2013). *Manual del Sistema Privado de Pensiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Abanto, C., & Paitán, J. (mayo de 2016). ¿Es inconstitucional la ley que libera los fondos de las AFP? El ahorro forzoso y la esencia de los regímenes previsionales. *Soluciones Laborales*, 87-100.
- Almanza, J. (1989). *Derecho de la seguridad social*. 6.^a edición. Madrid: Tecnos.
- Alonso, M., & Tortuero, J. (2001). *Instituciones de seguridad social*. Madrid: Civitas.
- Aparicio Tovar, J. (2017). La seguridad social, un valor universal en un mundo incierto. En OIT & Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita* (Vol. II). Madrid.
- Aparicio, J. (1999). *La seguridad social y la protección de la salud*. Madrid: Civitas.
- Bernedo, J. (2000). Ganancia para algunos y desprotección para todos. *Bocetos*.
- CISS. (1994). *La seguridad social en el Perú*. Distrito Federal: Secretaría General del CISS.
- Comisión de Protección Social. (2017). *Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo*. Lima.
- Cruz-Saco, M., Mendoza, J., & Seminario, B. (2014). *El sistema previsional del Perú. Diagnóstico 1996-2013. Proyecciones 2014-2050 y reforma*. Lima: Universidad del Pacífico.
- Cuadros, F. (junio de 2018). Entrevista a Fernando Cuadros Luque, viceministro de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. *Análisis Laboral*, XLII.
- Cuadros, F., & Sánchez, C. (diciembre de 2010). Informalidad laboral y (des)protección social. Un reflejo de la desigualdad. *PLADES, Revista Trabajo & Desarrollo*, 9.
- Factor Trabajo. (1 de febrero de 2016). *Factor Trabajo*. Obtenido de FACTOR TRABAJO: <https://blogs.iadb.org/trabajo/2016/02/01/sistemas-de-aprendices-un-puente-para-el-empleo-juvenil/>
- FMI. (25 de julio de 2018). *SEMANAECÓNOMICA.COM*. Obtenido de SEMANAECÓNOMICA.COM: <http://semanaeconomica.com/article/mercados-y-finanzas/previsional/301997-fmi-ley-que-permite-el-retiro-del-95-5-de-los-fondos-debe-ser-derogada/>
- García, F. (2001). Los cauces de la protección social en la globalización: interacción entre los ordenamientos internos y las acción internacional. *V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- Gestión (2018). Gobierno observó ampliación de jubilación adelantada en AFP: peligra su continuidad desde enero.
- Gonzales, H. (7 de diciembre de 2015). *LALEY.PE*. Obtenido de LALEY.PE: <https://laley.pe/art/2956/la-libre-disposicion-del-95-5-de-los-fondos-previsionales-es-inconstitucional>
- Gonzales, C., & Ántola, M. (2015). La derogación de la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes a los sistemas de seguridad social en pensiones. *Laborem*, 15.

Gonzales, C., & Paitán, J. (2015). Hacia un modelo multipilar del sistema de pensiones peruano: ¿una reforma impostergable? *Revista de Diálogo y Concertación Nacional del Consejo Nacional del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*.

INEI. (2015). *Estado de la población peruana 2015*. Lima: INEI. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1251/Libro.pdf

INEI. (2016). *Perú: estimaciones y proyecciones de población por sexo, según departamento, Provincia y Distrito, 2000-2015*. Obtenido de <http://proyectos.inei.gob.pe/web/biblioinei-pub/bancopub/Est/Lib0842/libro.pdf>

INEI. (2018). Situación de la población adulta mayor. *Informe Técnico N° 3*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/03-informe-tecnico-n03_adulto-abr-may-jun2018.pdf

INE. (2018). *Perú: indicadores de empleo e ingreso por departamento. 2007-2017*, p 157. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1537/libro.pdf

Landa, C. (2010). Los derechos sociales y la jurisprudencia constitucional peruana (laboral y pensionaria). *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*.

Monereo Pérez, J. (2001). La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social. *Relaciones Laborales*, 48.

OIT. (2013). *Informe IV. Empleo y protección social en el nuevo contexto demográfico*. Conferencia Internacional del Trabajo, 102.^a reunión. Ginebra: OIT.

Paitán, J. (28 de abril de 2017). *Legis.pe*. Obtenido de *Legis.pe*: <https://legis.pe/hacia-nuevo-sistema-peruano-pensiones-multipilar-reto-impostergable-la-comision-proteccion-social-del-peru/>

Pasco, M. (2008). Los principios de la seguridad social y los diversos sistemas Pensionarios. En Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional en materia previsional*. Lima: TC y CEC.

Pasco, M. (1998). ¿Son los sistemas privados de pensiones formas de seguridad social? En Secretaría General de la OISS. *Las reformas de la seguridad social en Iberoamérica*. Madrid: OISS.

Plá, A. (1999). *Estudios de la seguridad social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Raso, J. (2016). El derecho del trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 13(7).

RAE. (2018). Deconstrucción. Obtenido de <http://dle.rae.es/?id=ByPcuX6>

Rofman, R., & Lucchetti, L. (noviembre de 2006). *Sistema de pensiones en América Latina: conceptos y mediciones de cobertura*. Recuperado el 15 de diciembre de 2018, de Sistema de pensiones en América Latina: conceptos y mediciones de cobertura: <http://siteresources.worldbank.org/SOCIALPROTECTION/Resources/SP-Discussion-papers/Pensions-DP/0616S-panish.pdf>

Rueda, M. (2017). Seguridad social peruana en pensiones, cuantías, aportes, competencias: reformas y realidad. *El Cotidiano*. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32553151011>

Semana Económica. (2018). FMI: *Ley que permite el retiro del 95.5% de los fondos «debe ser derogada»* [noticia en un blog]. Obtenido de <http://semanaeconomica.com/article/mercados-y-finanzas/previsional/301997-fmi-ley-que-permite-el-retiro-del-95-5-de-los-fondos-debe-ser-derogada/>

Trillo, F. (octubre/diciembre de 2016). Economía digitalizada y relaciones de trabajo. *Revista de Derecho Social*, 76.

Vega-Centeno, M., & Remenyi, M. (1996). El sistema previsional en el Perú: Sistema Nacional de Pensiones vs. Sistema Privado de Pensiones. *Economía*, 19.

Perspectivas del derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el siglo XXI

Estela Ospina Salinas

Profesora de Derecho del Trabajo de la PUCP.

Magíster en Derecho del Trabajo y Máster en Prevención de Riesgos Laborales

1. La «gobernanza global» y los nuevos paradigmas en la gestión empresarial y laboral sostenible

1.1. Antecedentes sobre desarrollo sostenible y «gobernanza global»

Un primer aspecto es la revisión de los antecedentes del concepto de desarrollo sostenible. Autores de la revista *Environmental Politics* sostienen que los movimientos sociales de los años 1960 y 1970 en los Estados Unidos de América impulsaron la idea de utilizar el poder de los consumidores y los mercados financieros para promover diversas causas sociales (Szejnwald Brown, Halina, De Jong, Martin & Lessidrenska, Teodorina, 2009, p. 187).

Durante la década de 1980, el reconocimiento mundial del impacto económico de los cambios ambientales hizo que se convirtieran en una cuestión de interés para los dirigentes y responsables de la toma de decisiones (Brundtland, 2002). Existía la idea de que la justicia social, el medio ambiente y los derechos humanos van siempre de la mano. Estas tendencias eran manifestaciones de varios desarrollos sociales más amplios durante la década de 1990, como el hecho de que las corporaciones globales adoptaran públicamente el concepto de «responsabilidad social corporativa».

Brundtland sostiene que el activismo social por medio de mercados, la responsabilidad social corporativa, los movimientos ambientales civiles y la creciente popularidad de las asociaciones se reforzaron mutuamente con respecto a la creciente demanda de información sobre el desempeño ambiental y social de las empresas:

A través de la creciente toma de conciencia de la sociedad civil y de los medios de comunicación, la importancia económica, política y social de la degradación medioambiental (por ejemplo) se ha convertido, de este modo, en una cuestión relevante para votantes, políticos y gobiernos. (Brundtland, 2002, p. 173)

Es el concepto de «desarrollo sostenible» el que potencia y establece un lenguaje propio.

En 1987, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo señala las premisas clave del *desarrollo sostenible*, afirmando que es «el desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones actuales sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (WCED, 1987).

En 1992, la Cumbre de la Tierra y la Agenda 21, sobre el programa global de acción sobre desarrollo sostenible, anunciaron un nuevo enfoque para el tratamiento de cuestiones medioambientales y de desarrollo, incluido el componente trabajo. Así se define el desarrollo sostenible como «la satisfacción de las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades» (Informe titulado «Nuestro futuro común», de 1987, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo). El desarrollo sostenible emerge como el principio rector para el desarrollo mundial a largo plazo (Naciones Unidas, 2010).

El 2015 constituye otro hito. Señala Ocampo:

[...] es importante por tres procesos y que son de suma relevancia para la comunidad internacional: la negociación de una nueva agenda para el desarrollo en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, que se espera se defina en septiembre; la Tercera Conferencia Internacional sobre Financiamiento para el Desarrollo, que tuvo lugar en Addis Abeba, Etiopía, en julio, y finalmente, la 21ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 2015 (COP21) en París, Francia, en el mes de diciembre. (Ocampo, 2015)

En este contexto, se concreta un debate relevante en torno a la «gobernanza global». La autora se inscribe en la corriente de reflexión que ubica a la

gobernanza como teoría global que explica las relaciones internacionales y que cuenta con ciertas características que conforman su esencia... son la relocalización de la autoridad más allá o por lo menos en complemento del Estado; el surgimiento de agentes de poder diversos, tanto formales e informales; [...] un tercer elemento es la presencia de instituciones y normas como herramientas para operar la gobernanza [...] así como el debate entre homogeneización de la heterogeneidad resultado de la misma dispersión de la autoridad [...] los temas diversos de la gobernanza son los asuntos de la agenda global contemporánea en donde se incluye desde el medio ambiente, pasando por los derechos humanos, hasta las prácticas militares y conflictos armados en su relación con las instituciones de seguridad internacionales; entre otros aspectos. (López-Vallejo, Mungaray, Quintana & Velázquez, 2013)

Culmina López-Vallejo señalando que la gobernanza establece una

forma de relacionar procesos, actores y temas que toma fuerza en un entorno de globalización en donde, por un lado, el ritmo de las transacciones es cada vez más rápido y, por el otro, los actores caminan a ritmos diferentes y se desarrollan en áreas grises que combinan continuidad y cambio.

Para autores como Castillo (2013), globalmente se tiene un «cambio relacional de poder en la sociedad internacional [que] está ocasionando dinámicas geopolíticas y

geoeconómicas contrapuestas a los planteamientos de un multilateralismo eficaz». Lo cual plantea el cuestionamiento de los roles que tienen espacios de integración como la Unión Europea (UE), Japón, China y otros actores. Además, se colocan determinados contenidos como claves en estos procesos de cambios globales, como es el mundo del trabajo y las nuevas tecnologías.

Es sobre el mundo del trabajo y los cambios que se vienen generando donde interesa colocar la reflexión. Son procesos que afectan tanto la dinámica de la gestión empresarial como la capacidad de las organizaciones de trabajadores para desarrollarse.

Algunos autores centran su atención en los límites que los procesos de globalización imponen a los Estados nacionales frente a la denominada «vis expansiva» de las organizaciones empresariales; colocan el énfasis en el poder expansivo empresarial por encima de las fronteras, la descentralización productiva que no presenta límites ni espaciales (pueden estar presentes en todas las regiones de un país con 25 regiones, como en 10 países de la misma manera) ni temporales (organizaciones empresariales pueden trabajar las 24 horas durante los 7 días de la semana); pueden expandir o comprimir las actividades en función de los requerimientos del mercado, y su flexibilidad de adaptación es un componente clave para su crecimiento. Mientras que se evidenciaría una incompetencia de las autoridades de trabajo de los Estados nacionales para encontrar mecanismos que protejan los derechos de las y los trabajadores de las organizaciones empresariales, tanto las del país matriz como en los países «mano», como también denominan a aquellos países que compiten a la «baja de la mano de obra», «mientras más barata mejor». En el país se encuentran afirmaciones que comparan lo «caro» que resulta la mano de obra peruana debido a los «excesivos beneficios laborales» que se constituyen en «barreras al proceso de formalización», opiniones que carecen de un enfoque de sostenibilidad tanto empresarial, laboral como de país.

La autora comparte la reflexión de que la llamada «cuarta revolución industrial» está constituyendo una nueva forma de gestión empresarial, de participar en la actividad económica. Para esta corriente de la llamada «cuarta revolución» el trabajo adquiere una reasignación de valor, se coloca como un centro de imputación que desplaza al beneficio económico puro (dinero clásico) y coloca un énfasis en el beneficio socialmente responsable. Uno de esos enfoques que forman parte de esta reasignación del valor al trabajo proviene del concepto «reputación corporativa».

Sostiene Quintero que las organizaciones empresariales

se hacen socialmente responsables respecto de sus trabajadores (y de otros ciudadanos, potenciales trabajadores, o no) dentro del territorio nacional, bien para comprometerse en el cumplimiento efectivo de las normas socio-laborales (*legal compliance*) bien para promover acciones más allá de la normativa coercitivamente vinculante (en materia de igualdad y no discriminación por razón de género, discapacidad, o edad, en materia de diversidad, salud en el trabajo y bienestar de los trabajadores, o potenciación de la empleabilidad, por poner los ejemplos más evidentes). (Quintero, 2018)

La autora citada subraya que algunas organizaciones empresariales «en ciertas materias cuentan también con un relativo empaque legal e incluso constitucional, han incorporado a su haber ético-jurídico la promoción de la igualdad de derechos laborales, entre los que destaca la *protección de la salud de los trabajadores*» (Quintero, 2018) (cursivas añadidas). Matiza señalando que las herramientas son tenues, dispares y pueden diferir entre territorios. Inclusive se comenta la opción de «exportar estándares de protección jurídico-laboral más allá de las fronteras. De esta posibilidad es muestra incipiente la preocupación por la protección de la *salud de los trabajadores* integrados en las cadenas de valor en los procesos productivos transnacionalizados» (Quintero, 2018) (cursivas añadidas).

Esta línea de reflexión es la que el documento presenta. Existe en el siglo XXI una tendencia en la denominada «cuarta revolución» que permite cautelar los derechos humanos fundamentales, entre ellos los laborales y, especialmente, la seguridad y salud en el trabajo como parte de un enfoque de gestión sostenible. Uno de sus ámbitos es el laboral. Tendencia que tiene componentes globales macro, como la Agenda 2030, y otros micro, que atienden propiamente a la gestión empresarial, como es la reputación corporativa y la ética en la gestión. Estos componentes tienen una sinergia y avanzan en la revalorización del factor trabajo en el mundo contemporáneo. El análisis de este enfoque se concretará en el plano nacional, desde el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo.

1.2. Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y Objetivo 8 sobre trabajo decente

Se conoce como Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) a la Agenda 2030 aprobada en la Cumbre Especial de las Naciones Unidas denominada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», realizada el 25 y 26 de septiembre de 2015 en Nueva York y que entró en vigor el 1 de enero de 2016 (MAEC España, 2015). Es una convocatoria universal a la adopción de medidas en tres dimensiones de la sostenibilidad: económica, social y medioambiental, y resultó del balance crítico de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (UNDP, 2018) y el impulso de la Cumbre de Río+20.

Estos ODS son 17 y se han aprobado 169 metas, algunas de cumplimiento al 2030 y otras en años precedentes. Esta es una agenda global que permite un trabajo unido y articulado con el fin de abordar los enormes desafíos que enfrenta la humanidad, incluyendo los relacionados con el mundo del trabajo (OIT, 2017).

La OIT señala que el concepto de «trabajo decente»

sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres. (OIT, 2016)

El Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8 se denomina «trabajo decente y crecimiento económico», y tiene como orientación «promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos». Mientras que sus metas son las siguientes:

8.1. Apoyar el crecimiento económico per cápita de acuerdo con las circunstancias nacionales y, en particular, un crecimiento del producto interno bruto de al menos el 7 por ciento anual en los países menos desarrollados.

8.2 Lograr niveles más elevados de productividad económica mediante la diversificación, la modernización tecnológica y la innovación, entre otras cosas centrandose en sectores de mayor valor añadido y uso intensivo de mano de obra.

8.3 Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de empleo decente, la iniciativa empresarial, la creatividad y la innovación, y propiciar la formalización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, inclusive a través de su acceso a servicios financieros.

8.4 Mejorar progresivamente, para 2030, la producción y el consumo eficientes de los recursos mundiales y procurar desvincular el crecimiento económico de la degradación del medio ambiente, de conformidad con el marco decenal de programas sobre modalidades sostenibles de consumo y producción, empezando por los países desarrollados.

8.5 Para 2030, lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

8.6 Para 2020, reducir sustancialmente la proporción de jóvenes que no están empleados, no cursan estudios ni reciben formación.

8.7 Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas modernas de esclavitud y la trata de seres humanos y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados y, a más tardar en 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas.

8.8 Proteger los derechos laborales y promover un ambiente de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.

8.9 Para 2030, elaborar y poner en práctica políticas encaminadas a promover un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales.

8.10 Fortalecer la capacidad de las instituciones financieras nacionales para fomentar y ampliar el acceso a los servicios bancarios, financieros y de seguros para todos. 8.a: Aumentar el apoyo a la iniciativa de ayuda para el comercio en los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados, inclusive en el contexto del Marco Integrado Mejorado de Asistencia Técnica Relacionada con el Comercio para los Países Menos Adelantados. 8.b: Para 2020, desarrollar y poner en marcha una estrategia mundial para el empleo de los jóvenes y aplicar el Pacto Mundial para el Empleo de la Organización Internacional del Trabajo. (OIT, 2016)

Se presentan las metas que corresponden al Objetivo número 8 para conocimiento. Sin embargo, es interés de este artículo centrarse en el contenido de la meta 8.8 en la medida en que es la relativa a la seguridad y salud en el trabajo: «8.8. Proteger los derechos laborales y promover un ambiente de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios» (OIT, 2016).

La OIT, en el texto citado, señala que:

Cada día, 6.400 personas mueren debido a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, lo cual representa 2,3 millones de muertes al año. Además, 860.000 personas sufren lesiones en el trabajo todos los días. Esto representa un gasto para las empresas de 2,8 billones de dólares anuales —el 4 por ciento del producto interno bruto mundial— en términos de pérdida de tiempo de trabajo, interrupciones de la producción, tratamiento de lesiones en el trabajo y enfermedades profesionales, rehabilitación e indemnización. (OIT, 2016)

Se proponen como medidas para cumplir con la meta en seguridad y salud en el trabajo, las siguientes acciones:

- Empezar una acción urgente para crear una cultura de prevención global que respete el derecho a un ambiente de trabajo seguro y saludable, y que garantice que los empleadores y los trabajadores conozcan sus derechos y responsabilidades.
- Aplicar los derechos fundamentales y las normas de la OIT a nivel nacional. Los grupos vulnerables, incluyendo los migrantes, requieren una atención especial a fin de garantizar que sean protegidos sus derechos y mejoradas sus condiciones de trabajo. (OIT, 2016)

En el país, la primera acción bajo comentario se articula con el eje de fortalecimiento de la cultura de prevención como parte del Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017-2021 (DS N° 005-2017-TR, 2017 y con el objeto de la Ley (Ley SST, 2011), que en su artículo 1 establece:

La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia.

En ese sentido, la orientación tanto de la Ley como del Plan Nacional se integra y están alineadas a la primera acción establecida en el Objetivo número 8 para el cumplimiento de la Meta 8.8 en el país. Lo cual incide en la importancia de velar por el adecuado cumplimiento de ambos instrumentos en el país y la consiguiente prioridad que se le asigne, incluido el aspecto presupuestal.

Sobre la segunda acción, si bien la seguridad y salud en el trabajo es considerada como un derecho humano fundamental y el país ratificó el Tratado de Derechos Humanos y el Tratado de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se presentan incumplimientos en la «aplicación de estos derechos fundamentales». Por otra parte, si bien el Perú es un país miembro de la OIT, aún no ratifica ninguno de los tres convenios sustanciales en materia de seguridad y salud en el trabajo:

- Convenio N.º 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (entrada en vigor: 11 de agosto de 1983).
- Convenio N.º 161 sobre los servicios de salud en el trabajo (entrada en vigor: 17 de febrero de 1988).
- Convenio N.º 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (entrada en vigor: 20 de febrero de 2009).

Se debe mencionar que en el Plan Nacional de SST se encuentra establecida la evaluación de la viabilidad o no de la ratificación de estos convenios que son los generales y atienden las normas fundamentales sobre esta materia. Por otra parte, la Ley (Ley SST, 2011) considera una atención especial para grupos de trabajadores con discapacidad, protección de la salud reproductiva, trabajadoras y adolescentes; no hay mención de las y los trabajadores migrantes como un colectivo que merece especial protección en sus condiciones de trabajo. Aspecto que podría incorporarse en los alcances del Plan Nacional de SST.

1.3. Plan de Salud de los Trabajadores 2015-2025 y un balance de su cumplimiento

Se solía considerar que en los países menos avanzados el desarrollo económico era un requisito previo para la mejora de las condiciones sanitarias de la población. Ahora los gobiernos, los políticos y los dirigentes reconocen cada vez más que invertir en la salud de las personas también puede ser un requisito previo para el desarrollo económico. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), la salud es un componente esencial del desarrollo sostenible, por lo cual monitorea y reporta datos sobre 36 indicadores de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) relacionados con la salud (WHO, 2018).

En el 54.º Consejo Directivo de la 67.ª Sesión del Comité Regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) para las Américas realizado en Washington, D.C. el 1 de octubre de 2015, en el punto 4.7 del orden del día se procedió a presentar, debatir y aprobar el Plan de Acción sobre la Salud de los Trabajadores 2015-2025. Si bien este Plan de Salud de los Trabajadores no tiene el carácter de vinculante que adquieren los convenios de la OIT cuando son ratificados por un país miembro, actúa como guía para la acción especialmente para el Ministerio de Salud, y se desarrollan acciones estatales para velar por su cumplimiento.

Este plan de acción se articula con el Plan Mundial sobre la Salud de los Trabajadores 2008-2017 de la OMS. Se sustenta en el marco conceptual de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre la salud y los derechos humanos (Resolución

CD50.R8 [2010]), la orientación regional sobre los determinantes sociales de la salud, el Plan de Acción sobre la Salud en todas las políticas (Resolución CD53.R2 [2014]), las nuevas Metas de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el Plan Estratégico de la OPS 2014-2019 (Resolución CD53. R3 [2014]) y la Estrategia para el Acceso Universal a la Salud y la Cobertura Universal de Salud (Resolución CD53.R14 [2014] (OPS, 2015).

El Plan de Acción bajo comentario propone las siguientes «Líneas estratégicas de acción»:

Línea estratégica de acción 1: Elaborar y actualizar la legislación y los reglamentos técnicos sobre la salud de los trabajadores.

Línea estratégica de acción 2: Identificar, evaluar, prevenir y controlar las condiciones y exposiciones peligrosas en el trabajo.

Línea estratégica de acción 3: Aumentar el acceso y la cobertura de los servicios de salud para los trabajadores.

Línea estratégica de acción 4: Promover la salud, el bienestar y el trabajo saludable en el lugar de trabajo.

Línea estratégica de acción 5: Fortalecer la capacidad de diagnóstico, los sistemas de información, la vigilancia epidemiológica y la investigación de las enfermedades, los accidentes y las muertes en el trabajo. (OPS, 2015)

En la medida en que se establecen objetivos e indicadores para cada línea estratégica de acción, es posible realizar un breve balance del nivel de cumplimiento en el país a diciembre de 2018. Para ello se consideran aportes de otros autores (Egúquiz y otros, 2018; Cano & Francia, 2018), y la precisión de la situación del país a diciembre de 2018 tendrá una formulación similar a la del indicador establecido en el Plan de Acción.

Línea estratégica de acción 1: Elaborar y actualizar la legislación y los reglamentos técnicos sobre la salud de los trabajadores (OPS, 2015)

Objetivo	Indicador	Situación Perú, diciembre 2018
<p>1.1 Desarrollar y actualizar instrumentos jurídicos que den seguimiento al cumplimiento de las políticas y las normas técnicas dirigidas a la vigilancia y control de las condiciones que afectan la salud, el bienestar y la vida de los trabajadores, en concordancia con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), los instrumentos de derechos humanos aplicables en materia de salud y las normas de salud pública.</p>	<p>1.1.1 Número de países con reglamentos de seguridad y salud en el trabajo actualizados y en concordancia con los convenios de la OIT y las recomendaciones internacionales de la OMS en materia de salud</p>	<p>El Perú tiene la Ley 29783, su modificatoria y normas reglamentarias. No se tienen ratificados los Convenios OIT 155, 161 ni el 187.</p>
	<p>1.1.2 Número de países con listas de enfermedades profesionales u ocupacionales actualizadas en consonancia con la lista de la OIT.</p>	<p>El Perú tiene al RM 480-2010-MINSA, sin embargo no se encuentra actualizada.</p>
<p>1.2 Fortalecer la coordinación y la capacidad nacional de abordar de manera eficaz la salud de los trabajadores en los países.</p>	<p>1.2.1 Número de países con planes nacionales de salud de los trabajadores integrados en los planes nacionales de salud pública.</p>	<p>El Perú tiene el Plan Nacional de SST aprobado por DS 005-2017-TR que integró los aportes del MINSA sobre su integración con los planes de salud pública.</p>
	<p>1.2.2 Número de países con comités o consejos nacionales de salud ocupacional conformados y en marcha.</p>	<p>El Perú cuenta con un Consejo Nacional de SST (CONSSAT, esta instancia se encuentra integrada por un representante del MINSA y otro del INS-CENSOPAS) y 26 Consejos Regionales a nivel nacional. Además, en el MINSA como parte del Consejo Nacional de Salud funciona un Comité de Salud Ocupacional y Ambiental.</p>
	<p>1.2.3 Número de países con redes de comités de salud ocupacional en marcha.</p>	<p>En el Perú existen Comités bipartitos de SST a nivel de empresas o entidades. Sin embargo, no están integrados en redes nacionales.</p>

Línea estratégica de acción 2: Identificar, evaluar, prevenir y controlar las condiciones y exposiciones peligrosas en el trabajo (OPS, 2015)

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
2.1 Fortalecer la capacidad de los Estados Miembros para desarrollar y poner en marcha iniciativas que identifiquen y controlen los agentes peligrosos y demás condiciones de riesgo y desigualdad en el lugar de trabajo.	2.1.1 Número de países que están poniendo en marcha programas de capacitación sobre salud ocupacional.	La obligación de implementar los planes de mínimo 4 capacitaciones en SST al año es de las empresas y entidades públicas. En principio como parte de los temas de capacitación deberían incluirse aspectos preventivos sobre salud de las y los trabajadores.
	2.1.2 Número de países con centros de investigación sobre salud ocupacional dedicados a la investigación de la salud de los trabajadores y sus determinantes sociales.	En el Perú, el centro responsable de la investigación en salud ocupacional es el CENSOPAS que forma parte del Instituto Nacional de Salud (INS), el mismo que es heredero del Instituto Nacional de Salud Ocupacional (INSO). Sin embargo, la investigación en salud ocupacional es tarea pendiente.
2.2 Desarrollar y poner en marcha programas integrales de salud que identifiquen y controlen los agentes peligrosos y demás condiciones de riesgo y desigualdad en sectores económicos críticos seleccionados.	2.2.1 Número de países con programas de salud y bienestar de los trabajadores implementados en el sector informal.	El Perú no tiene programas de salud y bienestar de los trabajadores implementados en el sector informal. Tarea pendiente.
	2.2.2 Número de países con programas integrales de salud y bienestar de los trabajadores implementados en el sector de la salud.	El Perú no tiene programas de salud y bienestar de los trabajadores implementados en el sector de la salud. Tarea pendiente.
	2.2.3 Número de países con programas integrales de salud de los trabajadores implementados en el sector de la minería.	En el Perú se tiene programas integrales de salud de los trabajadores implementados en el sector de la minería desde las empresas. La limitación es en el sector artesanal e informal de la minería.

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
	2.2.4 Número de países con programas integrales de salud ocupacional implementados en el sector de la agricultura, con énfasis en la exposición a los plaguicidas.	El Perú no tiene programas integrales de salud ocupacional implementados en el sector de la agricultura, con énfasis en la exposición a los plaguicidas. Tarea pendiente.
2.3 Avanzar con los programas para prevenir las enfermedades profesionales, en particular las relacionadas con el asbesto, el sílice, los agentes cancerígenos, los estresores ergonómicos y los riesgos psicosociales	2.3.1 Número de países participantes en la iniciativa de eliminación de la silicosis.	El Perú forma parte de la iniciativa, pero no hay acciones desarrolladas.
	2.3.2 Número de países con programas de prevención del cáncer ocupacional y matrices de exposición laboral a cancerígenos (CAREX) desarrollados.	El Perú tiene una Comisión permanente sobre cáncer profesional en el CONSSAT, con Presidencia de MINSA. El trabajo sobre CAREX lo está desarrollando el MINSA.
	2.3.3 Número de países que están poniendo en marcha programas de prevención de enfermedades relacionadas con el asbesto	El Perú no tiene programas de prevención de enfermedades relacionadas con el asbesto Tarea pendiente
	2.3.4 Número de países con programas de prevención de desórdenes músculo-esqueléticos.	El Perú no tiene programas de prevención de desórdenes músculo-esqueléticos. Tarea pendiente.
	2.3.5 Número de países con programas desarrollados y aplicados de prevención de riesgos psicosociales y de control de la violencia en el lugar de trabajo.	El Perú no tiene programas de prevención desarrollados ni aplicados de prevención de riesgos psicosociales y de control de la violencia en el lugar de trabajo. Tarea pendiente.

Línea estratégica de acción 3: Aumentar el acceso y la cobertura de los servicios de salud para los trabajadores (OPS, 2015)

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
3.1 Mejorar el acceso y ampliar la cobertura de los servicios integrales de salud ocupacional integrados en los sistemas nacionales de atención de la salud.	3.1.1 Número de países con servicios de atención básica de salud ocupacional integrados en los servicios de atención primaria de salud.	El Perú no tiene servicios de atención básica de salud ocupacional integrados en los servicios de atención primaria de salud. Tarea pendiente.
	3.1.2 Número de países con profesionales de atención primaria de salud entrenados y certificados con respecto a las competencias básicas de salud ocupacional.	El Perú no cuenta con profesionales de atención primaria de salud entrenados y certificados con respecto a las competencias básicas de salud ocupacional. Tarea pendiente.
3.2 Fortalecer los servicios especializados de medicina ocupacional y otras especialidades clínicas y los sistemas de referencia y contrarreferencia.	3.2.1 Número de países con sistemas de referencia y contrarreferencia en marcha para dar acceso a los servicios especializados de medicina ocupacional y otras especialidades clínicas.	El Perú no tiene sistemas de referencia y contrarreferencia en marcha para dar acceso a los servicios especializados de medicina ocupacional y otras especialidades clínicas. Tarea pendiente.

Línea estratégica de acción 4: Promover la salud, el bienestar y el trabajo saludable en el lugar de trabajo (OPS, 2015)

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
4.1 Poner en marcha la iniciativa de trabajos y entornos de trabajo saludables y respetuosos, y de calidad de vida en el trabajo.	4.1.1 Número de países que han incorporado el modelo de entornos de trabajo saludables de la OMS.	En el Perú falta difusión del modelo de entornos de trabajo saludables de la OMS. Tarea pendiente.
	4.1.2 Número de países con programas integrales de promoción de la salud de los trabajadores y de prevención de las enfermedades no transmisibles.	El Perú cuenta con un programa nacional de prevención de las enfermedades no transmisibles. No se incluye la salud de los trabajadores. Tarea pendiente.

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
	4.1.3 Número de países que cuentan con redes de lugares de trabajo saludables.	El Perú no cuenta con redes de lugares de trabajo saludables. Tarea pendiente.
4.2 Fortalecer la atención integral de la salud de los adultos en edad productiva en el lugar de trabajo.	4.2.1 Número de países que han incorporado las evaluaciones médicas ocupacionales periódicas en la población trabajadora adulta (de 18 a 65 años).	En el Perú las evaluaciones médicas ocupacionales periódicas en la población trabajadora adulta (de 18 a 65 años) son obligatorias para el sector formal de trabajadores.
4.3 Generar mecanismos de gestión del conocimiento para traducir los resultados de las iniciativas de promoción de la salud, el bienestar y la calidad de vida en el trabajo —al igual que los datos estadísticos sobre enfermedades, accidentes y muertes ocupacionales— en políticas y reglamentos para la prevención.	4.3.1 “Número de países con publicaciones que reflejen los resultados de las actividades y las experiencias exitosas de promoción de la salud, el bienestar y la calidad de vida en el trabajo.	En el Perú aún no se publican los resultados de las actividades y las experiencias exitosas de promoción de la salud, el bienestar y la calidad de vida en el trabajo.
	4.3.2 Número de países con reglamentos técnicos expedidos con base en los resultados de las actividades y experiencias sobre la promoción de la salud, el bienestar y la calidad de vida en el trabajo.	El Perú no cuenta con reglamentos técnicos expedidos con base en los resultados de las actividades y experiencias sobre la promoción de la salud, el bienestar y la calidad de vida en el trabajo. Tarea pendiente.
	4.3.3 Número de países con publicaciones que muestran los resultados de las actividades de diagnóstico, registro y vigilancia epidemiológica de las enfermedades ocupacionales, los accidentes y las muertes en el lugar de trabajo.	El Perú tiene una publicación mensual del Sistema de Accidentes de Trabajo (SAT) del MTPE con publicaciones que muestran los resultados de las enfermedades ocupacionales, los accidentes y las muertes en el lugar de trabajo.

Línea estratégica de acción 5: Fortalecer la capacidad de diagnóstico, los sistemas de información, la vigilancia epidemiológica y la investigación de las enfermedades, los accidentes y las muertes en el trabajo” (OPS, 2015).

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
5.1 Fortalecer y desarrollar sistemas de información y vigilancia de las enfermedades profesionales, los accidentes y las muertes en el lugar de trabajo.	5.1.1 Número de países con sistemas en marcha de registro y notificación de las enfermedades profesionales, los accidentes y las muertes en el lugar de trabajo.	El Perú tiene un sistema en marcha de registro y notificación de las enfermedades profesionales, los accidentes y las muertes en el lugar de trabajo.
	5.1.2 Número de países con sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional en marcha a nivel nacional.	El Perú no cuenta con sistemas de vigilancia epidemiológica ocupacional en marcha a nivel nacional. Tarea pendiente.
5.2 Desarrollar y poner en uso protocolos o guías de diagnóstico de enfermedades profesionales que faciliten su reconocimiento.	5.2.1 Número de países que implementaron protocolos o guías de diagnóstico de enfermedades profesionales.	El Perú no cuenta con protocolos o guías de diagnóstico de enfermedades profesionales. Tarea pendiente.
	5.2.2 Número de países con estadísticas completas sobre accidentalidad, morbilidad y mortalidad ocupacionales, distribuidas por sexo, edad, etnia, sector económico y ruralidad.	El Perú cuenta con estadísticas parciales sobre accidentalidad, morbilidad y mortalidad ocupacionales, distribuidas por sexo, edad, etnia, sector económico y ruralidad. Tarea pendiente.
5.3 Establecer agendas nacionales de investigación para determinar las condiciones de trabajo y empleo y las desigualdades relacionadas, y generar soluciones prácticas, conocimientos y evidencia para los responsables de formular políticas y tomar decisiones.	5.3.1 Número de países con una agenda nacional de investigación establecida sobre las condiciones de trabajo, la salud, la equidad y las enfermedades ocupacionales.	El Perú cuenta con una agenda nacional de investigación establecida sobre las condiciones de trabajo, la salud, la equidad y las enfermedades ocupacionales.
	5.3.2 Número de países con protocolos y guías de investigación para intervenciones o medidas preventivas a fin de controlar las exposiciones peligrosas.	El Perú no cuenta con protocolos y guías de investigación para intervenciones o medidas preventivas a fin de controlar las exposiciones peligrosas. Tarea pendiente.

Objetivo	Indicador	Situación Perú Diciembre 2018
	5.3.3 Número de países que han realizado encuestas sobre las condiciones de trabajo, la salud y la equidad.	El Perú no ha realizado encuestas sobre las condiciones de trabajo, la salud y la equidad. Tarea pendiente.
	5.3.4 Número de países con protocolos de intervención o acción para reducir al mínimo los casos de enfermedad renal crónica por causas no tradicionales.	El Perú no cuenta con protocolos de intervención o acción para reducir al mínimo los casos de enfermedad renal crónica por causas no tradicionales. Tarea pendiente.

En conclusión, hay avances importantes en el ámbito normativo. Sin embargo, de los 30 indicadores planteados, hace falta la formulación desde la medicina del trabajo, de la enfermería ocupacional, de la higiene ocupacional, de la ergonomía y de la psicociología en 22 de los indicadores del Plan de Acción bajo comentario, lo cual exige una mayor dedicación a los aportes del Ministerio de Salud en lo relativo a la salud de las y los trabajadores, desde el enfoque interdisciplinario mencionado.

2. Reputación corporativa empresarial y la seguridad y salud en el trabajo (SST)

2.1. Reputación corporativa y su importancia

Reputación, de acuerdo con la Real Academia Española (RAE, 2018), es la «opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo» o el «prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo». Este concepto, aplicado a las personas jurídicas, adquiere algunas características propias vinculadas a la gestión empresarial. Diferentes autores sostienen que una buena reputación aumentará el valor de la marca de una compañía, y de su «capital relacional», que deriva de la relación que una empresa mantiene con sus clientes, con sus inversores, con sus empleados (Abril, 2003).

Abril sostiene que la gestión de una buena reputación debe atender tres niveles: «lo que somos», «lo que hacemos» y «lo que decimos». A continuación se citan las referencias de dicho autor.

Primer nivel de reputación: «Lo que somos»: «Para demostrar que una empresa es “buena” [...] se emplean parámetros como por ejemplo: “empresa ética empresarial, valores corporativos, visión de la corporación, estrategia trazada y organización establecida» (Abril, 2003). Este autor sostiene que: «sobre la ética empresarial se asientan los valores corporativos, referente último de la compañía y expresión de su carácter; de hecho, la dirección por valores es una de las tendencias más recientes en los modelos de gestión de recursos humanos vigentes en el mundo» (Abril, 2003).

Segundo nivel de reputación: «Lo que hacemos»:

Las empresas que persigan una buena reputación corporativa deberán, también, demostrar a los grupos de interés que «hacen las cosas bien». Para lo cual se tienen tres pilares: El primero es la oferta de productos y servicios a clientes, generando una relación intensa. La reputación se basa en generar compromisos con sus clientes y mantener con ellos una relación de confianza y cercanía. El segundo es gobierno corporativo, que debe garantizar la transparencia, la supervisión y el control de todas las actuaciones de una organización, la adecuación de sus estructuras internas y su funcionamiento. Y el tercer pilar es la responsabilidad social corporativa (RSC), conformada por todas aquellas actuaciones dirigidas a elevar la ciudadanía de la empresa a altos niveles de exigencia. El perímetro de la RSC abarca asuntos relacionados con aspectos laborales, con aspectos medioambientales y con aspectos sociales. (Abril, 2003)

Mientras que el concepto de «responsabilidad social corporativa» puede definirse como el «compromiso de una empresa de mantener un comportamiento corporativo autoexigente con todos sus grupos de interés» (Lozano Díaz, 2005).

De acuerdo con la World Commission on Environment and Development, la responsabilidad social corporativa tiene dos componentes que se aplican a todas las organizaciones:

1) la ciudadanía corporativa, que se refiere al comportamiento responsable y proactivo para garantizar que se cumplan las demandas de los interesados, y refleja el compromiso de la organización con las personas, las instituciones, la sociedad y el entorno que se relacionan e interactúan con la organización; y 2) el desarrollo sostenible, que se refiere a la coexistencia del crecimiento económico y la conservación del medio ambiente. (WCED, 1987)

Los principios de la responsabilidad social corporativa se integran en el negocio principal de la empresa, y la gestión sostenible aumenta el prestigio y fortalece su buen nombre. La reputación corporativa es la realidad de una empresa y es producto del cumplimiento de sus compromisos a lo largo de su historia con sus actores implicados: trabajadores, clientes, accionistas, proveedores... comunicada eficazmente. Una empresa puede tener buena imagen y no reputación. Villafañe encuentra

cinco diferencias entre reputación corporativa y la imagen corporativa: 1) el origen de cada una; la reputación es la realidad empresarial con origen en su historia consolidada y demostrada, mientras que la imagen se fundamenta en un proyecto presente de comunicación globalmente entendida; 2) la reputación es estructural y permanente; la imagen es coyuntural; 3) la reputación es mensurable y verificable empíricamente, mientras que la imagen es difícilmente objetivable; 4) la reputación añade valor; la imagen genera expectativas; 5) la reputación se genera en el interior de la empresa; la imagen se construye fuera de la organización. (Lozano Díaz, 2005, p. 320)

Las variables mencionadas por Abril determinan la composición de los *rankings* que miden la reputación: Fortune 500 (Fortune 500, 2018), FT Most Admired (Fortune, 2018), y otros. Los índices bursátiles (DJSI, FTSE 4Good, Domini Social) han comenzado a medir para cada empresa variables relacionadas con los derechos humanos, incluidos los laborales, la gestión medioambiental, el gobierno corporativo, entre otras. Es preciso insistir en que existen diferentes variables de evaluación, diferentes monitores y estudios referenciales de reputación, de reconocimiento y validez mundial e internacional. Uno es el Monitor Español de Reputación Corporativa (MERCO), que surgió de una investigación universitaria en el seno de la cátedra del profesor Villafañe en la Universidad Complutense. En el Perú, MERCO empezó sus operaciones el 2000, tiene una metodología *multistakeholder* compuesta por cinco evaluaciones y 12 fuentes de información (MERCO, 2018).

2.2. Indicadores GRI

Los informes de sostenibilidad entre las 100 empresas más grandes de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que tienen carácter voluntario sobre medio ambiente y sostenibilidad, introducidos por primera vez en la década de 1970, aumentaron del 12 % en 1992 al 17 % en 1993, al 24 % en 1996, y al 28 % en 1999 (Szejnwald Brown, De Jong & Lessidrenska, 2009, p. 189). Los mismos autores sostienen que: «Para mediados de la década de los 1990s, las empresas reportaban un volumen enorme de información, que en su mayor parte era inconsistente en su alcance y profundidad, difícil de interpretar y prácticamente imposible de comparar». La proliferación de sistemas de informes voluntarios permitía a los que reportaban elegir aquellos sistemas que los hacían ver mejor. Esta situación generó un proceso de discriminación entre estos sistemas.

La idea de una Global Reporting Initiative (GRI) surge de una confluencia del activismo en los Estados Unidos de América por parte de organizaciones de consumidores, los inversionistas y los accionistas (1970); y varios desarrollos en la política ambiental y de sostenibilidad durante la década de 1990, incluido el creciente valor de la responsabilidad social corporativa (Szejnwald Brown, De Jong, & Lessidrenska, 2009, p. 183). Cada desarrollo atraía a diferentes grupos de actores sociales, pero juntos tenían la suficiente coherencia para movilizar a muchos de ellos en torno al GRI. Así, GRI fue concebida en 1997 como una colaboración entre dos organizaciones no-gubernamentales (ONG) sin fines de lucro y luego con el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP por sus siglas en inglés: United Nations Environment Programme) (MolenFollow, 2015).

Global Reporting Initiative (GRI) es

una organización cuyo fin es impulsar la elaboración de memorias de sostenibilidad en todo tipo de organizaciones. GRI produce un completo marco para la elaboración de Memorias de Sostenibilidad, cuyo uso está muy extendido en todo el mundo. El marco, que incluye la Guía para la elaboración de Memorias, establece los principios e indicadores que las organizaciones pueden utilizar para

medir y dar a conocer su desempeño económico, ambiental y social. GRI está comprometido con la mejora continua y el incremento del uso de estas Guías, las cuales se encuentran a disposición del público de manera gratuita. (Intedya, 2018)

Inicialmente, GRI se enfocó exclusivamente en los informes ambientales; luego el alcance se amplió hasta lo que se conoce como el «triple resultado» (concepto introducido por John Elkington en 1994):

1) los indicadores de desempeño social abordan ahora las *condiciones laborales, los derechos humanos*, la igualdad y otros; 2) los indicadores de desempeño económico abordan los impactos económicos en clientes, proveedores, empleados, proveedores de capital y el sector público; y 3) los indicadores de desempeño ambiental abordan el uso de recursos, la gestión de residuos, los riesgos ambientales y de salud, la biodiversidad y otros. (Szejnwald Brown, De Jong & Lessidrenska, 2009, p. 192)

La intención era formar un proceso abierto para los grupos de interés que se convertiría eventualmente en una guía para informar sobre «las personas, el planeta, y las ganancias económicas». Serviría como plantilla para los informes de las empresas, y además permitiría a las partes interesadas obtener una mejor visión y una evaluación del desempeño en materia de sostenibilidad de las empresas. El objetivo explícito de GRI consistía en aclarar y unificar la práctica de la información no financiera y empoderar a varios actores sociales (Szejnwald Brown, De Jong, & Lessidrenska, 2009, p. 189). La GRI crea las pautas para los informes de sostenibilidad que son utilizadas por muchas grandes empresas. El marco de GRI proporciona medidas y métodos para evaluar e informar sobre los impactos y el rendimiento relacionados con la sostenibilidad. Su objetivo no es solo alentar y mejorar los informes de sostenibilidad, sino estandarizarlos en todos los sectores y fronteras.

Se formó un comité directivo para guiar la política y la dirección general de GRI, y en el año 2000 se propuso la primera versión oficial de la guía, que sintetiza la contribución de cientos de personas y organizaciones en todo el mundo, incluyendo representantes de empresas, algunas ONG e instituciones de gobierno. Se incluyeron también aportes de grupos de interés sobre temas de trabajo, derechos humanos, medio ambiente e inversión (Global Reporting Initiative, 2000).

En el año 2002, la GRI inauguró oficialmente sus oficinas en Ámsterdam y lanzó la versión 2 de su guía. Le seguirían la versión G3 (2006) y la versión G4 (2013). La mejora de sus guías se basa en diálogos con los grupos de interés, sustentados en experiencias prácticas sobre las versiones anteriores. El reto actual es lograr que las organizaciones construyan nuevos estándares y marcos bajo una plataforma común.

La información sobre el desempeño en sostenibilidad se ha difundido rápidamente entre las empresas durante la última década (Szejnwald Brown, De Jong & Lessidrenska, 2009, p. 182):

Las reuniones anuales GRI de 2006 y 2008 en Ámsterdam contaron con políticos, directores ejecutivos corporativos y miembros de alto nivel de instituciones

multilaterales entre más de 1000 representantes de negocios globales, de capital de inversión, de organizaciones de la sociedad civil y profesionales. El mensaje colectivo fue que los Informes de Sostenibilidad se han convertido en una norma establecida de comportamiento para las empresas socialmente responsables, y la GRI define un punto de referencia mundial sobre cómo se deben estructurar, completar y evaluar dichos informes. (Szejnwald Brown, De Jong, & Lessidrenska, 2009, pp. 182-183)

Con el apoyo inicial del gobierno holandés, actualmente la GRI tiene empresas reportando desde 93 países, incluyendo 27 en los que se hace referencia a la GRI en sus políticas de Estado. Una encuesta de las declaraciones CSR públicas de 200 grandes empresas seleccionadas al azar sugiere que las Directrices GRI ahora se mencionan con la misma frecuencia que el Pacto Mundial de las Naciones Unidas (GRI, 2013).

En el contexto de los estándares GRI, la dimensión social de la sostenibilidad se refiere a los impactos de una organización en los sistemas sociales en los que opera (GRI, 2018). La salud y la seguridad en el trabajo es parte de los estándares GRI e implica tanto la prevención de daños como la promoción de la salud y el bienestar, y pueden verse afectadas por el trabajo que realizan y por el lugar de trabajo donde se realiza. La norma «GRI 403: Salud y Seguridad Ocupacional», emitida por la Junta de Normas de Sostenibilidad Global, establece requisitos sobre seguridad y salud en el ambiente de trabajo. El derecho a un lugar de trabajo sano y seguro se reconoce como un derecho humano y se valora su adscripción en diversos instrumentos jurídicos internacionales. Estos estándares incluyen contenidos sobre el enfoque de gestión y son los siguientes:

- Contenido sobre el «enfoque de gestión» (esta sección hace referencia a GRI 103).
- Contenido 403-1: «Representación de los trabajadores en comités formales trabajador-empresa de salud y seguridad».
- Contenido 403-2: «Tipo de accidentes y tasas de frecuencia de accidentes, enfermedades profesionales, días perdidos, ausentismo y número de muertes por accidente laboral o enfermedad profesional».
- Contenido 403-3: «Trabajadores con alta incidencia o alto riesgo de enfermedades relacionadas con su actividad».
- Contenido 403-4: «Temas de salud y seguridad tratados en acuerdos formales con sindicatos». (GRI, 2018)

Este estándar puede ser utilizado por una organización de cualquier tamaño, tipo, sector o ubicación geográfica que desee informar sobre sus impactos relacionados con este tema. Se debe mencionar que estos estándares GRI en seguridad y salud en el trabajo contaron con el aporte técnico de la OIT.

3. Las continuidades del siglo XX

3.1. Procesos de integración y acuerdos comerciales

La Comunidad Andina de Naciones (CAN) forma parte de uno de los procesos de integración más antiguos a nivel global. Está conformada por órganos e instituciones que están articulados en el Sistema Andino de Integración (SAI), establecido mediante el Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Protocolo de Trujillo) suscrito en el año 1996. La finalidad del SAI es permitir «un trabajo conjunto y una coordinación efectiva» entre todos los órganos e instituciones para profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y fortalecer las acciones relacionadas con el proceso de integración (Comunidad Andina, 2018). Los organismos que integran el SAI son:

- Organizaciones intergubernamentales: Consejo Presidencial Andino, Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Comisión de la Comunidad Andina.
- Organizaciones comunitarias: Tribunal de Justicia, Parlamento Andino, Secretaría General, CAF-Banco de Desarrollo de América Latina, Fondo Latinoamericano de Reservas, Organismo Andino de Salud – Convenio Hipólito Unanue, Universidad Andina Simón Bolívar, Convenio Sociolaboral Simón Rodríguez.
- Instancias de participación de la sociedad civil: Consejo Consultivo Empresarial, Consejo Consultivo Laboral, Consejo Consultivo de Pueblos Indígenas, Consejo Consultivo Andino de Autoridades Municipales (Comunidad Andina, 2018).

La CAN tiene un sistema jurídico comunitario andino de alta calidad que brinda seguridad jurídica a los acuerdos adoptados. Las Decisiones son emitidas por la Comisión y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; y las Resoluciones están a cargo de la Secretaría General de la CAN. Uno de los componentes del proceso de integración andino fue la denominada «Agenda Sociolaboral Andina» y la constitución del Consejo Asesor de Ministros de Trabajos (CAMT) que definió cinco ejes prioritarios: promoción del empleo, seguridad social, formación profesional, migración laboral y seguridad y salud en el trabajo. Sobre este último tema, la CAN aprobó la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, y la Resolución N° 957, Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Este es el marco normativo comunitario en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Analizamos el tema del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, Decisión N° 584, y el de los Acuerdos de Promoción Comercial (TLC) entre Perú-Estados Unidos de América (Ospina, 2014), y una de sus conclusiones fue que la Decisión N° 584 y la Resolución N° 957 se elaboraron adoptando enfoques innovadores para la época de su formulación, en el año 2002. Se incluyeron en la normativa comunitaria andina conceptos de sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo que recogen las directrices técnicas de la OIT sobre Sistemas de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo aprobadas en 2001 (ILO/OSH 2001). Otro enfoque novedoso fue el de sistemas nacionales de seguridad y salud en el trabajo, que

resulta central en el Convenio N° 187 sobre marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006), es decir, posterior a su inclusión en la Decisión N° 584.

Otro aporte de la Decisión N° 584 y la Resolución N° 957 fue el colocar el «trabajo decente» como una categoría clave en los procesos de integración. Un considerando señala:

[...] el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Subregión está íntimamente relacionado con la obtención de un trabajo decente [...] y uno de los elementos esenciales para alcanzar el objetivo de un trabajo decente es garantizar la protección de la seguridad y salud en el trabajo. En ese sentido se le asignó al *trabajo decente* la cualidad de elemento esencial de la seguridad y salud en el trabajo, como un paradigma relevante en el mundo del trabajo contemporáneo. (Ospina, 2014, p. 37)

También se reconoce que la Decisión N° 584 y la Resolución N° 957 constituyen una norma vinculante y obligatoria para el espacio comunitario andino, un «piso mínimo» para las legislaciones de los países que conforman la CAN: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Mientras que el objetivo de los Acuerdos de Promoción Comercial (Tratados de Libre Comercio-TLC) es el fomento del libre intercambio de bienes y servicios, facilidades para el comercio, reducción de las barreras y de los obstáculos técnicos al comercio. Sin embargo, algunos Acuerdos (no todos) contienen un capítulo laboral o tratamiento de temas sociolaborales. En el caso del Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) entre Perú y Estados Unidos, que tiene un capítulo laboral cuyas cláusulas fueron materia de un Protocolo de Enmienda al Acuerdo, que incluye la promoción al cumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de 1998 de la OIT y otros derechos fundamentales. Como parte del contenido laboral incluido en el Acuerdo se encuentra la seguridad y salud en el trabajo, que tiene mecanismos para el cumplimiento riguroso de la legislación laboral de cada país y los mecanismos de cooperación.

Finalmente, se concluye que el derecho a la seguridad y salud en el trabajo es relevante tanto en el proceso de implementación de la Decisión N° 584 y su reglamento en el espacio comunitario andino como en el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) Perú-Estados Unidos de América.

3.2. Entre la legislación, la jurisprudencia administrativa y judicial

Uno de los aspectos cuestionados por diversos autores en relación con el proceso de globalización es la cada vez menor capacidad de respuesta efectiva de las instancias administrativas de trabajo y judiciales para responder a los nuevos retos del siglo XXI. Quintero señala «las limitaciones, no solo del acceso a las instancias para procurar justicia en el ámbito laboral sino de las instancias nacionales para la administración de justicia frente a los incumplimientos de la legislación vigente en seguridad y salud en el trabajo» (Quintero, 2018).

En primer lugar, se analiza la actuación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL). Es preciso anotar que la inspección de trabajo es esencialmente reactiva: se activa ante hechos o situaciones ocurridas. Las y los ins-

pectores de trabajo deben verificar los hechos sucedidos y analizar si califican como incidente peligroso, accidente de trabajo mortal, accidente de trabajo incapacitante o una enfermedad profesional con base en la documentación que se encuentre en poder del empleador o del titular del centro de trabajo y en los hallazgos que resulten de su visita inspectiva en el centro de trabajo o donde ocurrió el hecho o situación denunciada.

De las entrevistas realizadas, hay una coincidencia en el sentido de valorar el empleo de protocolos de actuación en SST (Protocolos SUNAFIL, 2018), tanto general como sectoriales. Se considera que ello genera mayor predictibilidad en las inspecciones y reduce los criterios que pudieran ser considerados como arbitrarios o discrecionales. Todo protocolo es susceptible de ser mejorado y hay aspectos que merecen especial atención, como son los peligros y riesgos psicosociales y disergonómicos. Existe una valoración de la calidad de las inspecciones del trabajo y de su necesidad, se reconoce mayor formación especializada en SST.

La inspección sobre los accidentes de trabajo es lo prioritario. Tiene un contenido reactivo y de reparación inmediata del daño ocasionado. Se podría mejorar planteando la obligación a cargo de la empresa de una investigación a profundidad de las causas del accidente de trabajo, para evitar la repetición de esas situaciones.

Las inspecciones sobre los comités de SST atienden a formalidades sobre las elecciones de los representantes de los trabajadores y sobre la regularidad de las sesiones. No abordan el efectivo cumplimiento de los acuerdos en las sesiones de los comités de SST, por ejemplo.

SUNAFIL inspecciona aspectos de SST desde un enfoque de cumplimiento documental como el documento de Identificación de Peligros y Evaluación de Riesgos (IPER), el mapa de riesgo, los registros obligatorios, principalmente. No se reportaron inspecciones sobre el funcionamiento preventivo de los sistemas de gestión en SST en las empresas.

Un problema que se mencionó como crítico es que SUNAFIL no fiscaliza a las entidades públicas, sino solo a aquellas entidades que tienen trabajadores bajo el régimen del D. Leg. 728. Tampoco lo hace SERVIR. Ello implica la inexistencia de una instancia administrativa definida y de un procedimiento específico para la fiscalización del cumplimiento de la legislación en SST en el sector público.

En algunas inspecciones, mencionaron las y los entrevistados, se aprecia un ánimo punitivo dirigido a empresas con capacidad de pago. No se atiende a aquellos sectores de empresas medianas, pequeñas y micro donde existiría un mayor riesgo para sus trabajadores. En minería es positivo el acuerdo al que se llegó sobre las competencias con OSINERGMIN.

Se considera relevante mencionar dos Resoluciones de Intendencia en casos con procedimiento sancionador resuelto. Una es la Resolución de Intendencia N° 300-2018-SUNAFIL/ILM, en la que el debate jurídico sobre el accidente de trabajo ocurrido con fecha 21 de octubre de 2014 se planteó en relación con la documentación que sustentaba el cumplimiento de las obligaciones de brindar formación e información al trabajador accidentado sobre los riesgos específicos de su puesto de trabajo. Además, la resolución citada evalúa documentación de otra índole como «Control de entrega de los implementos de trabajo» y «Análisis de trabajo seguro de fecha 20 de octubre de 2014», «Identificación de peligros y evaluación de riesgos»,

entre otros. Un aspecto no documental y relevante fue considerado: una entrevista realizada a un trabajador (cuya identidad es reservada) durante la visita inspectiva del 11 de febrero de 2015, quien brindó declaraciones al personal inspectivo que contradecía la investigación del accidente efectuada por la empresa. Se concluyó que el accidente ocurrió no por irresponsabilidad del trabajador sino por condiciones subestándares existentes en el centro de trabajo. Análisis que fue posible debido a la entrevista realizada al trabajador y al debido resguardo de su identidad. Sus declaraciones permitieron profundizar las indagaciones y encontrar las causas que ocasionaron ese accidente de trabajo.

Otra es la Resolución de Intendencia N° 485-2018-SUNAFIL/ILM, de fecha 26 de noviembre de 2018. Se evidenció que la SUNAFIL aplica la teoría de la concurrencia empresarial, por la cual se reconoce la existencia del denominado «deber de coordinación». La concurrencia empresarial se produce cuando dos o más empresas comparten un mismo centro de trabajo o, en cualquier caso, un mismo inmueble o lugar que pueda considerarse una unidad de elementos interdependientes y que, por lo tanto, comparten riesgos comunes o padecen directa o indirectamente las consecuencias de los riesgos de las otras empresas. La resolución citada analiza un tipo de concurrencia empresarial: la que se produce con ocasión de la tercerización de servicios con desplazamiento de personal. Indica que una aplicación sería y coherente del artículo 68 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo en el caso concreto de la tercerización con desplazamiento no puede tener otra consecuencia que no sea el reconocimiento de los siguientes aspectos:

- 1) Que la empresa principal tiene el deber de garantizar las condiciones de seguridad en el centro de trabajo respecto de todos los trabajadores incluyendo los de la empresa contratista.
- 2) Que la empresa principal tiene el deber de vigilar que la contratista cumpla con sus deberes de seguridad y salud, lo que implica que la contratista asume un conjunto de obligaciones de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados.
- 3) Que, teniendo en cuenta que ambas empresas han de tener obligaciones de seguridad y salud a su cargo, y siendo imposible que éstas se ejerzan de manera unilateral e independiente respecto de los mismos trabajadores, la única salida viable y coherente es que ambas coordinen la aplicación del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo.

Como se aprecia, son resoluciones de especial interés jurídico y que procuran un enfoque preventivo frente a la ocurrencia de accidentes de trabajo. El análisis tiene como propósito un aprendizaje de lo ocurrido para que no se repita.

En segundo lugar, se analiza la actuación de la Corte Suprema de Justicia de la República. Las entrevistas se realizaron a cinco abogadas y abogados de empresa y a otros cinco abogadas y abogados de organizaciones sindicales y de trabajadores. En este caso, las opiniones estaban divididas. Especial discrepancia mereció la Casación N° 4258-2016-Lima, por la cual la Corte Suprema de Justicia de la República estableció la interpretación del artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo:

[...] la correcta interpretación del artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo es la siguiente: «Probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo, debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332 del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo».

Mientras que para el equipo de defensa de los empleadores se trataba de una afectación severa a la seguridad jurídica contra la parte empleadora debido a que en las sentencias por indemnización sobre accidentes de trabajo no se establecen los criterios para que los jueces determinen el monto económico para resarcir el daño generado. No existen criterios específicos. «Hoy es una ruleta», se afirmó.

Para el equipo de defensa de las organizaciones sindicales, la Corte Suprema de Justicia de la República estableció un precedente vinculante importante en materia de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo. Afirmaron que esta casación fue un aporte relevante desde el punto de vista de la seguridad jurídica, pues establece un criterio de observancia obligatoria sin dejar márgenes de duda sobre su aplicación. Sostienen que tendría que ser otro precedente vinculante el que modifique el criterio adoptado.

Sin embargo, de la revisión de estas se encontró la Casación N° 18190-2016-Lima, de la misma Corte Suprema de Justicia de la República, que difiere del criterio vinculante, pero no se señalan los argumentos jurídicos para apartarse del mencionado criterio:

[...] en ese sentido, se puede concluir que pese a haberse acreditado el accidente de trabajo no se puede imputar a la demandada una conducta antijurídica cuando ésta no ha sido probada, es decir, el demandante no ha acreditado en autos la supuesta negligencia de la emplazada por el supuesto incumplimiento en realizar el mantenimiento correspondiente del vehículo, máxime, si el propio actor solo se limita a señalar que la culpa inexcusable de la demandada se debió porque le retiraron el apoyo para su rehabilitación, lo cual no es suficiente para imputar a la demandada la responsabilidad del daño sufrido.

Sobre este particular, se evidencian pronunciamientos que se alejan a pesar de la existencia de un criterio vinculante y obligatorio, lo cual genera incertidumbre jurídica. La adopción de la responsabilidad objetiva del empleador no afecta la finalidad preventiva, por ejemplo. Al contrario, en Canadá las sumas a pagar por indemnizaciones por accidentes de trabajo mortales son muy severas, para impulsar que el empresario cumpla con su deber de prevención e invierta en prevención. En el país, algunos abogados manifestaron que se afecta la dinámica empresarial. Es importante ponderar debidamente los derechos a la vida y salud de las y los trabajadores; y el derecho a la libre empresa. La determinación de la responsabilidad del empleador, la existencia o no de baremos para la determinación de los montos indemnizatorios,

el aseguramiento de los riesgos del trabajo (seguro complementario de trabajo de riesgo) y su valor como mecanismo compensatorio frente al daño; las sanciones no solamente económicas sino de reparaciones sociales; entre otros aspectos, son controvertidos y materia de reflexión jurídica en los siguientes años.

3.3. Las y los actores del derecho a la seguridad y salud en el trabajo en el tránsito al siglo XXI

Las y los actores en el país en materia de seguridad y salud en el trabajo son empleadores, trabajadores y Estado. En el caso de los empleadores, implementan acciones preventivas por obligación de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus normas modificatorias y reglamentarias (Ley SST, 2011), o mejoran los mínimos legales por autodeterminación empresarial (por ejemplo, estándares corporativos) o a través de la adopción de algún proceso de estandarización internacional para su certificación (OHSAS 18001, ISO 45000) o para fortalecer su reputación corporativa a través de GRI 403 o por acuerdo gremial empresarial (por ejemplo, un sector de actividad acuerda desarrollar visitas preventivas a las empresas que presentan mayor accidentabilidad), entre otras alternativas. Cabe mencionar que existe un especial interés en atender el sector informal de la economía, como lo manifiestan en particular las regiones del país. Sin embargo, no se tienen referencias de experiencias exitosas y sostenibles para abordar la seguridad y salud en el trabajo en este sector heterogéneo de la economía.

A su vez, los trabajadores y sus organizaciones sindicales desarrollan acciones preventivas por obligación legal (Ley SST, 2011), proponen contenidos preventivos a través de la negociación colectiva (Peyrone, 2014, p. 63), o generan propuestas para el tratamiento normativo sectorial (por ejemplo, normas de SST para obreros municipales), entre otras.

En cumplimiento de la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo (SST), el Estado peruano tiene dos instancias suprasectoriales: el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y el Ministerio de Salud (MINSA) (Ley SST, 2011, artículo 16); además de las sectoriales, que deben coordinar con el MTPE para las regulaciones en materia de SST (Ley SST, 2011, primera disposición complementaria final). Se tiene la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL, 2018) para la fiscalización del cumplimiento de la normativa en SST. En el Ministerio Público aún no se crean fiscalías especializadas en materia de SST (Ministerio Público, s.f.), como en el caso de España y otros países. El Poder Judicial, a través del Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional, 2018) y la Corte Suprema de Justicia (Poder Judicial, 2018), está generando pronunciamientos jurisprudenciales sobre las implicancias para el empleador de los incumplimientos de la legislación en SST en la ocurrencia de accidentes de trabajo mortales o incapacitantes, y de las enfermedades profesionales.

Existen en el país instancias de diálogo bipartito y tripartito. La bipartita en materia de SST es el Comité de SST a nivel de cada empresa o entidad, el cual puede ser complementado por subcomités de SST o por supervisores, cuando se trate de empresas o entidades con menos de 20 trabajadoras y trabajadores (Ley SST, 2011).

La instancia nacional de diálogo social tripartito es el Consejo Nacional de SST (CONSSAT), que fue instalado el 10 de agosto de 2012 en virtud de la Resolución Ministerial N° 199-2012-TR (CONSSAT, 2018); y, a nivel de las regiones, los Consejos Regionales de SST (CORSSAT), Al 30 de diciembre de 2018 se encontraban constituidos y funcionando 26, uno en cada región del país (CORSSAT, 2018).

4. A manera de conclusión

En la denominada «cuarta revolución» se evidencia una tendencia que permite cauterizar los derechos humanos fundamentales, entre ellos los laborales y, especialmente, la seguridad y salud en el trabajo como parte de un enfoque de gestión sostenible. Tendencia que tiene componentes en la gobernanza global macro, como la Agenda 2030, el Plan de Salud de los Trabajadores 2015-2025, y micro, que atienden propiamente a la gestión empresarial, como es la reputación corporativa y la ética en la gestión. Estos componentes tienen una sinergia y avanzan en la revaloración del factor trabajo en el mundo contemporáneo.

En lo que concierne a la gobernanza global, se analizan los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el Plan de Acción de Salud de los trabajadores. El Objetivo de Desarrollo Sostenible número 8, de la Agenda 2030, se denomina «trabajo decente y crecimiento económico», y tiene como orientación «promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos». En el ODS 8.8 se establece: «Proteger los derechos laborales y promover un ambiente de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas». Se proponen como medidas para cumplir con la meta en seguridad y salud en el trabajo, las siguientes acciones:

- a) Empezar una acción urgente para crear una cultura de prevención global que respete el derecho a un ambiente de trabajo seguro y saludable, y que garantice que los empleadores y los trabajadores conozcan sus derechos y responsabilidades.
- b) Aplicar los derechos fundamentales y las normas de la OIT a nivel nacional. Los grupos vulnerables, incluyendo los migrantes, requieren una atención especial con el fin de que se garantice que sean protegidos sus derechos y mejoradas sus condiciones de trabajo.

En el país, la Política Nacional de SST y el Plan Nacional de SST se encuentran alineados al cumplimiento de estas acciones, excepto en lo referido a los trabajadores migrantes, por lo que esto debería ser incorporado.

El Plan de Acción de la Salud de los Trabajadores 2015-2025 contiene las siguientes «Líneas estratégicas de acción»: a) Elaborar y actualizar la legislación y los reglamentos técnicos sobre la salud de los trabajadores. b) Identificar, evaluar, prevenir y controlar las condiciones y exposiciones peligrosas en el trabajo. c) Aumentar el acceso y la cobertura de los servicios de salud para los trabajadores. d) Promover la salud, el bienestar y el trabajo saludable en el lugar de trabajo. e) Fortalecer la capa-

cidad de diagnóstico, los sistemas de información, la vigilancia epidemiológica y la investigación de las enfermedades, los accidentes y las muertes en el trabajo. De los 30 indicadores planteados, 8 referidos al marco normativo e institucional tienen un avance significativo. Sin embargo, 22 vinculados a los aportes desde la medicina del trabajo, de la enfermería ocupacional, de la higiene ocupacional, de la ergonomía y de la psicología se encuentran pendientes. Esto exige una mayor dedicación a los aportes del Ministerio de Salud en lo relativo a la salud de las y los trabajadores, desde el enfoque interdisciplinario mencionado.

Las tendencias a nivel micro de la gestión empresarial sostenible tienen una de sus expresiones en la reputación corporativa. Se puede entender como reputación corporativa la realidad de una empresa, entidad u organización empresarial, producto del cumplimiento de sus compromisos a lo largo de su historia con sus actores implicados: trabajadores, clientes, accionistas, proveedores... comunicada eficazmente. A diferencia de otros aspectos de la gestión empresarial que pueden ser intangibles, como la imagen, la reputación corporativa sí se puede medir y valorar; es más: esta asignación de valor tiene un peso significativo en el mercado global. Uno, quizás el más importante de los estándares globales de valoración, son las Directivas GRI (del inglés Global Reporting Initiative), entre las cuales se encuentra la GRI 403, Salud y seguridad en el trabajo. Actualmente, los Informes de Sostenibilidad GRI se han convertido en una «norma» establecida de comportamiento para las empresas socialmente responsables, y la GRI define un punto de referencia mundial sobre cómo se deben estructurar, completar y evaluar dichos informes, con consecuencias en el mercado global.

Si bien estas son las tendencias del mundo contemporáneo, en el país coexisten otras expresiones normativas, administrativas y judiciales de participación de los actores sociales que vienen del siglo XX y tienen una continuidad en el siglo XXI. Es importante anotarlas; por las intersecciones y según lo analizado, se ubican en tendencias sinérgicas y no antagónicas. Una es la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, emanados desde la Comunidad Andina, que se encuentran vigentes y son vinculantes para el ámbito comunitario andino. También se encuentran los Acuerdos de Promoción del Comercio, Tratados de Libre Comercio o Acuerdos Comerciales suscritos en forma bilateral o multilateral por el país. Por ejemplo, en el caso del Acuerdo entre Perú y Estados Unidos de América se incluyeron los aspectos laborales y, como parte de estos, la seguridad y salud en el trabajo.

Resulta relevante anotar la importancia de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, que viene fiscalizando los temas de incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo. En general, se aprecia una mejor calidad en la labor inspectiva, mayor predictibilidad y capacidad de atender desde el análisis jurídico e interdisciplinario los casos que se plantean, incluidos accidentes de trabajo mortales. En sede judicial, la seguridad y salud en el trabajo llega a partir de los casos derivados de accidentes de trabajo mortales y de los accidentes de trabajo incapacitantes. Se está en proceso de aproximarse a esta temática y existen controversias, como ya se anotó. Finalmente, se presentan las dinámicas organizativas, tanto tripartitas como bipartitas, que permanecen desde que se crearon en el 2012. Se evidencia un

proceso general de fortalecimiento, aunque con cierta falta de continuidad derivada de los cambios en la dinámica sociopolítica laboral del país.

Este artículo ha pretendido ser una aproximación a las nuevas y antiguas tendencias, pero se requiere profundizar en cada uno de los puntos planteados. Es una invitación abierta a las y los investigadores sobre esta materia.

Referencias

- Abril, L. (noviembre 29, 2003). La reputación corporativa como concepto. *El País*. Recuperado el 8/3/2019 de https://elpais.com/diario/2003/11/29/economia/1070060414_850215.html
- Brundtland, G. (junio-julio, 2002). Salud y desarrollo sostenible. *ICE*(800), 173-179. Recuperado el 8/3/2019 de revista ICE: <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view/380/380>
- Cano, C., & Francia, J. (abril de 2018). *Estado de avance de la salud de los trabajadores en Perú*. Obtenido de Acta Médica Peruana: <http://www.amp.cmp.org.pe/index.php/AMP>
- Castillo Castañeda, A. (2013). Perspectivas y dimensiones de una gobernanza global. Obtenido de *Revista de la Universidad del Externado de Colombia*: Castillo Castañeda, A. (2013). Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/oasis/article/view/3757>
- Comunidad Andina. (2018). *Comunidad Andina*. Recuperado el 13/8/2019 de Sistema Andino de Integración (SAI): <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=4&tipo=SA&title=sistema-andino-de-integracion-sai>
- CONSSAT. (2018). *Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Recuperado el 2/11/2018 de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: <https://www.trabajo.gob.pe/CONSSAT/>
- CORSSAT. (2018). *Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Recuperado el 3/11/2018 de Consejos Regionales de Seguridad y Salud en el Trabajo: https://www.trabajo.gob.pe/CONSSAT/consejos_regionales.html
- DS N° 005-2017-TR. (abril 13 de 2017). *El Peruano. Diario Oficial*. Recuperado el 8/3/2019 de Decreto Supremo que aprueba el Plan Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2017 - 2021: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-de-seguridad-y-decreto-supremo-n-005-2017-tr-1509246-3/>
- Egúsquiza, P., Sánchez, A., Morales, C., Velásquez, P., Saldaña, C., & Ojeda, C. (abril 29 de 2018). *A propósito del 28 de abril: una aproximación a la situación de la acción nacional en seguridad y salud en el trabajo*. Obtenido de *blog La seguridad y salud en el trabajo*. PUCP: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/sst/2018/04/>
- Fortune. (2018). *Worlds most admired companies*. Recuperado el 8/10/2018 de <http://fortune.com/worlds-most-admired-companies/>
- Fortune 500. (2018). *Fortune 500*. Recuperado el 8/10/2018 de Fortune 500: <http://fortune.com/fortune500/>
- Global Reporting Initiative. (june 2000). *New GRI guidelines*. Recuperado el 25/10/2018 de New GRI guidelines for sustainability reporting available: Disponible en: <http://www.sustainability-reports.com/titel-25/>
- GRI. (2013). *GRI is top of mind among EU companies, says EC survey*. Recuperado el 25/10/2018 de GRI is top of mind among EU companies, says EC survey: Disponible en: <https://www.globalreporting.org/information/news-and-press-center/Pages/GRI-is-top-of-mind-among-EU-companies-says-EC-survey.aspx>
- GRI. (2018). *GRI 403: Salud y seguridad en el trabajo (Occupational health and safety)*. Recuperado el 25/10/2018 de GRI: disponible en <https://www.globalreporting.org/standards/>

[gri-standards-translations/gri-standards-spanish-translations-download-center/gri-403-occupational-health-and-safety-spanish](https://www.intedya.com/internacional/282/noticia-que-es-el-global-reporting-initiative-gri.html)

Intedya. (2018). *Intedya Internacional*. Obtenido de Qué es el Global Reporting Initiative: <http://www.intedya.com/internacional/282/noticia-que-es-el-global-reporting-initiative-gri.html>

Ley SST, 2. (agosto 20 de 2011). *SUNAFIL*. Recuperado el 6/10/2018 de Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo: <https://www.sunafil.gob.pe/noticias/item/387-ley-n-29783-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo.html>

López-Vallejo, M., Mungaray, A., Quintana, F., & Velázquez, R. (2013). *Gobernanza global en un mundo interconectado*. México, DF: Universidad Autónoma del Estado de Baja California (UAEB), Asociación Mexicana de Estudios Internacionales, A.C. (AMEI), Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, A.C.

Lozano Díaz, A. (2005). *La buena reputación*. Obtenido de Claves del valor intangible de las empresa. Comunicación: disponible en http://www.revistacomunicacion.org/pdf/n3/rensenas/la_buena_reputacion_claves_del_v

MAEC España. (septiembre 25, 2015). *Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación*. Obtenido de Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/ElMinisterioInforma/Paginas/Noticias/20150925_MINISTERIO2.aspx

Makower, J. (2015). *Two steps forward*. Obtenido de Inside GRI's new 'beyond reporting' strategy: Disponible en: <https://www.greenbiz.com/article/inside-gris-new-beyond-reporting-strategy> Revisado el 25/10/2018.

Makower, J. (2015). *Two steps forward – Inside GRI's new 'beyond reporting' strategy*. Obtenido de Two Steps Forward – Inside GRI's new 'beyond reporting' strategy: Disponible en: <https://www.greenbiz.com/article/inside-gris-new-beyond-reporting-strategy> Revisado el 25/10/2018.

MERCO. (2018). *Merco*. Recuperado el 8/10/ 2018 de Monitor Empresarial de Reputacion Corporativa: Disponible en: <http://www.merco.info/pe/que-es-merco> Revisado el 25/10/2018.

Ministerio Público. (s.f.). *Ministerio Público. Fiscalía de la Nación*. Recuperado el 12/11/2018 de Fiscalías especializadas: <https://www.mpf.n.gob.pe/>

MolenFollow, F. v. (2015). *Behind the first 15 years of GRI sustainability reporting*. Recuperado el 25/10/2018 de Behind the first 15 years of GRI sustainability reporting: Disponible en: <https://www.greenbiz.com/article/behind-first-15-years-gri-sustainability-reporting>

Naciones Unidas, N. (septiembre de 2010). *Asamblea General de las Naciones Unidas*. Obtenido de Presidente del 65° período de sesiones: <http://www.un.org/es/ga/president/65/issues/sustdev.shtml>

Ocampo, J. (2015). Gobernanza global y desarrollo: una comprensión cabal de las instituciones y las prioridades. En Ocampo, J., *Gobernanza global y desarrollo* (pp. 13-30). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A.

OIT. (2016). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Trabajo decente: <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>

OIT. (2017). *Organización Internacional del Trabajo*. Obtenido de Trabajo decente y la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf. Revisado 09-09-2018

OPS. (octubre 1, 2015). *Organización Panamericana de la Salud – Organización Mundial de la Salud*. Obtenido de Plan de Acción sobre la Salud de Iso Trabajadores 2015-2025: http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/33983/CD54_10Rev.%201-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consultado 10-10-2018

Ospina, Estela (2014). *Derecho a la seguridad y salud en el trabajo: Decisión N° 584 Instrumento andino de seguridad y salud en el trabajo y el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) entre Perú-Estados Unidos de América*.

Peyrone, F. (mayo, 2014). Seguridad y salud en el trabajo en la negociación colectiva. *Soluciones Laborales*, 77, 57-65.

Poder Judicial. (2018). *Poder Judicial del Perú*. Recuperado el 5/11/ 2018 de Jurisprudencia Nacional Sistematizada: <https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/inicio.xhtml>

Protocolos SUNAFIL. (2018). *SUNAFIL*. Obtenido de Protocolos: <https://www.sunafil.gob.pe/intendentes-regionales/2015-10-14-17-19-55/2-sin-clasificar/500-protocolos-y-directivas.html>

Quintero, M. (2018). *La nueva RSE como instrumento de gobernanza del trabajo decente en el marco del desarrollo sostenible*. Obtenido de Universidad Carlos III de Madri. Grupo de Cooperación Trabajo: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--ilo-madrid/documents/article/wcms_548612.pdf

RAE. (noviembre 10, 2018). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de Actualización 2018: <http://dle.rae.es/?id=W6MtSWD>

Standards, G. (2018). *Occupational Health and safety*. Obtenido de GRI: disponible en: <https://www.globalreporting.org/standards/media/1910/gri-403-occupational-health-and-safety-2018.pdf> Revisado el 25/10/2018

SUNAFIL. (2018). *Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral*. Recuperado el 11/11 2018 de Reportes accidentes de trabajo: <https://www.sunafil.gob.pe/component/search/?searchword=accidentes%20de%20trabajo&searchphrase=all&Itemid=0>

Szejnwald Brown, Halina, De Jong, Martin, & Lessidrenska, Teodorina (2009). *The rise of the Global Reporting Initiative: a case of institutional entrepreneurship*. Obtenido de Environmental Politics: <https://www.tandfonline.com/doi/citedby/10.1080/09644010802682551?scroll=top&needAccess=true>

Tribunal Constitucional. (2018). *Tribunal Constitucional*. Recuperado el 5/11/2018 de <https://www.tc.gob.pe/>

UNDP. (2018). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Obtenido de Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html> Revisado 10/10/2018

WCED. (1987). *World Commission on Environment and Development* . Obtenido de Our Common Future, from One Earth to OneWorld: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> Revisado el 25/10/2018

WHO. (2018). *World Health Organisation*. Recuperado el 25/10/2018 de Monitoring health for the SDGs.: disponible en: http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2018/en/

WHO. (2018). *World Health Organisation (Statistics 2018)*. Recuperado el 25/10 2018 de Monitoring health for the SDGs.: disponible en http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2018/en/

La terminación de la relación laboral de los profesores universitarios por límite de edad

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP

1. La fijación de una edad máxima y los derechos fundamentales

El ordenamiento internacional tiene reglas claras respecto de la edad mínima de admisión al empleo, pero no sobre la edad máxima de permanencia en él. En nuestro ordenamiento interno, tanto el que rige para la actividad privada como para el sector público, cumplir los 70 años de edad es causal de extinción de la relación. En el primero, por la jubilación obligatoria y automática, prevista en el artículo 21 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En el segundo, por el cese definitivo, regulado en el inciso 'a' del artículo 35 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y en el inciso 'e' del artículo 49 de la Ley del Servicio Civil.

La doctrina y la jurisprudencia han identificado dos motivos por los que podría arribarse a dicha terminación: la presunción de ineptitud y el reparto de trabajo. El primero supone que llegar a los 70 años acarrea el deterioro de la capacidad física y mental del trabajador. No explica por qué esa apreciación vale solo para los trabajadores dependientes y no para los independientes, ni cómo afecta por igual a todos, pese a la diversidad de ocupaciones y características personales. Constituye una discriminación por edad. El segundo considera que, dadas las dificultades del mercado de trabajo para crear empleo, se tiene que repartir el existente. Uno de los mecanismos idóneos para ello es la jubilación forzosa. De este modo, en la colisión entre el derecho de los mayores a conservar el empleo y el de los jóvenes a acceder a él, se pondera obligando a aquellos a salir para que estos puedan entrar. Este último motivo resulta compatible con la Constitución, pero el primero no.

Al respecto, sostuvo el Tribunal Constitucional español (Sentencia N° 22/1981. Cuestión de inconstitucionalidad número 223/1981, fundamentos 4 y 8):

No cabe duda de que algunas actividades exigen unas condiciones físicas o intelectuales que el transcurso del tiempo puede menoscabar, por lo que en estos casos puede presumirse razonablemente que esa disminución de facultades resulta ya patente a una edad determinada y sobre esa base establecerse la extinción de la relación laboral [...] [pero] lo que ya no es razonable es presumir esa ineptitud con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores.

Agregó el TC español: «Y aún más difícil resulta alegar esa ineptitud para justificar una limitación al derecho al trabajo si se tiene en cuenta que se presume no de todos los ciudadanos que alcanzan una edad determinada, sino solo de los trabajadores por cuenta ajena» (fundamento 5). Respecto del segundo, dijo que el derecho al trabajo tiene un aspecto individual y otro colectivo:

En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una causa justa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma. (Fundamento 8)

Este criterio ha sido acogido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sentencia del 16 de octubre de 2007, recaída en el asunto C-411/05, seguido entre Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, S.A.). Declaró el Tribunal:

La prohibición de toda discriminación por razón de edad [...] debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional [...] que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosas establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación [...] y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la prestación de jubilación en su modalidad contributiva, siempre que:

- dicha medida, pese a basarse en la edad, esté justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo, y
- los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto.

Desde esta perspectiva, la ruptura del vínculo laboral por arribar a cierta edad solo sería compatible con la Constitución si operara como mecanismo de reparto de trabajo. De este modo, en un mercado en el que la demanda no puede crear el empleo necesario para absorber la oferta, se podrían implementar medidas para distribuir el empleo existente. Entre ellas estaría la jubilación obligatoria. Así, el sacrificio del empleo de los mayores estaría atado al beneficio para los jóvenes. En cualquier otro caso, se lesionarían los derechos fundamentales de aquellos.

Los derechos fundamentales vulnerados, de no producirse estas condiciones, serían, principalmente, los de igualdad y no discriminación y de conservación del empleo. Los primeros, porque la extinción forzada de la relación laboral configuraría una discriminación por edad. Se trataría de una discriminación directa: habría un trato desigual, porque el menor de 70 años puede permanecer y el que alcanza esa edad ya no; sería injustificado, porque no encontraría sustento en la situación del

trabajador ni en un balance entre sus derechos y los de los demás, y estaría fundado en un motivo prohibido, cual es la edad, evidentemente comprendido en la relación abierta formulada por el numeral 2 del artículo 2 de nuestra Constitución. El segundo, porque el derecho al trabajo le permite al trabajador retener su empleo, salvo que se produzca una causa justificada de terminación, lo que en este caso no ocurre. Estos derechos tienen sustento no solo en nuestra Constitución, sino también en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en sus artículos 1 y 24, y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), en sus artículos 3, 6 y 7.

Nos parece claro que en el régimen laboral privado estamos ante una presunción de ineptitud, porque se permite el pacto en contrario y no se obliga a la ocupación del puesto del jubilado por otro trabajador. Este mecanismo carece de sustento, ya que la incapacidad constituye una causal de despido que podría utilizarse si la edad hubiera supuesto un detrimento de la aptitud laboral. En el caso del régimen laboral público, podría sostenerse que opera la tesis del reparto de trabajo. Esta última posición se apoyaría en que si hay una plaza presupuestada que quedara desocupada debería ser ocupada por otro trabajador.

2. La legislación universitaria

Los profesores universitarios son trabajadores y están sujetos al régimen laboral que corresponda a la naturaleza de su empleador: el público, si prestan servicios a una universidad estatal, y el privado, si los prestan a una particular. Por disposición de la Ley Universitaria, las reglas que los rigen son las previstas en el Estatuto de la respectiva universidad, en la propia Ley Universitaria y en la ley laboral, que podría ser la legislación pública o la privada, respectivamente. Naturalmente, los mandatos del Estatuto no podrán contrariar los de las leyes, y los de la ley especial —la universitaria— prevalecerán sobre los de la general —la legislación laboral pertinente—.

La anterior Ley Universitaria (Ley 23733) no preveía expresamente la extinción de la relación laboral por límite de edad, ni para los profesores sujetos al régimen privado ni para los sometidos al público. A nuestro juicio, ello no impedía que, por aplicación supletoria de las normas generales antes citadas, operara en ambos casos la extinción del vínculo laboral por cumplir 70 años de edad.

La nueva Ley Universitaria (Ley 30220), en la versión original de su artículo 84, establecía: «La edad máxima para el ejercicio de la docencia en la universidad pública es setenta años». Luego, dicho precepto fue modificado por la Ley 30697, que la extendió hasta los 75 años. Por tanto, ahora sí está regulado expresamente el cese definitivo de los profesores universitarios por límite de edad, pero solo para las universidades públicas.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que no puede imponerse la terminación obligatoria de la relación laboral de los profesores universitarios, por dos razones: 1) La Ley Universitaria (anterior) no contempla esa causal y la aplicación supletoria de la legislación laboral funciona solo para los derechos y beneficios, pero no para las obligaciones (Expediente N° 594-99-AA/TC, fundamentos 2 y 3, y Expediente N° 1485-2001-AA/TC, fundamento 4); y 2) Estamos ante «una función de características especiales», ya que «el solo hecho de llegar a una edad determinada, no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propias de un académico [...]» (Expediente N° 594-99-AA/TC, fundamentos 3 y 4).

La primera razón esgrimida nos parece inconsistente. La ley general es supletoria de la especial en todo lo no previsto por esta, que no sea incompatible con su naturaleza. La anterior Ley Universitaria no regulaba integralmente —y la nueva tampoco— los derechos laborales de los profesores, por lo que era necesario acudir a la legislación laboral, ya fuera la privada, ya fuera la pública. Y ello no solo para los beneficios. El régimen de despido o destitución resultaba plenamente aplicable a los profesores universitarios que incurrieran en una falta grave. Sería absurdo tener que esperar para el despido el cumplimiento del período de ratificación de tres, cinco o siete años, según la categoría del docente. Además, ahora se desbarata en el caso de los profesores de universidades públicas, porque la nueva Ley Universitaria sí prevé el cese definitivo por edad. Solo podría conservar vigencia para los profesores de las universidades privadas, pero ello no cabría por los motivos expuestos.

La segunda razón podría subsistir, pero incurre en un trato desigual injustificado. ¿Por qué se salva de la extinción de su vínculo laboral solo a los profesores universitarios y se condena a todos los demás? Dijo el Tribunal Constitucional que su criterio vale solo «en el caso de profesores universitarios», por lo que no se aplica para quien «no desempeñó labor docente alguna» (Expediente N° 3752-2005-PA/TC, fundamentos 5 y 6). Peor ahora con la nueva Ley Universitaria: los profesores de universidades públicas tienen una regla específica para su cese mayor a la del común de trabajadores públicos y los de universidades privadas, no. La consideramos insostenible.

Pensamos que en el sector público, en la hipótesis de que primara la tesis del reparto de trabajo, todos los trabajadores, fueran o no profesores universitarios, deberían cesar definitivamente al cumplir los 70 años de edad. Si la tesis que imperara fuera la de presunción de incapacidad, ningún trabajador debería perder su empleo por ese motivo. Lo mismo en la actividad privada. Si deviniera una incapacidad están previstas las reglas para el cese definitivo o el despido, según el régimen laboral fuera el público o fuera el privado.

El Tribunal Constitucional ha acogido la tesis del reparto de trabajo, en su sentencia sobre inconstitucionalidad de la Ley Universitaria: «[...] una medida de esta naturaleza viabiliza el derecho de acceso a la función pública de nuevos cuadros, favoreciendo además la movilidad y el ascenso de los profesores ordinarios» (fundamento 253).

4. Los diversos tipos de jubilación

Atendiendo a su carácter voluntario u obligatorio, tenemos tres tipos de jubilaciones en nuestro ordenamiento: a) voluntaria: cuando el trabajador llega a los 65 años de edad, decide si continúa prestando servicios o se retira para acogerse a la jubilación; 2) obligatoria, pero condicionada, también a los 65 años, si el empleador se compromete a cubrir la diferencia entre la pensión y el 80 % de la última remuneración, podría forzar al trabajador a jubilarse; y 3) obligatoria, a los 70 años, que es automática en la actividad privada, salvo pacto en contrario. La segunda opera solo en el régimen laboral de la actividad privada; mientras la primera y la tercera, también en el público, con omisión de la excepción señalada al final. De todas estas formas, nos interesa la última.

El Tribunal Constitucional sostiene:

El trabajador adquiere el derecho a la jubilación cuando reúne los requisitos legales para su disfrute, lo pone en ejecución cuando él, libremente, decide a partir de qué momento debe retirarse de la actividad laboral, ya sea porque no puede o porque no desea seguir trabajando, criterio este, potestativo y razonable que no compatibiliza con la figura de «jubilación guillotina», que opera de manera obligatoria y automática, sin contar con la anuencia del trabajador [...]. (Fundamento 3 del Expediente N° 1485-2001-AA/TC y fundamento 4 del voto de los magistrados Alva Orlandini y Gonzales Ojeda del Expediente N° 1857-2004-AA/TC)

Con ese criterio, debió declarar inconstitucional la tercera forma de jubilación expuesta y quizás, incluso la segunda, solo por resultar impuesta al trabajador. Sin embargo, no ha procedido de tal modo.

Para que las reglas sobre extinción obligatoria de la relación laboral por cumplimiento de 70 años de edad puedan insertarse en el segundo ámbito de los planteados por el Tribunal Constitucional español, hay algunos elementos que deberían estar presentes y otros que no. Nos referimos, en el primer caso, a la necesidad de cubrir la plaza desocupada por la persona mayor con otra perteneciente a los colectivos con dificultades para la obtención de empleo, y, en el segundo, a la supresión del pacto en contrario. Solo así, por un lado, se produciría un efectivo reparto de trabajo, en un mercado con problemas para crear nuevo empleo, y se podría preferir el derecho de algunos a acceder frente al de otros a conservar, en un delicado equilibrio constitucional; y, por el otro, se eliminaría la facultad del empleador de separar a su juicio subjetivo a quienes mantienen su capacidad y a quienes no, preservando el vínculo de los primeros y suprimiendo el de los segundos, con plena arbitrariedad.

Nuestro ordenamiento no posee las características planteadas en el párrafo anterior, por lo que su disposición sobre extinción de la relación laboral por edad se sitúa en el primer campo de los diseñados por el Tribunal Constitucional español: presunción de incapacidad. Una incapacidad, además, como ha precisado dicho organismo, atribuida solo a los trabajadores dependientes, de un lado, y, del otro, a todos ellos, sin considerar las diferencias por ocupaciones o personas. Por tanto,

infringe el principio de igualdad y el mandato de no discriminación (numeral 2 del artículo 2 y numeral 1 del artículo 26 de la Constitución), así como el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución).

Esta conclusión no solo es válida para los profesores universitarios, sino también para los trabajadores de cualquier actividad. Reservarla únicamente a esa categoría y no extenderla al menos a quienes realizan tareas fundamentalmente intelectuales o, mejor aún, a todos los trabajadores sin distinción, supone establecer entre ellos diferenciaciones carentes de justificación objetiva y razonable y, por tanto, inválidas. El Tribunal Constitucional no ha practicado dicha extensión.

La alternativa que tiene un empleador que quiere cesar definitivamente o despedir a un trabajador por la disminución de sus aptitudes derivada de su edad, es la de alegar y probar una incapacidad para el trabajo, que opera como causal tanto en el régimen laboral del sector público (inciso 'd' del artículo 35 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público e inciso 'i' del artículo 49 de la Ley del Servicio Civil) como en el de la actividad privada (artículos 22 y 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

5. El pacto en contrario

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral no contiene precisiones sobre la oportunidad o formalidad del pacto en contrario. Respecto de lo primero, parece obvio que el acuerdo debería celebrarse previamente al cumplimiento de 70 años por el trabajador. De no efectuarse en dicho momento, el vínculo laboral se extinguirá automáticamente al llegar a dicha edad. Nada impediría, sin embargo, su restablecimiento, si ambas partes estuvieran conformes. Cumplida tal edad sin que hubiera operado la ruptura del vínculo laboral, este proseguirá y el empleador ya no podría utilizar esta causal, porque la ley la autoriza al llegar a dicha edad y no a partir de ella. No olvidemos que es automática. No obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido lo contrario: como el contrato se convirtió en indeterminado, «[...] solo podía extinguirse por cualquiera de las causales [...] entre las cuales se encuentra la jubilación» (fundamento 8 del expediente N° 3572-2005-PA/TC), de modo contradictorio con el concepto de «jubilación guillotina» que expusimos antes.

Respecto de lo segundo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en la sentencia recaída en el proceso seguido por Jaime Quesada Guillén contra la Caja Rural Señor de Luren S.A. (Casación N° 2501-2009-Ica), precisó:

El demandante refiere que ha existido un acuerdo tácito a efectos de no aplicar la causal de jubilación automática, puesto que ha transcurrido más de cuatro años desde que cumplió los setenta años de edad y la demandada no hizo efectivo el cese de manera oportuna. En relación a lo alegado, cabe indicar que si bien es cierto el citado artículo 21 [...] contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le cursó la carta notarial [...], lo

contrario significaría que el trabajador preste servicios indefinidamente. (Sétimo considerando)

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria coincidió con dicho criterio: «[...] no existe norma legal expresa que disponga qué sucede si el trabajador continuó laborando más allá de los setenta años, y si la terminación de la relación laboral en esas condiciones requeriría o no de causa justa de despido». Y añadió: «Lo cierto es que frente a situaciones de vacío normativo como el indicado tenemos que si a los setenta años se puede dar por extinguido el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a indemnización por despido arbitrario, con mayor razón [...] se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años [...]» (Casación laboral N° 9155-2015-Lima, Gustavo Echeopar Talleri contra Autoridad Nacional del Agua y Ministerio de Agricultura y Riego, Considerando Undécimo). Finalmente, el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima, 2017, ha adoptado en su Acuerdo del Tema N° 2, igual tesis: «Los trabajadores mayores de setenta años pueden ser despedidos unilateralmente [...] sin causa justa pasada la mencionada edad». Se ha adoptado, pues, la interpretación más lesiva para los trabajadores, que permite su despido incausado en cualquier momento posterior al cumplimiento de los 70 años.

Lo segundo es más complejo. Debemos determinar si dicho acuerdo debe ser expreso o puede ser tácito, y si debe ser escrito o puede ser verbal. El ideal, no cabe duda, sería que fuera escrito y expreso. Un acuerdo meramente verbal sería válido, pero tendría serias dificultades para probarse. Salvo que pudiera contarse con medios idóneos para ello. El pacto tácito tendría que inferirse del comportamiento de las partes, por ejemplo, si el trabajador continúa prestando el servicio y el empleador remunerándolo, o si se celebrara un contrato de duración determinada, con anticipación al cumplimiento de los 70 años por el trabajador, por un plazo que excediera de la fecha en que se verifique este hecho, como ocurre en un caso que expusimos antes. El artículo 141 del Código Civil dispone: «La manifestación de voluntad [es] tácita cuando [...] se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia». La Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social, en la sentencia recaída en el proceso seguido por Román Fuentes Choque contra Empresa Minera Shougang Hierro Perú (Casación N° 166-2001-Ica), dijo: «[...] debemos entender que cuando el artículo [21], se refiere en su último párrafo al “pacto en contrario”, alude a un acuerdo de voluntades expreso e indubitable, de allí que este no pueda colegirse de la sola continuidad de la relación laboral más allá del límite de tiempo establecido por la ley, ya que ello, en ningún modo importa una declaración de voluntad del empleador» (octavo considerando). No entendemos por qué en materia civil los acuerdos podrían ser tácitos y en materia laboral no, especialmente tratándose de un campo en el que opera el principio de la primacía de la realidad.

Para no afectar la continuidad del servicio educativo, la extinción de la relación laboral del docente que no contara con un pacto en contrario, no podría producirse en el transcurso del año o semestre lectivo, sino que debería esperarse a su conclusión. La ley debería permitir en este caso la prórroga del vínculo laboral.

El deber de prevención en la jurisprudencia y la imprudencia de la víctima en la responsabilidad por accidentes de trabajo

César Lengua Apolaya
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP

1. Introducción

Habiendo pasado un poco más de diez años desde su primera formulación legal, el deber de prevención ha empezado a ser analizado y desarrollado por las instancias judiciales. Es a partir de esta obligación de carácter amplio, dinámico y omnicomprendivo que el empleador queda sujeto al otorgamiento preventivo de condiciones de trabajo que cautelen la integridad y la vida del trabajador, no con el propósito de eliminar necesariamente todos los riesgos de la actividad, pero sí, cuando menos, a efectos de gestionarlos adecuadamente para que estos no tengan un impacto dañoso. Sin embargo, cuando el daño se produce a partir de un accidente de trabajo, se abre la discusión acerca de la responsabilidad indemnizatoria del empleador.

En primer lugar, este artículo pone en evidencia la forma cómo el deber de prevención ha empezado a ser entendido por las instancias judiciales en dichos casos, esto es, como una obligación que sienta una responsabilidad virtualmente de carácter objetivo, y donde el empleador siempre va a ser hallado responsable por cualquier hecho catalogable como un accidente de trabajo, sin que quepa mayor discusión sobre dicha imputabilidad.

Considerando ese antecedente, pretendemos cuestionar las bases sobre las que se asienta tal afirmación, relevando el carácter subjetivo de la responsabilidad civil por riesgos profesionales, entendiendo el deber de prevención como una obligación de medios y no de resultados, y donde además cabe analizar la conducta desplegada por la víctima en relación con sus obligaciones de seguridad y salud, sea para sustentar la ruptura del nexo causal o para modular la responsabilidad indemnizatoria, cuando ello es pertinente. Estos elementos están siendo ignorados por la judicatura, por lo que es atendible reconsiderarlos con el fin de que las responsabilidades indemnizatorias sean establecidas en correspondencia con la naturaleza y características del deber de prevención. A partir de este análisis, estimamos que lo sensato sería apartarse del prejuzgamiento reduccionista según el cual el empleador siempre será hallado responsable en todo accidente de trabajo, pues tal axioma ignora el contenido y particularidades del deber de prevención y quebranta las reglas del análisis de responsabilidad civil.

2. El deber general de prevención como eje de la normativa preventiva de riesgos laborales

Según el glosario de términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, la prevención es definida de la siguiente forma:

Decreto Supremo 005-2010-TR

Glosario de términos

Prevención de accidentes

Combinación de políticas, estándares, procedimientos, actividades y prácticas en el proceso y organización del trabajo, que establece el empleador con el objetivo de prevenir los riesgos en el trabajo.

Encontramos así un concepto de prevención complejo que abarca tres elementos configuradores de esta obligación empresarial. En primer lugar, un elemento funcional, toda vez que la norma hace mención a algunas de las actividades de orden técnico relacionadas con la gestión de los riesgos laborales que el empleador debe desarrollar: políticas, estándares, procedimientos, etcétera. En segundo lugar, hallamos un elemento contextual o material que define el objeto sobre el cual recaen tales actividades de técnica preventiva: el proceso y la organización del trabajo en general, vale decir, toda la actividad laboral en la empresa. Finalmente, la prevención se asienta también en un elemento finalista que esclarece el propósito de las actividades preventivas: la evitación de los riesgos relacionados con el trabajo (incidentes, accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales). Esta noción compleja de la prevención es la que sirve de esencial a la configuración legal del denominado deber de prevención.

El deber de prevención no es un enunciado declarativo o meramente orientador en las relaciones laborales, sino que se erige como un precepto que condensa el factor atributivo de la responsabilidad empresarial en el campo de los riesgos laborales al establecer, por un lado, obligaciones amplias y generales de protección de la vida y la seguridad de las personas en el entorno de trabajo, y, por otro lado, manifestaciones muy concretas y específicas a lo largo de las normas de prevención de riesgos. En efecto, el artículo I del título preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) establece el rol de garante que, por imperio de la ley y por el solo mérito de su condición de empresario, asume el empleador en el centro de trabajo de cara al establecimiento de los medios y condiciones destinados a proteger la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de todos aquellos que prestan servicios (al margen de que tengan vínculo laboral o no con el empleador); protección que se hace extensiva a todos aquellos que se encontraren por alguna causa en el ámbito del centro de labores (por ejemplo, visitantes, clientes, etcétera).

El deber de prevención (también reconocido como el deber de protección empresarial o el deber de seguridad) ha sido tratado por la doctrina ampliamente para identificar sus características más resaltantes. Ha debatido incluso en torno a si este deber tiene naturaleza jurídico-privada (destacándose que las obligaciones preventivas surgen en el momento en que se perfecciona el contrato de trabajo), o si podría

asignársele una naturaleza jurídico-pública (toda vez que su cumplimiento constituye también una obligación frente al Estado).

Sobre este punto compartimos la primera perspectiva, pero con algunos matices. Tal como señala Salcedo (2000, p. 42), es correcto interpretar que el deber de prevención es una obligación de carácter privado si se considera que se tiene frente al trabajador (quien adquiere dicha condición a partir del establecimiento de una relación laboral), y si bien puede hallarse una fuerte connotación pública en dicha obligación, ella no es superior a cualquier otro aspecto de la relación laboral, como por ejemplo el deber de respetar las jornadas máximas de trabajo o las formas contractuales. Por esta razón, calificar el deber de prevención como un deber de carácter público podría resultar algo exagerado. En efecto, en materia laboral, la intervención normativa estatal es la regla en muchos campos. Igualmente, la tutela pública del cumplimiento de los derechos laborales es también un aspecto transversal y no exclusivo de la seguridad y salud en el trabajo. Por consiguiente, la configuración legal del contenido del deber de prevención y la intervención del Estado de cara a la fiscalización del cumplimiento de los deberes preventivos no parecen ser lo suficientemente característicos como para concederle naturaleza jurídico-pública a este deber; aunque dichos componentes sirvan de soporte a las responsabilidades administrativas y penales que establecen las normas legales.

En nuestra opinión, la norma nacional va en consonancia con este punto de partida. La perspectiva de deber jurídico privado se desprende básicamente del tenor de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley Nº 29783) y sus normas reglamentarias, las cuales están diseñadas y redactadas teniendo como trasfondo permanente la relación laboral surgida entre empleadores y trabajadores. Asimismo, el artículo IX del título preliminar de la mencionada Ley, al desarrollar el principio de protección, señala que los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable física, mental y socialmente, en forma continua. Aunque la mención al Estado en esta norma podría generar suspicacias en torno a la naturaleza esencialmente privada del deber de prevención, el artículo 1 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo se encarga de puntualizar los roles respectivos: a los empleadores se les asigna el deber de prevención, ratificando la naturaleza jurídico-privada de este deber, y al Estado el papel de fiscalización y control, que es punto de convergencia común a todo el ordenamiento laboral (Ley Nº 29783).

Pero si bien el deber de prevención tiene naturaleza esencialmente privada (contractual-laboral), su configuración en la ley rompe con este esquema básico determinado por la relación laboral, e incluye dentro de sus linderos a terceros que, no siendo trabajadores, deben ser igualmente protegidos. La norma expresamente postula que la protección debe ser provista incluso a aquellos que, no teniendo vínculo laboral con el empleador, prestan alguna clase de servicio o se encuentran en el centro de labores, por lo que el deber de prevención se hace extensivo a trabajadores de terceros que prestan actividades en el centro de trabajo (empresas de intermediación y contratistas), locadores de servicios, de obras, o cualquiera sea la naturaleza jurídica de la relación contractual, en tanto el despliegue de la actividad laboral se realice en el centro de trabajo; y finalmente visitantes ocasionales que se

encuentren en el centro de trabajo, cualquiera sea el motivo de su presencia. Podríamos concluir esta parte afirmando que el deber de prevención, bajo el entender de nuestra legislación, es un deber jurídico privado de carácter extendido, no condicionado a la existencia de una relación laboral.

El deber de prevención como eje de la normativa de prevención de riesgos laborales no merece esta calificación solo por la extensión subjetiva con que ha sido diseñado, sino también por una de sus notas características más destacables: su carácter de obligación genérica. En virtud de esta particularidad, las normas preventivas se asientan en el diseño de: (i) específicas obligaciones de prevención, como elaborar políticas, reglamentos internos, implementación de vigilancia médica de la salud ocupacional, identificación de peligros, evaluación de riesgos, adopción de medidas de control, y todas las demás obligaciones empresariales que se desprenden de los textos normativos de prevención de riesgos; y, (ii) la enunciación de un deber de prevención propiamente dicho, de carácter amplio, en virtud del cual se obliga al empleador a cautelar la integridad del servidor en el trabajo.

Esto es nota común en las legislaciones preventivas, pues difícilmente el legislador se encuentra en condiciones de anticipar y regular toda y cualquier circunstancia o situación de trabajo. Las razones son diversas: la tecnología que trae consigo la innovación de los procesos productivos; la diversidad de actividades laborales, de maquinarias, de herramientas, de insumos, etcétera; la multiplicidad de formas en que una actividad puede ser desarrollada; la diversidad de actividades económicas existentes o posibles; la diversidad de riesgos ocupacionales; etcétera. Por ello, es un mecanismo legislativo ampliamente admitido el hecho de que la ley se encargue de puntualizar muchas de las obligaciones de seguridad y salud que debe implementar el empleador; no limitándose los deberes de este en tales especificaciones legales, sino que en virtud de la configuración de un deber general de prevención, queda el empresario obligado a adoptar cualquier otra medida adicional que no esté regulada, y que resulte pertinente con la finalidad de conjurar los peligros y riesgos del trabajo. Nos encontramos, pues, ante una obligación de carácter complejo, variable, dependiente del tipo de actividad productiva, del puesto de trabajo, e incluso de carácter técnico, lo que añade una cuota adicional de complejidad (Gorelli, 2006, p. 18). El resultado es la pretensión omnicompreensiva del deber de prevención respecto de toda la actividad productiva.

Como ha indicado Martín (2006, p. 37), las leyes optan por determinar el contenido del derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo de una forma indirecta, esto es, a través de la especificación del contenido básico del correlativo deber del empresario de prevenir todos los riesgos laborales mediante la adopción de las medidas que resulten necesarias a tal fin; y a la par, a través de la positivización de diferentes obligaciones concretas que forman parte del deber empresarial de proteger de modo eficaz a sus trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo. Estas especificaciones, concreciones o materializaciones del deber general de prevención no constituyen todo el abanico de obligaciones de prevención, sino que la «[...] enumeración de determinadas obligaciones instrumentales que forman parte de la obligación general de seguridad debe entenderse como una forma de destacar el valor de ciertas medidas preventivas que, obvia-

mente, no agotan el deber de protección del empresario» (González y Cos, 2010, §III, artículo 14.I).

El tramo que deja entre sí el deber general de prevención y las diversas especificaciones legales es un campo amplio donde el empleador puede establecer, fijar o modular los aspectos funcionales de la prevención a través de políticas, procedimientos más específicos, reglamentos internos de seguridad, estándares, etcétera, haciendo despliegue de sus facultades directrices y normativas, y aplicando las técnicas derivadas de la práctica preventiva, tal como lo plantea el literal 'a' del artículo 38 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783).

El resultado inevitable de conjugar obligaciones preventivas específicas y un deber genérico de prevención es la exigencia impuesta sobre el empleador de un alto nivel de diligencia, conocimiento técnico y antelación al riesgo, pues deberá implementar todas aquellas condiciones y decisiones que, aunque no estén reguladas con especificidad, sean necesarias y eficaces para evitar la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, atendiendo a las particularidades de su actividad.

El cuidado exigido por el deber de prevención es alto. La diligencia exigida al empleador ha sido considerada por la doctrina como una obligación «meticulosa, minuciosa, escrupulosa y exacta» (Carrero, 2001, p. 229), lo que siembra el evidente problema acerca de los límites del deber de prevención empresarial en situaciones prácticas; sobre todo, en supuestos en los que se discuten responsabilidades indemnizatorias en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Las obligaciones de prevención son de tal calibre para el empresario que se le hace muy complicado eximirse de responsabilidad, entre otros factores, porque son muchas las obligaciones de medios que integran el deber genérico de prevención, porque muchas de las obligaciones concretas son de gran amplitud y ambigüedad, y porque estamos ante un deber dinámico (Sala, 2010, pp. 96-97). Así, pues, en el contexto de una obligación de contornos elásticos, la alegación y demostración de la falta de culpabilidad —por caso fortuito, fuerza mayor o negligencia de la propia víctima— termina siendo un camino peliagudo, debido a la intensidad de la diligencia exigida al empleador.

Pero una cosa es afirmar que las posibilidades de exoneración de responsabilidad del empleador son reducidas —por la complejidad del deber de prevención y la carga probatoria que ello supone—, y otra, muy distinta, es sostener que ese análisis es intrascendente o innecesario, como si todo accidente de trabajo conllevase, de forma automática, una sanción inmediata de responsabilidad sobre el empleador. La judicatura nacional parece haber adoptado este segundo camino a través de algunos pronunciamientos casatorios, los cuales han sido finalmente consolidados en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional. Por nuestra parte, discrepamos de esta perspectiva judicial, pues la titularidad del deber de prevención no entraña ser siempre responsable en el plano indemnizatorio, sino que los jueces pueden —y deben— evaluar ciertas circunstancias limitativas e incluso liberatorias de dicha responsabilidad patrimonial cuando se producen y acreditan supuestos de ruptura de nexo causal o negligencias concurrentes de la parte trabajadora.

3. El deber de prevención en las instancias judiciales

Es de destacar que la temática de la seguridad y salud en el trabajo ya viene siendo debatida y desarrollada por los tribunales laborales. El extremo que de momento viene tomando particular atención es, precisamente, el deber de prevención, y esto con ocasión de los litigios derivados de la ocurrencia de accidentes de trabajo. Si bien este tipo de controversias es un asunto antiguo, lo novedoso es que estos procesos sean enfrentados hoy en día desde las normas preventivas, y no solo tomando como herramienta de solución las clásicas normas de responsabilidad civil. Estimamos que en el mediano plazo la jurisprudencia ampliará su análisis a otros extremos, pues los campos de potencial controversia en seguridad y salud son amplios (los márgenes no muy bien definidos de los derechos de participación de los trabajadores y de las organizaciones sindicales, la responsabilidad administrativa del empleador, la vigilancia de la salud, la responsabilidad civil derivada de riesgos psicosociales, entre otros tantos).

Por lo reciente del debate judicial, no han sido muchas las ocasiones en las que la Corte Suprema se ha abocado al desarrollo del deber de prevención. Sin embargo, efectuando un breve reconocimiento de las sentencias casatorias de los últimos años, advertimos algunas que merecen atención:

- a) Casación 1225-2015-Lima del 7 de abril de 2016. Para la Corte Suprema, en virtud de la obligación general de prevención, la deuda del empleador debe ser extendida a la protección íntegra del trabajador, de su salud y seguridad, «siendo suficiente entonces con que el daño se produzca como causa o consecuencia de la prestación laboral para que se proceda al análisis de los demás elementos tipificantes de la responsabilidad contractual a fin de determinar si el daño se deriva de un incumplimiento contractual del empleador [...]» (cuarto considerando). En el caso concreto, la defensa planteada por la entidad empleadora fue desestimada debido a que «esta no presentó prueba alguna que acredite el cumplimiento de sus obligaciones [...]» (octavo considerando), correspondiendo el pago indemnizatorio demandado.

Con esta sentencia quedaba entendido que el deber de indemnizar dependía finalmente del análisis de responsabilidad del empleador. Este análisis supone la constatación de cuatro elementos: el daño, el nexo causal, la antijuridicidad de la conducta del agente dañoso y el factor de atribución. Como señala Gorelli (2006, p. 57):

se requiere de un ilícito empresarial, es decir un incumplimiento por parte del empresario, vinculado a sus obligaciones preventivas; que le sea imputable por dolo o negligencia; a consecuencia del cual se produzca un riesgo profesional del que deriva un daño para el trabajador; por último, es necesario la relación de causalidad entre el daño y la acción culpable del empresario; es decir, que el daño causado ha de ser consecuencia de la actuación del causante.

Cabe advertir que, en este examen, el daño y el nexo causal son concurrentes con el concepto de accidente de trabajo. El glosario de términos del Decreto Supremo N° 005-2012-TR tipifica el accidente de trabajo como:

todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo [nexo de causalidad] y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte [daño]. Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad [nexo de causalidad], y aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Bajo este enfoque, preguntarse sobre eventuales incumplimientos del empleador respecto de sus obligaciones preventivas no es otra cosa que indagar sobre la antijuridicidad de la conducta (tercer elemento del análisis de responsabilidad), restando al final identificar si existe dolo o culpa en el eventual incumplimiento detectado (cuarto elemento).

b) Casación 4258-2016-Lima del 30 de septiembre de 2016. Con esta sentencia se aprecia un cambio de criterio radical y, a nuestro entender, cuestionable. Si bien se hace alusión a los cuatro elementos del análisis de responsabilidad civil, esta evaluación es admitida solo parcialmente. Señala el noveno considerando que:

probada la existencia del daño sufrido por el trabajador, a consecuencia de un accidente de trabajo debe atribuirse el mismo al incumplimiento por el empleador de su deber de prevención, hecho que genera la obligación patronal de pagar a la víctima o sus derechohabientes una indemnización que será fijada por el juez conforme al artículo 1332º del Código Civil, salvo que las partes hubieran aportado pruebas documentales o periciales sobre el valor del mismo.

Según esta sentencia, el deber indemnizatorio se desencadenaría tan solo a partir de la verificación de dos elementos: el daño y el nexo causal (es decir, a partir de la corroboración del accidente de trabajo). Si estos elementos son constatados, la antijuridicidad de la conducta del empleador se entenderá producida sin discusión alguna; es decir, se asume que el empleador ha incumplido el deber de prevención. El factor de atribución ni siquiera es trascendente en este análisis.

Esta interpretación, que es elevada a la calidad de precedente de obligatorio cumplimiento según el extremo resolutivo de la casación, es además calificada en la propia sentencia como «la interpretación correcta» del artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, cuyo tenor es el siguiente:

Ley N° 29783

Artículo 53º.- Indemnización por daños a la salud en el trabajo.-

El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales [...].

c) Casación 3591-2016-Del Santa del 12 de enero de 2017. En el caso concreto, un trabajador que realizaba labores habituales de pesca en una embarcación pesquera sufrió un infarto agudo al miocardio, lo que provocó su deceso. El criterio de la Corte Suprema fue que el empleador debía indemnizar el hecho, argumentando que:

en mérito al principio de prevención [...] la empresa demandada tiene el deber de garantizar, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, hecho que no ha sido demostrado por la codemandada; motivo por el que incurre en responsabilidad, por tanto, debe asumir las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia del accidente [...].

Si en la Casación 4258-2016-Lima llamaba la atención de que el deber indemnizatorio se asentase tan solo sobre el análisis de dos elementos de la responsabilidad civil (daño y nexo causal), en esta sentencia es llamativo que dicho deber se extraiga tan solo de la ocurrencia de un daño (el fallecimiento del trabajador), no quedando claro si hubo o no un adecuado estudio del requerido nexo causal, pues el hecho de que un deceso se produzca durante el trabajo (es decir, en el lapso de la jornada) es muy distinto a que dicha fatalidad sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo. En el primer supuesto existe tan solo una concurrencia de hechos: el deceso y la jornada de trabajo, mientras que en el segundo hay conexión entre ambos. La verificación efectiva de esta conexidad era indispensable, a nuestro entender, para atribuir responsabilidad indemnizatoria al empleador. Tal requerimiento no se satisfizo.

Sin perjuicio de ello, el deber de prevención fue nuevamente invocado, y esta vez como una obligación de resultados, pues si el trabajador sufre un daño en el centro de trabajo, ello se convierte —según el criterio judicial— en prueba virtualmente irrefutable del incumplimiento empresarial del deber de prevención, generándose la obligación de indemnizar.

d) Casación 18190-2016-Lima del 6 de febrero de 2017. Esta sentencia deja entrever cierta inconstancia en el tratamiento de las obligaciones indemnizatorias por accidente de trabajo. Retomando algunos criterios sentados en la Casación 1225-2015-Lima, la Corte Suprema afirmó que «[...] la determinación de la responsabilidad contractual exige la concurrencia de cuatro presupuestos: a) conducta antijurídica, b) el daño, c) la relación de causalidad, y d) el factor de atribución [...]». Asimismo, que:

[...] al tratarse de un accidente de trabajo por responsabilidad contractual se está aplicando supletoriamente las normas del Código Civil, por lo que corresponde que el actor demuestre el daño sufrido y la negligencia de la demandada por el incumplimiento de sus obligaciones, conforme lo establece el artículo 1330° del Código Civil, probado estos hechos se podrá determinar el *quantum* indemnizatorio [...].

En el caso específico no hubo material probatorio que acreditase que la demandada hubiera tenido alguna conducta antijurídica, por lo que no correspondía ordenar el pago de una indemnización. No hubo referencia específica al deber de prevención; asumimos que fue debido a que el accidente se produjo en 2004 (fecha anterior a la primera formulación legal del deber de prevención, que ocurrió con el Decreto Supremo N° 009-2005-TR).

De manera más reciente, y con un ánimo unificador en la materia, el VI Pleno

Jurisdiccional Supremo Laboral y Previsional contempló como uno de sus temas de interés la responsabilidad civil por accidentes de trabajo, tomando como referente el artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783), que establece el deber de indemnizar los daños producto del incumplimiento del deber de prevención. Este Pleno sostiene enfáticamente que «el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador». Las consecuencias de una afirmación tan categórica como esta son claras y, en nuestro concepto, inquietantes:

- El deber de prevención sería concebido por las autoridades judiciales como una obligación de resultados, pues solo podrá entenderse satisfecho el rol preventivo del empleador en la medida en que no ocurran eventos dañosos que perjudiquen la vida o salud del trabajador. Dicho de otra forma, la ocurrencia de alguna lesión sería prueba plena del incumplimiento del deber de prevención.
- El análisis de responsabilidad devendría innecesario, pues el deber indemnizatorio del empleador sería consecuencia directa de la corroboración del daño y del nexo causal, toda vez que el empleador es garante de indemnidad en el centro de trabajo. La conducta antijurídica (el incumplimiento del deber preventivo) no requeriría ser analizada para imputar las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad en el empleador, pues aquella se debe inferir de la existencia del daño sufrido en el centro de trabajo.
- Asimismo, si el empleador va a ser siempre responsable de cualquier evento dañoso, la rotundidad de esta afirmación conllevaría que no sean admisibles supuestos de ruptura del nexo causal y que no sean ponderadas las eventuales negligencias del trabajador contributivas como causa del daño.

Como hemos señalado, si bien es importante que el deber de prevención sea integrado al acervo jurisprudencial con fines de consolidación y desarrollo, consideramos que los presupuestos sobre los que se viene haciendo dicha construcción no son exactos. Ello motiva nuestra preocupación, más aún si a través de un acuerdo plenario se persigue zanjar la discusión. Atendiendo a ello, planteamos seguidamente algunos lineamientos para motivar esta necesaria revisión conceptual del deber de prevención.

4. Bases propuestas para la redefinición jurisprudencial del deber de prevención

a) La ocurrencia de un accidente de trabajo no debe derivar en un maquinal e irreflexivo juicio de responsabilidad indemnizatoria sobre el empleador.

Un primer asunto que merece la pena abordarse es el aparente paradigma que se encuentra detrás del acuerdo arribado en el VI Pleno Jurisdiccional. En efecto, si, como lo señala este Pleno, el empleador siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador, ello implica que, ante un accidente de trabajo, la responsabilidad indemnizatoria empresarial es automática e implícita por el solo hecho del accidente.

Aquí radica un primer error de interpretación, puesto que el concepto legal de accidente de trabajo, como ya mencionamos, no contiene un juicio de responsabilidad indemnizatoria, sino solo la enunciación de hechos, circunstancias o requisitos fácticos que son exigidos para que un daño físico o lesión del trabajador se entienda, de alguna manera, relacionado al trabajo. Llevado esto al terreno del análisis de los cuatro elementos de la responsabilidad civil, tenemos que la aplicación del concepto de accidente de trabajo a un caso concreto nos aportará apenas dos elementos del juicio de responsabilidad: el daño y el nexo causal. El glosario de términos del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en efecto, describe al accidente de trabajo como un suceso repentino que sobreviene por causa o con ocasión del trabajo (nexo causal) y que produce en el trabajador una lesión orgánica, o una perturbación funcional, una invalidez o la muerte (daño). Pero este enunciado legal no contiene ni persigue contener los presupuestos para la atribución de responsabilidad patrimonial indemnizatoria, pues para tales efectos es imprescindible determinar si existe conducta antijurídica empresarial (es decir, si existe incumplimiento del deber de prevención) y si dicho incumplimiento es atribuible por dolo o culpa.

Gorelli (2006, pp. 16-17) ratifica lo anterior con suma claridad al sostener que el ámbito de los riesgos profesionales que generan indemnización por daños y perjuicios es más restringido que, por ejemplo, el concepto de accidente de trabajo para la seguridad social. Así, si bien todo accidente de trabajo genera responsabilidad de parte de la seguridad social por el solo hecho de su acaecimiento (por ejemplo, cuando existen coberturas especiales por riesgos profesionales), no todo accidente de trabajo supone un incumplimiento empresarial ni, por tanto, debe generar derecho a indemnización por daños y perjuicios. La explicación de esta dicotomía es muy sencilla: en materia de seguridad social, para la activación de las coberturas respectivas se analiza la conexión objetiva entre el trabajo y la lesión sufrida, pero tratándose de la indemnización civil por riesgos profesionales, la conexión debe hacerse entre el daño y el incumplimiento de la regulación preventiva. Un ejemplo de esto podría ser ilustrativo: si un trabajador, en una tienda de atención al público, es arrollado por un vehículo que irrumpe súbita y descontroladamente en el local, estaremos ante un accidente de trabajo, pues las lesiones fueron sufridas con ocasión del servicio que brindaba a su empleador, pero este hecho no podría dar lugar a una indemnización de cargo del empresario pues, en principio, no se habría vulnerado ninguna obligación preventiva.

Por consiguiente, para analizar la responsabilidad indemnizatoria de la empresa, el análisis no puede reducirse a verificar tan solo si se produjo un accidente de trabajo. Como señalan Toscani y Clark (2016, § III.I), «lo fundamental para que la obtención de una indemnización por daños es que exista un daño y que el mismo guarde una relación de causalidad con el incumplimiento empresarial en materia preventiva».

Llama mucho la atención que el VI Pleno Jurisdiccional, al señalar que el empleador siempre va a ser responsable de los accidentes de trabajo, haya tomado como referencia normativa el artículo 53 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783), pues una simple lectura de la norma nos lleva a concluir que dichas conclusiones van en contra del texto expreso de la norma. Este artículo dispone que «el *incumplimiento del empleador del deber de prevención* genera la obligación de

pagar las indemnizaciones a las víctimas o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales» (cursivas añadidas).

Por su parte, el artículo 94 del Reglamento de la LSST (Decreto Supremo N° 005-2012-TR) abunda a favor de la crítica que sentamos, pues esta norma dispone que «la imputación de responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del *incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo*» (cursivas añadidas).

Como puede apreciarse, la propia ley desvirtúa la conclusión plenaria, pues no es verdadero que el empleador siempre va a ser responsable ante un accidente de trabajo, sino que lo será en la medida en que exista un incumplimiento imputable del deber de prevención, lo que en consecuencia exige realizar un análisis judicial de responsabilidad que supera la sola verificación del accidente de trabajo.

b) El deber de prevención no es una obligación de resultados, sino de medios.

Otro preconcepto que se encuentra detrás de la opinión judicial es que el deber de prevención constituye una obligación de resultado, de tal manera que la satisfacción de esta obligación solo se producirá en la medida en que no existan accidentes de trabajo. Bajo esta premisa, el acontecimiento de un infortunio laboral sería demostrativo del incumplimiento del deber de prevención; de ahí que el empleador siempre deba ser responsable del accidente de trabajo. Estos presupuestos en nuestra opinión no son exactos, dado que el deber de prevención es por su naturaleza una obligación de medios.

Si estuviésemos ante una obligación de resultados, ello comportaría admitir que el empleador se encuentra obligado a eliminar los peligros y riesgos ocupacionales, pues solo así podría garantizarse la indemnidad absoluta del personal. Sin embargo, tal sería una obligación imposible, sin perjuicio de que ello no es lo que ordena la ley. El artículo 4 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley N° 29783) señala que la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como uno de sus derroteros, no el eliminar, sino el reducir al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo. Si esta es la visión de la Política Nacional en la materia, difícilmente podría señalarse que el deber de prevención empresarial tiene por objeto la eliminación absoluta de los peligros y riesgos del trabajo; y ciertamente, este no podría ser el derrotero, porque la eliminación de todos los peligros y riesgos ocupacionales es imposible, y a lo imposible nadie puede quedar obligado. Antes bien, el empleador se entiende comprometido legalmente a eliminar los peligros que son factibles de eliminar, quedando los demás sujetos a obligaciones de control y minimización.

A mayor abundamiento, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo dispone en su artículo 11 que «en todo lugar de trabajo se deberán tomar medidas tendientes a disminuir los riesgos laborales» (Decisión N.º 584). Nuevamente, el enfoque normativo del deber de prevención orbita alrededor de las obligaciones de diligencia, sin perseguir la eliminación absoluta de todo peligro y riesgo ocupacional.

La doctrina coincide con esta visión del deber de prevención como una obligación de medios. Salcedo (2000, pp. 27-28) ha criticado a quienes sostienen estar ante una

obligación de resultado, pues esta postura no hace distinciones entre si el empresario ha cumplido o no su actividad preventiva. Señala que «una aplicación correcta de la seguridad y salud en el trabajo y de la prevención de los riesgos profesionales ha de valorar si el empresario ha cumplido o no, es decir, si ha llevado a cabo una actividad diligente en cuanto a la evitación del accidente»; de lo contrario no se incentivaría el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud, dado que el empresario siempre resultará responsable, lleve a cabo o no una actividad preventiva.

Ciertamente, enfocar el deber de prevención y la reparación de daños bajo una óptica de responsabilidad objetiva generaría distorsiones indeseables en el sistema jurídico y daría origen a incentivos perversos contrarios a los objetivos de la seguridad y salud en el trabajo y la consolidación de una cultura preventiva. Conduciría, en primer término, a la relajación de las obligaciones de prevención empresarial, ya que si el empleador va a ser hallado siempre responsable, este estará tentado a volcar sus esfuerzos e inversiones no en la prevención, sino en afrontar indemnizaciones o en cubrir los daños sufridos por el trabajador mediante seguros de responsabilidad civil, cuando el *quid* del asunto es evitar el daño en salvaguarda de la vida y la integridad física del servidor. En segundo lugar, el propio trabajador también podría verse tentado a relajar sus deberes de diligencia bajo el entendido de que siempre el empleador será hallado responsable.

También para Sala (2010, p. 96) estamos indiscutiblemente ante una obligación de medios. Según este autor, el empleador satisface el deber de prevención poniendo todos los medios necesarios para que no se produzcan daños, aunque estos finalmente se produzcan; e incumplirá el deber de prevención cuando no dé cumplimiento a las obligaciones preventivas, aunque no se produzca un resultado dañoso. Por ello, el cumplimiento del deber de prevención no puede juzgarse a partir de la existencia o no del infortunio laboral, pues este podría no producirse, a pesar de que el trabajo se realice bajo estándares ínfimos de seguridad y con evidente inobservancia del deber de prevención.

Montoya, Pizá y Alzaga (2009, p. 113) coinciden con esta perspectiva al no hacer depender el análisis del cumplimiento del deber de prevención de la existencia o no de infortunios. Estos autores indican que «el deber de protección se cumple cuando el empresario adopta los medios preventivos pertinentes, aunque, pese a ello, se produzcan daños».

La misma postura es compartida por Martín (2006, p. 192), para quien

el derecho subjetivo de los trabajadores a una protección eficaz frente a los riesgos laborales no se traduce siempre en un deber de erradicar por completo los riesgos laborales [...] no podrán en todo caso exigir a su empresario un riesgo cero, sino simplemente que adopte todas las medidas necesarias dentro de lo técnico y organizativamente factible para eliminar los riesgos laborales y, en su defecto, para reducirlos al mínimo.

En la misma línea, ha señalado también que «el trabajador [...] no tiene derecho a disfrutar en todo caso de unas condiciones de trabajo exentas por completo de riesgos, es decir, un derecho a conseguir una situación de “no riesgo” en el trabajo,

ya que ello resulta en cualquier caso imposible de hecho y, por tanto, inexigible jurídicamente» (p. 297).

Gorelli (2006, p. 265) ha considerado que la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores no puede ser una obligación entendida en sentido absoluto, es decir, que la existencia de daño o lesión en el desarrollo del trabajo no puede implicar siempre un incumplimiento empresarial del deber de prevención, porque es lógico admitir un cierto nivel de riesgo, sobre todo en aquellas actividades en las que no es posible evitar el riesgo en su totalidad, sin perjuicio del nivel especial de diligencia exigido al empresario.

Es importante también destacar lo que plantea Gajardo (2014, pp. 27-28) al comentar el uso de términos jurídicamente indeterminados en la normativa de prevención de riesgos laborales, tales como el rol de «garante» impuesto al empleador respecto de la seguridad y salud de sus trabajadores, o la exigencia de una «protección eficaz» o de «condiciones adecuadas» para prevenir los accidentes de trabajo, entre otros. Coincidimos con la autora en que el empleo de estos términos no conduce a la configuración de una obligación de resultados, sino que «estos conceptos han de ser entendidos en función de la finalidad para la cual fueron establecidos, esto es, que el empleador se ocupe de los riesgos que genera su actividad, lo que se traduce en el cumplimiento de las normas técnicas que lo rigen en materia de prevención de riesgos laborales».

Encontrándonos ante una obligación de medios, es imperativo que el análisis judicial de responsabilidad otorgue cabida a la evaluación del cumplimiento del deber de prevención con el fin de analizar la antijuridicidad de la conducta empleadora. La atribución de deber indemnizatorio no es, de ninguna manera, una operación automática por la sola existencia de un resultado dañoso. Sostener que el empleador siempre será responsable de este tipo de sucesos es una tesis reduccionista y simplista.

c) Afirmar que el empleador siempre será responsable involucra ignorar o subestimar el hecho de que los trabajadores tienen obligaciones jurídicas en el campo de la seguridad y la salud, y que sus incumplimientos o negligencias podrían ser causa determinante, o al menos concurrente, de accidentes de trabajo.

Los trabajadores no son solo acreedores de condiciones de seguridad en el centro de trabajo, sino que la ley los ubica en un trascendente plano de sujetos obligados al cumplimiento de ciertas obligaciones de cara a la prevención. Este planteamiento no conduce a soslayar el rol del empleador como principal obligado. Los trabajadores no son cotitulares con el empleador del deber de prevención, pero sí de obligaciones instrumentales que, de ser cumplidas diligentemente, coadyuvarían al logro de los objetivos de la prevención de riesgos; pero, en caso de incumplimiento, tales omisiones son capaces de limitar y hasta frustrar los esfuerzos desplegados en la materia, pudiendo contribuir a la materialización de accidentes de trabajo. Como bien lo ha indicado Fernández (2014, p. 30), el hecho de que se subraye que el empleador es el principal garante de la seguridad y salud en el centro de trabajo no significa que sea el único con obligaciones jurídicas en esa línea, pues todo el que asume deberes y obligaciones en seguridad y salud laboral puede resultar responsable por incumplimiento de sus obligaciones.

Las obligaciones impuestas a los trabajadores en seguridad y salud generan deberes de doble perspectiva: instrumentales y autónomos. Son deberes instrumentales en la medida en que su cumplimiento persigue cooperar a la realización de un interés ajeno, que es el deber de prevención, y cuyo titular es la contraparte contractual (el empleador). Pero son también deberes autónomos, que marchan en paralelo al deber de prevención, toda vez que el trabajador coopera con el empleador persiguiendo la satisfacción de intereses propios, a saber, la seguridad y la salud personal (Gutiérrez, 1999, pp. 261-266).

Los trabajadores están obligados a cumplir dichas obligaciones de buena fe, lo que exige un cumplimiento diligente y activo, pues como indica Martín (2006, p. 302):

la buena fe que las partes de la relación obligatoria se deben mutuamente no se limita a ser una actitud negativa de abstención de actos dañosos por la otra parte (*alterum non laedere*), sino que constituye también una actitud positiva, una actitud de colaboración con la contraparte encaminada a promover o, al menos a no perjudicar el interés de la misma [...].

Ahora bien: estos deberes de cooperación que pesan sobre los trabajadores vienen con matices que superan los clásicos linderos de la buena fe contractual, donde la expectativa de una conducta recíproca propiamente no existe, ya que el correlato de la cooperación del trabajador es el derecho del empleador a ejercer su poder disciplinario, así como el del deber de seguridad del empresario es el derecho del trabajador a una protección eficaz (Navas-Parejo, 2012, pp. 140-141).

La existencia de una legislación que establece obligaciones sobre los trabajadores en el campo de la seguridad y salud en el trabajo es muestra evidente de que esta temática no es responsabilidad privativa de empresarios y de los poderes públicos (Montoya, Pizá & Alzaga, 2009, p. 266). Tales obligaciones tampoco se limitan a las establecidas específicamente por las normas legales, sino que se hacen extensivas a cualquier otra regulación interna dispuesta por el empleador en ejercicio de sus facultades directrices.

La normativa regional y la nacional establecen listados amplios de obligaciones para los trabajadores. A nivel regional, el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo lo regula de esta manera:

Decisión N° 584

Artículo 24.- Los trabajadores tienen las siguientes obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales:

- a) Cumplir con las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de seguridad y salud en el trabajo que se apliquen en el lugar de trabajo, así como con las instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos directos;
- b) Cooperar en el cumplimiento de las obligaciones que competen al empleador;
- c) Usar adecuadamente los instrumentos y materiales de trabajo, así como los equipos de protección individual y colectiva;

- d) No operar o manipular equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos para los cuales no hayan sido autorizados y, en caso de ser necesario, capacitados;
- e) Informar a sus superiores jerárquicos directos acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro para la vida o la salud de los trabajadores;
- f) Cooperar y participar en el proceso de investigación de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales cuando la autoridad competente lo requiera o cuando a su parecer los datos que conocen ayuden al esclarecimiento de las causas que los originaron;
- g) Velar por el cuidado integral de su salud física y mental, así como por el de los demás trabajadores que dependan de ellos, durante el desarrollo de sus labores;
- h) Informar oportunamente sobre cualquier dolencia que sufran y que se haya originado como consecuencia de las labores que realizan o de las condiciones y ambiente de trabajo. El trabajador debe informar al médico tratante las características detalladas de su trabajo, con el fin de inducir la identificación de la relación causal o su sospecha;
- i) Someterse a los exámenes médicos a que estén obligados por norma expresa, así como a los procesos de rehabilitación integral; y
- j) Participar en los organismos paritarios, en los programas de capacitación y otras actividades destinadas a prevenir los riesgos laborales que organice su empleador o la autoridad competente.

Estas obligaciones son en su mayoría reiteradas por el artículo 79º de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley Nº 29783), sin perjuicio de las demás que se desprenden de las restantes normas de este dispositivo y de las que le sirven de desarrollo.

En nuestra opinión, no tomar en consideración que existen obligaciones imputables a los trabajadores en el campo preventivo, y no ponderar la incidencia de su debido cumplimiento en el análisis judicial de la responsabilidad por accidentes de trabajo, es un despropósito. Las instancias judiciales deberían contemplar este asunto como pasible de examen, en lugar de señalar con rotundidad que siempre el empleador será hallado responsable.

d) Como en todo análisis de responsabilidad patrimonial indemnizatoria, es factible la ruptura del nexo causal, por lo que no siempre el empleador debe ser hallado responsable.

Como se ha venido deslizando, la responsabilidad por accidentes de trabajo no es una cuestión de responsabilidad objetiva. Es una de responsabilidad subjetiva, porque demanda la evaluación judicial del cumplimiento del deber de prevención, de tal manera que debe tenerse en cuenta la existencia de elementos (culpa o dolo) a tenor de los cuales se haga recaer sobre el autor del incumplimiento la responsabilidad por el accidente de trabajo (Gorelli, 2006, p. 77). Que en la práctica este tipo de responsabilidad haya admitido algunos visos de objetivación debido a la desigualdad material sobre la que se erige la relación laboral, es un asunto distinto; pero en ningún caso tales particularidades convierten el asunto en uno de responsabilidad objetiva.

La práctica judicial ha ido resolviendo los litigios relacionados con accidentes de trabajo objetivando algunos aspectos de la responsabilidad civil contractual; de ahí que se aprecien reiteradamente algunas construcciones judiciales como la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador y la exigencia de una intensa diligencia por parte del empresario, aunque ello implique colocar a este:

en la tesitura de tener que demostrar que actuó con toda la diligencia debida, que equivale a una diligencia extrema, lo que significa que el empresario solo podrá quedar exonerado de responsabilidad si consigue acreditar que el suceso se produjo por el caso fortuito (suceso imprevisible o inevitable), la fuerza mayor (suceso previsible pero inevitable), o culpa exclusiva de la víctima. (Fernández, 2014, p. 113)

Tales visos de objetivación no hacen que la responsabilidad por accidentes de trabajo sea *per se* objetiva. Aunque se le coloque en una situación próxima a la responsabilidad objetiva, en primer lugar, siempre debe exigirse el dolo o la culpa del empleador; y, en segundo término, debe admitirse la posibilidad de la exención de responsabilidad en los casos de fuerza mayor o caso fortuito, así como en los supuestos de imprudencia temeraria exclusiva del trabajador (Sala, 2010, p. 284).

Por consiguiente, ni siquiera un enfoque de responsabilidad cuasiobjetiva legitima la imputación automática del empresario. El deber de prevención, si bien es leído como una obligación que exige una diligencia extrema y máxima, admite supuestos de fuerza mayor o de caso fortuito para exonerar al empleador de responsabilidad, tal como sucede en los casos de culpa exclusiva del trabajador, o una concurrencia de culpas que aminore la responsabilidad del empleador (Gorelli, 2006, p. 83).

5. La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo. Un asunto pendiente de análisis en la jurisprudencia

Si admitimos que los trabajadores son titulares de ciertas obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, la consecuencia práctica es que el cumplimiento negligente de estas obligaciones sea determinante o influyente en la producción del accidente, y debería ser tomado en cuenta, respectivamente, como causal eximente de responsabilidad o como criterio modulador de la indemnización que eventualmente se ordene. Este planteamiento tiene como sustento el considerar que el deber de prevención, aunque en su interpretación y aplicación exige un estándar elevado de diligencia, no puede ser leído de ninguna manera como una obligación sin fronteras, por lo que el empleador no debe responder frente a hechos imprevisibles e irresistibles: cuando estos provienen del actuar o de la omisión negligente del trabajador, lo justo es que este también soporte las consecuencias de su proceder. Como bien ha sostenido Martín (2006, p. 97), «el límite de la actividad preventiva que el empresario debe desarrollar en cada caso en función de los riesgos presentes tiene el límite de la previsibilidad y de la evitabilidad de los mismos».

Como ya señalamos, el hecho de que el empresario sea el principal garante de la seguridad y salud en el trabajo de ninguna manera implica que sea el único titular de obligaciones en esta materia. Toda vez que existe una relación indesligable entre el establecimiento de una obligación y una subsecuente responsabilidad por su debido cumplimiento, debe concluirse que todo aquel que asume deberes y obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo puede resultar responsable por incumplimiento. Este razonamiento no es de ninguna manera ajeno a la figura del trabajador. Este es en materia preventiva esencialmente deudor de deberes disciplinarios, por cuanto es sujeto obligado a velar por el cumplimiento de las medidas de prevención que se adopten en la empresa, por su propia seguridad y por la seguridad de las demás personas inmersas en la dinámica laboral. Así, el trabajador no es un simple receptáculo de los deberes preventivos empresariales, sino que la ley se ocupa de asignarle obligaciones, esperando que las cumpla con la diligencia debida como contrapartida del deber de prevención.

Los deberes del trabajador en la prevención de riesgos ocupacionales, como hemos indicado, no son de la misma idiosincrasia que los deberes que la ley establece en cabeza del empresario; pero no por ello dejan de ser deberes que deben ser satisfechos con el fin de permitir que el empleador cumpla con su deber primario de protección. Según Gutiérrez-Solar (1999, p. 261): «el trabajador no tiene un deber de colaborar con el empresario para la consecución de un fin común, sino que coopera con él [...] para que este pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y salud suya». Si estos deberes instrumentales son inobservados por el trabajador y, a causa de ello, se producen lesiones o daños atribuibles al trabajo, el despliegue patronal de las mayores diligencias preventivas se convierte en algo infructuoso, pero no por defecto en el cumplimiento del deber de prevención, sino por culpa del acreedor del deber de seguridad.

La doctrina admite que existe cierto nivel de negligencia del trabajador que constituye causal eximente de responsabilidad para el patrono, en razón de que se trata de un supuesto completamente imprevisible ubicado fuera de los linderos del deber de prevención: la imprudencia temeraria. Este tipo de negligencia se caracteriza porque el trabajador asume riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves, ajenos a la conducta usual de las personas, despreciando el riesgo y la prudencia más elemental. Ejemplo de ello es cuando el trabajador, consciente y voluntariamente, contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal (San Martín, 2009, §2.1). Hay quienes, para precisar, el concepto añaden también que la imprudencia profesional se caracteriza por ser una actitud irreflexiva, alejada de toda racionalidad, de tal manera que, ante un actuar semejante, ninguna medida adicional de seguridad aparece como posible o eficaz (González & Cos, 2010, §III, artículo 15.III.2).

En estos casos, el trabajador ya no puede exigir al empresario que adopte las medidas necesarias para protegerle frente a los riesgos derivados directamente de tal clase de conducta (es decir, no puede hacerlo imputable por incumplimiento del deber de prevención), ya que su derecho subjetivo a una protección eficaz frente a los riesgos laborales no ampara la protección frente a tal clase de riesgo imprevisible (Martín, 2006, p. 298). Estos son casos en los que la culpa exclusiva de la víctima

es equiparable a la fuerza mayor, en que se produce una situación imprevisible o, aunque previsible, inevitable por el empresario, no existiendo culpa identificable en este último, por cuanto el comportamiento empresarial no tiene vinculación causal con el daño, sea porque no le resulta objetivamente imputable, sea porque ha satisfecho con diligencia su deber de prevención (Navas-Parejo, 2012, pp. 495-496).

Ese grado de negligencia en el trabajo es distinto al de la imprudencia profesional, que sí entra dentro de los márgenes de previsibilidad, por lo que debe ser antelada y gestionada como parte del cumplimiento del deber de prevención. Se entiende por imprudencia profesional aquella que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo, y se deriva de la confianza que dicha regularidad inspira en el trabajador por la repetición de los mismos actos y procedimientos. De esta manera, entendiendo que las tareas pueden volverse monótonas o habituales, no es del todo imprevisible que se pierda cierta conciencia del riesgo, lo que puede conllevar pérdidas momentáneas de atención por la excesiva confianza del trabajador en su actuación, las que son sustituidas por un automatismo inconsciente (San Martín, 2009, §2.2). Martín, Rodríguez-Sañudo y García (2013, p. 698) coinciden al señalar que las imprudencias profesionales deben entenderse protegidas por el deber de prevención empresarial, pues esta obligación implica, en particular, observar adecuadamente la realización de los trabajos, cuidar de que los trabajadores usen efectivamente los medios de protección, y estar atento a las imprudencias profesionales habituales.

Desde cierta perspectiva, es razonable considerar la imprudencia temeraria como la antípoda del deber de prevención en el sentido de que, si al empresario se le exige una diligencia extrema para quedar exento de responsabilidad, el empleado que obra con un grado intolerable de negligencia en el desarrollo del trabajo no puede quedar amparado por la responsabilidad de aquel (Fernández, 2014, p. 116). Sancionar al empleador por un supuesto así constituiría una ventaja injusta, cuando no un enriquecimiento indebido del trabajador, porque tal tutela escaparía del ámbito del ordenamiento jurídico y del objeto de la obligación empresarial de protección, deviniendo abusiva. Por ello, la imprudencia temeraria rompe el nexo causal.

Distinto tratamiento es el que se le ha reconocido a la imprudencia profesional, la que más bien abre al camino hacia la denominada compensación de culpas, sin quebrar el nexo causal. En concordancia con ello, debe analizarse si, a tenor de la actuación del trabajador, su falta de diligencia es la única causante del riesgo; y si no es así, e interviene también un incumplimiento empresarial en la provocación del daño, no se le eximirá a este de responsabilidad, pero sí será necesario moderar la responsabilidad patrimonial del empresario por la concurrencia de responsabilidades (Gorelli, 2006, p. 37; Fernández, 2014, p. 115).

Hay quienes cuestionan que, en estricto, estemos ante una concurrencia o compensación de culpas, partiendo de que por culpa se entiende la infracción, con negligencia, de un deber jurídico respecto de un tercero, por lo que no puede hablarse de culpa en los casos en que el perjudicado contribuye a la producción de su propio daño. A pesar de ello, y debido al uso frecuente, se admite la denominación para explicar la incidencia del comportamiento del trabajador víctima del accidente en la responsabilidad objeto de reclamo. Lo correcto, se afirma, sería hablar de una concurrencia de concausas, o lo que en el sistema francés se ha definido como *«fait de*

la victime; esto con el ánimo de compensar no culpas, sino conductas, mediante la estimativa de criterios objetivos y abstractos, para determinar el grado de contribución de la víctima a su propio daño, lo que tendría incidencia en el *quantum* indemnizatorio a partir de la evaluación de las conductas desplegadas por el empleador y el trabajador (Navas-Parejo, 2012, pp. 479-485).

También se ha precisado que la presencia de la imprudencia profesional no siempre es acompañada de un defecto en el cumplimiento del deber de prevención, pues es factible que sucedan actos de negligencia profesional del trabajador sin negligencia de parte del empleador en sus tareas preventivas.

Esto último es frecuente cuando se le pretende imputar al empleador una supervisión inadecuada como causa de un accidente de trabajo. En efecto, ante las negligencias de los trabajadores que provocan accidentes de trabajo, existe siempre la tentación de considerar que tales hechos tienen su origen en un incumplimiento del empleador, a quien se le acusa de no haber desplegado efectiva y eficientemente su deber de supervisar las tareas asignadas; de ahí que las negligencias profesionales suelen ser reconducidas a un incumplimiento patronal del deber de prevención bajo el rótulo de una inadecuada o ineficaz supervisión. Sin embargo, consideramos que este razonamiento es errado, pues se cae nuevamente en la incorrección de entender que el deber de prevención, manifestado en la obligación de supervisar las tareas, es una obligación de resultado, y que la negligencia profesional es producto de no haberse ejercido adecuada supervisión.

La doctrina coincide en que el deber de vigilancia o supervisión no puede ser entendido como una fiscalización constante, minuto a minuto, de todas las operaciones ejecutadas por cada trabajador, pues un control de este tipo, cuasi policial, permanente y exhaustivo, no solo haría imposible el desarrollo de todo trabajo, sino que además atentaría contra la propia dignidad y profesionalidad del trabajador, dado que presumiría la falta de sentido común (San Martín, 2009, §4.1). Los deberes de supervisión no persiguen, por tanto, que el empleador se convierta en una sombra del trabajador, sino que se fiscalice la labor de forma razonable, periódica, sin ser permisivo o pasivo ante los incumplimientos detectados. Como indican González y Cos (2010, §III, artículo 15.III.3), el grado de vigilancia exigida debe ser la razonable, no una vigilancia constante y total del desarrollo de la prestación del servicio, sino una ubicada dentro de parámetros de normalidad, quedando el empleador exonerado de responsabilidad si acredita un ejercicio diligente, según lo razonablemente exigible, con utilización —de ser el caso— de sus facultades disciplinarias. En consecuencia, la imprudencia profesional no siempre va a tener como antecedente un incumplimiento patronal de las obligaciones de supervisión y vigilancia.

Otro supuesto en que la profesionalidad de la imprudencia no suele conllevar a una compensación de culpas, sino a la exoneración de responsabilidad del empresario, es cuando la víctima es mejor conocedor de los riesgos de una determinada actividad. Como indica Navas-Parejo (2012, p. 492), «si la víctima es un profesional cualificado y sujeto a la *lex artis* no será posible la calificación de su imprudencia como profesional [...] y por tanto perderá su derecho a indemnización». Este es un caso excepcional donde las características concretas de la víctima matizan las reglas generales de la responsabilidad por accidentes de trabajo.

Como ha podido apreciarse, la culpa de la víctima puede tener incidencia sobre el análisis judicial de la responsabilidad civil en casos de accidente de trabajo, lo que relativiza la suposición de que siempre el empleador resultará responsable. A pesar de que en esta temática es complicado establecer reglas uniformes que sean trasladables a cualquier hipótesis, es importante destacar ciertos principios como los que esboza Pérez (2018, § II) para ayudar al intérprete a determinar en qué casos o bajo qué condiciones cabría invocar la imprudencia del trabajador, y en qué supuestos no:

- No podría alegarse imprudencia sobre el trabajador que ha actuado conforme a un mandato del empleador o siguiendo los procedimientos establecidos por este, incluso cuando estas órdenes o procedimientos sean erróneos o técnicamente incorrectos. Tampoco podrá haber imprudencia si el trabajador emplea los equipos de trabajo puestos a su disposición por el empleador, en el caso de que dichos equipos estén defectuosos. En ambos casos el trabajador procede de buena fe y en la confianza de que los procedimientos son los correctos y los equipos los adecuados. De igual manera, trabajar sin medidas de seguridad o en situaciones de riesgo inducidas por órdenes del empleador no permite a este invocar posteriormente la imprudencia de parte del trabajador.
- No cabría invocar la imprudencia del trabajador si se advierte carencia de formación e información del accidentado en relación con el riesgo específico que provoca el accidente. El deber de colaboración y obediencia «[...] se trata, como en todas las obligaciones de los trabajadores, de una imposición supeditada a la recepción de la correcta formación e instrucciones del empresario» (Navas-Parejo, 2012, p. 135). Se parte de que la información sobre los riesgos y la formación preventiva son elementos esenciales derivados del deber de prevención, sin cuya impartición el trabajador no es consciente ni puede evaluar adecuadamente los riesgos presentes en el puesto de trabajo. En ese sentido, no puede considerarse que exista incumplimiento del trabajador si no ha recibido formación, si las medidas de prevención eran insuficientes o si se seguían las instrucciones del empresario; pero sí habrá incumplimiento del trabajador cuando se contravengas dichas órdenes (Navas-Parejo, 2012, p. 486).
- Que el trabajador no ejercite el *ius resistentia* no es indicativo de un proceder culposo o imprudente de aquel, pues no cabe apreciar la existencia de culpa del trabajador en conductas propiciadas por la omisión de medidas que debe establecer la empresa. De lo contrario, ello supondría que, por el mero hecho de trabajar, el operario incurre en culpa de forma automática ante cualquier siniestro que se presente por la ausencia de medidas de seguridad, debilitando —cuando no desvirtuando— los alcances del deber de prevención.
- La tolerancia del empleador ante el incumplimiento habitual y conocido de las medidas preventivas relativiza alegar posteriormente la imprudencia del trabajador. Cuando el empleador consiente conductas que van en contra de las disposiciones de seguridad impartidas, dificulta la posible alegación de la imprudencia del trabajador, pues este proceder pone en evidencia que la prevención solamente es un asunto teórico, realidad a la cual el trabajador ha habituado su conducta.

- La imprudencia debe ser ponderada en conexión con las circunstancias personales del trabajador. Partiendo del entendido de que es virtualmente imposible establecer un estándar de comportamiento imprudente genérico, es necesario reconocer la necesidad de recurrir a criterios clarificadores en las situaciones concretas, como podría ser la edad del trabajador, sus aptitudes conocidas y comprobadas, la formación recibida (dentro y fuera de la empresa), la antigüedad y experiencia en el puesto, la antigüedad en la empresa, etcétera.

Los elementos anteriormente contemplados nos brindan orientación para identificar los actos imprudentes antes de la producción del daño. La negligencia exige, por un lado, el conocimiento efectivo del riesgo por parte del trabajador (en función de la información, formación, experiencia, procedimientos de trabajo, órdenes impartidas) y que la conducta generadora del daño no haya sido exigida, o que en su desarrollo el trabajador haya omitido seguir las instrucciones o procedimientos impuestos.

Sin embargo, a efectos de medir la responsabilidad indemnizatoria, es también factible analizar los comportamientos posteriores del trabajador víctima del accidente, pues resulta también posible encontrar ahí comportamientos negligentes que podrían influir en el análisis de responsabilidad. Tal es el caso del trabajador lesionado que se niega a recibir la asistencia necesaria para paliar los efectos del accidente o que se resiste a realizar alguna acción para evitar el agravamiento de los resultados del siniestro sufrido. Coincidimos con Navas-Parejo (2012, p. 484) cuando sostiene que «este comportamiento iría en contra del llamado deber de la víctima de contribuir a la disminución del daño u obligación de no agravación del daño por culpa de la víctima [...] De acuerdo con esto, la víctima no podrá exigir responsabilidad por los daños que hubiera podido eliminar o reducir sometiéndose a un tratamiento razonable».

6. Conclusiones

El deber de prevención ha empezado a ser materia abordada por la judicatura, lo cual es positivo, pues evidencia que la seguridad y salud en el trabajo está siendo tenida en cuenta al momento de analizar las responsabilidades indemnizatorias por accidente de trabajo, materia que hasta hace no mucho era dilucidada solo a partir de reglas de responsabilidad civil.

No obstante, las primeras aproximaciones a este deber las consideramos inexactas, pues se ignora que este es un deber de medios, aunque en su cumplimiento se exijan elevados niveles de diligencia. De igual manera, las normas legales y la doctrina unánimemente se orientan a considerar que las responsabilidades indemnizatorias surgen luego de verificado el incumplimiento del deber de prevención, siendo este un camino inexplicablemente distinto al que ha emprendido la judicatura nacional, pues esta da por sentado el incumplimiento del mencionado deber por la sola calificación de un infortunio como accidente de trabajo. En ese sentido, accidente de trabajo y responsabilidad indemnizatoria no son necesariamente con-

ceptos implicantes. Lo serán en tanto se determine que hubo incumplimiento de los deberes preventivos bajo parámetros de razonabilidad y diligencia debida, y no por la sola existencia de un daño, ya que no se trata de una obligación de resultados. Asimismo, encarar esta materia bajo las reglas de una responsabilidad objetiva es también asunto duramente criticable, dado que el deber de prevención se analiza a partir de reglas de responsabilidad subjetiva que permitan evaluar si existe, precisamente, conducta antijurídica de parte del empleador (incumplimiento del deber de prevención); aun cuando existan algunos matices propios de la consabida tendencia a objetivar ciertos aspectos de la responsabilidad por infortunios laborales.

Decretar que el empleador será siempre responsable es una afirmación que soslaya discusiones muy válidas desde el punto de vista jurídico, como ocurre en los casos de negligencias temerarias y profesionales que, cuando no rompen el nexo causal, inciden en la graduación de la responsabilidad patrimonial. La discusión de la responsabilidad por accidentes de trabajo es, por tanto, mucho más compleja de lo que se estima.

Referencias

- Carrero, C. (2001). *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*. Madrid: La Ley.
- Decisión N° 584 (2004). Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Comunidad Andina de Naciones – CAN.
- Decreto Supremo N° 005-2012-TR. Reglamento de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Fernández, M. (2014). *La responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Navarra: Ed. Aranzadi, S.A.
- Gajardo, M. (2014). El deber de seguridad. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 5(9). Recuperado de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/articulo/download/42637/44639/>
- González, F., & Cos, M. (2010). Comentarios al artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En Cardenal, M. (Coordinador), Sempere, A. (Director), Alzaga, I. (Coordinador), AA. VV. *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*. Navarra: Ed. Aranzadi, S.A. (Libro electrónico).
- Gorelli, J. (2006). *Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales*. Madrid: Tecnos.
- Gutiérrez-Solar, B. (1999). *El deber de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Ley N° 29783 (2011). *Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Martín, M. (2006). *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- Martín, A., Rodríguez-Sañudo, F., & García, J. (2013). *Derecho del trabajo*. 22.ª edición. Madrid: Ed. Tecnos.
- Montoya, A., Pizá, J., & Alzaga, I. (2009). *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Navas-Parejo, M. (2012). *Obligaciones y responsabilidades de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral*. Valladolid: Ed. Lex Nova.
- Pérez, L. (2018). *La imprudencia del trabajador accidentado y su incidencia en la responsabilidad empresarial*. 2.ª edición. Navarra: Ed. Aranzadi S.A. (Libro electrónico).
- Sala, T. (2010). *Derecho de la prevención de riesgos laborales*. 6.ª edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Salcedo, M. (2000). *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud de los trabajadores*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- San Martín, C. (2009). La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 84. Madrid. Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/imprudencia-accidente-jurisprudenciales-211413777>
- Toscani, D., & Clark, H. *Accidentes de trabajo: concepto, determinación y responsabilidades*. Valladolid: Lex Nova. (Libro electrónico).

La acomodación razonable como tutela del trabajador con discapacidad en el régimen laboral peruano

Daniel Ulloa Millares

Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.

Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha

1. Una inesperada opinión papal

Según se ha señalado en prensa, en el recientemente publicado libro *La fuerza de la vocación. La vida consagrada hoy. Una entrevista con Fernando Prado Ayuso* se presenta una larga entrevista realizada por el papa Francisco con el indicado misionero claretiano en el cual el pontífice relata varios temas en la vida de la Iglesia católica, entre ellos el de la homosexualidad. Y cuando trata sobre la existencia de límites que no se deben sobrepasar en la formación que reciben seminaristas y religiosos, se indica:

Evidente. Cuando hay candidatos con neurosis y desequilibrios fuertes, difíciles de poder encauzar ni con ayuda terapéutica, *no hay que aceptarlos*, ni al sacerdocio ni a la vida consagrada. Hay que ayudarlos a que se encaminen por otro lugar, no hay que abandonarlos. *Hay que orientarlos, pero no los debemos admitir*. Tengamos en cuenta siempre que son personas que van a vivir al servicio de la Iglesia, del pueblo de Dios. No olvidemos ese horizonte. *Hemos de cuidar que sean psicológica y afectivamente sanos*. La cuestión de la homosexualidad es muy seria. Hay que discernir adecuadamente desde el comienzo con los candidatos, si es el caso. Hemos de ser exigentes. En nuestras sociedades parece incluso que la homosexualidad está de moda y esa mentalidad, de alguna manera, también influye en la vida de la Iglesia. (Papa Francisco, citado en Bedoya, 2018; cursivas añadidas)

Esta forma como el principal representante de la Iglesia entiende la selección de personas idóneas nos lleva a reflexionar sobre las enormes dificultades que tienen los seres humanos con discapacidad (nótese que el papa rechaza a candidatos con «neurosis y desequilibrios fuertes» y que no deben ser admitidos aunque sí orientados) y, asimismo, sobre la importancia de que realmente existan ajustes razonables que impidan que se les discrimine durante su relación de trabajo. A continuación presentamos algunas líneas sobre este tema.

2. Antecedentes

Nadie está libre de sufrir alguna enfermedad o accidente que le impida o le dificulte trabajar. Y por ello nuestra legislación laboral ha reaccionado de diferentes maneras. Si bien la Ley N° 24514 (de junio de 1986) no preveía la invalidez o la incapacidad del trabajador como fundamento para la terminación del contrato de trabajo, este tema apareció regulado en el Decreto Legislativo N° 728 (de noviembre de 1991), cuyo artículo 48 consideraba la invalidez temporal como causa de suspensión del contrato.¹ Su artículo 56 señalaba que «la invalidez absoluta permanente (desde que fuera declarada por el otrora IPSS²) extingue de pleno derecho y automáticamente la relación laboral» (728, 1991) y, finalmente, el artículo 59 establecía como causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador «el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas».³ (728, 1991).

Tomando en cuenta estos preceptos vigentes (aunque el último con algunos cambios), se puede ver que si un trabajador sufría, por ejemplo y acudiendo a la discapacidad más sencilla de entender como es la física o motora, una lumbalgia aguda concomitante o una hernia discal lumbar como consecuencia de un evento o accidente que no calificara como de trabajo,⁴ esto es, si padeciera un detrimento o alguna invalidez parcial permanente, no tenía derecho a una atención especial, a alguna adecuación de sus condiciones o a modificar su prestación de servicio. A contrario, el empleador podía exigirle seguir cumpliendo sus obligaciones de trabajo originales y, de no hacerlo, iniciar el procedimiento de despido por el detrimento existente, lo cual parecería discutible dado que no se protegería a la persona ni el mantenimiento de su empleo, sin perjuicio de agravar sus futuras opciones de trabajo.

Como puede adivinarse, bajo el esquema antes descrito se otorgaba normativamente una clara preferencia al empleador, quien no estaría obligado a considerar la situación particular del trabajador o adecuar sus funciones sino más bien podría cesarlo por tener, por su responsabilidad o no, «deficiencias o fallas» que le impiden trabajar como antes, quedando como defensa en la vía judicial la posible alegación de alguna discriminación por su condición de discapacidad.

A pesar de esta preferencia normativa, la causal de despido fue poco utilizada como razón de despido, creemos que por el reconocimiento de la tutela constitucio-

1 El artículo 49 de la misma norma precisaba que si la invalidez temporal fuera absoluta, suspende el contrato por el tiempo de su duración. Y si fuera parcial solo lo suspende si impidiera el desempeño normal de las labores.

2 En el año 1995, mediante Ley N° 26513, se agregó el Ministerio de Salud o la junta de médicos designada por el Colegio Médico del Perú.

3 Similar texto fue repetido por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), texto único ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por DS 3-97-TR.

4 Si la incapacidad se generaba por un accidente de trabajo o enfermedad profesional, se podía exigir la reubicación laboral, derecho que se mantiene vigente (ver artículo 76 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783, modificado en la Ley N° 30222). Para una amplia revisión del tema, ver el texto de César Lengua (2015, pp. 96-110).

nal antes indicada.⁵ Posteriormente ocurren dos hechos relevantes. El primero es la ratificación por parte del Perú de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo por Resolución Legislativa 29127 de fecha 30 de octubre de 2007 (en adelante, la Convención).

El segundo es la vigencia de la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973, publicada el 24 de diciembre de 2012 (en adelante, la Ley), que modificó el antiguo artículo 59 de la Ley de Fomento del Empleo, hoy artículo 23 de la LPCL.⁶

La Ley señala en su artículo 2 que es persona con discapacidad

aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. (Ley N° 29973, 2012)

Si bien años atrás se habían emitido en el Perú otras normas vinculadas a las personas con discapacidad (leyes N° 23285, de octubre de 1981; N° 24067, de enero de 1985; y N° 27050, de diciembre de 1998), ninguna de ellas preveía alguna protección especial en el marco de una relación de trabajo y en especial frente al despido, con excepción de la última, la cual incluía una prohibición de discriminación⁷ y la anotación de que las normas de los convenios internacionales suscritos por el Perú sobre derechos y obligaciones a favor de las personas con discapacidad formaban parte de la norma, preceptos ambos derivados de la Constitución. En otras palabras, una remisión a derechos ya previstos antes que alguna precisión o detalle sobre la situación particular de la persona con discapacidad que quiere trabajar o que trabaja.

Por tanto, la convención y la ley generaron una situación jurídica muy diferente a la anterior que vale la pena resaltar y que explica el contexto vigente.

5 Un caso interesante de revisión judicial se produjo en el proceso de amparo N° 980-2005-0-0601-JR-CI-02 seguido por el señor Mauro Serrano contra minera Yanacocha, donde se discutió la discriminación contra las personas con discapacidad ante un despido por razones de capacidad. Un análisis vinculado a esto se puede ver en Castro (2008). La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente. *Revista Laborem* N° 8. SPDTSS. 363-378.

6 Actualmente este texto prevé lo siguiente: «Artículo 23º. Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.»

Podemos entender que la deficiencia física está relacionada con la falta o afectación de alguna parte del cuerpo, la deficiencia intelectual está vinculada a las habilidades para aprender y relacionarse, la deficiencia mental (o psíquica) con el comportamiento, y la deficiencia sensorial con la percepción del exterior (audición, visión, comunicación).

7 El artículo 31.2. preveía que sería nulo todo acto «basado en motivos discriminatorios que afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad». En la práctica, la norma no aporta algo adicional a lo previsto en el artículo 2.2. de la Constitución de 1993.

3. El marco normativo actual

Consideramos que dos conceptos previstos en el artículo 2 de la convención deben orientar y delimitar la revisión de las normas vigentes, cuyo contenido presentamos a continuación:

Por «discriminación por motivos de discapacidad» se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales⁸ (Convención, 2007)

A su vez, el artículo 5 de la convención prevé reglas claras sobre igualdad y no discriminación:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad. (Convención, 2007)

Y sobre el aspecto específico de trabajo y empleo, el artículo 27 de la Convención presenta algunos temas relevantes:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido

⁸ Como veremos más adelante, el concepto solamente se utilizaba en algunos países (Canadá, Estados Unidos), siendo la Convención el primer documento internacional de derechos humanos que lo prevé. Para revisar este tema se puede ver Lord y Brown (s.f.).

o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;

b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

[...]

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

[...]

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. (Convención, 2007).

En este marco normativo queda claro que la legislación interna no puede negar estos derechos. O, si esto ocurriera, se puede reclamar su tutela a un inspector o un juez.

Siendo consecuente con este contexto, la Ley modifica el enfoque antiguamente utilizado, varía la redacción de la primera causa justa de despido por razones de capacidad,⁹ prevé expresamente que es nulo el despido por motivos de discapacidad y reconoce el derecho de exigir ajustes razonables en el lugar de trabajo. Aunque, valgan verdades, consideramos que esto se hizo de manera tímida, pues el texto original del artículo 50 de la Ley preveía lo siguiente:

50.1 La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo. Estas medidas comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.

50.2 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

9 El inciso 'a' del artículo 23 de la LPCL indica ahora lo siguiente: «a) Las deficiencias físicas, intelectuales o sensoriales que impiden o dificultan la realización de actividades básicas de la vida cotidiana, incluidas las actividades laborales, de aprendizaje o de ocio».

50.3 Los empleadores realizan los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (Ley 29973, 2012)

Dicho artículo fue modificado recientemente por el Decreto Legislativo N° 1417, de septiembre de 2018, por el siguiente texto, algo más enfático:

Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad

50.1 La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el proceso de selección de recursos humanos y en el lugar de trabajo.

50.2 Los ajustes razonables en el proceso de selección comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista. En el lugar de empleo de las personas con discapacidad, los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo; así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.

50.3 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

50.4 Los empleadores del sector público y privado están obligados a realizar los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se aplican en el sector público y en el privado. (Decreto Legislativo 1417, 2018)

Asimismo, se encargó al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, el Ministerio) la elaboración de lineamientos en este tema,¹⁰ lo que no ha sido hecho hasta la fecha de finalización de este artículo.

tuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros».

10 Tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1417: «Tercera.- Emisión de Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emite los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad, en el proceso de selección en el sector privado; así como en el lugar de trabajo para el sector público y privado. Asimismo, establece los criterios para determinar una carga desproporcionada o indebida, en el plazo de noventa (90) días hábiles contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo. La Autoridad Nacional del Servicio Civil emite los Lineamientos para el otorgamiento de ajustes razonables a las personas con discapacidad en el proceso de selección que realicen las entidades del sector público, en el plazo de ciento ochenta (180) días calendario contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo».

Puede verse que el enfoque legal peruano respecto a la persona que tiene una discapacidad ha variado a mejor,¹¹ siendo la principal referencia la Convención, la cual consagra el modelo social de la discapacidad, dejando de lado el modelo de prescindencia y el modelo médico (Constantino & Galicia, 2015).

4. Conceptos por utilizar

En primer lugar, tal como lo señalan Bregaglio et al. (2016), debe entenderse que «actualmente no sería posible equiparar las categorías de incapacidad para el trabajo o invalidez con discapacidad», tal como lo hace el Convenio 159 de la OIT (ratificado por el Perú) al confundir ambos términos, al igual que los Convenios 102 (ratificado) y 128 (no ratificado). Según los autores citados:

La categoría correcta será la de «incapacidad para el trabajo», referida a la imposibilidad (temporal o permanente) de generar ingresos para solventar los costos de vida. Esta categoría permitirá gradaciones de acuerdo con el marco internacional, a efectos de determinarse cuándo una persona merece la prestación social correspondiente. La categoría «invalidez», por el contrario, es un rezago del modelo médico o rehabilitador de la discapacidad, hoy superado por el modelo social. (Bregaglio et al., p. 296)

Por otro lado, coincidimos con Bregaglio, Constantino y Lengua (2016) en que tener discapacidad no supone ser incapaz para el trabajo, pues todo depende del caso en concreto y de la relación entre la discapacidad y el objeto del contrato laboral.

Del mismo modo, los autores citados señalan que debemos diferenciar una deficiencia (no poder caminar) de una discapacidad (deficiencia más barrera u obstáculos). Asimismo, sugieren los autores que antes que utilizar el concepto de persona con discapacidad debe hablarse de persona *en situación* de discapacidad, pues esa barrera supone una desigualdad que al tener un motivo prohibido (la deficiencia) supone una discriminación. También resaltan que respetar la Convención no supone solo abstenerse de generar impedimentos sino también lograr la inclusión social.

Sobre esto debe quedar precisado que

[l]a discapacidad surge cuando las barreras sociales impiden la realización de un derecho, mientras que la incapacidad para el trabajo surge en aquellas ocasiones en las que la capacidad laboral para un empleo (o para todos los empleos) está comprometida. En ambos casos, no obstante, hay un factor biológico innegable: en el caso de la discapacidad, es la deficiencia, mientras que en el caso de la inca-

11 Inclusive, la Ley N° 30863, publicada el 3 de noviembre de 2018, señala expresamente que aplica el enfoque de discapacidad de derechos humanos con el fin de garantizar la inclusión de la persona con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás en la generación de conocimientos científicos y tecnológicos.

pacidad para el trabajo, es la disminución de la capacidad laboral en la actividad habitual de la persona. (Bregaglio et al., 2016)

Entonces, si un trabajador sufre alguna discapacidad no derivada de un accidente de trabajo, ¿en qué consisten los ajustes razonables a los cuales está obligado el empleador?

Según la Convención, los ajustes razonables son: «(i) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas; (ii) que no impongan una carga desproporcionada o indebida; (iii) requeridas en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (Convención, 2007), definición que es copiada textualmente por el numeral 3.2. del artículo 3 del Reglamento de La ley, aprobado por DS 2-2014-MIMP. En otras palabras, esta acción consiste en tratar de manera desigual a los desiguales, pues si se les trata igual que a las personas que no tienen discapacidad, estaríamos incurriendo en una discriminación. Por tanto, negarse a realizar ajustes razonables en relación con cualquier derecho constituye una discriminación por motivos de discapacidad, dado que aquellos son una parte intrínseca del deber de no discriminación (ONU, 2017). Asimismo, el incumplimiento de esta obligación debería ser severamente sancionado, dado que reincide en una afectación a un colectivo de por sí descuidado por la realidad laboral.

Queda claro que mientras se realicen numerosos ajustes razonables, se producirá mayor inclusión y menor número de pensiones de seguridad social, dado que las personas podrán seguir laborando (Bregaglio et al., 2016, p. 211).

La Ley recoge el concepto del Convenio, el cual es aplicable no solo cuando uno ya está trabajando sino que ahora, para que no queden dudas, se hace una mención expresa a su aplicación en el acceso,¹² señalándose varios ejemplos de adecuación y de adaptación, además de la obligación de cumplir una cuota de empleo. Asimismo, se ratifica la obligación del empleador de realizar estos ajustes salvo que pruebe que ello es una carga «desproporcionada o indebida» según los criterios que debe fijar el Ministerio de Trabajo, disposición que podría entenderse como una inaplicación práctica de la norma técnica aprobada por RM 127-2016-TR y publicada el 29 de junio de 2016. Empero, dado que aún no se publican estos nuevos criterios, la Resolución aludida puede servir como referencia hasta la aparición de la citada guía.

Tal como señalan Constantino y Galicia (2015), la accesibilidad es un principio y una precondition (y, por tanto, se brinda de manera general y previa), y los ajustes razonables se configuran tomando en cuenta una necesidad particular. Son pues conceptos diferentes:

Es a partir de la efectividad que se podrá decir que un ajuste es razonable. La efectividad se debe analizar a partir de la posibilidad de realizar los fines que el ajuste razonable busca. Estos son: la consecución de las labores esenciales del empleo y la inclusión real de la persona con discapacidad en la sociedad. [...] La

12 Numeral 50.1. del artículo 50 de la Ley: «La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el proceso de selección de recursos humanos y en el lugar de trabajo».

aplicación de ajustes razonables tiene que permitir una inclusión real en el empleo. Esto significa que la persona con discapacidad debe trabajar en pie de igualdad que sus compañeros y, al mismo tiempo, disfrutar de las mismas opciones de esparcimiento e interacción que el resto de trabajadores. Si los ajustes razonables no permiten una verdadera inclusión social, es decir, si no permiten que personas con discapacidad y personas sin discapacidad interactúen de manera igualitaria y horizontal sin rasgos de exclusión o paternalismo; entonces, no se ha alcanzado la efectividad requerida. Por tanto, cuando la LGPCD afirma que se deben hacer ajustes razonables en «el entorno de trabajo», se debe entender que esto no solamente implica el espacio físico en el que se realiza el trabajo, sino también otros ambientes como son las áreas de esparcimiento, los comedores, los servicios higiénicos o los lactarios. (Constantino & Galicia, 2015, p. 267)

En otras palabras, los ajustes no se deberían limitar al trabajo en específico sino a todo el entorno en el cual se desempeña el trabajador con discapacidad. Objetivo ideal que, esperamos, pueda ser entendido por los actores sociales.

En consecuencia, el empleador debe ser consciente de que cuando contrate a un trabajador no podrá terminar el contrato celebrado en caso dicho trabajador adquiera alguna discapacidad no derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Y si aquella tiene relación con el desempeño de sus labores, estará obligado a realizar «ajustes razonables», esto es, modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para que no haya diferencias con sus compañeros de trabajo. El límite a dichos ajustes recae en que no suponga ser una carga desproporcionada o indebida, aspecto de amplio alcance y de soluciones diversas que comentaremos a continuación.

5. El contenido del ajuste razonable

Producida la incapacidad, el empleador está obligado a realizar ajustes razonables. Pero esto no debería suponerle un privilegio frente a otros trabajadores sino solamente equipararlo. Lograr esto es en la práctica muy difícil, y ello tendrá que ser un análisis casuístico. Así, por ejemplo, ¿un empleador podría obviar los procedimientos de ascenso para satisfacer un ajuste razonable? Siguiendo al profesor Arce: «Por otra parte, si lo que corresponde es una reducción de categoría, ¿se puede reducir también la remuneración del trabajador? Según la jurisprudencia, hoy no se podría; sin embargo, el ajuste razonable puede entrar a cuestionar las líneas de regulación de los actos hostiles en el Perú» (Constantino & Galicia, 2015, pp. 289-290).

El llamado a definir los ajustes razonables, entre ellos si existe alguna vacante, es el empleador. De él depende, por ejemplo, la efectividad del derecho a reubicación (Lengua, 2015, p. 292). Aunque serán finalmente los jueces (laborales o no) quienes determinen los parámetros de interpretación que se han de seguir en este delicado tema (p. 293).

En Europa se cita la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades S.A., de 11 de julio de

2006, caso Chacón Navas,¹³ como una clara referencia sobre el concepto de ajustes razonables en el mundo del trabajo. Revisar los criterios citados en esa sentencia nos puede dar una pauta para definir el concepto.

El Tribunal Constitucional peruano ha tratado el concepto de acomodación razonable en pocas sentencias, pero esencialmente derivadas de temas religiosos, a saber:

- En la Decisión emitida en el expediente de amparo N° 895-2001-AA/TC de fecha 19 de agosto de 2002, declaró fundada la demanda de un trabajador despedido por no asistir a laborar en los días en que su religión se lo impedía, ordenando al empleador «no incluir al recurrente en las jornadas laborales de los días sábados y permitirle tomar todas las medidas razonables que la ley autorice para compensar dichas inasistencias, de forma tal que no se vea afectada la productividad laboral del recurrente» (N° 895-2001-AA/TC, 2002). Si bien en este caso no se menciona el concepto de acomodación razonable de manera expresa, el razonamiento nos parece implícito.
- En el Expediente de Amparo N° 2430-2012 de fecha 22 de mayo de 2013 se declaró infundada la demanda de una postulante a la Universidad Nacional de San Agustín que solicitó realizar su examen de ingreso en un día diferente al sábado, dada su condición de miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día. El tribunal señaló que la entidad educativa podría realizar «un esfuerzo de acomodación o adaptación razonable que permita armonizar o conciliar la fecha de realización del examen con el respeto de la libertad religiosa del alumno», pero que ello no era posible respecto a un examen de admisión, dada su generalidad y afectación del derecho de terceros.
- En el Expediente de Amparo N° 2904-2011-PA/TC, de fecha 28 de enero de 2014, se declaró fundada la demanda de un trabajador repuesto judicialmente que domiciliaba en Arequipa que no quería laborar en Sicuani (Cusco) ni en Andahuaylas al considerarse afectados su derecho al trabajo y a la unidad de la familia, dado que era curador judicial de sus dos hermanos con discapacidad (incapacidad absoluta) y por el hecho de existir una plaza presupuestada en Arequipa. En este caso tampoco se menciona el concepto de acomodación razonable, pero vemos cómo la situación de incapacidad de familiares del trabajador (ver más adelante la parte del titular del derecho) sustenta para el tribunal la imposibilidad del empleador de poder ejercer libremente su poder de dirección.

13 Tal como lo explica Finsterbusch (2016): «El caso se refiere a una ciudadana española, Sonia Chacón Navas, que fue declarada por su empleadora [en octubre de 2003] en baja laboral por enfermedad. En mayo de 2004, se le notificó por parte de su empleadora su despido. Chacón Navas presentó una demanda ante un tribunal español con el objeto que el despido fuera declarado nulo y fuera readmitida a su trabajo fundada en el hecho de que se había violado, por parte del empleador, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación fundado en el hecho de que, en el artículo 1, dentro de los objetivos de la misma se encontraba establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato».

Como puede verse, el concepto no ha sido desarrollado por el citado tribunal, a diferencia de lo ocurrido para situaciones generadas por enfermedad profesional o accidente de trabajo, marco en el cual existen precedentes vinculantes (Lengua, 2015, pp. 102-110) y en el que la norma pertinente (artículo 76 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) prevé el derecho de traslado al trabajador.

Por otro lado, la definición de ajuste razonable prevé que esta no debe suponer asumir una carga indebida. ¿Debemos entender estas características de manera conjuntiva o disyuntiva? En un amplio análisis, Finsterbusch (2016) presenta ocho elementos constitutivos del concepto y tres teorías por seguir: la teoría de los costos y beneficios, la de la jurisprudencia canadiense y la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, Martel describe el devenir del concepto de ajuste razonable y su aplicación práctica en Estados Unidos y en Canadá. Así, menciona que:

La Corte canadiense dejó claro que el vocablo razonable, vinculado al término ajuste, debería concebirse como dependiente de la prueba de carga indebida, esto es, si hay carga indebida el ajuste se tornaría no razonable. Asimismo, mientras en los Estados Unidos el ajuste puede ser considerado no razonable en sí, aunque la carga sea mínima, en Canadá dejará de ser razonable si y solamente si hay prueba de que causará carga indebida a quien deba hacerlo. (Martel, 2011)

Es preciso señalar que en Estados Unidos el concepto nació (en el período 1790-1964 la frase solamente se usó en 53 oportunidades) para atender casos de discriminación religiosa (1964-1966) y, luego, de personas con discapacidad (1973-1977), aunque su definición en la cultura anglosajona ha sido diversa (Willborn, 2016) y esencialmente jurisprudencial, pues la posterior ley para estadounidenses con discapacidades (Americans with Disabilities Act, ADA) no posee una definición del término. La Corte Suprema solo ha considerado la acomodación razonable en un caso, y la distinción entre acomodación razonable y carga desproporcionada está pobremente entendida. Según Martel, la experiencia canadiense ha sido más amplia que la estadounidense, suponiendo que «la búsqueda del ajuste razonable se traduce en un proceso de diálogo, multilateral, participativo e inclusivo» (Martel, 2011) no solo entre empleador y trabajador sino también entre todas las partes involucradas (otros trabajadores, organizaciones sindicales, clientes, etcétera). Lejos de ser claros, los conceptos de acomodación razonable y carga indebida siguen siendo objeto de análisis (Weber, 2010).

Si en Estados Unidos, a pesar de la práctica jurisprudencial de décadas, aún no hay conceptos claros, ¿qué podemos esperar en nuestra realidad? De ahí que sea necesaria una mayor discusión sobre este tema, dado que la discapacidad que se protege no solo es la física o motora.

Un cambio de funciones, un cambio de lugar de trabajo, la reducción de jornada, las formas de realizar la acomodación razonable variarán según las funciones contratadas, la nueva condición del trabajador, la situación del mercado (la realidad puede ser diferente a la que generó la contratación del trabajador) o la organización vigente en el empleador. Queda claro que este derecho no supone privilegiar al

trabajador pero tampoco perjudicarlo. De ahí lo difícil que resulta determinar lo «razonable», siendo una interesante referencia a seguir las experiencias ya producidas en otros países y que son reseñadas por los autores citados en este texto.

Como referencia por seguir podemos recordar que el artículo 108 del Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por DS 5-2012-TR, prevé que el empleador debe asegurarse de que el trabajador afectado por una incapacidad generada por un accidente de trabajo o enfermedad profesional cuente, antes de su traslado, con la información y las competencias pertinentes y suficientes para realizar de manera segura y adecuada su labor. De ocurrir lo contrario, se deberá realizar previamente una capacitación apropiada. Evidentemente, el traslado no es la única medida de acomodación razonable, lo cual tendrá que ser evaluado caso por caso.

Sea como fuere, nos queda claro que cualquier afectación al trabajador con discapacidad caería en la amplia protección de la discriminación, a efectos que, de ocurrir un despido, este no sea solamente arbitrario sino que tenga la posibilidad de ser considerado nulo. Ahora que nuevamente se está cuestionando la reposición como remedio de un despido arbitrario, la protección de la Convención y de la Ley sería vana si no se presume como nula cualquier medida que afecte al trabajador con discapacidad, tal como adecuadamente lo hace la Ley con la modificación de la causal de nulidad de despido. No descartemos que una peculiar forma de hostilizar al trabajador será negarle o dificultarle las posibilidades de acomodación razonable, derivando todo a una larga revisión judicial.

6. Sobre el titular del derecho

¿El ajuste razonable solamente puede ser exigido por el trabajador con discapacidad? Hay que recordar que el Perú ha ratificado, mediante Resolución Legislativa N° 24508, del 28 de mayo de 1986, el Convenio OIT N° 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, esto es, los que tienen hijos a cargo u otros miembros de la familia directa que de manera evidente necesiten cuidado o sostén, por lo cual estas personas tampoco deben sufrir discriminación. Empero, tal como está redactado el artículo 50 de la Ley, pareciera que los ajustes razonables solamente pueden ser exigidos por las personas que tienen discapacidad. Por tanto, si la padece algún familiar, el trabajador tendrá que ampararse en otras normas que específicamente benefician a los trabajadores que cuentan con familiares con discapacidad o que hayan sufrido accidentes o enfermedades graves¹⁴ para poder tener alguna ayuda con su trabajo.

En efecto, sin considerar la maternidad, paternidad o lactancia, que no son propiamente discapacidades pero sí sucesos que permiten suspender el contrato de trabajo para atender una situación familiar (en estricto, el nacimiento de una nueva

14 Son las leyes 30012 (publicada el 26 de abril de 2013) y su Reglamento aprobado por DS 8-2017-TR (publicado el 31 de mayo de 2017) y la ley 30119 (publicada el 3 de diciembre de 2013) modificada por el Decreto Legislativo N° 1417, y su Reglamento aprobado por D.S. 13-2017-TR (publicado el 6 de agosto de 2017).

persona), vemos que el Estado ha considerado otorgar ciertas preferencias al trabajador que, sin padecer personalmente una discapacidad, tiene un familiar que le exige alguna atención. Pero estas preferencias suponen simplemente considerar una suspensión de la relación laboral (antes era perfecta) y no necesariamente la utilización de ajustes razonables. No obstante, siempre es posible llegar a un acuerdo entre las partes para poder manejar estas situaciones (sin perjuicio de contar con un horario flexible de trabajo, cuando ello pueda darse según el trabajo que se cumpla). En todo caso, si la negociación individual no lo puede lograr, siempre se podrá contar —en teoría— con el aporte de la negociación colectiva.

Por otro lado, coincidimos con Constantino y Galicia (2015) en que lo previsto en la Ley también debería ser aplicado a las personas contratadas bajo modalidades formativas laborales (Ley N° 28518 y su Reglamento aprobado por DS 7-2005-TR), dado que en nuestra opinión dicha vía contractual resulta discriminatoria al afectar la igualdad ante la Ley al no existir argumento objetivo para considerarlos como una relación laboral excluida (Ulloa, 2013), sin que sea el fin formativo un elemento que lo diferencie de un trabajador novel. Asimismo, debería existir una cercana cooperación entre la empresa usuaria o cliente y el empleador real si el beneficiario del ajuste razonable es un trabajador destacado o desplazado mediante alguna figura de descentralización productiva. Ello porque resulta evidente que las medidas de acomodación deben darse en el lugar donde realmente presta sus servicios el trabajador y no donde solamente le pagan.

En síntesis, estamos ante un escenario inédito en el cual el Estado social de derecho ha detallado el estatus especial de cuidado a las personas que tienen alguna discapacidad ya reconocido en el artículo 23 de la Constitución vigente, por el cual corresponderá a los empleadores la importante labor de definir el contenido de lo razonable. Ojalá la negociación colectiva o la jurisprudencia puedan ayudar a dicha labor y este colectivo pueda tener tranquilidad laboral.

Referencias

Americans with Disabilities Act. <https://www.ada.gov/>

Bedoya, Juan G. (diciembre 3, 2018). Francisco: «Parece que la homosexualidad está de moda». *El País*. Recuperado de https://elpais.com/sociedad/2018/12/03/actualidad/1543862669_451033.html

Bregaglio, R., Constantino, R., Galicia, S., & Beyá, E. (2016) Discapacidad, invalidez, incapacidad para el trabajo y trabalenguas, ¿si tengo discapacidad y trabajo, puedo cobrar pensión de invalidez? *Derecho PUCP*, 291-321.

Bregaglio, R., Constantino, R., & Lengua, A. (2016) Querer no (siempre) es poder: algunos problemas laborales de las personas con discapacidad en el ordenamiento peruano. *Revista Derecho & Sociedad*, 47, 199-213.

Cañamares, S. (2014). La objeción de conciencia en el ámbito laboral. Comentario a la STC 895-2001-PA/TC. En Díaz, O., Eto, G., & Ferrer, J. (Ed.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional* (pp. 205-232). Lima: Tribunal Constitucional.

Constantino, R., & Galicia, S. (2015) La configuración de los ajustes razonables en materia laboral en el Perú: definiciones, omisiones y propuestas. *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014. Las instituciones jurídicas en debate* (pp. 261-288). Lima: PUCP.

Finsterbusch, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis versión on-line*. ISSN 0718-0012, vol. 22, número 2. Talca. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122016000200008

Lazarte, Jorge (diciembre 9, 2018). La maldita reposición: el derecho a despedir. *Semana económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/destrabe-empresarial/2018/12/09/la-maldita-reposicion-el-derecho-a-despedir/>

Lengua, C. (2015). *La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional*. Lima: Palestra.

Lozano, I. (noviembre 20, 2018). Advierten que política de competitividad reducirá derechos del trabajador. *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/economia/1360752-advienten-politica-competitividad-mef-reducira-derechos-trabajador>

Martel, L. (enero 2011). Ajuste razonable, un nuevo concepto desde la óptica de una gramática constitucional inclusiva. *Revista Internacional de Derechos Humanos. Sur*, 14. Recuperado de <http://sur.conectas.org/es/ajuste-razonable/>

MEF. (diciembre 13, 2018). Solo debería haber indemnización o reposición ante despidos arbitrarios. *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/economia/mef-deberia-haber-indemnizacion-reposicion-despidos-arbitrarios-252734>

ONU. (2017). Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Igualdad y No Discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 9. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/406/78/PDF/G1640678.pdf?OpenElement>

Rosales, J. (junio 14, 2018). Miguel Jaramillo: TC redujo en 57% la probabilidad de tener un contrato laboral indefinido. *Semana Económica*. Recuperado de <http://semanaeconomica.com/article/economia/empleo/295143-miguel-jaramillo-tc-redujo-en-57-la-probabilidad-de-tener-un-contrato-laboral-indefinido/>

Sanguineti, W. (diciembre 1, 2018). ¿La arbitrariedad nos hará más competitivos? Recuperado de <https://wilfredosanguineti.wordpress.com/2018/12/01/la-arbitrariedad-nos-hara-mas-competitivos/>

Tribunal Constitucional del Perú: sentencias:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00895-2001-AA.pdf>

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02430-2012-AA.html>

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02904-2011-AA.pdf>

Ulloa, D. (2013). La titularidad de los derechos constitucionales laborales y su tratamiento legal: ideas sobre el concepto de trabajador previsto en la Constitución y las relaciones laborales legalmente excluidas. *Revista Derecho y Sociedad*, 40. Lima, junio, pp. 101-111.

Villavicencio, A. (noviembre 21, 2018). Disminución de derechos laborales para mejorar competitividad y el empleo. Otra vez el cuento chino. *Trabajo digno*. Recuperado de <https://trabajodigno.pe/2018/11/21/disminucion-de-derechos-laborales-para-mejorar-competitividad-y-el-empleo-otra-vez-el-cuento-chino/>

Weber, M. (2010). Unreasonable accommodation and due hardship. *Florida Law Review*, 62(5), diciembre. Recuperado de http://www.floridalawreview.com/wp-content/uploads/2010/01/Weber_BOOK.pdf

Willborn, S. (2016). Reasonable accommodation in the United States. Reasonable accommodation in the modern workplace. Potential and limits of the integrative logics of Labour Law. *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 93, 9-25.

La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo en la jurisprudencia

Paul Cavalié Cabrera

Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP

1. Introducción: la pensión de jubilación

Abanto, citado por Benedetti (2010), ha precisado que la pensión de jubilación es una prestación económica otorgada al asegurado una vez que alcanza una edad avanzada. Se considera que esta clase de pensión representa una prestación sustitutiva de la remuneración, como consecuencia de una edad avanzada del trabajador, lo que comúnmente limita las actividades físicas o cognitivas de la persona.

Existen hoy en nuestro país dos grandes sistemas que administran estas clases de pensiones: el Sistema Nacional de Pensiones (SNP), a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP), y el Sistema Privado de Pensiones (SPP), a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP).

En el SNP, los requisitos para obtener una pensión han sido fijados por el Decreto Ley N° 19990; sin embargo, estos han cambiado a lo largo de los años. A continuación mostramos un cuadro en el que se podrá verificar la evolución de los requisitos.

Sistema Nacional de Pensiones	
Decreto Ley N° 19990	
Versión original	Hombres: 60 años de edad y 15 años de aportación. Mujeres: 55 años de edad y 13 años de aportación.
Decreto Ley N° 25967	Hombres: 60 años de edad y 20 años de aportación. Mujeres: 55 años de edad y 20 años de aportación.
Ley N° 26504	Hombres y mujeres: 65 años de edad y 20 años de aportación.

Entretanto, en el SPP, el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo N° 004-98-EF, ha precisado que hombres y mujeres se harán acreedores de una pensión de jubilación desde que cumplan la edad de 65 años.

2. La jubilación como causa de extinción del contrato de trabajo

En el régimen laboral de la actividad privada, la jubilación constituye una causa de extinción del contrato de trabajo, debidamente reconocida en el inciso 'f', artículo 16, y regulada por el artículo 21 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL).

La Real Academia Española define la palabra «jubilación» como: «Disponer que, por razón de vejez, largos servicios o imposibilidad, y generalmente con derecho a pensión, cese un funcionario civil en el ejercicio de su carrera o destino». En un sentido similar, la entiende como: «Dispensar a alguien, por razón de su edad o decrepitud, de ejercicios o cuidados que practicaba o le incumbían».

Por costumbre, solemos homologar el término «jubilación» a la «pensión de jubilación», como si se tratase de cosas iguales. No obstante, desde la definición del lenguaje, la jubilación, como acción o efecto de jubilar, no se vincula propiamente con el otorgamiento de una pensión, sino más bien con el cumplimiento de una condición (edad avanzada) que debiera generar, subsecuentemente, el cese de ciertas actividades laborales.

Es a partir de ahí que cobra sentido que la jubilación haya sido entendida como una causa de extinción del contrato de trabajo, sea que el trabajador tuviera o no derecho a una pensión de jubilación.¹

Ahora bien: en el texto original del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 728, vigente desde el 12 de noviembre de 1991, se reguló esta forma de extinción del contrato de trabajo, diferenciando la edad en la que opera de acuerdo con el género del trabajador. En ese contexto, se estableció que para los varones operaba a los 65 años, mientras que para las mujeres a los 60, siempre que reúnan el número de aportes necesarios para alcanzar la máxima pensión que otorgaba, en ese tiempo, el Instituto Peruano de Seguridad Social, y que el empleador cubra la diferencia entre la pensión y el 80 % de su remuneración ordinaria. A la vez, se estableció que este diferencial pagado por el empleador se reajustaba periódicamente, en la misma proporción en que se reajustaba la pensión.

Por su lado, el artículo 17 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 004-93-TR, precisó que para que aplique la referida causal de extinción del contrato de trabajo, el empleador debía efectuar los trámites (ante el Instituto Peruano de Seguridad Social o la entidad que haga sus veces) para que el trabajador perciba su pensión de jubilación en virtud del Decreto Ley N° 19990, y, a la vez, obligó a la de una declaración jurada con la que se garantice el pago del diferencial y el reajuste respectivo. Solo cuando el trabajador percibiera la pensión de jubilación operaría su cese.

Como se aprecia de la regulación enunciada, para que opere la extinción del contrato de trabajo en estos supuestos no solo era necesario que el trabajador cumpla cierta edad (65 para los hombres y 60 para las mujeres), sino que además este

1 En ese sentido, Carrillo (1997) afirma que la jubilación dejó de ser un derecho del trabajador en materia de seguridad social (pensiones), para constituirse en una causa de extinción del contrato de trabajo reconocida en la ley.

debía tener derecho al otorgamiento de una pensión, de modo que se obligaba al empleador a tramitar el procedimiento para que el trabajador, al cesar, obtuviera dicha pensión, y solo a partir de ese momento operaría la extinción contractual.

Es evidente que la intención del legislador era enmarcar esta causa de cese bajo un manto de protección integral del trabajador, lo que resultaría a su vez propio del sesgo protector de la Constitución Política de 1979, entonces vigente.

No obstante, la vigente Constitución (la de 1993) generó diversos cambios en la orientación del marco regulatorio de las relaciones laborales, propiciando la instauración de una política laboral flexibilizadora, a lo que no fue ajena la regulación de esta específica causal de extinción del contrato de trabajo. Veamos.

En principio, el original artículo 57 del Decreto Legislativo N° 728 fue modificado por la Ley N° 26513, del 28 de julio de 1995, texto que luego fue incorporado como artículo 54 de su primer Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 05-95-TR, del 18 de agosto de 1995, y recogido luego en el vigente artículo 21 de la LPCL, del 27 de marzo de 1997. A partir de esta normatividad, la jubilación obligatoria como causal de cese no diferenció la edad y el género de los trabajadores; por el contrario, hizo remisión de las normas de seguridad social en pensiones, señalando que opera esta causa de cese cuando el trabajador, hombre o mujer, tenga derecho a una pensión de jubilación a cargo de la ONP o del Sistema Privado de Pensiones. A la vez, mantuvo la obligación del empleador de asumir el diferencial entre la pensión y el 80 % de la última remuneración ordinaria del trabajador, monto que no podría exceder del 100 % de la pensión, y que se sujeta a un reajuste periódico, en la misma proporción que el reajuste de la pensión. También se eliminó la obligación de suscribir una declaración jurada, sustituyéndose por la comunicación por escrito que debía cursarse al trabajador con el fin de que inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión; y se ratificó que el cese se produciría en la fecha en la que se reconoce el otorgamiento de la pensión.

Una novedad, y quizá el más importante cambio normativo, fue el reconocimiento de la jubilación obligatoria y automática como causa de extinción del contrato de trabajo, que opera en caso el trabajador cumpla 70 años.

La jubilación obligatoria y automática fue regulada en el artículo 30 del nuevo Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, donde se especificó que esta operaba cuando el trabajador tenga derecho a la pensión de jubilación, cualquiera sea su monto y con prescindencia del trámite administrativo que se estuviera siguiendo para su otorgamiento. Por lo demás, el Reglamento no contempló ninguna regulación relacionada con la jubilación como causa de cese.

Los cambios se generaron desde dos perspectivas. La primera, en torno al cese que opera cuando el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación, y a la que podemos denominar jubilación semiautomática; y, luego, en torno a la denominada jubilación obligatoria y automática, que opera a los 70 años.² En relación con la primera forma, resumimos en el cuadro que sigue los cambios normativos que surgieron con la Ley N° 26513.

² Algunos autores denominan a estas clases de jubilación como jubilación intermedia y obligatoria (Neves, 2007; Paitán, 2016).

Resumen de cambios normativos	
Supuesto de la jubilación semiautomática	
Normatividad original	Normatividad vigente
<ul style="list-style-type: none"> • Aplicaba para el varón a los 65 años y en el caso de la mujer a los 60 años. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aplica al trabajador hombre o mujer que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la ONP o el SPP, sin precisar edad expresa.
<ul style="list-style-type: none"> • El trabajador debía tener cierto número de aportaciones para alcanzar máxima pensión. 	<ul style="list-style-type: none"> • No se hizo precisión (solo bastaría tener derecho a cualquier pensión).
<ul style="list-style-type: none"> • Empleador cubre diferencia entre dicha pensión hasta completar 80 % de remuneración ordinaria. 	<ul style="list-style-type: none"> • Se ha precisado que monto adicional no puede exceder del 100 % de la pensión.
<ul style="list-style-type: none"> • El empleador debía efectuar trámites para obtener pago de pensión de jubilación (Decreto Ley N° 19990). 	<ul style="list-style-type: none"> • El empleador comunica por escrito su decisión al trabajador, para que este inicie trámite para obtener su pensión.
<ul style="list-style-type: none"> • Empleador debía garantizar, mediante declaración jurada, el pago de la diferencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • (Esta obligación fue suprimida.)
<ul style="list-style-type: none"> • El cese del trabajador se produce en el mes en que corresponda percibir la pensión de jubilación. 	<ul style="list-style-type: none"> • El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión.

Notemos que, primigeniamente, la norma permitía que el empleador efectuara el trámite a nombre del trabajador, para que este obtuviera su pensión de jubilación; sin embargo, a partir de la modificación normativa hecha por la Ley N° 26513, el empleador no se encuentra facultado para efectuar el trámite y, más bien, deberá limitarse a comunicar por escrito al trabajador su decisión de invocar esta causal, para que sea este quien lo inicie.

La relevancia en este punto pasa por que la regla del actual artículo 21 de la LPCL contempla expresamente que en estos casos se produce el cese cuando se ha verificado el otorgamiento de una pensión de jubilación. Pero si el trabajador decidiera no iniciar el trámite, entonces esta causal no podría operar, de manera que, en términos definitorios, no son las circunstancias (el cumplimiento de una edad o la adquisición de un derecho —pensión de jubilación— las que generan el cese, sino la voluntad final del trabajador.

Tendríamos entonces que, para la aplicación de la jubilación semiautomática como causa de cese, hemos pasado de un escenario en el que la misma dependía de la voluntad activa del empleador a otro en el que es la voluntad del trabajador la determinante, al recaer en él la decisión de iniciar o no el trámite para el otorgamiento de la pensión de jubilación. Podría argumentarse, en dirección opuesta a lo dicho, que el artículo 27 de la LPCL se inicia con la indicación expresa de que «[...] la jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación [...]». De acuerdo con el tenor imperativo del texto, podría seguirse de él que el mandato no admitiría espacio para la voluntad en contrario por parte del trabajador, obligado, por tanto, a iniciar el trámite correspondiente.

En esta instancia creemos pertinente citar la reflexión del especialista en derecho mercantil español Tapia Hermida (s.f.), a propósito de la denominada jubilación forzosa en España, pasible de ser pactada por medio de un convenio colectivo:

Dos cuestiones se insinúan en relación con aquellas contrarias posiciones. La primera consistente en si la «jubilación» puede dejar de constituir un derecho subjetivo para pasar a constituirse en un deber jurídico, lo cual además de cuestiones de derecho positivo, afecta a los valores culturales que constituyen y están en su misma base del Derecho occidental y justifican su misma existencia. Esto es, si, en términos morales o éticos puede admitirse o es justificable el apartamiento forzoso de las personas del trabajo remunerado (básicamente del trabajo asalariado y por cuenta ajena como modalidad de prestación del trabajo más extendida). La segunda, referente a si acaso el instituto jurídico de la jubilación, en cuanto que impuesta o forzosa, deja de constituir un mecanismo de protección social para devenir en un instrumento de opresión del individuo, en cuanto que ciudadano, so capa de políticas, más o menos populistas, de subempleo, y de eliminación de costes (la persona como simple coste) productivos. (párrafo 5)

Volviendo a nuestra reflexión, ¿qué podría hacer el empleador si el trabajador se negara a iniciar el trámite?; ¿el empleador queda impedido de aplicar esta causal de cese?; y si ello es así, ¿podría considerarse la resistencia a iniciar el trámite como una «falta grave» pasible de despido? Podría surgir una posición intermedia. Considerar que si el empleador se comprometiera, declaración jurada mediante, a asumir el diferencial, y probada que fuera la situación del trabajador de encontrarse habilitado para obtener una pensión de jubilación, tal contexto podría habilitar al empleador a cesar el contrato de trabajo, aun cuando el trabajador no iniciara el trámite pensionario. No concuerdo con esta posición, sino con la de quienes estiman que la voluntad concordante del trabajador resulta imprescindible para perfeccionar el supuesto de la jubilación semiautomática.

A decir verdad, sobre este tema la reflexión se da aún solo en el ámbito académico y doctrinario. Decimos ello pues no se conoce de casos que hayan calzado con el supuesto de la jubilación semiautomática, de modo que la jurisprudencia no ha podido esclarecer las dudas que surgen del texto legal.

En el segundo extremo el cambio es más que trascendente, pues una modificación normativa incorporó como una novedosa causa de cese la jubilación obligatoria y automática, que opera al cumplir el trabajador los 70 años, con lo que se crea un supuesto que primigeniamente no había sido contemplado en el Decreto Legislativo Nº 728. Algunos aspectos que merecen ser resaltados sobre el particular aparecen en el cuadro que sigue.

Resumen de cambios normativos	
Supuesto de la jubilación obligatoria y automática	
<ul style="list-style-type: none"> • El Decreto Legislativo N° 728 (12/11/91), Ley de Fomento del Empleo, no contempló esta causal de cese. 	
<ul style="list-style-type: none"> • Fue incorporada con la Ley N° 26513 (28/7/95) y desde esa fecha no ha sufrido modificación. 	
<ul style="list-style-type: none"> • La jubilación es obligatoria y automática cuando el trabajador cumple 70 años. 	
<ul style="list-style-type: none"> • Salvo «pacto en contrario» (pacto de continuidad del vínculo). 	
<ul style="list-style-type: none"> • El Reglamento (DS N° 001-96-TR): el cese procede siempre que el trabajador tenga derecho a pensión de jubilación, cualquiera sea su monto, y con prescindencia del trámite administrativo que debiera seguir para el otorgamiento de la pensión. 	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Es cuestionable la regulación del Reglamento? ¿Hay una antinomia que deba ser resuelta por el principio de jerarquía normativa?

Como ya indicamos, el artículo 30 del Reglamento de la LPCL establece que la jubilación obligatoria y automática opera cuando el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación, cualquiera sea su monto, y con prescindencia del trámite administrativo que debiera seguir este para su obtención. Desde un entendimiento literal de dicha disposición, para que opere esta causa de cese, además de la edad cumplida, el empleador tendría que asegurarse de que el trabajador también cuente con los años de aportación que lo podrían hacer titular de una pensión de jubilación; en caso contrario, no podría invocarse su aplicación.

Sin embargo, no resulta exenta de polémica la regulación del Reglamento, pues a través de él se estaría incorporando un requisito adicional a los estipulados en el artículo 21 de la LPCL y, por lo tanto, habría una aparente afectación del principio de jerarquía normativa que traería como consecuencia su inaplicación.³ A partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional no es posible encontrar elementos de reflexión sobre este punto. Antes bien: sus resoluciones han incidido en otros aspectos como los de la determinación del cumplimiento de la edad, los casos de excepción a la regla de los 70 años como edad límite. No se aprecia en los fallos, sin embargo, preocupación alguna por abordar o dar cuenta expresa sobre el cumplimiento del requisito incorporado por el Reglamento: el hecho (acreditable, por lo demás, como requisito de procedencia) de que el trabajador tenga derecho a pensión de jubilación, «cualquiera sea su monto», según lo establece el Reglamento en cuestión.

³ De esta opinión también es Navarrete (2013) al afirmar que, cuando la LPCL establece que el contrato de trabajo se extingue por jubilación obligatoria y automática a los 70 años, no puede adicionarse como prerrequisito lo establecido en el Reglamento, respecto a que solo operará cuando el trabajador tenga derecho a la pensión, y esto porque no ha sido la forma en la que la Ley lo ha contemplado, configurándose una regulación *extra legum* que afecta el principio de jerarquía normativa.

3. ¿Es razonable la jubilación obligatoria y automática a los 70 años?

Una discusión que se plantea a nivel normativo es el de la edad para hacer efectiva la extinción del contrato de trabajo por medio de la denominada «jubilación obligatoria y automática». Véase que no solo en el régimen de la actividad privada se ha tomado en cuenta esta edad máxima, sino también en regímenes de carácter público, tales como el Decreto Legislativo N° 276 para los servidores públicos, la Ley N° 29944 para los docentes escolares, la Ley N° 30057 para los servidores civiles, entre otras.

Pero ¿por qué los 70 años? Resulta evidente que para el legislador esta edad opera como un indicador de presunción sobre el límite para el desarrollo de la fuerza laborativa que alcanzaría una persona que trabaja, asumiéndose que en esa edad promedio hay un desgaste de energía producto de la edad, que deviene en su retiro y que incluso el común de los trabajadores tiene derecho a una pensión de jubilación.

Para el caso del límite de edad para prestar el servicio de docente universitario, el Tribunal Constitucional (TC) ha tenido la oportunidad de pronunciarse críticamente en diversas ocasiones. Primigeniamente, en el fundamento 4 de la sentencia emitida en el Expediente N° 594-99-AA/TC, del 10 de diciembre de 1999, dejó sentado que

por razones de edad se estaría privando a un docente de ejercer la cátedra universitaria, cuando es evidente que el solo hecho de llegar a una edad determinada, no disminuye necesariamente las aptitudes que se requieren para el ejercicio de las labores propias de un académico; o de desarrollar funciones administrativas que viene cumpliendo así como las de alta dirección que por ley le corresponde en el ámbito de sus responsabilidades académicas, que se le puedan encargar [...].

Esta posición fue replicada en la sentencia emitida en el Expediente N° 1485-2001-AA/TC, del 11 de septiembre de 2002,⁴ y el Expediente N° 560-2002-AA/TC, del 5 diciembre de 2002, y finalmente se hizo un recordatorio de las reglas de las mismas en la sentencia emitida en el Expediente N° 3572-2005-PA/TC, precisando que: «la causal de cese obligatorio por límite de edad no está regulada en la Ley Universitaria, dadas las características especiales de la función docente».

Así, para el TC, un docente universitario podría continuar laborando después de cumplir 70 años, no solo para el desarrollo de su actividad docente, sino también para la ejecución de tareas administrativas y de alta dirección, pues su edad no sería sinónimo de ineptitud en el desarrollo de sus labores.

⁴ Nota importante es que el TC dejó sentado, en la sentencia emitida en el Expediente N° 1485-2001-AA/TC, que:

«El trabajador adquiere el derecho a la jubilación cuando reúne los requisitos legales para su disfrute, lo pone en ejecución cuando él, libremente, decide a partir de qué momento debe retirarse de la actividad laboral, ya sea porque no puede o porque no desea seguir trabajando, criterio éste, potestativo y responsable, que no compatibiliza con la figura de la “jubilación guillotina”, que opera de manera obligatoria y automática, sin contar con la anuencia del trabajador».

A la fecha, la vigente Ley N° 30220, para los docentes universitarios, no establece el cese por límite de edad a los 70 años; más bien, esa edad constituye el límite para el ejercicio de la labor como docente ordinario, pero se les faculta para que a partir de la misma continúen trabajando como docentes extraordinarios, extremo cuya constitucionalidad ha sido ratificada en la sentencia del Caso Ley Universitaria, expedientes número 0014-2014-PI/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-PI/TC y 0007-2015-PI/TC.

Esta interpretación solo ha sido realizada para el caso específico de los docentes universitarios; por el contrario, en las demás sentencias, relacionadas con trabajadores que desarrollan otras actividades, se ha pronunciado a favor de aplicar el cese por límite edad a los 70 años (ver cuadro siguiente).

Sentencia	Clase de labor
STC. N° 2430-2003-AA/TC, del 22 de abril de 2005	Mecánico en universidad pública
STC. N° 01886-2006-PA/TC, del 28 de agosto de 2006	Trabajador del régimen de la actividad privada
STC. N° 02645-2007-PA/TC, del 12 de agosto de 2008	Asesor legal del régimen laboral de la actividad privada
STC. N° 03347-2011-PA/TC, del 29 de septiembre de 2011	Personal administrativo de Recursos Humanos del régimen laboral de la actividad privada
STC. N° 05091-2011-PA/TC, del 16 de abril de 2012	Trabajador de empresa de distribución de electricidad del régimen laboral de la actividad privada
STC. N° 02534-2012-PA/TC, del 25 de julio de 2012	Trabajador de empresa de telefonía del régimen laboral de la actividad privada

La pregunta que se cae de madura es plantearse por qué lo del tratamiento diferenciado a los docentes universitarios. ¿Es que acaso con los demás trabajadores sí se presume la ineptitud en la prestación de su servicio?, ¿cuál es la causa objetiva para ese trato diferenciado?

El profesor Neves (2007), citando al TC español, ha señalado que no es razonable presumir la ineptitud por decaimiento de facultades físicas o intelectuales con carácter general y a una misma edad para todos los trabajadores; y entendemos que por ello no resulta idóneo aplicar el cese a los 70 años para los trabajadores universitarios. Pero creemos también que no es el único grupo de profesionales al que las excepciones podrían resultar razonables: como los docentes universitarios, los trabajadores administrativos, o los asesores, podrían sujetarse también a esa excepción, basados en la experiencia de su ejercicio profesional, cosa distinta y contraria a la que podría ocurrir con un obrero de campo, cuya prestación de servicios irá de la mano con su fuerza física, que evidentemente se disipará con el devenir de la edad.

Por otro lado, desde nuestra perspectiva, lo que dotaría de fundamento al establecimiento de una edad para ponerle fin a la relación de trabajo sería la rotación

del mercado de trabajo que debe garantizar el Estado, y que podría desprenderse de los artículos 22 y 23 de nuestra Constitución.

El artículo 22 reconoce el derecho al trabajo, que «supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo». ⁵ A la par, el artículo 23 impone al Estado la promoción de las condiciones para el progreso social y económico, y, como parte de ello, a aplicar políticas de fomento del empleo productivo.

En tal medida, aplicar un límite de edad para el cese de los trabajadores puede ser entendido como una medida adecuada para garantizar el derecho al trabajo a través de la rotación del mercado laboral, permitiendo el acceso al empleo de nuevos trabajadores, o la mejora de quienes ya forman parte de este mercado. En consecuencia, homologar el tratamiento de los distintos sectores de trabajo constituiría un medio seguro para poder garantizar la rotación del empleo, siendo innecesario sectorizar la aplicación de esta medida.

De esa misma idea ha sido el Tribunal Supremo español, cuando, en la sentencia 22/1981, precisó que la jubilación obligatoria constituye

una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho.

4. Sobre la forma del pacto de continuidad

Si bien el artículo 21 de la LPCL reconoce la jubilación obligatoria y automática como causa de extinción del contrato de trabajo, la misma que opera al cumplimiento de los 70 años, a su vez, dicha disposición establece que puede mediar un pacto en contrario a efectos de que el trabajador continúe prestando servicio después de esa oportunidad.

En torno a este tema, una discusión que nos ha traído la jurisprudencia está referida a la formalidad del pacto de continuidad o permanencia. ¿Es necesario que sea celebrado por escrito, o puede avalarse la celebración de un pacto tácito?

La mayor parte de la jurisprudencia se ha orientado a validar el pacto tácito a partir de la constatación de que el empleador permite que el trabajador continúe laborando después de cumplida la edad de 70 años. El TC lo ha dejado entrever así en la sentencia del Expediente N° 02534-2012-PA/TC, del 25 de julio de 2012, mientras que la Corte Suprema ha sido enfática en este razonamiento en las casaciones laborales números 1533-2012-Callao, del 10 de octubre de 2012, 532-2014-Callao, del 26 de septiembre de 2014, 9155-2015-Lima, del 3 de marzo de 2018, y 1634-2016-Lima, del 26 de agosto de 2016.

⁵ Fundamento 12 de la sentencia emitida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, Fundamento 3.3.1. de la sentencia emitida en el Expediente N° 00263-2012-PA/TC, entre otras.

Pese a ello, posteriormente la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha precisado, en la casación laboral N° 2704-2016-Áncash, que el acuerdo de permanencia debe ser pactado expresamente por escrito, por resultar una excepción a la Ley.

No consideramos adecuado este cambio de orientación. En principio, cuando el artículo 21 de la LPCL reconoce la posibilidad de celebrar un pacto de continuidad, no establece una formalidad, de modo que no es posible exigir formalidades en donde la Ley no las ha previsto, más aún cuando el artículo 143 del Código Civil ha reconocido el derecho a la libertad de forma, al establecer que: «[c]uando la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente».

Además, el artículo 141 del Código Civil reconoce que la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita; en este último caso, «[e]s tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia». En tal caso, la mera actitud del empleador de permitir que el trabajador continúe prestando servicios revela que no tiene mayor interés de extinguir la relación de trabajo a los 70 años y que, por lo menos en ese momento, su intención es que la relación de trabajo continúe pasada la edad.

Se debe indicar que el último párrafo del mismo artículo 141 establece que: «No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario», de modo que, si la Ley no exige una forma solemne para la celebración del pacto en contrario, las partes pueden elegir bien la forma de celebrar el mismo, pudiendo ser escrito, verbal o, incluso, un pacto tácito.

El citado pronunciamiento no parece haber tenido mayor impacto en la comunidad jurídica; tanto es así que, en la Resolución N° 001742-2017-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 31 de octubre de 2017, la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil admite la celebración del pacto tácito, señalando que «[e]l último párrafo del artículo 21 del TUO hace referencia a la posibilidad de suscribir un acuerdo expreso, pero además, también se admite la posibilidad de celebrar un acuerdo tácito, en el caso que el trabajador continúe laborando después de los setenta (70) años y el empleador no invoque esta causal de extinción».

5. La jubilación obligatoria y automática... ¿cuándo?

Otra discusión constante está vinculada con la oportunidad en la que puede activarse la jubilación obligatoria y automática, pues hay dos posturas marcadas al respecto: ¿debe esta materializarse cuando el trabajador cumple los 70 años, o es posible que tenga eficacia pasada esa edad?

Sobre el tema, la jurisprudencia ha mostrado idas y vueltas. En los actuales momentos, parece que el TC se ha decantado por la interpretación de invocar esta causal de extinción del contrato de trabajo, incluso mucho tiempo después de que el trabajador cumpla los 70 años.

En la sentencia emitida en el Expediente N° 3572-2005-PA/TC, del 12 de septiembre de 2005, el TC validó el cese de un trabajador que tenía 73 años. En el caso concreto, el trabajador había celebrado un contrato de trabajo temporal que hacía las veces de un pacto expreso para que continúe laborando hasta tener 73 años, un mes y tres días. No obstante, el entonces demandante permaneció en el empleo por ocho meses después de esa oportunidad, lo que hizo que su contrato se considerara como uno de plazo indeterminado. Pese a ello, el empleador decidió extinguir el contrato de trabajo, aplicando la jubilación obligatoria y automática, lo que el TC consideró que no afectaba derecho constitucional alguno.

Ciertamente, el TC en aquella oportunidad no brindó mayores luces sobre su decisión, limitándose a afirmar que una opción de esa naturaleza armoniza con el inciso 'f' del artículo 16 y el último párrafo del artículo 21 de la LPCL.

Por su parte, en la casación laboral N° 2501-2009-Ica, del 15 de enero de 2010, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República adoptó la misma postura, precisando que:

Séptimo: El demandante refiere que ha existido un acuerdo tácito a efectos de no aplicar la causal de jubilación automática, puesto que ha transcurrido más de cuatro años desde que cumplió los setenta años de edad y la demanda no hizo efectivo el cese de manera oportuna. En relación a lo alegado, cabe indicar que si bien es cierto el citado artículo 21 parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicto pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le cursó la carta notarial de fecha dieciséis de enero del dos mil siete, por el que comunica su decisión de «aplicar la causal de extinción de contrato por la causal de jubilación obligatoria y automática»; conforme lo señala el artículo 1365º del Código Civil de aplicación supletoria al caso de autos, lo contrario significaría que el trabajador preste de servicios indefinidamente.

Como es posible apreciar, para adoptar su decisión, la Corte Suprema invoca el artículo 1365 del Código Civil, según el cual: «En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente el contrato queda resuelto de pleno derecho». Nótese que aplicar esta disposición normativa importa adicionar una regla para que opere el cese conforme al último párrafo del artículo 21 de la LPCL, y es que el empleador que opte por aplicarla estará obligado a comunicar la misma con un preaviso de 30 días.

Pero tiempo después, la misma Sala, aunque ciertamente con cuatro miembros distintos de los cinco anteriores, varió el criterio en la casación laboral N° 1533-2012-Callao, del 10 de octubre de 2011, considerando que esa causal de cese solo puede operar al cumplimiento de la edad. Concretamente, señaló:

SÉTIMO: En efecto, si bien el artículo 21, último párrafo del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario,

que permita al trabajador continuar luego de cumplida la edad para jubilarse; sin embargo, es evidente que dicho “pacto” debe haberse establecido de manera expresa, clara e inequívoca; de tal suerte que resulte indubitable la voluntad del empleador de continuar la relación de trabajo con el trabajador una vez superado los setenta años de edad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la jubilación automática debe interpretarse en sentido estricto y que, por ende, procede únicamente al cumplimiento de la edad. Para tal efecto, méncionese la recaída en el Expediente N° 05091-2011-PA/TC, de fecha dieciséis de abril de dos mil doce. De modo contrario, al no existir acuerdo de cese opera la causal automáticamente.

OCTAVO: Este Supremo Tribunal, a partir de la interpretación sistemática del artículo 16 inciso f) y artículo 21 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, colige que este acuerdo para laborar después de cumplidos los setenta años, puede celebrar antes o al momento de cumplida dicha edad, pues de no haberse extinguido el vínculo laboral en ese momento, se entenderá que existe un pacto en contrario tácito para la continuación de los servicios. Anótese en este sentido que, toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios del trabajador en este período se entenderá arbitraria si es que no se basa en la comprobación objetiva de comisión de falta grave o de incapacidad para la realización de la labor. Ello es así en tanto la jubilación obligatoria se entiende cumplidos los setenta años y no a partir de ella.

Esta decisión contiene algunos aspectos cuestionables. Lo primero es la referencia que hace a la sentencia del TC emitida en el Expediente N° 05091-2011-PA/TC. Erróneamente, considera que en dicho pronunciamiento el TC había establecido que la oportunidad de operar esta causal es al cumplimiento de los 70 años, limitando a que pueda ser aplicada pasada la misma. Ello no resulta cierto, pues de la revisión de la citada sentencia, el TC solo se pronunció en el caso concreto, en el que se invocó esta causal cuando cumplió la edad de 70 años, pero en ningún momento hizo referencia a las consecuencias de aplicarla superada esa edad.

Un segundo defecto es que no se explican las causas del cambio de criterio. La Sala Suprema se limitó a precisar que solo aplica la causal de cese por jubilación obligatoria y automática al cumplimiento puntual de los 70 años, pero más allá de la literalidad del artículo 21 de la LPCL, no hizo mayores referencias a las razones por las que considera que ello deba ser así, ni, menos aún, explica por qué no resultaría aplicable el artículo 1365 del Código Civil, a diferencia de lo que se sostuvo en la casación laboral N° 1533-2012-Callao.

Este criterio fue confirmado en la casación laboral N° 532-2014-Callao, del 26 de septiembre de 2014, que replica en su sexto considerando los argumentos expuestos en la casación laboral N° 1533-2012-Callao.

Por otra parte, la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema mantiene un criterio antagónico. Así, en la casación laboral N° 9155-2015-Lima, del 3 de marzo de 2016, consideró que el empleador sí puede invocar la jubilación obligatoria y automática después de cumplidos los 70 años, exponiendo en su considerando undécimo lo siguiente:

h) Con mayor razón, si el trabajador, hubiera permanecido en el trabajo más allá de los setenta años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, manteniendo el trabajador incólume sus derechos laborales por el período de trabajo que excedió a la edad de jubilación, sin embargo, sin protección de eficacia resarcitoria, es decir, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral.

i) Tal conclusión se sustenta en el hecho de que si bien existe norma expresa que prevé que si el trabajador cumple los setenta años se extingue su vínculo laboral de manera automática y obligatoria, es decir, ex lege, por tanto tal término de la relación laboral no da derecho a la protección de eficacia resarcitoria, sin embargo no existe norma legal expresa que disponga qué sucede si el trabajador continuó laborando más allá de los setenta años, y si la terminación de la relación laboral en esas condiciones requeriría o no de causa justa de despido

j) Lo cierto es que frente a situaciones de vacío normativo como el indicado tenemos que si a los setenta años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón (argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador, de lo que se desprende la autorización al empleador a poner fin a la relación laboral por razón de la edad sin que medie causa justa ni obligación de indemnización.

Observamos a partir de este último párrafo que la Corte Suprema ha favorecido la aplicación de esta causal de cese transcurrida la edad de 70 años, apelando a la protección con la que el legislador quiso dotar al trabajador a partir de favorecer su jubilación. Pero notemos que en este razonamiento la medida de protección solo se vincula con el descanso o la terminación del ciclo laboral de la persona, pero no se alinea con una protección social adecuada. Y es que a partir de que descartamos la idea de que el artículo 30 del Reglamento de la LPCL impone la acreditación de una jubilación para que opere esta causal de cese, bastaría entonces con el cumplimiento de la edad y no así con haber adquirido el derecho a obtener la pensión de jubilación. Por eso creemos que la justificación de la Corte Suprema, desde esta óptica, no es adecuada, más aún cuando, a nuestro criterio, lo que justifica la constitucionalidad de esta clase de medidas es el favorecimiento de la rotación del mercado laboral.

Lo curioso es que, luego de tal análisis, la Sala Suprema concluye que el sentido interpretativo referido a que la oportunidad para que opere la jubilación obligatoria y automática como causa de extinción del contrato de trabajo solo es aplicable, con literalidad, a los 70 años, resulta contrario al marco constitucional y legal vigente, y, por tanto, contraviene el orden jurídico, pero en sus consideraciones no hizo siquiera una referencia a cuál sería la norma constitucional vulnerada.

El criterio fue confirmado en la casación laboral N° 1598-2016-Lima, del 26 de agosto de 2016, donde la misma Sala expuso:

Noveno: Si bien es cierto, el artículo citado hace referencia a la posibilidad de celebrarse un pacto en contrario, (que puede ser expreso o tácito), para que el trabajador que cumplió setenta (70) años continúe su vínculo laboral; sin embargo, la decisión del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo no puede estar supeditado a la comisión de falta grave, pues sostener lo contrario significaría que el trabajador preste servicios en forma indefinida, lo que contraviene lo estipulado en el artículo 1365° del Código Civil de aplicación supletoria.

[...]

Décimo Primero: El inciso f) del artículo 16° del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que es causa de extinción del contrato de trabajo 'la jubilación'; y de otro lado, el último párrafo del artículo 21° del mismo texto normativo se dispone la jubilación obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, por consiguiente si el trabajador permanece en el trabajo más allá de los setenta (70) años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es la protección del trabajador, estableciendo un límite al ciclo laboral, favoreciendo su jubilación.

En este punto, otra vez se retornó a la aplicación del artículo 1365 del Código Civil para sustentar que sí es posible aplicar esta causal más allá de los 70 años cumplidos por el trabajador.

El Tribunal del Servicio Civil de SERVIR también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema que abordamos, a partir de la Resolución N° 001742-2017-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 31 de octubre de 2017:

16. En cuanto al acuerdo tácito, la discusión se vincula con su duración. Por una parte, puede entenderse que la duración del acuerdo de continuidad se vincula con la común intención de las partes, de manera que para extinguir la relación de trabajo, ambas partes deben revocar el acuerdo, o invocarse alguna de las otras causales de extinción previstas en el artículo 16° del TUO. Por otro lado, podría interpretarse también que dicho pacto de continuidad solo tendrá duración hasta que cualquiera de las partes manifieste su voluntad de extinguir la relación de trabajo.

17. Esta Sala opta por la segunda interpretación. Ello porque una interpretación de esta naturaleza es la que se vincula idóneamente con el artículo 22° de la Constitución, que reconoce el trabajo como un derecho y un deber, y en consecuencia, como base del bienestar social. Siendo ese el rol del trabajo, armoniza con ello una interpretación que garantice la rotación en el mercado de trabajo, y de esta forma, garantice que un grupo de personas se incorporen a dicho mercado en reemplazo de otras que emergen del mismo, pero que gozan de protección social a través de una pensión de jubilación.

Como vemos, la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil también se centra en la rotación del mercado de trabajo como garantía del artículo 22 de nuestra Constitución, pero vincula esa rotación con la protección social que tiene el trabajador a partir de una pensión de jubilación, que sería, finalmente, lo que faculta al empleador a operar esta causal. Pero ante esta decisión, nuevamente nos encontramos con el problema de que el artículo 21 de la LPCL no ha establecido esa exigencia para que opere la extinción del contrato de trabajo por la jubilación obligatoria y automática.

6. El otorgamiento de las pensiones de jubilación adelantadas como causa de extinción del CT

Otra discusión que surge a partir de nuestra jurisprudencia está relacionada con la aplicación de la causal de extinción del inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL, en aquellos casos de obtención de una pensión de jubilación adelantada en el marco de la Ley N° 27252, aplicable en el SPP para los trabajadores que realizan actividades que implican riesgo para la vida o la salud (minerías y construcción).

En las casaciones laborales número 16297-2014-Ica y 02028-2015-Ica, la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema validó la aplicación de la citada causal en dos casos en los que se acreditó que los trabajadores gozaban de una pensión de jubilación adelantada en el SPP. Para esto, se consideró que la jubilación es una causa válida para la extinción del contrato de trabajo conforme al inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL.

En ambos casos, la Sala Suprema precisó que los demandantes se encontraban gozando de una pensión de jubilación anticipada y que el empleador decidió extinguir el contrato de trabajo cuando se enteró de ello, acción a la que estaría habilitada legalmente, conforme a lo previsto en el inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL.

Las confusiones podrían pasar por que se agrega la palabra «anticipada» o «adelantada» al tipo de pensión, lo que nos llevaría a entender que no es una pensión de jubilación en su carácter definitivo. Pero del análisis de la Ley N° 27252 y de su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 164-2001-EF, puede observarse que esta clase de pensión no se regulariza al obtener la edad de 65 años. Esto es importante, porque nos encontraríamos ante el mismo esquema que una pensión de jubilación definitiva.

No ocurre lo mismo con la pensión adelantada del Decreto Ley N° 19990, pues si bien en este régimen se permite a los hombres jubilarse a los 55 años y a las mujeres a los 50, con una cantidad de aportes mayor al exigido regularmente, el monto de la pensión se reduce en un 4% por cada año adelantado, regularizándose el monto de la pensión al cumplir los 65 años. Esta clase de pensión adelantada no tiene el mismo esquema que una pensión de jubilación definitiva.

Por la forma en que la Corte Suprema explicitó su razonamiento en las casaciones laborales número 16297-2014-Ica y 02028-2015-Ica, podría entenderse que cualquier clase de pensión de jubilación adelantada generaría la extinción del contrato de trabajo, en observancia del inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL, Aquí se instala un nuevo debate.

La lectura correcta para la aplicación de la causal del inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL debe efectuarse en concordancia con su artículo 21, pues si bien en la primera se hace mención a una causa genérica para la extinción del contrato de trabajo, las reglas específicas son establecidas en la segunda norma, y, por tanto, ninguna de las dos puede ser leída de forma aislada. Así las cosas, es conveniente efectuar una interpretación sistemática⁶ que determine que el contenido del inciso 'f' del artículo 16 está desarrollado en el artículo 21 de la LPCL, dado su nivel de especificidad.

Claro está: el inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL, al tener un contenido genérico, puede conllevar confusiones respecto a cómo entendemos la jubilación como causa de cese, mérito por el que resulta necesario apelar a una interpretación sistemática que haga congruente su aplicación con las demás normas aplicables al mismo caso, como es el artículo 21.⁷ Si se optara por una lectura aislada de ambos supuestos normativos, la regulación del artículo 21 de la LPCL sería innecesaria, porque se entendería subsumida en el inciso 'f' del artículo 16, en lo que respecta a la jubilación semiautomática; por ende, sería contradictorio que se regulara algo que ya lo estuviera. Por eso guarda lógica que el artículo 21 es en realidad una norma de desarrollo de la causal del inciso 'f' del artículo 16.

Hemos visto que el artículo 21 de la LPCL hace referencia a dos tipos de jubilación que determinarían la extinción del contrato de trabajo: la jubilación semiautomática y la jubilación obligatoria y automática.

En lo que respecta a la jubilación semiautomática, surge cuando el trabajador tiene derecho a una pensión de jubilación en la ONP o el SPP. Para estos efectos, la norma no ha precisado una concreta edad del trabajador para que se active esta causal, sujetándose a lo que las normas previsionales establezcan. Por el carácter abierto del artículo 21 de la LPCL, podría querer entenderse que cualquier clase de pensión de jubilación que se otorgara en el marco de los sistemas previsionales antes indicados, incluso el de la «jubilación adelantada», determinaría la validez del cese del trabajador.⁸ Creemos que la atención no debería estar en el solo hecho del título de la pensión, sino en su naturaleza. Y es que, como hemos visto, en el

6 «Esta interpretación [la sistemática] es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

Un precepto o una cláusula deben interpretarse no de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte de ordenamiento o del negocio en cuestión.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas»

(Anchondo, 2012, pp. 41-42).

7 Recordemos que «[e]l intérprete debe atribuir a una norma, cuyo significado sea dudoso, un sentido congruente con las prescripciones que establecen otras normas del sistema» (Anchondo, 2012, p. 42).

8 Javier Paitán (2016) no coincide con este criterio. A su parecer, la influencia de la edad en la jubilación contempla una doble dimensión: primero, la edad de acceso, como requisito para obtener el derecho a la pensión, y la edad de retiro, como causa o motivo de extinción del contrato de trabajo. A partir de ahí precisa que la sola edad de acceso a la pensión no puede ser considerada como una causal válida para que se extinga la relación laboral, lo que se enfatiza en los casos de los trabajadores afiliados al SPP. No obstante esta reflexión, veamos que el artículo 21 de la LPCL no establece una edad de retiro más que la prevista a los 70 años para la jubilación obligatoria y automática, vinculando la extinción por la jubilación semiautomática al cumplimiento de la edad de acceso a la pensión.

marco de la Ley N° 27252 el trabajador puede optar por una pensión de jubilación adelantada pero que se mantendrá constante en el tiempo, incluso después de los 65 años, por no ser regularizable, lo que la configura como una pensión de jubilación definitiva, de modo que, en este caso, sí devendría indubitable la aplicación de la jubilación semiautomática como causal de cese del vínculo laboral.

Podría discutirse si el caso resultaría igualmente aplicable si nos encontráramos frente a una jubilación anticipada en el marco del Decreto Ley N° 19990, visto que la misma no tiene carácter definitivo, por ser regularizable a los 65 años. Consideramos que sí, en razón de que, aun cuando provisional, representa ya una pensión efectivamente otorgada, que podría ser posteriormente reajustada cuando adquiriera su carácter definitivo. Ahora bien: no bastará que el empleador invoque la jubilación semiautomática por haber adquirido el derecho a tener una pensión de jubilación en la ONP o SPP, pues el artículo 21 de la LPCL también obliga al empleador a cubrir la diferencia entre la pensión y el 80 % de la última remuneración, pues solo de producirse tal compromiso es que se validaría el cese.

El TC lo ha entendido así en la sentencia emitida en el Expediente N° 01992-2007-PA/TC, donde precisó que:

4. En efecto, si bien es cierto que el artículo 21º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR establece que la jubilación es obligatoria para el trabajador, sea hombre o mujer, que tenga derecho a pensión de jubilación a cargo de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) o del Sistema Privado de Administración de Fondo de Pensiones, también lo es que esta norma legal establece como condición para que el empleador aplique esta causal que se obligue a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador y que comunique por escrito su decisión al trabajador. Como se aprecia del tenor de la carta de fojas 5, la empresa emplazada aplicó este dispositivo legal sin comprometerse a cubrir la diferencia entre el monto de la pensión que percibe el recurrente y el monto de la remuneración que recibía de su empleador, que, como se ha probado con las boletas de pago de fojas 6 y 7, es significativa; en consecuencia, la empresa emplazada aplicó ilegal e inconstitucionalmente la mencionada norma legal y despidió arbitrariamente al demandante, vulnerando sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario.

El TC otorga una importancia superlativa a la regla establecida en el artículo 21 de la LPCL, pues solo si se cumple plenamente la obligación de reintegro se valida la extinción del contrato de trabajo; de lo contrario, ella será declarada ilegal e inconstitucional.

En las casaciones laborales números 16297-2014-Ica y 02028-2015-Ica, la Corte Suprema no analizó este aspecto. Si bien creemos que es válido aplicar la causal del inciso 'f' del artículo 16 de la LPCL ante una pensión de jubilación adelantada otorgada al amparo de la Ley N° 27252, no es menos cierto que debe aplicarse la regla del reintegro o pago del diferencial contenido en el artículo 21 de la LPCL, lo que no se evaluó en los casos precedentes.

7. Conclusiones

A partir de lo hasta aquí indicado, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. En nuestro ordenamiento laboral privado, la jubilación constituye una causa de extinción del contrato de trabajo. Así, en el actual artículo 21 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (DS N° 003-97-TR) se comprenden dos supuestos que posibilitan el cese del trabajador.
2. En el primero de los supuestos —denominado doctrinariamente «jubilación semiautomática», se produjo un cambio normativo, trasladando al trabajador la tarea de iniciar el trámite de su jubilación en el caso de que el empleador se comprometiera a asumir una suma diferencial —reajustable— en el monto de la pensión mientras viva el trabajador.
3. Consideramos que aun cuando el tono mandatorio del párrafo del artículo 21 del TUO de la LPCP alude a que «[l]a jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer [...]», el trabajador podría no querer jubilarse aún y, por tanto, podría negarse a iniciar los trámites conducentes a una pensión de jubilación. Podría querer estar en su ánimo, en todo caso, laborar por cuenta ajena con otro empleador, desechando la propuesta de jubilación. Estimamos que el trabajador que se negara a iniciar los trámites de jubilación no podría, luego, ser despedido.
4. El segundo supuesto alude a una supuesta «jubilación obligatoria y automática». En este caso tampoco consideramos que estamos frente a un supuesto que termina inexorablemente con la necesaria jubilación del empleador. Lo que el legislador ha querido, más bien, es instituir una causal de cese del vínculo laboral por razón de la edad del trabajador, en este caso cuando este alcanza los 70 años. Lo que quiere decir que, aun cuando se configurara un supuesto de cese del vínculo laboral, ello tampoco obligaría forzosamente al trabajador a tener que jubilarse.
5. No encontramos justificación en el razonamiento del Tribunal Constitucional cuando precisa que la edad límite de 70 años no resulta de aplicación en el caso de la prestación del servicio de docente universitario. Y no es porque nos parezca que dicha edad debe aplicarse en todos los casos. Nuestra posición va en la línea de que igual criterio de revalorización del trabajo intelectual debiera hacerse extensible a otros oficios y actividades, y, por qué no, al conjunto de los trabajadores del sector privado que mostrara una aptitud aparente para un trabajo que no pusiera en riesgo su salud integral.
7. Somos de la opinión de que, aun cuando operara el acuerdo tácito de continuación de la relación laboral del trabajador que cumple los 70 años de edad, el empleador podría invocar esa razón para, eventualmente, ponerle término.

8. No estamos de acuerdo con que la sola obtención de una pensión de jubilación de parte del trabajador conlleve su subsecuente cese, por la mera invocación del literal 'f' del artículo 16 del TUO de la LPCL. En nuestra opinión, deberían configurarse los supuestos previstos en el artículo 21 para validar el cese laboral. Si bien podría existir una jubilación adelantada, ese solo hecho no posibilita al empleador a despedirlo. En todo caso, solo si se comprometieran mediante declaración jurada a asumir el diferencial previsto en la norma podríamos estar en un supuesto válido de extinción del contrato de trabajo, siempre y cuando, a su vez, se haga manifiesto el consentimiento del trabajador.
9. Las dudas jurisprudenciarles deberían zanjarse a través de una legislación más prolija y esclarecedora, que no dé pie a posiciones contradictorias. Tampoco debería seguirse con interpretaciones sesgadas solo en favor de determinados colectivos ocupacionales, como es el caso de los docentes universitarios, que podrían terminar deviniendo discriminatorias por contener criterios de apreciación que podrían fácilmente ser extensibles a trabajadores que desarrollan otras actividades, cuando no a todos los trabajadores.

ANEXOS

En los siguientes gráficos se muestran, en orden cronológico, las sentencias más relevantes de los asuntos tratados.

Gráfico 1. Acerca de la razonabilidad de los 70 años como causal de cese

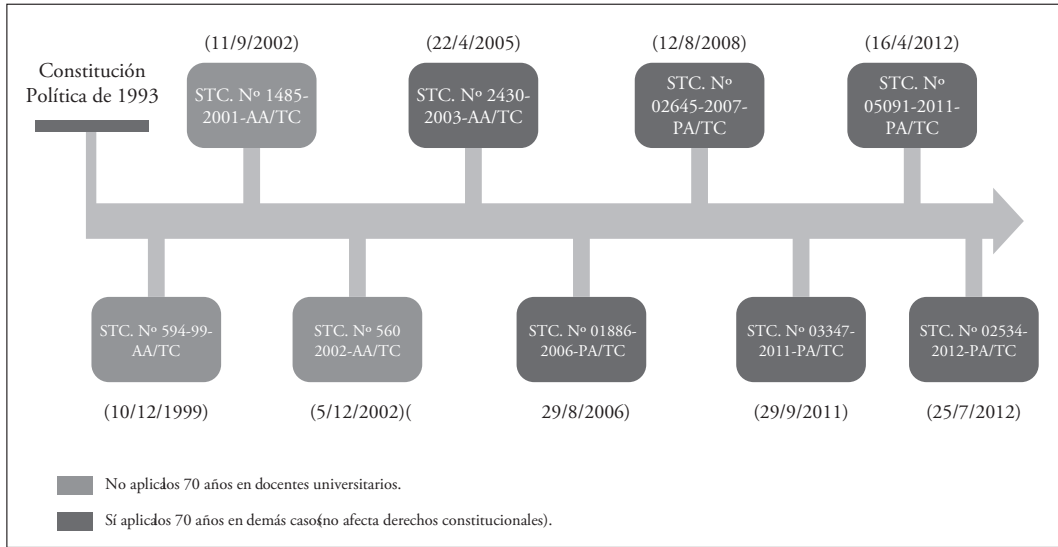


Gráfico 2. Acerca de la formalidad del pacto de continuidad del vínculo

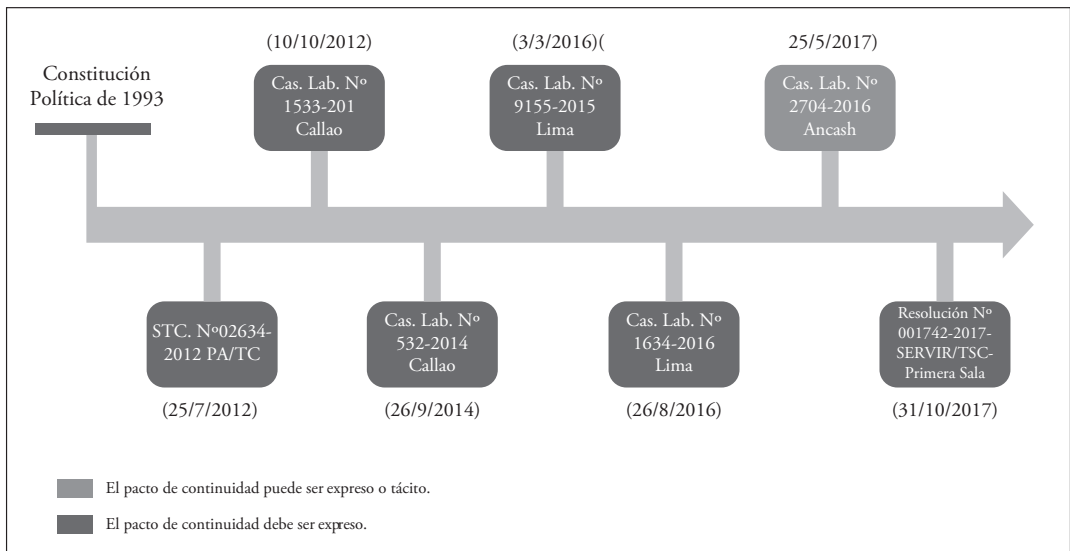
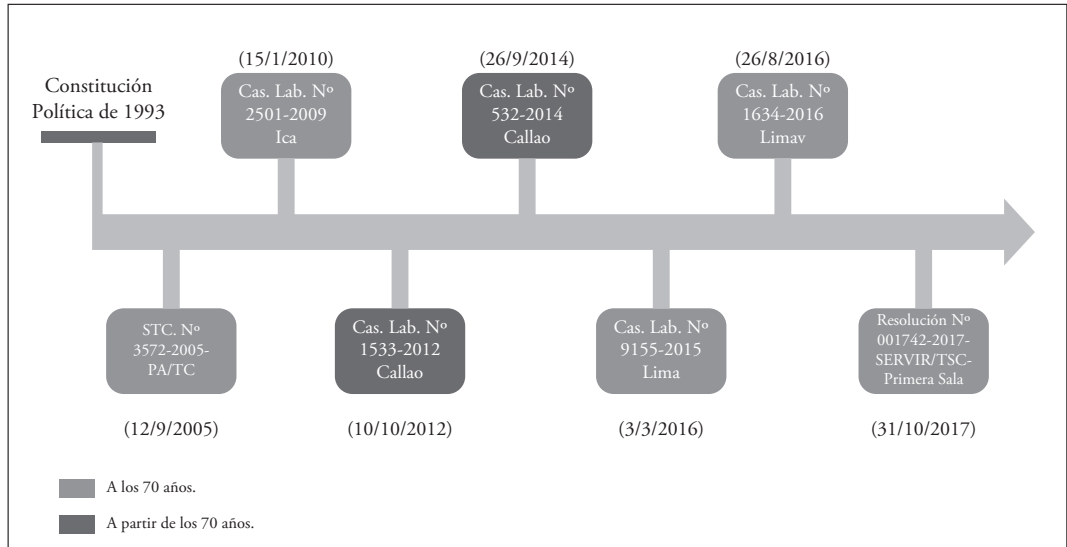


Gráfico 3. Acerca de la oportunidad para aplicar el cese por jubilación obligatoria y automática



Referencias

Anchondo, V. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*, 16, 33-58.

Benedetti, C. (2016). Principio de solidaridad y progresividad, a propósito de las aportaciones anteriores a octubre de 1962 en el Perú. En Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Ed.), *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 807-824). Lima.

Carrillo, M. (1997). La jubilación forzosa: alegato para su inconstitucionalidad. *Análisis laboral*, diciembre, 21-24.

Navarrete, A. (2013). La jubilación obligatoria y automática como causa de extinción del contrato de trabajo. *Gaceta Constitucional*, 67, 173-174.

Neves, J. (2007). La edad como causal de extinción o de restricción de la relación laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Soluciones Laborales*, diciembre, 23-25.

Paitán, J. (2016). Procedencia de la jubilación como causal de extinción de la relación laboral en la Casación N° 16297-2014-Ica. ¿Importa el cese del trabajador para percibir una pensión de jubilación en el régimen previsional privado? *Soluciones Laborales*, 108, 24-35.

Tapia, A. (2018). La cuestionable legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad. Recuperado de <https://www.laboral-social.com/jubilacion-forzosa-contradictio-terminis-oximoron-paradoja.html>

**OTROS RETOS DEL DERECHO
DEL TRABAJO EN EL PERÚ Y
AMÉRICA LATINA**

El Estado peruano y su vínculo con la Organización Internacional del Trabajo a cien años de su creación

Sergio Quiñones Infante
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Trabajo y Política Social por la Universidad Autónoma de Barcelona

Teresa Torres Chávez
Profesora de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magister en Desarrollo Social por el Institute of Social Studies, The Hague

Con este artículo queremos aproximarnos descriptivamente al vínculo que el Estado peruano ha mantenido con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a lo largo de sus cien años de vida institucional. Para ello, hacemos un breve repaso histórico de los orígenes de la organización y de los principios y valores que la inspiraron, a la par que evaluamos algunos hitos relevantes para el Perú en su condición de Estado Miembro.

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

1. A modo de introducción¹

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

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

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

¹ Este apartado se basa íntegramente en un artículo publicado previamente por unos de los autores (cfr. Quiñones, 2016).

Sin embargo, aquellas décadas finales de la citada centuria fueron testigo de lo que Neves (2012) denomina las «colosales transformaciones» que se originaron como consecuencia de la Revolución francesa y la Revolución Industrial, tanto en el plano de las ideas económicas, jurídicas y, sobre todo, políticas, como en el ámbito de la organización de la producción y del trabajo.

En esa línea, la literatura especializada (cfr. Boza, 2011; Neves, 2012; Palomeque & Álvarez, 1996; Sanguinetti, 1996) coincide tradicionalmente en afirmar que el derecho del trabajo surgió como resultado de la conjunción de tres factores histórico-sociales que fueron determinantes a fines del siglo XVIII e inicios del XIX: (i) el reconocimiento de la libertad de trabajo, (ii) las transformaciones sociales originadas por la Revolución Industrial y (iii) la «cuestión social» derivada del nuevo sistema de producción.

Asimismo, la mayoría de autores mantiene consenso respecto a que, luego de su surgimiento, el derecho del trabajo transcurrió por tres etapas claramente marcadas; así, por ejemplo, Boza afirma que «la doctrina clásica ha distinguido en este proceso tres etapas claramente diferenciadas, de acuerdo con la perspectiva con la que el Estado ha afrontado la cuestión social: la primera llamada de la prohibición; luego una de tolerancia y finalmente una de reconocimiento» (Boza, 2011, p. 9).

Luego:

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

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

2. Repasando un poco de la historia

Antes de entrar en la materia propia de este apartado, consideramos pertinente señalar que

el proceso de «constitucionalización» de los derechos sociales de la persona —o el acceso de estas situaciones jurídicas a las normas constitucionales—, dentro de los que se encuentran fundamentalmente los derivados de las relaciones laborales, se producirá recién dentro del primer cuarto del siglo XX, de la mano de la afirmación histórica de la categoría de Estado Social de Derecho. (Quiñones, 2007, p. 31)

De este modo, por primera vez en la historia, la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 contiene normas jurídicas sobre salario, jornada de trabajo, libertad sindical y derecho de huelga. Será sin embargo la Constitución alemana de Weimar,

de 1919, la que proporcione el modelo constitucional social para los textos europeos y americanos de la posguerra (Quiñones, 2007).

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

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

En ese sentido, desde su fundación, y sobre la base de su estructura tripartita, la OIT ha erigido un sistema de normas internacionales en todas las materias relacionadas con el trabajo, orientadas a la consecución de la justicia social, de modo tal que en sus 100 años de existencia se han internacionalizado las principales normas sociolaborales en temas como jornada de trabajo, protección de la maternidad, seguridad y salud ocupacional, abolición del trabajo forzoso y prevención del trabajo infantil, entre otros instrumentos destinados a promover mejores condiciones laborales a nivel global (Quiñones, 2016).

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

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

Carlos Blancas (2002) apunta en la misma dirección cuando afirma que el proceso de constitucionalización del derecho del trabajo es acompañado por un coetáneo proceso de internacionalización, en la medida en que los más importantes instrumentos internacionales de derechos humanos lo acogen en sus textos.

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

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

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

Ciertamente, a partir de la Declaración en cuestión:

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

Precisamente, como señala la propia OIT:

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

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

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

El Estado peruano es miembro de la OIT desde el 28 de junio de 1919. A la fecha ha ratificado 76² de un total de 189 convenios internacionales de trabajo. De ellos, los 8 convenios fundamentales, 3 de los 4 convenios de gobernanza y 65 de los 177 convenios técnicos.

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

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

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

Además, es preciso mencionar que, a la fecha, el Perú aún tiene 15 procedimientos activos ante el Comité de Libertad Sindical, y 19 procedimientos que se encuentran en etapa de seguimiento.³

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

3. El reto del centenario: el futuro del trabajo

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

La OIT cumple 100 años en un contexto complejo con respecto al logro de la justicia social. El mundo del trabajo experimenta un importante y constante proceso de cambio. Son diversas las fuerzas que lo vienen transformando, desde los cambios demográficos, el avance de la tecnología y el impacto del cambio climático hasta la evolución de la producción y el empleo, entre otros.

Debido a ello, el director general de la OIT, Guy Ryder, lanzó en 2015 la Iniciativa del Centenario sobre el Futuro del Trabajo en el marco de las celebraciones del centenario de la organización y su mandato para promover la justicia social. En la Memoria del Director General de OIT, elaborada con motivo de la 104 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo realizada el año 2015, se señaló que:

por definición, la iniciativa debe ser una contribución a la causa de la justicia social. Su importancia particular —y tal vez el interés que ha suscitado— radica en que ha surgido en un contexto de gran incertidumbre e inseguridad, y del temor de que la evolución del mundo del trabajo lo aleje del objetivo de la justicia social, en lugar de acercarlo. (OIT, 2015, p. 2)

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

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

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

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

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

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

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

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

En este contexto, un hito importante para la región está dado por la «Declaración de Panamá para el Centenario de la OIT: por el futuro del trabajo en las Américas»,⁴ adoptada en el marco de la 19.^a Reunión Regional Americana (Panamá, 2018), documento en el que se establecen prioridades para la OIT y para sus constituyentes para los próximos cuatro años de cara a la construcción de un mejor futuro del trabajo.

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

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

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

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

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

⁴ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/relconf/documents/meetingdocument/wcms_646374.pdf

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

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

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

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

4. El futuro del trabajo y la política pública peruana

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

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

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

4.1. Alineamiento de la «Iniciativa Centenario» de la OIT con los objetivos de política nacionales

Según el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico – CEPLAN (2018), «toda gestión pública moderna debe orientarse al logro de resultados que impacten positiva-

mente en el bienestar del ciudadano y en el desarrollo del país», y para ello debe tener como pilar fundamental a las políticas públicas nacionales y su adecuado planeamiento.

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

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

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

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

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

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

Ahora bien: el Acuerdo Nacional⁵ agrupa las Políticas de Estado en cuatro grandes objetivos: (i) el fortalecimiento de la democracia y del Estado de derecho, (ii) el desarrollo con equidad y justicia social, (iii) la promoción de la competitividad del país y (iv) la afirmación de un Estado eficiente, transparente y descentralizado.

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

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

A tal efecto, el Estado asumió —entre otros— los siguientes compromisos:

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

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

4.2. Algunos retos para el Estado peruano

Implementar acciones iniciales para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)

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

Precisamente, el ODS N.º 8 consiste en promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. Para ello, la Agenda 2030 propone algunas metas conexas, tales como reducir sustancialmente para el 2020 la proporción de jóvenes que no están empleados y no cursan estudios («jóvenes ni-ni»), poner fin al trabajo infantil en todas sus formas a más tardar el 2025, o lograr, para el 2030, un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.⁶

Ciertamente, las metas que cada uno de los ODS plantean constituyen un desafío enorme para el Estado y, además, demandan una actuación intersectorial y en los

⁶ Para mayor información, consultar: <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/summit/>

distintos niveles de gobierno; sin embargo, sería interesante ver en la agenda del Ministerio de Trabajo, para este año, la inclusión de algunas acciones preliminares que apunten a garantizar progresivamente que el Estado peruano alcance con éxito el ODS N.º 8 en el 2030.

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

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

En este sentido, la propuesta de imagen de futuro elaborada por CEPLAN se encuentra:

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

En efecto, de acuerdo con la ya mencionada Agenda 2030, los 17 ODS se agrupan en 5 *esferas críticas* para el desarrollo sostenible: personas, planeta, prosperidad, paz y alianzas. Dentro de la esfera de *prosperidad* está comprendido el ODS N.º 8, consistente en promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

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

Incrementar los ingresos de la población asalariada

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

Lo novedoso de este índice es que evalúa la situación del empleo en los países de América Latina a través de dos dimensiones: cantidad y calidad. Cada una de estas dimensiones, a su vez, está conformada por dos indicadores: participación laboral + ocupación, en la primera dimensión; y formalidad + salario suficiente, en la segunda.

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

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

En resumen, el Perú ocupa la segunda posición en América Latina en la dimensión de cantidad, con 80 puntos, mientras que se ubica en la 12.^a posición en la dimensión de calidad, con solo 30 puntos.

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

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

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

Promover la igualdad salarial y la no discriminación entre mujeres y hombres

De acuerdo con el «Índice Mundial de Brechas de Género» elaborado por el Foro Económico Mundial (2017), el Perú se ubicó en el *ranking* global en el puesto 48 de un total de 144 países evaluados.

Sin embargo, en la dimensión de «participación económica de las mujeres»⁷ nuestro país desciende en el *ranking* hasta el puesto 98, y en el indicador específico relativo a la «igualdad salarial por trabajos de igual valor», el Perú desciende 30 posiciones más y ocupa el puesto 128 de un total de 144 países.

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

Más aún: de acuerdo con la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza 2017, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el ingreso laboral promedio mensual de los hombres es de S/1566, mientras que el de las mujeres es de tan solo S/1107.⁸ De ahí que la brecha de ingresos entre hombres y mujeres en el Perú ascienda, aproximadamente, a 30%.

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

Sobre el particular, conviene recordar que mediante Resolución Ministerial N° 243-2018-TR se aprobó la guía que contiene las pautas referenciales —no vinculantes— para que los empleadores evalúen sus puestos de trabajo, cuenten con un modelo de cuadro de categorías y funciones, y conozcan el contenido mínimo de la política salarial. La guía en cuestión ha sido elaborada y publicada en cumplimiento del mandato normativo contenido en la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres —en vigencia desde el 28 de diciembre de 2017—, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 002-2018-TR.

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

Para ello, es indispensable reconocer que la brecha salarial por razón de género se explica principalmente por «factores subjetivos» que obedecen a patrones estructurales, asociados a la desigual división entre hombres y mujeres del trabajo doméstico y del cuidado de otras personas dependientes; en consecuencia, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal —entendida como corresponsabilidad

7 Las cuatro dimensiones que evalúa el «Índice Mundial de Brechas de Género» son: (i) participación económica, (ii) resultados educativos, (iii) salud y subsistencia y (iv) empoderamiento político.

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

entre géneros— resulta un pilar fundamental para alcanzar una real igualdad entre hombres y mujeres.

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

Ampliar la cobertura de protección social

En septiembre de 2017, la Comisión de Protección Social (creada por Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10) publicó su informe final con propuestas para la reforma integral del sistema de pensiones, el financiamiento y aseguramiento de la salud y la postergación del establecimiento de un seguro de desempleo.⁹

A modo de apretada síntesis, podemos destacar que la Comisión de Protección Social propone la creación de un nuevo sistema pensionario conformado por tres pilares complementarios (pensión básica universal + ahorro previsional obligatorio + aportes voluntarios); y, en materia de salud, la creación de un plan de beneficios universal financiado con recursos públicos y administrado por un fondo único, a la par que reducir progresivamente las contribuciones a EsSalud.

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

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

Referencias

- BID. (2017). Índice de mejores trabajos. En <https://mejorestrabajos.iadb.org/es>
- Blancas, C. (2002). El derecho al trabajo y el despido arbitrario. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional. *Ius et Veritas*, año XII, número 25. Lima: PUCP.
- Boza, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: PUCP.
- Carrasco, C. (2009). Tiempos y trabajos desde la experiencia femenina. *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, 108, pp. 46-57.
- CEPLAN. (2017). Informe nacional voluntario sobre la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Lima: CEPLAN.
- CEPLAN. (2018). *Guía de políticas nacionales*. 1.ª edición. Lima: CEPLAN.
- INEI. (2017). Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2007-2017. Lima: INEI.
- Neves, J. (2012). *Introducción al derecho del trabajo*. 2.ª edición. Lima: PUCP.
- OIT. (2003). Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006. Informe preliminar. Lima: OIT.
- OIT. (2015). La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo. Memoria del Director General. Informe I. Ginebra: OIT.
- OIT. (2016). Panorama laboral de América Latina y el Caribe. Lima: OIT– Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- OIT. (2017a). Inception report for the Global Commission on the Future of Work. Geneva: OIT.
- OIT. (2017b). Trabajo y cambio climático: la iniciativa verde. Memoria del Director General. Ginebra: OIT.
- OIT. (2017c). El futuro del trabajo que queremos. La voz de los jóvenes y diferentes miradas desde América Latina y el Caribe. Lima: OIT Américas Informes Técnicos 2017/7.
- OIT. (2017d). Síntesis de los Diálogos Nacionales sobre el Futuro del Trabajo. Ginebra: OIT.
- Palomeque, M., & Álvarez, M. (1996). *Derecho del trabajo*. 4.ª edición. Madrid: Centro de Estudios Ramón Arcés.
- Quiñones, S. (2007). *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: Palestra.
- Quiñones, S. (2016). Breve repaso a la evolución histórica del derecho del trabajo. *Ius et Veritas*, 52, pp. 258-268. Lima: PUCP.
- Quiñones, S. (2017). El futuro del derecho del trabajo. *Ius et Veritas*, 55, pp. 30-41. Lima: PUCP.
- Sanguinetti, W. (1996). El derecho del trabajo como categoría histórica. *Ius et Veritas*, 12, pp. 143-157. Lima: PUCP.
- World Economic Forum. (2017). The Global Gender Gap Report 2017. Switzerland.
- World Economic Forum. (2018). The future of jobs report 2018. Geneva: OIT.

Informalidad laboral e inspección del trabajo: reglas nuevas para un viejo problema

Ítalo Mórtola Román
Abogado por la PUCP.

Luis Mendoza Legoas
Abogado por la PUCP.
Master en Industrial and Employment Relations

Mucho se ha dicho —quizá no tanto escrito— con respecto a la relación entre la inspección del trabajo y la reducción de la informalidad laboral. Gruesamente, se puede advertir la presencia de dos tendencias claramente opuestas: están por un lado quienes defienden una concepción «fuerte» de la fiscalización laboral, como instrumento protagónico en la reducción de la informalidad laboral, dado su rol más característico como vigilante de la efectividad de las normas que confieren derechos a trabajadores (y obligaciones a empleadores); y, por otro lado, se encuentran voces que defienden una noción atenuada del papel de la inspección del trabajo contra este problema.

La historia reciente de la normativa de la inspección laboral en nuestro país nos muestra cómo, al compás de distintas administraciones, los gobiernos han tendido a fortalecer las sanciones administrativas, para luego reducir su cuantía por efecto de deducciones automáticas. Tendremos oportunidad de pasar revista a dicha experiencia regulatoria, que ha presentado, precisamente, a la lucha contra la informalidad laboral como pretexto.

Contra lo que pudiera pensarse inicialmente, consideramos que quienes han defendido esta flexibilización de las normas sancionadoras se adscriben dentro de la primera de las corrientes de opinión mencionadas: un concepto fuerte de la inspección del trabajo. Una mirada a los discursos y a los hechos evidencia que la fiscalización ha capturado casi siempre el protagonismo en la lucha contra la informalidad, por lo que (se concluye en dicha tesitura) la atenuación en la intervención de la inspección del trabajo respecto del sector formal es un presupuesto necesario para la formalización laboral: solamente así el aparato fiscalizador podría concentrarse en el sector informal del trabajo asalariado.

Vistas las posiciones encontradas, de forma preliminar puede anotarse que ellas mismas se contextúan en una discusión más amplia —y de una actualidad indiscutible— como es el debate entre los teóricos de la flexibilización de los derechos laborales para lograr una reducción sostenible de la informalidad, y entre quienes pensamos que cualquier flexibilización que pretenda generar impactos sostenibles requiere comprender aspectos más trascendentes que las fórmulas simplistas de reformas laborales, y que es totalmente necesario que tales reformas sean consultadas en los espacios de diálogo existentes institucionalmente, es decir, tanto a representantes patronales como a los de las organizaciones sindicales correspondientes. Por ejemplo, este debate se vislumbra nítidamente en las posiciones encontradas que

existen sobre la reposición de trabajadores víctimas de despidos que incurren en causas nulas (uno de los temas centrales de la posible reforma laboral). Como afirma la doctrina, el coste del despido «se coloca como elemento orientador de los procesos económicos que favorecen o distorsionan el mercado de trabajo y la creación de empleo» (Baylos & Pérez, 2009, p. 30).

Vistos bien en su real esencia, los debates anotados presentan temáticas complementarias, por lo que no debe perderse de vista su relación en el análisis de la utilidad de la inspección del trabajo frente al fenómeno de la informalidad laboral. Precisamente, en este artículo nos dedicaremos a analizar la relación existente entre ambos conceptos para proponer una reflexión fundamentada en las evidencias disponibles, con el fin de vislumbrar estos importantes temas en el panorama de las actuales discusiones sobre flexibilidad, formalización y derechos laborales.

1. Inefectividad de las normas de trabajo como sustracción de la protección social

Desde una perspectiva general, la persistencia del incumplimiento de normas jurídicas por parte de los sujetos obligados reporta una crisis del mismo ordenamiento que, de esa forma, se muestra insuficiente para garantizar la efectividad de sus propios preceptos. Un sistema positivo de normas requiere que los derechos enunciados se hagan realidad, pues (como reconoce la doctrina), «para poder hablar propiamente de Derecho, de que existe un sistema jurídico, las normas válidas (es decir, establecidas por procedimientos y órganos adecuados) también deben ser generalmente eficaces [...] la eficacia es, pues, una condición de la validez» (Atienza, 2018, p. 60).

La construcción tradicional de la legislación del trabajo en nuestro país se ha plasmado, principalmente, en normas protectoras del trabajador asalariado, con un progresivo reconocimiento de la importancia de la efectividad de los derechos enunciados en la legislación y en la Constitución. No obstante, ya no solo la tutela dentro del trabajo, sino también los esquemas de protección social, se han estructurado fundamentalmente en torno al trabajo asalariado que es registrado. La seguridad social en salud y en pensiones, entonces, está muchas veces condicionada al cumplimiento de formalidades que son, comúnmente, de cargo de la parte empleadora del contrato de trabajo. Así, la pertenencia al sector formal de la economía condiciona que prestaciones sociales asumidas por el Estado (o por privados) puedan cumplir su cometido. En contraposición a ello, el trabajo irregular (el que no es registrado ante las autoridades de trabajo) se encuentra *extra muros* de este esquema de protección.

Lo indicado no quiere decir, como interesadamente se suele sugerir, que una causa de la informalidad sea la extensión de la protección otorgada por la legislación laboral en general, o la existencia de ciertas instituciones del derecho laboral en particular: el despido o la estabilidad en el empleo. Sobre esto, Cuadros (2018) advierte, por ejemplo, cómo es que la contratación temporal se ha venido utilizando como un mecanismo de elusión contra la legislación que privilegia el contrato a

plazo indeterminado y otras normas de trabajo que reconocen derechos, lo que ha venido ocurriendo desde los años 1990.

La regulación del mercado de trabajo y sus instituciones presupone idealmente cierta homogeneización en las condiciones de trabajo: los empleos que ofrecen retribución producen bienestar e impulsan una maquinaria. Como refiere Rey, el empleo de hoy está caracterizado por su precariedad y escasez, por lo que una noción de bienestar desde el solo «derecho a un empleo» es necesariamente pobre. Siguiendo a este mismo autor, la inclusión social es el valor subyacente dentro del *derecho al trabajo*, cuestión determinante pues el ejercicio de la ciudadanía se concreta a partir de la no exclusión al que el mero empleo puede conducir (Rey, 2007, pp. 194-198).

Es así que no puede dejarse de lado que el derecho del trabajo (que se reconoce como un componente del derecho social) encierra una visión constitucional por la cual, además de la dimensión contractualista o monetaria —que, sin duda, tiene relevancia dentro del fenómeno laboral—, aborda preocupaciones mayores, orientadas a fomentar y proteger los derechos subjetivos que enuncian las normas de trabajo.

Como es sabido, la renta de la población trabajadora se deriva de la puesta a disposición de sus servicios a terceros, quienes dirigen su prestación de servicios bajo el título del contrato de trabajo. Dichos terceros son el centro de imputación de la abrumadora mayoría de obligaciones y cargas, cuya naturaleza trasciende el simple intercambio de prestaciones recíprocas y sinalagmáticas, y que se enclavan en el carácter social del trabajo y en el precepto constitucional que configura al nuestro como un Estado social. De ahí que el cumplimiento de la legislación laboral sea un asunto de transversal interés para los individuos que trabajan, para quienes emplean a tales individuos y, desde luego, para el tercer actor involucrado: el Estado.

Caracterizadas así las obligaciones derivadas de la norma de trabajo, puede apreciarse con mayor nitidez la importancia de las funciones del Estado como actor relevante en las relaciones laborales. Sin ese control, la elusión no solamente afectaría institucionalmente la legitimidad de las reglas de protección fijadas por el Estado o por vía de la autonomía colectiva; junto con ello se socavaría el presupuesto esencial de la lectura coordinada de los artículos 22 y 23 de la Constitución, que permiten entender que, como «base del bienestar social» y «medio de realización de la persona», el trabajo puede concebirse como un derecho que genera obligaciones de acción inmediata para el Estado. Por esto, la Administración del Trabajo no puede permanecer inactiva frente al incumplimiento de la legislación laboral sin que, con ello, traicione la finalidad tutelar que el derecho del trabajo le asigna para la promoción de las condiciones de vida de la población trabajadora.

De modo específico, con respecto al problema del trabajo asalariado informal, el Estado tiene mandatos constitucionales ineludibles: garantizar el «libre acceso a prestaciones de salud y pensiones» (artículo 11), así como el derecho al «acceso a un puesto de trabajo» y a «no ser despedido sin causa justa» (artículos 22 y 27),¹ resulta

1 Ello conforme con la interpretación del artículo 22 constitucional, establecida en el fundamento 3.2.1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 22 de octubre de 2012 (Expediente N° 3966-2012-AA/TC).

una modalidad de «atención prioritaria», lo que se refuerza especialmente cuando involucra a personas con discapacidad, menores de edad y a madres o gestantes trabajadoras (artículo 23, primer párrafo). También debe velar por que no se limiten los «derechos constitucionales» ni se rebaje «la dignidad del trabajador» (artículo 23, tercer párrafo) y, además, para que se reconozcan los derechos laborales mínimos enunciados en la Constitución, como la jornada máxima, el derecho al pago de una remuneración equitativa y —de forma muy importante— el reconocimiento de los derechos asociativos específicos y de sus medios de acción: la libertad sindical.

En definitiva, las vicisitudes económicas y la contingente calificación de informal que puede merecer un puesto de trabajo no pueden suponer el cese o matización de las obligaciones estatales de promoción de los derechos sociales de la población trabajadora inmersa en empleos informales. Por el contrario, como se recuerda, el Estado «debe promover condiciones para el progreso social y económico de la población mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo», como establece el artículo 23 de la Constitución Política.

2. El complejo concepto de informalidad laboral: definición y aspectos pragmáticos

Los vínculos jurídicos originados en contratos de trabajo producen relaciones obligatorias que, típicamente, presuponen cierta unidireccionalidad, en tanto que es el empleador quien asume la posición de ser una suerte de centro de imposición de obligaciones y cargas de declaración y registro ante el Estado. Desde visiones contractualistas, el incumplimiento de las obligaciones legales que se imputan a una de las partes de un vínculo jurídico es calificado como un comportamiento antijurídico, pues contraviene al sistema legal. En los contratos de trabajo, el incumplimiento de las cargas sociales complementarias a la lógica contraprestativa constituye, pues, comportamientos ilícitos que tienen por consecuencia la imposición de obligaciones complementarias a esa parte contractual: ya no solamente deberá cumplir con la prestación específica que había eludido, sino que además debe asumir una serie de consecuencias adicionales.

Como es sabido, la ruptura del carácter sinalagmático o de las cargas adicionales puede subsumirse en la figura de la «crisis de cooperación», respecto de la cual, desde el derecho procesal, se ha teorizado para graficar la ruptura de la relación obligatoria entre los sujetos (Priori, 2006; Mendoza, 2011), produciéndose un «desajuste» en las prestaciones ejecutadas por las partes del contrato de trabajo: mientras una de ellas provee su fuerza laboral, la otra cumple con retribuirlo, mas no con la legislación imperativa que tiene por función el proteger los derechos implícitos en esa especial forma de vinculación jurídica: el trabajo asalariado o dependiente.

En definitiva, lo que interesa relevar aquí es que, junto con el enfoque tradicional de incumplimiento de las normas heterónomas —con el que comúnmente se asocia la informalidad—, resulta que la elusión de las normas de trabajo también reporta un incumplimiento que afecta la esfera jurídica de la parte trabajadora. Por esta sola razón, los enfoques económicos que proponen soluciones al problema de la infor-

malidad con fórmulas limitadas a la mera reducción de «costos laborales» son, en toda su extensión, insuficientes. Dejan de lado un aspecto crucial: como recuerda la Declaración de Filadelfia, de 1944 —tómese nota de la importancia del contexto mundial el año de esta afirmación—, el trabajo no es una mercancía, lo que nos remite al tan mentado carácter inescindible entre el trabajo realizado y la persona que lo presta (Ermida, 2006, p. 20).

Lo anotado por el profesor Ermida nos permite comprender el porqué de la urgencia de la acción estatal con respecto a la superación del estado de informalidad, pues la situación de irregularidad en el registro condiciona —tal y como ya está visto— el goce efectivo de derechos sociales y económicos por parte de la población trabajadora inmersa en esta problemática.

Ciertamente, los procesos jurisdiccionales y administrativos deben contar con un enfoque integrado para hacer frente al incumplimiento de la norma laboral. A la fiscalización laboral le compete la supervisión y, en su caso, proposición de los mecanismos disuasorios legalmente establecidos; pero también, como parte de la autoridad administrativa de trabajo, le es atribuible la emisión de requerimientos y mandatos de tipo provisional que apuntalen al cumplimiento ante atentados manifiestos contra derechos fundamentales.

No puede dejarse de lado el importante hecho de que el trabajo informal adopta diversas formas y que, encarnado en personas, afecta a sujetos dentro de una enorme variedad de supuestos, por lo que los enfoques de la inspección del trabajo deben ser flexibles. Así, la inspección del trabajo rural o del trabajo doméstico usualmente deberá adoptar procedimientos integrados con otras prestaciones públicas o hasta privadas orientadas a asegurar que el alcance de su actuación genere tránsitos hacia la formalización que superen el simple acto del registro.

Las dificultades que ámbitos de trabajo como los mencionados suponen para la actuación fiscalizadora no son algo sencillo. Pero las estrategias tienen que implementarse dado el deber estatal de fiscalizar todas las relaciones de trabajo. Por ejemplo, en el caso del trabajo doméstico, junto con el registro obligatorio, es al menos importante subrayar la generación de instrumentos para la inspección del trabajo doméstico remunerado en viviendas familiares. De esa forma, prescindiéndose de la orden judicial que habilita el ingreso del inspector en la vivienda, es posible que el inspector solicite la documentación laboral al presentarse en el domicilio. Nuevas estrategias como estas evitan que la imposibilidad del inspector de ingresar al hogar se convierta en un obstáculo que paralice la fiscalización (Lexartza, Chaves & Carracedo, 2018, p. 257).

Más allá del trabajo asalariado, la informalidad en la economía también se presenta en formas de trabajo por cuenta propia. Sobre ello, en ejecutorias del Tribunal Constitucional encontramos aspectos saltantes de la problemática de la informalidad general, como por ejemplo ha ocurrido respecto del trabajo ambulatorio (que comúnmente es una forma de autoempleo). Es preciso recordar que el artículo 59 de la Constitución señala que «el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria». En la sentencia del 19 de julio de 2016 (Expediente N° 24-2013-PI/TC), se trató de forma equiparada a las libertades de comercio y de trabajo, dándose cuenta de que ambas se extienden

a quienes realizan actividades productivas en forma ambulatoria («en un establecimiento abierto al público», dice el fundamento jurídico 16 de dicha ejecutoria). De esa forma, la prohibición de comercio ambulatorio informal no es sostenible, desde la perspectiva del alto tribunal, puesto que la reglamentación que se efectúa sobre uso de espacios públicos, por parte de los gobiernos locales, no debe socavar el ejercicio de tales derechos fundamentales.

3. La inspección del trabajo como mecanismo de supervisión para una formalización sostenible

Se ha escrito que la Administración del Trabajo tiene una actividad de carácter policial, que dentro de las relaciones laborales implica «un conjunto de facultades vinculadas esencialmente con el contralor del cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestas por las normas laborales a los sujetos individuales y colectivos del Derecho del Trabajo, así como la penalización de las infracciones constatadas» (Navarro, 2010, p. 42).

La dinámica de la inspección del trabajo resulta importante, como se ha visto, para la fase de incorporación de trabajadores en situación informal a la planilla del empleador. Las demás intervenciones de la fiscalización administrativa, siendo relevantes para la efectividad de derechos, no están pensadas para «formalizar» la relación contractual en sí misma. Si bien pueden tener un impacto complementario relevante (por ejemplo: por una orden de la inspección se impone a una agencia de turismo de aventura que contrate el seguro complementario por trabajo de riesgo para sus trabajadores), la permanencia del trabajo registrado o «normalizado» por el mandato de la inspección del trabajo en la formalidad es, principalmente, un resultado atribuible a la cultura de cumplimiento y no evasión de parte de los sujetos obligados (las empresas).

Esto manifiesta la necesaria modestia que debe atribuirse al enfoque fiscalizador en cualquier trazado de estrategia o planificación frente al problema de la informalidad laboral. Lamentablemente, la ausencia de esta perspectiva ha campeado entre las reformas practicadas a la legislación de la inspección del trabajo y de las sanciones que esta impone. En materia sancionadora, cabe recordar que, junto con la mera disuasión del incumplimiento de las normas de trabajo, la sanción también busca que, mediante el castigo y la rehabilitación del empleador infractor, se eduque a los infractores (Bueno, 2018, p. 81).

Como es sabido, bajo el pretexto de apuntalar la formalización, en años recientes se ensayó un incremento generalizado de multas a las empresas en situación de informalidad (expresada en el criterio de asignación de la máxima escala de multas administrativas, con la modificación operada por el Decreto Supremo N° 12-2013-TR, de diciembre de 2013). No obstante, al poco tiempo, tras la entrada en vigencia de dicha norma, no tardó en legislarse un llamado «privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras» (Ley N° 30222, del año 2014), que fijó un régimen temporal de reducción automática de multas para la generalidad de infracciones. Todavía más: tras la extinción de dichos descuentos, una reforma de la tabla

de multas fijó un régimen permanente con una rebaja general de las sanciones con respecto al parámetro que se estableció en 2013 (lo cual se reglamentó a través del Decreto Supremo N° 15-2017-TR).

A partir de una revisión de las reformas operadas en el último lustro, se advierte que la reglamentación de los desincentivos al incumplimiento de las normas de trabajo ha tenido finalidades y métodos carentes de congruencia en relación con alguna política con respecto al problema de la formalización. Peor aún: ellas no tuvieron siquiera una fase de consulta con las representaciones de los actores sociales ante el espacio institucional de diálogo: el Consejo Nacional del Trabajo.²

Esto, sin ninguna duda, tiene que ver con una visión aislada de la inspección del trabajo, que más allá de lo que pueda declararse a nivel político, ha actuado muchas veces sin la necesaria sinergia de prestaciones y mecanismos existentes que pueden coadyuvar a una formalización sostenible. Pueden citarse experiencias pasadas en las que —por más afán de efectismo que por una real preocupación por lograr efectividad en las intervenciones— se han impulsado actuaciones inspectivas a favor del registro de trabajadores, sin que existan adecuados mecanismos de supervisión y acompañamiento de las entidades empleadoras fiscalizadas.

Muestra de ello es que, según una investigación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, entre los años 2014 y 2017 se observó una tendencia desfavorable en la evolución del empleo de las empresas inspeccionadas tras la fiscalización. Ello en contraste con otras empresas del sector, que en el mismo periodo fueron visitadas por inspectores de trabajo.

Cierto es que esta sola información no permite concluir que, de cara a la eficacia de los derechos laborales, la situación de las empresas con mayor número de empleados sea necesariamente mejor. Por el contrario, puede suponerse que gran parte de ese diferencial en favor de las empresas que no fueron fiscalizadas es, en rigor, un empleo precarizado. Esto debido a que, sin un adecuado control de la efectividad de las normas de trabajo, difícilmente puede suponerse un cabal y espontáneo cumplimiento de parte de los sujetos obligados. Por ello, más allá del comparativo respecto del crecimiento del empleo formal en empresas fiscalizadas y empresas que no lo fueron, es preciso prestar atención a otros indicadores que permitan tener un panorama más completo de las consecuencias de la intervención de la inspección del trabajo.

2 Únicamente se tiene registro de que, por la vía del diálogo social, se sentó una norma de encomiable finalidad, pero de pobre aporte en la arena del combate contra la informalidad. Nos referimos a la prohibición de que dos fiscalizaciones planificadas sobre la misma materia y respecto del mismo sujeto inspeccionado, dentro del mismo año fiscal, concluyan en dos sanciones distintas (artículo 3 del Decreto Supremo N° 7-2017-TR). A los problemas implícitos en la aplicación de esta norma nos referiremos más adelante.

Empresas inspeccionadas: evolución en el nivel de empleo, según años de experiencia de la empresa

Var. % en el nivel de empleo respecto del mes de la inspección, por años de la empresa (2014-2017)

	2014	2015	2016	2017*
Hasta 5 años				
1 mes después	1.4%	4.5%	3.1%	4.3%
3 meses después	11.1%	5.5%	3.3%	5.7%
6 meses después	48.2%	237.4%	1.4%	13.8%
De 6 a 10 años				
1 mes después	10.1%	2.8%	2.5%	6.2%
3 meses después	6.6%	4.0%	48.9%	9.9%
6 meses después	15.9%	6.0%	51.9%	6.0%
De 11 a 15 años				
1 mes después	0.4%	4.4%	1.5%	5.8%
3 meses después	-0.1%	3.3%	-0.5%	8.6%
6 meses después	2.0%	0.0%	-1.5%	15.2%
De 16 a 20 años				
1 mes después	2.4%	3.7%	1.6%	5.2%
3 meses después	3.9%	6.2%	0.5%	5.2%
6 meses después	2.0%	-3.5%	-2.6%	5.9%
Mayor a 20 años				
1 mes después	1.0%	2.7%	1.4%	0.7%
3 meses después	2.7%	2.8%	1.0%	1.8%
6 meses después	3.5%	0.9%	-0.6%	1.5%

*La información de la Planilla Electrónica disponible a octubre de 2017

Var. interanual en el número de trabajadores respecto del mes de la inspección, por años de la empresa (2014-2017)

	2014	2015	2016	2017*
Hasta 5 años				
1 mes después	-1	0	-1	0
3 meses después	-6	-2	-2	3
6 meses después	-6	-5	-6	2
Hasta 5 años				
1 mes después	-1	0	-2	-2
3 meses después	-4	-3	-2	-4
6 meses después	-7	-6	-1	-1
De 11 a 15 años				
1 mes después	-1	0	0	-1
3 meses después	-2	-1	-1	-4
6 meses después	-2	-3	-3	-10
De 16 a 20 años				
1 mes después	-1	0	-3	3
3 meses después	-1	1	-3	8
6 meses después	-1	-1	-8	11
Mayor a 20 años				
1 mes después	-4	-2	0	-1
3 meses después	-7	1	1	-10
6 meses después	-7	0	-1	-8

*La información de la Planilla Electrónica disponible a octubre de 2017. Los valores reportan cambios en el número de trabajadores.

Fuente: Sistema Informático de Inspecciones de Trabajo - SIIT, Planilla Electrónica y SUNAT.
Elaboración: Dirección de Supervisión y Evaluación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018).

En esa línea, analizando la estadística de la Autoridad de Trabajo (fundamentalmente el Sistema Informático de Inspecciones del Trabajo), puede decirse que, en general, las empresas que fueron alcanzadas por la fiscalización laboral entre los años 2013 y 2017 tuvieron un incremento en el número de prestadores de servicios contratados bajo modalidades civiles. La suspicacia que este dato genera es alimentada por el hecho de que, desde antiguo, la locación de servicios ha sido un contrato bastante utilizado por empleadores que tienen afán de ocultar vínculos de trabajo asalariado en una categoría contractual distinta, exenta de los costes que la legislación laboral impone.

Empresas inspeccionadas: variación en el número de locales por empresa

Se observa un fuerte incremento en el número de locales de servicios en las empresas inspeccionadas.

El incremento es mayor luego de 6 meses que después de 3 meses de haber sido inspeccionada.

Variación porcentual del número de locadores por empresas respecto del mes de inspección (2013-2017)

	2013	2014	2015	2016	2017
3 meses después de la inspección	19%	25%	26%	29%	17%
6 meses después de la inspección	24%	18%	34%	32%	37%

Fuente: Sistema Informático de Inspecciones de Trabajo - SIIT, Planilla Electrónica y SUNAT.

Elaboración: Dirección de Supervisión y Evaluación del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018).

Esta evidencia nos permite volver a la crítica de la regulación del Sistema de Inspección del Trabajo. Sin una sustentación adecuada ni una estimación del impacto que se generaría, el Decreto Supremo N° 7-2017-TR impuso una llamada «prohibición de duplicidad de inspecciones». De acuerdo con dicho mandato, la inspección del trabajo estaba vedada de programar más de una fiscalización sobre la misma materia y respecto del mismo sujeto inspeccionado. Esto, que bajo una mirada superficial podría remitir a una regla justa para limitar la intervención de la autoridad administrativa sobre las relaciones de trabajo en aspectos formales o hasta subsanables, tiene también aplicación en operativos de formalización (privándose a la fiscalización planificada de efectuar un adecuado control del devenir de las incorporaciones de trabajadores al registro) e incluso de la adecuada protección de los derechos fundamentales en la inspección del trabajo cuando se realizan operativos oficiosamente programados en materias como igualdad y no discriminación, libertad sindical, trabajo infantil o trabajo forzoso. Por aplicación de esta norma, un incumplimiento detectado impediría que la infracción de no registrar a trabajadores, por ejemplo, pueda ser controlada de forma eficaz en fiscalizaciones sucesivas dentro de un mismo año, o, en el mejor de los casos, supondría que los inspectores deberían encuadrar tales supuestos de incumplimiento dentro de la figura de las infracciones continuadas.

Es pues importante que, como parte de la revisión de la normativa de la inspección del trabajo, la regla contenida en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 7-2017-TR sea revisada puesto que, en un escenario de formalización a través de la inspección del trabajo, su efecto no solamente limita la utilidad de la intervención programada de la autoridad de trabajo, sino que puede generar espacios de impunidad temporal allí donde no se presenten denuncias (piénsese en escenarios de peores formas de afectación de derechos fundamentales en el trabajo). Entonces, la limitación anual de actuaciones oficiosas de la fiscalización laboral resulta contraria a la misión de vigilancia de la inspección del trabajo.

Sin actuación planificada constante, la inspección del trabajo se vería limitada a presenciar cómo, en un año, las empresas ya inspeccionadas por operativos planificados adopten, de ser el caso, estrategias de ocultamiento del trabajo asalariado. Para ello no es necesario siquiera distraer los limitados recursos de personal inspector con que cuenta la Administración del Trabajo, pues los registros oficiales de pres-

tadores de servicios permiten ya advertir las variaciones porcentuales del número de trabajadores y de locadores de servicio que ocurren tras la visita de la inspección del trabajo, pudiéndose con ello formular una hipótesis de incumplimiento (la que, a su vez, adquirirá una mayor verosimilitud en la medida en que el volumen de ventas declaradas por dichos emprendimientos muestre un índice proporcionalmente inverso al del número de prestadores de servicios).

Como se advierte, las continuas reformas practicadas a las normas centrales de la inspección del trabajo —que, además, fueron planteadas por diversas administraciones de gobierno— expresan una visión discrepante sobre la instrumentalidad de la inspección del trabajo con respecto a las metas de formalización laboral. En ocasiones, parece dejarse de lado que la formalización puede y debe ocuparse de aquel ámbito empresarial donde sí existen condiciones para satisfacer los estándares exigidos por las normas laborales. Frente a ello, es preciso recordar que las inspecciones de trabajo constituyen un medio de autodefensa del ordenamiento laboral. Por ello, en consecuencia con esa naturaleza, debe buscarse una actuación fiscalizadora proactiva que, decidida y oficiosamente, desarrolle acciones clave de formalización allí donde las empresas inspeccionadas tengan capacidad de cumplir con la regulación de forma permanente.

Todavía más: la fiscalización laboral puede prevenir el «ingreso y salida» de trabajadores del registro formal, a través de fiscalización trazada según planes que evalúen el comportamiento de los empleadores que sean sujetos de inspecciones vinculadas a deberes formales de declaración y registro de trabajadores. Como está visto, la elusión de las normas de trabajo no debería perderse de vista, máxime si la información disponible da cuenta de que en dichos ámbitos la acción elusiva se estaría dando a través del incremento del uso de contratos de locación de servicios. Por ello, cabe interrogarse: ¿qué mejor oportunidad para aplicar actuaciones de investigación con una estrategia planificada sobre las empresas (en particular) y los sectores (en general) donde se viene advirtiendo este fenómeno?

Existen condicionantes normativos que deben ser superados, tales como la regla mencionada de «duplicidad de inspecciones». No obstante, en el marco normativo dado ya se viene emprendiendo una estrategia de formalización. Esta cuenta con un eje de fiscalización laboral que atiende a objetivos perfilados. Por un lado, hacia un control focalizado en las relaciones de empleo formal (donde las obligaciones legales son conocidas y sí existe aptitud de cumplimiento). Y, por otro, hacia la generación de sinergias que involucren una verdadera articulación pública y privada que permita sentar bases sólidas para que los segmentos del mercado informal se integren progresivamente al trabajo con derechos.

En este segundo grupo se encuentran dos subgrupos: por un lado, el conjunto de los empleadores que, pudiendo cumplir con la normativa laboral, únicamente necesitan de una mínima intervención para poder encontrarse en la «formalidad laboral» (lo que puede ejemplificarse con la simplificación administrativa, o con la mera difusión de los derechos laborales). Por otro lado, están también en el segmento informal aquellos emprendimientos que, en todo rigor, no pueden soportar el gravamen de las cargas tributarias, laborales, entre otras existentes, sin comprometer la continuidad de su actividad empresarial.

En este último subgrupo pueden encontrarse, por ejemplo, ciertas empresas de subsistencia que cuentan con trabajadores asalariados, pero cuya renta y sostenibilidad son frágiles. No se trata —y esto cabe resaltarlo— de un supuesto general, como muchas veces se permiten indicar quienes abogan por el retroceso de la protección de la parte trabajadora. Es, más bien, un segmento empresarial que tiene características y dinámicas que, necesariamente, acotan su ámbito subjetivo a supuestos nada extrapolables al promedio de la realidad empresarial peruana (ni siquiera a la realidad común de la microempresa). Ante este tipo de empresas, el control de la inspección del trabajo no aporta demasiado en materia de «formalización» (aunque sí debiera poder intervenir para corregir abusos contra derechos fundamentales a través de operativos planificados adecuadamente o por la vía del mecanismo de la denuncia).

No puede soslayarse que este cambio de perspectiva sobre la función de la inspección en la formalización se sostiene en un contexto de fortalecimiento del sistema de inspección del trabajo. Así, más allá de la nomenclatura de la Ley N° 30814 —que se refiere a esta evolución principalmente a través de la reconcentración provisional de competencias fiscalizadoras en la SUNAFIL—, se observa un escenario en el que el número de inspectores se ha incrementado de 624 a 924, ampliándose no solamente las atribuciones funcionales de un número importante de ellos (los llamados «inspectores auxiliares», categoría inicial en el escalafón de estos servidores), sino también a través de una expansión del alcance territorial de la mencionada Superintendencia.

Todavía más: otro eje de trascendencia para la formalización tiene que ver con el salto tecnológico de las inspecciones de trabajo. Lejos del paradigma de los expedientes escritos, las tecnologías de la comunicación deben ser implementadas en este servicio público para atender las necesidades actuales del mundo del trabajo y adecuar las formas de actuación (Vega, 2009, p. 45). Esto debido a que «la incidencia de la informática [...] en la propia práctica del Derecho es de una importancia muy superior a la de cualquier otra innovación tecnológica que se haya producido en los últimos tiempos» (Atienza, 2018, p. 377). Un mayor uso de la tecnología permitirá que las labores de los inspectores se realicen de forma más rápida y pueda articularse de manera más eficiente con bases de datos que faciliten el reconocimiento de hipotéticas situaciones de incumplimiento, las que podrían ser abordadas según criterios de valoración de los riesgos existentes para las personas que trabajan y para el propio cuerpo inspector.

No obstante, los desafíos a la inspección del trabajo en el eje de formalización laboral no se acabarán con estas acertadas acciones. La lógica más elemental permite inferir que, a mayor formalización, existirá también una mayor demanda de los servicios de la inspección del trabajo. Los trabajadores en relaciones laborales formalizadas tenderán a tener mayor información sobre la exigibilidad de sus derechos, sea por resultado espontáneamente asumido por el empresario dentro del propio proceso de formalización, sea como resultado de requerimientos forzados que se hayan formulado en fiscalizaciones previas. Por ello es tan importante apuntalar una inspección planificada, que priorice la meta de eliminación de la informalidad laboral dentro del sector formal.

Ahora bien: todo lo anotado hasta aquí no quiere decir que la formalización de pequeñas empresas o microempresas carezca del elemento compulsivo que supone la inspección del trabajo. En general, esta actuación fiscalizadora debería entenderse dentro de tal ámbito como una herramienta complementaria a otras que aborden una problemática empresarial un tanto más compleja: el desarrollo de mejores capacidades productivas y de sostenimiento empresarial. Así, en ámbitos subjetivos determinados (y no a través de regulaciones ambiguas y erráticas por su generalidad), es de esperarse que la inspección pueda transformarse, previa aceptación del sujeto inspeccionado, en un tipo de proceso distinto, en el que la intervención de la autoridad administrativa de trabajo se oriente a asegurar un compromiso de formalización del empresario intervenido para desarrollar acciones de promoción y acompañamiento que apunten de la mejor manera posible su aptitud de cumplir con las regulaciones laborales.

¿Significa esto fomentar el incumplimiento de normas laborales? De ninguna manera. Se trata de reconocer que se requieren estrategias distintas para abordar la situación de empleadores que no tienen las condiciones para cumplir las normas de trabajo y de empleadores que, con un razonamiento económico, no encuentran incentivos suficientes para cumplir con ellas. Las relaciones de trabajo en estos dos grupos de empresas difícilmente podrán ser formalizadas desde un enfoque eminentemente fiscalizador. Por el contrario, es preciso articular la inspección con estrategias de empleabilidad y productividad laboral, de promoción del diálogo social y de auxilio en las cargas burocráticas que se requieren para la formalización. Igualmente, es preciso reconocer —como ha puesto en relieve la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT— que «la función de control y asesoramiento e información son complementarias, en cuanto que ambas buscan la aplicación objetiva de las disposiciones legales» (Vega, 2009, p. 12).

4. Conclusión: formalidad laboral como efectividad de las normas de trabajo

Con respecto al problema de la informalidad laboral, como se ha dicho ya, el Estado tiene un mandato constitucional relevante: debe prestarle atención prioritaria, máxime si su definición conlleva el riesgo de limitar, *de facto*, el ejercicio de los derechos constitucionales, o de mellar gravemente la dignidad de la persona que trabaja.

Por definición, las relaciones de trabajo en las que no existe cumplimiento de la normativa de trabajo son relaciones de trabajo que requieren de una intervención de la inspección laboral, básicamente por tres movimientos orientadores para ese abordaje: la garantía administrativa de derechos laborales, la autodefensa del ordenamiento jurídico a través de procedimientos específicos y, desde luego, la falta de realización del principio democrático en las relaciones laborales en la informalidad, por lo que el riesgo de que puedan producirse serias lesiones a los derechos fundamentales de las personas crece precisamente allí donde el poder privado pudiera ejercitarse de forma autoritaria y represiva (Baylos & Pérez, 2009, pp. 46-47).

A lo largo de este ensayo hemos podido advertir que el problema de la informalidad laboral adopta formas diversas que afectan al trabajo asalariado, mereciendo

todas ellas modalidades adecuadas de actuación de la Administración del Trabajo: flexibles, por un lado, e integradas con otras actividades y prestaciones existentes, por otro. De lo que se trata, finalmente, es de generar transiciones de emprendimientos y de trabajadores desde la economía informal hacia una situación regular. De la permanencia en dicha situación depende el que pueda plantearse la concesión de trabajo decente en una realidad en la que esto parecería una utopía.

Referencias

- Atienza, M. (2018). *Introducción al derecho*. Lima: Zela Grupo Editorial.
- Baylos, A., & Pérez, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. 2.^a edición. Madrid: Trotta.
- Bueno, C. (2018). Políticas de formalización en América Latina. En Salazar-Xirinachs, J., & Chacaltana, J. (Eds.), *Inspecciones del trabajo* (pp. 71-105). Lima: Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Cuadros, F. (2018). «Rigidez laboral» y contratación temporal en el Perú: entre el mito y la falacia. *Análisis Laboral*, 487, 11-14. Recuperado de <http://www.trabajodigno.pe/wp-content/uploads/2016/02/Rigidez-Laboral-y-Contratación-Temporal-en-el-Perú.-Entre-el-Mito-y-la-Falacia1.pdf>
- Ermida, O. (2006). Ética y derecho del trabajo. *Iuslabor 1/2006*, pp. 1-34. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58081>
- Lexartza, L., Chávez, M., & Carracedo, A. (2018). Políticas de formalización en América Latina. En Salazar-Xirinachs, J., & Chacaltana, J. (Eds.), *Equidad en la legislación laboral para el trabajo doméstico* (pp. 243-267). Lima: Organización Internacional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe.
- Mendoza, L. (2011). *Las medidas cautelares laborales. Su impacto en la solución de las controversias laborales individuales surgidas en las relaciones laborales de naturaleza privada*. Lima: ARA Editores.
- Navarro, M. (2010). *Derecho administrativo laboral. Policía del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Organización Internacional del Trabajo. (2003). *El ámbito de la relación de trabajo. Informe V Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2016). *Soluciones eficaces. Políticas activas del mercado de trabajo en América Latina y el Caribe*. Ginebra: OIT.
- Priori, G. (2006) *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA Editores.
- Rey, J. (2007). *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas – Universidad Carlos III de Madrid.
- Vega, M. (2009). *Administración del trabajo: asegurar la gobernanza a través de la aplicación de la ley en América Latina*. Ginebra: OIT.

Los Acuerdos de Libre Comercio en el ámbito laboral peruano

Miguel Canessa Montejo
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid

1. Introducción

La importancia adquirida por las disposiciones laborales de los Acuerdos de Libre Comercio (en adelante, ALC) en los últimos años se refleja por su notable incremento en el sistema normativo: tales disposiciones se elevaron de 3 a 77 entre 1995 y 2016, y los ALC que las contienen representan el 28,8 % del total de Acuerdos (OIT, 2017, p. 13). En los últimos diez años, nuestro país ha suscrito 20 ALC¹ y en 8 de ellos se incorporan disposiciones laborales, representando el 40 % de ALC,² una cifra superior al promedio mundial.

Estas disposiciones laborales incluidas en los ALC son la materialización de las cláusulas sociales. Recordemos que la cláusula social es: «la subordinación de la adopción de determinadas medidas comerciales a la garantía de ciertos derechos sociales en el proceso de producción de las mercancías importadas» (Hinojosa, 2002, p. 35). Se pueden identificar tres elementos esenciales que se desprenden de este concepto:

En primer lugar, hay un vínculo de subordinación entre el respeto de derechos sociales en el proceso productivo y el intercambio comercial. En segundo lugar, el respeto o la falta de respeto de estos derechos sociales conducen a que justificadamente se adopten medidas que alienten o afecten el intercambio comercial. Así, estas medidas pueden tener un carácter promotor o sancionador dependiendo de su formulación en el instrumento jurídico. En tercer lugar, la cláusula social deja abierta el listado de los derechos sociales que condiciona el intercambio social. Hay que tener presente que esta definición se refiere a los derechos sociales en general, lo que incluye a los derechos laborales y los medioambientales, en tanto ambos están presentes en el proceso productivo. (Canessa, 2016, p. 23)

A lo largo de los años se ha discutido la conveniencia de incorporar las cláusulas sociales en la regulación del comercio internacional. El mejor ejemplo se

1 Al 1 de marzo de 2019 todavía no están vigentes los ALC del Perú con Australia, Guatemala y el Transpacífico.

2 Los acuerdos de libre comercio que contienen disposiciones laborales son los suscritos con Australia, Canadá, Chile, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Transpacífico y la Unión Europea.

produjo en la década de los noventa con la apertura del comercio internacional ante el final de la Guerra Fría. Estados Unidos y Francia propusieron —en el contexto de la conformación de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC)— su inclusión para evitar el *dumping social* como una forma de competencia desleal. Fracasaron en su empeño por la férrea oposición de los países en desarrollo que consideraron a las cláusulas sociales una política proteccionista. Ante este fracaso, en la siguiente década, Estados Unidos, Canadá y la Unión Europea impulsaron las cláusulas sociales en sus negociaciones con otros países para la celebración de ALC sobre la base de su legislación nacional y sus sistemas generales de preferencias.

Aunque el Perú formó parte de los países en desarrollo que lo rechazaron dentro de la OMC, lo terminó aceptando en el tratado de libre comercio con los Estados Unidos (12 de abril de 2006)³ y, a partir de allí, lo viene admitiendo en las negociaciones comerciales en que la contraparte lo propone. De este modo, en la práctica, la polémica perdió significancia para el Perú.

El objetivo de este estudio es analizar la regulación de estas disposiciones laborales para el ordenamiento peruano. Lo he dividido en cuatro apartados. En el primero se describe la clasificación de los acuerdos de libre comercio en función a la forma jurídica que se plasman las disposiciones laborales en el instrumento internacional. En el segundo se delinea el contenido de las disposiciones laborales incorporadas en el ALC. En el tercero se explica someramente los mecanismos de consulta y de cooperación dispuestos en el ALC. En el cuarto apartado se evalúan los mecanismos de solución de controversias ante el incumplimiento de las disposiciones laborales del ALC. Finalmente se presenta una breve reflexión.

2. La clasificación del ALC en función de sus disposiciones laborales

La cláusula social puede acoger diferentes formas, tales como, la prohibición de importar mercancías que hayan sido fabricadas en aquellos países donde no se respeten los estándares laborales, el retiro del convenio o la suspensión de alguna de las garantías comerciales fijadas en el mismo frente al incumplimiento de la cláusula social, la imposición de multas al país infractor, el ofrecimiento de ventajas arancelarias cuando se cumplen las obligaciones laborales o la inversión o adopción de medidas de financiación del comercio exterior cuando se asumen ciertos compromisos sociales (Hinojosa, 2002, p. 36).

Así las cláusulas sociales pueden tener un carácter promotor o un carácter sancionador, por lo que se le distingue entre condicionalidad positiva y condicionalidad negativa para referirnos a las diferentes modalidades que puede adoptar.

La condicionalidad positiva consiste en el otorgamiento de ventajas comerciales a los países que se comprometen a respetar en sus territorios determinados estándares sociales (Canessa, 2016, p. 24). La evolución de la condicionalidad positiva ha conducido que los derechos sociales sean sustituidos por los derechos humanos y

3 Entró en vigencia el 1 de febrero de 2009.

el respeto del Estado de derecho, como por ejemplo lo formula en la actualidad el Sistema General de Preferencias Plus de la Unión Europea.⁴

La condicionalidad negativa consiste en la imposición de restricciones o la pérdida de ciertas ventajas comerciales a los países que violan en sus territorios determinados estándares sociales. Estas restricciones pueden consistir en la prohibición de la importación de mercancías o la prestación de servicios, así como en la terminación o suspensión del acuerdo comercial suscrito entre ambos Estados. Hay un debate si la condicionalidad negativa es armoniosa con la regulación de la OMC al imponerse una restricción comercial a un Estado por la violación de un estándar ajeno a los acuerdos del organismo internacional, tomando en consideración que la decisión se adopta unilateralmente sin estar enmarcado dentro de un procedimiento contencioso entre los Estados (Canessa, 2016, pp. 25-26).

Si bien la OMC es renuente a que un Estado unilateralmente implemente este tipo de medidas comerciales sin acudir a su sistema de solución de controversias. Lo cierto es que hay argumentos para implementarlas ante la grave violación de derechos humanos recogidos en normas imperativas que imponen obligaciones *erga omnes* de Derecho Internacional general —o normas de *jus cogens*— cometidas por un país. Los derechos laborales reconocidos por la jurisprudencia internacional que ocupan este lugar son: la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la servidumbre, algunas modalidades de la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición de las peores formas del trabajo infantil, y la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Lo que denomino el *jus cogens* laboral (Canessa, 2014, pp. 241-242).

Otra clasificación de las disposiciones laborales del ALC las divide entre promocionales y condicionales:

Es importante destacar que las disposiciones laborales también difieren de acuerdo a los mecanismos establecidos para garantizar la aplicación efectiva de las normas. [...] se hace una distinción entre las disposiciones laborales promocionales, enfocadas en la supervisión y/o la creación de capacidades y las disposiciones laborales condicionales que establecen —de manera adicional o exclusiva— incentivos o mecanismos de sanción. (Ebert & Posthuma, 2011, p. 3)

La clasificación entre promocionales y condicionales que presentan Ebert y Posthuma pone el énfasis en función a los mecanismos de control plasmados en el ALC. También la OIT distingue entre la disposición laboral condicional y la disposición laboral promocional:

⁴ Los Convenios a los que hace alusión el Sistema General de Preferencias Plus son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el Convenio para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y el Convenio 138 relativo a la edad mínima de admisión al empleo de la OIT.

una disposición laboral se considera condicional si vincula las obligaciones relacionadas a las normas del trabajo con sanciones o incentivos económicos. Una disposición laboral se considera promocional si no incluyen sanciones económicas o incentivos como mecanismos de implementación, sino actividades de cooperación, diálogo y monitoreo. Las disposiciones laborales promocionales pueden incluir obligaciones legalmente vinculantes y en ocasiones prevén, como en el caso de los acuerdos recientes suscritos por la UE (Unión Europea), un amplio marco institucional y de procedimiento para garantizar su aplicación. (el paréntesis es mío) (OIT, 2015, p. 24)

En resumen, la disposición laboral promocional es el compromiso de los Estados parte en cumplir con la normativa laboral -nacional o internacional- apoyándose en la cooperación para el desarrollo en materia laboral y la creación de capacidades institucionales. La disposición laboral condicional es el compromiso de los Estados parte en cumplir con la normativa laboral —nacional o internacional—, por lo cual obtienen incentivos (condicionalidad positiva) o reciben sanciones (condicionalidad negativa) (Canessa & Pardo, 2016, p. 132).

3. Las disposiciones laborales del ALC y sus obligaciones

El debate internacional no solo se presenta en torno a la inclusión de cláusulas sociales sino también sobre cuáles son los derechos laborales que deberían ser incorporados. El listado de los derechos laborales seleccionados define el contenido de la cláusula social y las obligaciones que se derivan para los Estados. En principio, se trataría de aquellos derechos laborales esenciales que aseguren el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de las necesidades básicas en el mundo del trabajo (Canessa, 2004, pp. 243 y ss.). Una serie de términos son adoptados en los ALC para referirse a este listado de derechos, siendo los predominantes: los derechos laborales internacionalmente reconocidos y los derechos fundamentales en el trabajo.

3.1. Los derechos laborales internacionalmente reconocidos

Los derechos laborales internacionalmente reconocidos tienen su origen en la legislación comercial norteamericana, específicamente en la renovación de su Sistema General de Preferencias de 1984, donde se establece que el otorgamiento del beneficio comercial está vinculado a que los países adopten medidas que permitan la aplicación de estos derechos en su legislación nacional. En el apartado 4 de la Sección 2467 del SGP de 1984 sobre las definiciones, se señala el listado de los derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- a) El derecho de asociación;
- b) El derecho a 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,

e) Condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacional.

Se pueden formular tres objeciones al término utilizado por Estados Unidos. En primer lugar, los derechos laborales internacionalmente reconocidos aluden a un consenso internacional. Sin embargo, no tiene ninguna relación directa con la normativa internacional sino más bien con la legislación comercial estadounidense. Aparentemente se recurre al término para otorgarle legitimidad frente a los Estados que se someten a su SGP. En segundo lugar, la propia selección del listado de derechos no viene acompañada con una argumentación jurídica que justifique por qué estos derechos son incluidos y otros son dejados de lado. Por ejemplo, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación no fue incluida. Como explican Compa y Vogt, fueron razones de carácter político del Gobierno de Reagan las que determinan esa exclusión (2001, p. 203). En tercer lugar, no hay una referencia al contenido preciso de cada uno de los derechos laborales señalados. Esto abre la puerta a la arbitrariedad, más aún con el antecedente señalado donde las autoridades estadounidenses toman sus decisiones en función a criterios políticos en vez de argumentos jurídicos.

Con independencia de estas críticas, este término es incorporado en distintos ALC suscritos por Estados Unidos. Así lo tenemos en el artículo 17.8 sobre definiciones en tratado de libre comercio con Perú, aunque con importantes modificaciones respecto al listado original de la Ley comercial, y en el artículo 19,1 sobre definiciones del Acuerdo Transpacífico. Así, los derechos laborales internacionalmente reconocidos son: a) la libertad de asociación; b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; c) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; d) la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para los niños y menores; e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación; y, f) condiciones aceptables de trabajo respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales.

Sin embargo, el listado de los derechos laborales internacionalmente reconocidos puede ser distinto conforme a cada ALC. Por ejemplo, el tratado de libre comercio con Canadá (2009) lo recoge en los objetivos (artículo 1602 b) y el listado está señalado en el artículo 1 sobre las obligaciones generales del Acuerdo de Cooperación Laboral: a) la libertad de asociación y el derecho a negociar en forma colectiva (incluyendo la protección del derecho a organizarse y el derecho de huelga); b) la eliminación de toda forma de trabajo forzado u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil (incluyendo protección a los niños y jóvenes); d) la eliminación de la discriminación respecto al empleo y la ocupación; e) condiciones aceptables de trabajo con respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud en el trabajo; y, f) proporcionar a los trabajadores migrantes la misma protección legal que a sus nacionales, respecto a las condiciones de trabajo. En términos comparativos el ALC con Canadá es más amplio en el listado de derechos laborales porque incluye el derecho de huelga y la prohibición de la discriminación sobre los trabajadores migrantes. En cambio, el artículo 18.1 del tratado de libre comercio con Australia sobre definiciones establece que los derechos laborales internacionalmente reconocidos son los mismos a los dere-

chos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento.

En resumen, se puede afirmar que los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en los ALC tienen una disparidad en su formulación del listado de derechos, por lo que va a depender de cada instrumento internacional para definir su contenido.

3.2. Los derechos fundamentales en el trabajo

Los derechos fundamentales en el trabajo es un término plasmado en la mencionada Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998 (en adelante, la Declaración de la OIT de 1998). En su segunda parte se declara que todos los Estados Miembros de la OIT, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, 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 objetos de esos convenios. Ello significa que la condición de miembro de la OIT implica la obligación de hacer efectivos los principios de los derechos fundamentales, a pesar de no haber ratificado los convenios que los regulan.

Luego, la Declaración establece el listado de los derechos fundamentales en el trabajo:

- 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.

Este listado de los derechos fundamentales en el trabajo, conlleva posteriormente a que el propio organismo internacional identificase los ocho convenios fundamentales.

A diferencia del anterior término, los derechos fundamentales en el trabajo plantean tres argumentos para justificarlos. El primer argumento sostiene que la masiva ratificación de los convenios fundamentales revela el consenso de la comunidad internacional sobre la importancia de estos derechos laborales. Si bien esta afirmación es parcialmente correcta, lo cierto es que también otros convenios han recibido abundantes ratificaciones sin estar incluidos en este importante listado, por ejemplo, el Convenio 14 sobre descanso semanal. Asimismo, si bien un convenio fundamental recibe un número significativo de ratificaciones, hay que valorar la cobertura de su aplicación, por ejemplo, el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación ha sido ratificado por 155 Estados miembros de la OIT,⁵ pero no lo han hecho países como Brasil, China, Estados Unidos, India, Irán, Vietnam, por lo que a la mitad de la población mundial no se le aplica

5 Al 1 de marzo de 2019.

este convenio fundamental. El segundo argumento afirma que estos derechos están consagrados en la Constitución de la OIT, de allí su carácter vinculante para los Estados miembros (OIT, 1997, párrafo 18). El inconveniente de este argumento es que no solo estos cuatro derechos están consagrados en el texto fundacional del organismo internacional, sino también otros derechos laborales como lo evidencia el largo listado mencionado en su Preámbulo. El tercer argumento asevera que son imprescindibles en cualquier ordenamiento porque permiten que sean asequibles los demás derechos laborales y posibilitan que los trabajadores se beneficien del progreso social. Como sostiene Maupain, son *derechos habilitadores (enabling rights)* que empoderan a los trabajadores para la conquista de otros derechos (2005, p. 448). Resulta incuestionable que los cuatro derechos fundamentales en el trabajo son necesarios e imprescindibles en cualquier ordenamiento laboral. No obstante, enfrenta dos limitantes esta argumentación. Por un lado, 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. Por otro lado, si la mejora en los salarios y las condiciones laborales se puede lograr con los convenios colectivos, hay derechos que por su propia naturaleza están fuera de este ámbito porque escapan a la relación directa entre empleadores y trabajadores. Me refiero 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 (Canessa, 2016, pp. 70-71).

Lo cierto es que la influencia de los derechos fundamentales en el trabajo se demuestra por su permanente inclusión en las disposiciones laborales de los ALC. Salvo en el tratado de libre comercio con China donde solo se plasma una propuesta de cooperación laboral, en los restantes siete ALC del Perú están recogidos.

Inmediatamente después a la Declaración de la OIT de 1998, el organismo internacional impulsa el concepto de trabajo decente y su respeto por los Estados miembros. En el Acuerdo de Cooperación Laboral con Canadá se vincula los derechos fundamentales en el trabajo con el Programa de Trabajo Decente de la OIT. La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 eleva como un objetivo global a los cuatro objetivos estratégicos del organismo internacional que dan contenido al trabajo decente: i) promover el empleo creando un entorno institucional y económico sostenible; ii) adoptar y ampliar medidas de protección social —seguridad social y protección de los trabajadores— que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales; iii) promover el diálogo social y el tripartismo; y, iv) respetar, promover y aplicar los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que revisten particular importancia, no solo como derechos sino también como condiciones propicias, necesarias para la plena realización de todos los objetivos estratégicos.

Este nuevo paso fue incorporado en la política promocional de la Unión Europea, así en el artículo 267 del Acuerdo de Asociación con Perú y Colombia (2013) señala que los compromisos en asuntos laborales establecidos en el ALC incluyen los asuntos relevantes para los objetivos estratégicos de la OIT. Hay que resaltar que el Acuerdo de Asociación de la Unión Europea vincula el contenido de los derechos

fundamentales en el trabajo a lo establecido en los convenios fundamentales de la OIT (artículo 269.3). De este modo, se incorporan los ocho convenios fundamentales como parámetro de control sobre la legislación laboral e introduce los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT como principal referente para el control de aplicación. Por el contrario, el ALC con Estados Unidos expresamente señala que las obligaciones se refieren únicamente a la Declaración de la OIT de 1998, excluyendo a los convenios fundamentales.

Empero el incumplimiento de alguna obligación del convenio fundamental no supone necesariamente la violación de las disposiciones laborales del ALC (Rivera 2018: 71-72), en razón que este también exige que el incumplimiento afecte el intercambio o la inversión entre las partes.

También debe mencionarse que entre las disposiciones laborales de los ALC suscritos por el Perú se establece una prohibición de la discriminación de los trabajadores migrantes. En el Memorándum de Entendimiento que complementa el tratado de libre comercio con Chile (2009) se menciona el compromiso de respetar las obligaciones establecidas en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) que ambos Estados han ratificado. Asimismo, el artículo 276 sobre los trabajadores migrantes del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea establece la promoción de la igualdad de trato con los trabajadores migrantes empleados legalmente.

3.3. Las garantías procesales (los derechos adjetivos)

Ensombrecida por las disposiciones laborales sustantivas establecidas en los ALC, también las garantías procesales ocupan una centralidad en la protección de los derechos laborales. Su incorporación se inicia con el ALC con Estados Unidos y se extiende en los ALC con Canadá, Unión Europea, Australia y Transpacífico.

El artículo 17.4 del ALC con Estados Unidos establece que las garantías procesales aseguran que : i) las personas con un interés jurídicamente reconocido tengan acceso a los tribunales —administrativos y judiciales— para el cumplimiento de la legislación laboral; ii) los procedimientos para el cumplimiento de la legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes; iii) los procedimientos cumplan el debido proceso legal; iv) las audiencias sean abiertas al público; v) el derecho de las partes a apoyar o defender sus posiciones respectivas, incluyendo la presentación de información o pruebas; vi) los procedimientos no impliquen costas o plazos irrazonables, o demoras injustificadas; vii) las resoluciones finales se formulen por escrito y señalen las razones en las que se basa; viii) las resoluciones finales se hagan disponibles, sin demora indebida, a las partes en los procedimientos y, de acuerdo, con su legislación, al público; ix) las resoluciones finales se basen en información o pruebas que haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas; x) las partes tienen el derecho de solicitar la revisión y, cuando proceda, la modificación de las resoluciones finales; xi) los tribunales sean imparciales e independientes, y que no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto; y, xii) las acciones de las partes hagan efectivos sus derechos según la legislación laboral, lo que incluye medidas como órdenes, multas, sanciones o cierres temporales de los lugares de trabajo.

Este abanico amplio de garantías procesales se reproduce en los otros ALC suscritos por el Perú. Su inclusión es el reconocimiento que las disposiciones laborales sustantivas deben venir acompañadas de garantías procesales que les aseguren su aplicación y cumplimiento en los ordenamientos nacionales.

En resumen, las disposiciones laborales de los ALC recogen tanto un listado de derechos laborales sustantivos y adjetivos, de modo que se asegure simultáneamente la aplicación de esos derechos laborales y su protección jurisdiccional —administrativa y judicial—.

3.4. Las obligaciones internacionales de los ALC

Los instrumentos internacionales que consagran derechos tienen como correlato la generación de obligaciones para que se cumplan sus objetivos. Aunque en el caso de los ALC no formulan en sentido estricto el reconocimiento de derechos laborales, sino más bien el vínculo entre un listado de derechos laborales y su aplicación por la legislación nacional. Esto queda muy claro al revisar las obligaciones internacionales de los ALC.

Entre las obligaciones internacionales en materia laboral dispuestas por los ALC destacan:

- La obligación de reafirmar sus compromisos como miembros de la OIT.
- La obligación de adoptar y mantener en la legislación laboral los derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998.
- La obligación de aplicar efectivamente los derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998.
- La obligación de no debilitar o reducir la protección otorgada por la legislación laboral.
- La obligación de regular o adoptar las medidas para asegurar el cumplimiento de la legislación laboral.
- La obligación de garantizar el acceso a los tribunales de las personas legitimadas para el cumplimiento de la legislación laboral.
- La obligación de garantizar que los tribunales sean imparciales e independientes.
- La obligación de garantizar el debido proceso legal y que los procedimientos sean justos, equitativos y transparentes.
- La obligación de promover la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo a favor de los trabajadores migrantes.

Hay que tener presente que los ALC al referirse a la legislación laboral aluden solo al listado de derechos laborales mencionados por el instrumento internacional, es decir, solo a los derechos fundamentales en el trabajo y los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el instrumento internacional.

La lectura de las obligaciones internacionales de los ALC revela que su diseño normativo no consiste en una regulación directa de los derechos laborales, sino más bien pone el énfasis que esos derechos se encuentren recogidos en la legislación laboral y que no puedan ser modificados peyorativamente o derogados. De este modo, la exigencia principal se reduce a que los Estados cumplan con una

obligación esencial de cualquier ordenamiento normativo: la aplicación efectiva de la legislación nacional. En principio, un Estado respetuoso de su propia legislación laboral cumpliría con las obligaciones internacionales establecidas por las disposiciones laborales sustantivas del ALC.

A esto agreguemos que nuestro país ha ratificado los ocho convenios fundamentales de la OIT y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias,⁶ por lo que la suscripción de los 8 ALC que contienen disposiciones laborales no agregan una nueva obligación internacional a la cual ya no estuviese sometido previamente.

Finalmente, el acuerdo de libre comercio se ubica en el espacio que les corresponde a los tratados internacionales ordinarios dentro de la pirámide normativa nacional, es decir, el nivel primario. En mi opinión, no le correspondería el nivel constitucional, como le atañe a los instrumentos internacionales de derechos humanos, porque su función principal es regular el intercambio comercial entre los países. Además, el incumplimiento de las disposiciones laborales del ALC no acarrea necesariamente una sanción.

4. Los mecanismos de consulta y de cooperación en el ALC

Los mecanismos de consulta se establecen para facilitar el consenso frente a la interpretación y aplicación del ALC, de modo que las situaciones que se pueden presentar no afecten al normal desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre los países.

En el caso de las disposiciones laborales, el aspecto más importante se produce con la inclusión de que las personas u organizaciones puedan presentar comunicaciones públicas (quejas o denuncias) por su incumplimiento. Esto solo lo permiten los ALC de Estados Unidos, Canadá, Unión Europea y Transpacífico. Al lado de las comunicaciones públicas, también se abre la posibilidad de que las partes realicen consultas laborales sobre asuntos relacionados con las disposiciones laborales del ALC, buscando alcanzar acuerdos mutuamente satisfactorios. Si se fracasa, se permite que el asunto sea conocido por el Consejo de Asuntos Laborales (ALC de Estados Unidos), Consejo Ministerial (ALC de Canadá), Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible (ALC de Unión Europea) o Consejo Laboral (ALC Transpacífico). Si en esta etapa no se resuelven las diferencias entre las partes sobre cualquier aspecto de las disposiciones laborales del ALC, se abre la posibilidad de someterlo al procedimiento de solución de controversias. Se exige como condición de someter la controversia al mecanismo de solución haber agotado previamente las consultas laborales.

Los mecanismos de cooperación se establecen para mejorar los estándares de protección laboral y la materialización de los avances en el cumplimiento de los compromisos comunes entre las partes. En general, el objetivo de la cooperación es promover el mejoramiento de las normas laborales, aunque también permiten que por medio de estos mecanismos se acreciente las capacidades de la inspección labo-

⁶ El Perú lo ratificó el 14 de septiembre de 2005.

ral, la solución alternativa de conflictos, el intercambio de tecnología e información, las buenas prácticas laborales, la responsabilidad social empresarial, etcétera.

5. Los mecanismos de solución de controversias en el ALC

Previamente señalamos que solo los ALC con Estados Unidos, Canadá, Unión Europea y Transpacífico permiten que el incumplimiento de las disposiciones laborales pueda concluir en un sometimiento del caso ante su mecanismo de solución de controversias.

En el ALC con Estados Unidos se señala que el incumplimiento de cualquier disposición laboral puede ser sometido al mecanismo de solución de controversias (capítulo 21), aunque se exige que previamente el asunto en cuestión fuera sometido su solución a las consultas laborales cooperativas. Además del incumplimiento se exige que afecte el comercio o la inversión entre las partes. Se trata de dos condicionantes que deben cumplirse.⁷

Ante el fracaso del Consejo de Asuntos Laborales para resolver el conflicto, cualquiera de las partes puede solicitar la convocatoria de un panel arbitral para examinar el asunto. La intervención del panel arbitral se materializa mediante informes preliminares o finales en los cuales se determina la existencia o no del incumplimiento de la disposición laboral del ALC, y los planes de acción a implementar para corregir esta situación. Eventualmente el panel puede reunirse nuevamente, a solicitud de una de las partes, para determinar si el plan de acción se ha incumplido y en virtud de ello imponer las sanciones que corresponden. En el caso de nuestro ALC, caben tres tipos de sanciones: las contribuciones —que no tienen fijado un límite en cuanto al valor a imponer—, la suspensión de beneficios o la compensación. Estas medidas tienen carácter transitorio y dejarán de operar cuando cese el incumplimiento de la parte requerida.

Hasta marzo de 2019 se presentaron dos comunicaciones públicas sobre el Perú en el ALC con Estados Unidos. El *Caso Sinaut* por la violación del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y el *Caso Regímenes laborales especiales* por la violación de los compromisos laborales en los sectores exportadores (textil, confecciones y agroexportación).

En el *Caso Sinaut* la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales del Departamento del Trabajo de Estados Unidos (en adelante, OTLA) considera que no amerita consultas laborales porque la controversia se resuelve con la promulgación de normas internas laborales y la actuación del Ministerio de Trabajo peruano (US Department of Labor 2012). En el *Caso Regímenes laborales especiales*, la OTLA señala sus preocu-

⁷ Esta última condicionante es sustancial, conforme lo evidencia la resolución del Panel Arbitral sobre el *Caso Guatemala*, en razón que si bien Estados Unidos demostró las graves violaciones a la libertad sindical que se producen en el país centroamericano, no pudo demostrar que estos hechos afectaron el comercio internacional entre ambos países, por lo que el Informe Final denegó la pretensión estadounidense. Puede verse una visión crítica al Informe Final del Panel Arbitral sobre Guatemala en: COMPA, Lance, VOGT, Jeffrey y Gottwald, Eric. (2018). *Wrong turn for worker's rights: The U.S. – Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – and what to do about it*. Washington: International Labor Rights Forum.

paciones sobre la Ley de Exportaciones No Tradicionales en la protección del derecho a la libertad de asociación de los trabajadores empleados con contratos de corta duración consecutivos e ilimitados en este sector (US Department of Labor 2016). En cambio, no es preciso su pronunciamiento sobre el régimen laboral agrario.

En líneas generales el ALC con Canadá es muy similar. Esto se encuentra regulado en el Acuerdo de Cooperación Laboral donde establece que las comunicaciones públicas son planteadas sobre cualquier asunto del ALC, siempre que está relacionado con el comercio y que el incumplimiento de sus obligaciones se produzca por un patrón persistente de omisiones en la aplicación efectiva de su legislación laboral, o de los derechos laborales reconocidos a nivel internacional. En lo que se diferencia del anterior ALC es que el mecanismo de solución se ubica en el propio Acuerdo dentro de la tercera parte bajo el nombre de procedimiento de revisión de obligaciones. Corresponde evaluar la controversia a un panel de revisión ante el fracaso de las consultas ministeriales, elaborando un informe preliminar y un informe final. En el caso que su pronunciamiento establezca el incumplimiento, las partes podrán acordar un plan de acción mutuamente satisfactorio, a fin de implementar las recomendaciones del panel. En el caso que se mantenga el incumplimiento, la parte afectada puede solicitar al panel que se constituya nuevamente para que imponga una contribución monetaria anual a la otra parte. Finalmente, las contribuciones monetarias se depositan en un fondo y se utiliza en iniciativas laborales apropiadas, dentro del territorio de la parte que ha sido objeto de la solicitud. Hay que tener presente que no se ha registrado ninguna comunicación pública en materia laboral del ALC con Canadá.

En cambio, el ALC con la Unión Europea no regula la presentación de comunicaciones públicas. Sin embargo, en la práctica esto se ha producido en el marco de las reuniones anuales convocadas por el Subcomité de Comercio y Desarrollo Sostenible. En efecto, conforme al artículo 282 del Acuerdo de Asociación, anualmente deben producirse reuniones con organizaciones de la sociedad civil y el público en general, a fin de llevar a cabo un diálogo sobre asuntos relacionados con la aplicación del apartado ALC sobre asuntos laborales y medioambientales. Durante esas reuniones las organizaciones de la sociedad civil presentan escritos que señalan el incumplimiento de las disposiciones laborales del ALC. No obstante, este proceso informal no concluye con una sanción porque el propio ALC no lo considera (Campling, Harrison, Richardson & Smith, 2016, p. 390).

En mayo de 2018 se presentó una queja contra el Gobierno peruano por falta de cumplimiento de los compromisos laborales y ambientales previstos en el ALC con la Unión Europea, específicamente, en el tema laboral se resalta la regulación laboral en los principales sectores de la exportación peruana -en términos similares al *Caso Regímenes laborales especiales*-, las deficiencias en la inspección laboral y la administración de justicia laboral. Todavía no existe un pronunciamiento desde la Comisión Europea al respecto, aunque en julio de 2018 la comisionada Cecilia Malmström cursó una carta oficial al Gobierno peruano donde le comunicaba sobre la queja y la implementación de una misión de investigación que cumplió sus tareas dicho año.

Finalmente, el ALC Transpacífico tiene un diseño similar al ALC con Estados Unidos, entendible porque fue el principal impulsor antes de su retirada. Lo destacable

es que las comunicaciones públicas tienen una regulación propia (artículo 19,9) independizándola de la «estructura institucional» donde se le regulaba en los ALC previos. Asimismo, en el caso de fracasar la consulta laboral, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial en el marco del mecanismo de solución de controversias. Se mantiene que cualquier asunto de las disposiciones laborales del ALC que sea incumplido por alguna parte y no se resuelva en el marco de las consultas laborales puede ser presentado ante el panel arbitral.

6. Reflexión final

Esta breve descripción de las disposiciones laborales de los acuerdos de libre comercio suscritos por el país muestra la importancia adquirida en nuestras relaciones laborales, ejemplo de ellos son las dos comunicaciones públicas en el ALC con Estados Unidos y la queja en el ALC con la Unión Europea. Por supuesto, esto responde a las serias deficiencias de la legislación laboral y su falta de aplicación, por lo que se busca amparo en procedimientos externos de control dada la ausencia de respuestas desde la justicia laboral local.

Si bien todavía los resultados son pobres en el sistema de control de los ALC, esto resulta explicable dada su reciente implementación. Lo destacable es que se vienen produciendo pronunciamientos de los órganos competentes, por ejemplo, la OTLA estadounidense. Aunque el Informe Final del panel arbitral del *Caso Guatemala* supuso un serio revés para las organizaciones sindicales del hemisferio por no lograr una sanción comercial ante las graves violaciones a la libertad sindical que se sufren en el país centroamericano, esto no debe desalentar el esfuerzo en perseverar con denuncias bajo este marco normativo.

Lo que sí debe llamar la atención son los resultados positivos que obtienen las empresas exportadoras peruanas, beneficiadas por la apertura de los mercados de los países desarrollados. Sin embargo, en otra investigación concluí que el impacto de las disposiciones laborales del ALC es contradictoria para el mundo del trabajo peruano. Por un lado, permite el control internacional sobre el cumplimiento de los derechos laborales; y, por otro lado, otorga una falsa justificación a los regímenes laborales especiales que socavan la protección de esos mismos derechos laborales. Los regímenes laborales especiales que alientan las exportaciones de los productos peruanos, a la vez, marginan a los trabajadores de sus beneficios. Los salarios de los trabajadores de las empresas del sector exportador no tradicional y agrario están por debajo del promedio nacional de los trabajadores del país, sufren serias dificultades para organizarse sindicalmente. La legislación laboral cuestionada en el sistema de control es la que impide a los trabajadores beneficiarse de los logros de los ALC (Canessa, 2017, pp. 58-83).

Por ello, la gran tarea pendiente es que el Estado peruano garantice a sus ciudadanos —empresarios, trabajadores y consumidores— disfrutar de los beneficios que se obtiene por la aplicación de los ALC.

Referencias

Campling, Liam, Harrison, James, Richardson, Ben, & Smith, Adrian (2016). Disposiciones laborales en los Acuerdos de Libre Comercio de la UE: un marco para investigar sus efectos en los países socios. *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 135, número 3, septiembre. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Canessa Montejo, Miguel F. (2004). Un «núcleo duro» de derechos humanos laborales para el comercio internacional. En *Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Canessa Montejo, Miguel F. (2014). *Los derechos humanos laborales en el seno de la Organización Internacional del Trabajo*. 2.^a edición. Lima: Plades.

Canessa Montejo, Miguel F. (2016). Las cláusulas sociales en materia laboral y el comercio internacional. En Canessa Montejo, Miguel F., & Bermúdez Alarcón, Katerine (Directores), *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Canessa Montejo, Miguel F. (2017). Empleo y salarios en el sector exportador peruano: los regímenes laborales especiales y el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. En *Trabajo y Sociedad. Estudios sobre el mundo del trabajo en el Perú*. Lima: CISEPA – Pontificia Universidad Católica del Perú.

Canessa Montejo, Miguel F., & Pardo Ramos, Daniel (2016). La evolución de la regulación laboral de los Tratados de Libre Comercio de Estados Unidos. En Canessa Montejo, Miguel F., & Bermúdez Alarcón, Katerine (Directores), *Vínculo entre comercio internacional y derechos laborales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Compa, Lance, & Vogt, Jeffrey (2001). Labor rights in the Generalized System of Preferences A20-Year Review. En *Comparative labor law policy journal*, volumen 122, Winter, números 3-4. Champagne: University of Illinois.

Compa, Lance, Vogt, Jeffrey, & Gottwald, Eric (2018). *Wrong turn for worker's rights: the U.S.-Guatemala CAFTA Labor Arbitration Ruling – and what to do about it*. Washington: International Labor Rights Forum.

Ebert, Franz Christian, & Posthuma, Anne (2011). *Labour provisions in trade agreements: current trends and perspectives*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo – Instituto Internacional de Estudios Laborales. Documento de Discusión N.º 205.

Hinojosa Martínez, Luis Miguel (2002). *Comercio justo y derechos sociales*. Madrid. Editorial Tecnos.

Maupian, Francis (2005). Revitalizing not retreat: the real potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Workers' Rights". *European Journal of International Law*, volumen 16, número 3. Oxford: Oxford University Press.

Organización Internacional del Trabajo. (1997). *Curso que ha de darse a la discusión de la Memoria del Director General en la 85.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. Documento GB.270/3/1.

Organización Internacional del Trabajo. (2017). *Manual de evaluación de las disposiciones laborales en acuerdos comerciales y de inversión*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo – Instituto Internacional de Estudios Laborales. (2015). *Dimensiones sociales de los Acuerdos de Libre Comercio*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Rivera Sánchez, Juan Ramón (2018). *La cláusula social en los Acuerdos de Libre Comercio*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

U.S. Department of Labor. (2012). *Informe público de la revisión efectuada por la Oficina de Asuntos Comerciales y Laborales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. Comunicación Pública 2010-03 (Perú)*. Washington: Department of Labor, 30 de agosto.

U.S. Department of Labor. (2016). *Informe público de la Comunicación Pública 2015-01 (Perú)*. Washington: Department of Labor, 18 de marzo.

Comentarios sobre el numeral 2.5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad denominado «Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno»

Christian Sánchez Reyes
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante

1. Antecedentes

Mediante Decreto Supremo N° 345-2018-EF, publicado el 31 de diciembre de 2018, se aprobó la Política Nacional de Competitividad y Productividad (PNCP). Una política nacional es, en primer lugar, la expresión de una competencia constitucional atribuida en este caso al Poder Ejecutivo;¹ de esta forma, lo que expresa el documento puede ser considerado una directriz, una suerte de línea de orientación marcada por ese poder del Estado para alcanzar una serie de objetivos.²

En segundo lugar, es preciso remarcar su carácter vinculante³ para los sectores que componen el Poder Ejecutivo, entre ellos el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y, por cierto, para los órganos que lo componen, entre ellos el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE).

Se debe destacar, en tercer lugar, que la conducción de la PNCP queda a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) —artículo 3 del citado decreto supremo— a través del Consejo Nacional de Competitividad y Formalización (CNCF).⁴ De ahí que el artículo 4 del decreto supremo que aprobó la PNCP señale que los secto-

1 Tal como se recoge en la parte considerativa del decreto supremo que aprobó la PNCP, el numeral 3 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú establece que es atribución del presidente de la república dirigir la Política General del Gobierno; por su parte, el numeral 1 del artículo 4 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, señala como competencias exclusivas del Poder Ejecutivo diseñar y supervisar políticas nacionales que se aprueban por decreto supremo con el voto del Consejo de Ministros.

2 «La PNCP constituye, entonces, el hilo conductor de la política de gobierno en materia de crecimiento, con la ambición de que perdure más allá del mandato de la actual administración y se convierta en una verdadera Política de Estado, toda vez que guarda consistencia y desarrolla las políticas aprobadas en el marco del Acuerdo Nacional» (PNCP, 2018, p. 7).

3 Los artículos 2 y 3 del decreto supremo que aprobó la PNCP señalan al respecto: «Artículo 2. Ámbito de aplicación. La Política Nacional de Competitividad y Productividad es de cumplimiento obligatorio para todas las entidades de los diferentes Poderes del Estado, Organismos Constitucionales Autónomos y de los diferentes niveles de gobierno. También es de obligatorio cumplimiento para el sector privado y la sociedad civil, en cuanto le sea aplicable. Artículo 3. Conducción de la Política Nacional de Competitividad y Productividad. El Ministerio de Economía y Finanzas, a través del Consejo Nacional de Competitividad y Formalización, conduce la Política Nacional de Competitividad y Productividad».

4 Esto se traduce en el debilitamiento y la práctica subordinación del CNTPE al CNCF en este escenario.

res, entre ellos el MTPE: «[...] tienen el deber de coordinar y articular, en el ejercicio de sus competencias y funciones, el logro de los objetivos prioritarios de la Política Nacional de Competitividad y Productividad que le correspondan, en coordinación con el Consejo Nacional de Competitividad y Formalización».

El artículo 5 del citado decreto supremo señala que:

El Ministerio de Economía y Finanzas, a través del Consejo Nacional de Competitividad y Formalización, se encarga de realizar el seguimiento, monitoreo y evaluación de la Política Nacional de Competitividad y Productividad. Las entidades del Estado que se encuentran bajo el ámbito de la presente norma asisten, colaboran y brindan información al Consejo Nacional de Competitividad y Formalización para cumplir con el seguimiento, monitoreo y evaluación de la Política Nacional de Competitividad y Productividad así como de su Plan Nacional de Competitividad y Productividad, en el marco de sus competencias.

Por su parte, el artículo 6 destaca que la PNCP contará con un Plan Nacional de Competitividad y Productividad que desarrolla los objetivos y lineamientos de la Política Nacional de Competitividad y Productividad, precisando las metas, indicadores, acciones, plazos y entidades responsables para su implementación. Como es de esperarse, el futuro Plan queda subordinado a la política y no puede —no debe— apartarse de los lineamientos establecidos en ella, y sí limitarse a su desarrollo y complemento.⁵

Finalmente, el PNCP está vigente hasta el 31 de diciembre del año 2030. Ello no impide que en el futuro la política sea modificada a través de otra norma de igual jerarquía.

El análisis que a continuación se desarrolla se centra en el numeral 2.5 de la PNCP denominado «Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno».

2. El numeral 2.5 de la PNCP

El documento aprobado que contiene la PNCP consta de siete secciones. La tercera de ellas incorpora los denominados objetivos prioritarios y lineamientos —OP—, de los que destaca, para los propósitos de este texto, el numeral 2.5, denominado «OP N° 5: Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno».

Antes de ingresar al análisis del OP 5, la primera cuestión que destaca es que en

5 La primera disposición complementaria final del decreto supremo señala: “PRIMERA. Elaboración de la propuesta del Plan Nacional de Competitividad y Productividad El Ministerio de Economía y Finanzas, a través del Consejo Nacional de Competitividad y Formalización, en un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario contados desde el día siguiente de la vigencia del presente decreto supremo, elabora una propuesta de Plan Nacional de Competitividad y Productividad en coordinación con los sectores comprendidos en la Política Nacional de Competitividad y Productividad, la que presenta al Poder Ejecutivo a fin de su respectiva aprobación mediante Decreto Supremo.”

el numeral I, denominado «Antecedentes» (que forma parte del acápite destinado a la presentación del documento), se subraya la necesidad de fortalecer la productividad⁶ como «factor subyacente al crecimiento económico»; la siguiente cuestión relevante es que —contradictoriamente a lo que se plantea en el numeral 2.5— el documento señala que uno de los pilares del diagnóstico es el «enfoque basado en los derechos humanos», precisando sobre el particular que:

Este enfoque parte por el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos. A partir de dicha consideración, identifica las brechas e inequidades existentes para orientar las políticas hacia los grupos de la población que son objeto de una mayor marginación, exclusión y discriminación. Este enfoque, a menudo, requiere un análisis de contexto sobre las diferentes formas de discriminación y los desequilibrios de poder, con el fin de garantizar que las intervenciones lleguen a los segmentos más marginados de la población. (PNCP, 2018, p. 11)

No obstante, y como veremos más adelante, el enfoque de derechos, o la justificación de las políticas en relación con su contribución a la protección y promoción de los derechos fundamentales, es casi inexistente.

A continuación desarrollamos comentarios específicos acerca del OP 5. El siguiente gráfico, extraído del propio documento, reseña la relación entre el OP 5 y los lineamientos de política para alcanzarlo.

<p><i>OP N° 5: Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno.</i></p>	<p>LP 5.1: Generar y mejorar los mecanismos para el tránsito de la informalidad a la formalidad en el empleo, con mayor productividad.</p>
	<p>LP 5.2: Revisar y adecuar el marco regulatorio y los servicios de empleo en función a las necesidades del mercado laboral, considerando el diálogo entre empleadores, trabajadores y gobierno.</p>
	<p>LP 5.3: Mejorar los procesos de fiscalización del cumplimiento de obligaciones laborales vigentes.</p>

Extraído de PNCP, 2018, p. 23.

⁶ «El factor subyacente para el crecimiento económico sostenible es la productividad, esto es, la manera cómo se usan y combinan los factores de producción para generar un bien o servicio. Los cálculos de la productividad de la economía peruana —medida a través de la productividad total de los factores— muestran que esta ha contribuido positivamente al crecimiento de la economía durante el periodo 2001-2011. No obstante, dicho nivel de productividad no muestra desempeños positivos durante los últimos 5 años, perjudicando las perspectivas de crecimiento de largo plazo para la economía peruana. [...] La PNCP consolida el conjunto de instrumentos e instituciones que facilitan la coordinación, generan los insumos públicos y las condiciones / ambientes que requieren los agentes del mercado y los consumidores, para contribuir con un crecimiento sostenido que produzca bienestar para todos los ciudadanos, sobre la base del incremento de la productividad. Incrementar de manera sostenida la productividad implica alinear los incentivos que guían el accionar de los agentes económicos y procurar un contexto en que estas interacciones puedan aprovechar las ventajas comparativas con las que cuenta el país. Una política nacional de competitividad que cuenta con el aumento de productividad como su eje conductor sugiere, implícitamente, colocar al ciudadano en el centro del debate para el diseño de políticas públicas» (PNPC, 2018, p. 8).

Del texto del documento se desprende que el OP 5 contiene una suerte de diagnóstico de la situación del mercado de trabajo, para luego, en función de él, definir los lineamientos de política que —supuestamente— encuentran justificación en el primero; de ahí que un error en el diagnóstico llevará consigo un error en los lineamientos de política (adecuación medios-fines).

Un elemento que resalta es la reafirmación de la relación positiva entre competitividad-mercado laboral-empleo digno. Es decir, en una primera idea fuerza el documento destaca que la competitividad no debe estar reñida con —no se opone necesariamente a— a la generación de empleo digno entendiendo por este el así definido por la OIT (se refiere al concepto de trabajo decente, o un trabajo garante de los derechos fundamentales en el trabajo).

En segundo lugar, el documento destaca el carácter eficiente que debe tener el «mercado de trabajo» de cara al fortalecimiento de la productividad. El documento precisa (PNCP, 2018, p. 51) que la contribución del mercado de trabajo (y de su regulación) a la mejora de la productividad se da a través de dos vías: i) asignación de recursos humanos hacia los sectores más productivos de la economía, además de otorgar mayores posibilidades de adaptación de las empresas al entorno en el que operan, y ii) promover la acumulación de capital humano y la utilización del talento de la fuerza laboral en su máxima expresión.

La caracterización que hace el documento del mercado laboral peruano destaca lo siguiente: a) el 36,9 % de la PEA ocupada laboral como independiente o autónoma (el 90 % se concentra en actividades de comercio, servicios y agropecuarias, sectores con bajos niveles de productividad, siendo el 95,2 % de este sector autoempleados no calificados); b) elevada presencia de «empleos informales»: según la ENAHO 2017, «la informalidad asciende a aproximadamente 72,5% de la población económicamente activa ocupada» y se concentra en empresas de 1 a 10 trabajadores (88,6%), en jóvenes (86,5%) y trabajadores independientes (83,8%).

A renglón seguido, el documento señala:

Sobre el particular, el 46,5% de los trabajadores dependientes (asalariados) se encuentra en situación de informalidad laboral (sin beneficios sociales ni acceso a la protección social), con diferente composición en los segmentos del mercado. En empresas de hasta 10 trabajadores es 86,6%; en empresas de 11 a 100 trabajadores es 36,1% y en empresas de más de 100 trabajadores es 9,2%. Así, se evidencia que la informalidad laboral se concentra principalmente en unidades económicas de reducida escala que son también de más baja productividad. (PNCP, 2018, p. 52)

Dos cometarios sobre el particular: nos parece más adecuado, a los fines de la política de regulación del mercado de trabajo y de mejora de la situación de los trabajadores asalariados, distinguir —como en efecto lo vino haciendo el MTPE en los últimos meses— entre informalidad en sentido amplio e informalidad laboral o informalidad en sentido estricto.

Quienes sostienen que la tasa de informalidad supera los 70 puntos porcentuales utilizan un concepto de informalidad amplio, en la medida en que comprenden en

dicho porcentaje a sectores de la población económicamente activa ocupada auto-empleada o autónomos y a asalariados (trabajadores en régimen de subordinación).

Cobijar ambas situaciones diferentes bajo una misma categoría —un concepto amplio de informalidad— puede llevar a errores de diagnóstico y a la elección de instrumentos de política no diferenciados.

Por el contrario, es más útil —sin ánimos de caer en un debate infructuoso sobre definiciones— estipular y utilizar un concepto restringido de informalidad que denominamos «informalidad laboral» para distinguir en un universo más amplio la situación particular de los asalariados fuera de la regulación laboral individual y colectiva vigente y sin acceso a los sistemas de protección social de los trabajadores subordinados.

Por otro lado, si bien la informalidad laboral se concentra principalmente en la microempresa, no hay que perder de vista que segmentos empresariales de 11 a 100 trabajadores presentan un 36,14% de informalidad laboral y que la gran empresa —más de 100 trabajadores— exhibe una tasa de informalidad laboral de casi 10 %. Ello obliga a la Administración del Trabajo (MTPE) y a la inspección del trabajo (SUNAFIL) a diferenciar políticas e instrumentos que promuevan la formalización respondiendo a las particularidades de los distintos tamaños de empresa.

El numeral 2.5.3 del documento analiza el «marco regulatorio del mercado laboral peruano» y acierta al señalar:

El mercado laboral formal peruano se caracteriza por la coexistencia de regímenes laborales, destacando como principales el régimen laboral general, el régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa (MYPE), el régimen laboral especial agrario y el régimen de construcción civil. Estos regímenes concentran el 96.82% del total de trabajadores formales en el sector privado.

En el siguiente cuadro puede apreciarse el nivel de uso de los regímenes laborales por parte de las empresas formales.

Trabajadores del sector privado según régimen laboral

Regímenes laborales	Total	Porcentaje
Régimen general	2,588,527	73.7%
Régimen especial de la microempresa	283,049	8.1%
Régimen especial de la pequeña empresa	101,071	2.9%
Régimen especial agrario	313,942	8.9%
Régimen de construcción civil	112,611	3.2%
Otros	111,707	3.2%
Total	3'510,907	100.0%

Fuente: MTPE - OGETIC/Oficina de Estadística. Base de datos: Planilla Electrónica / T-registro y PLAME / Julio 2018

Costo laboral por trabajador que asume el empleador según régimen laboral ^{7/}

Tamaño de empresa, régimen laboral/Concepto remunerativo	Mediana y Gran Empresa (ventas superiores a 1700 UIT)	Pequeña Empresa (ventas superiores a 150 UIT y hasta 1700 UIT)	Microempresa (ventas menores a 150 UIT)	
	Régimen General	Régimen Laboral Ley MYPE	Régimen Laboral Ley MYPE	
			Acceso a EsSalud	Acceso al SIS ^{6/}
RMV = 100	100%	100%	100%	100%
Asignación Familiar ^{1/}	10.0%	-	-	-
Gratificaciones julio y diciembre ^{2/}	18.3%	8.3%	-	-
CTS ^{3/}	10.7%	4.5%	9.0%	2.0%
Vacaciones ^{4/}	9.2%	4.2%	13.2%	6.2%

Tamaño de empresa, régimen laboral/Concepto remunerativo	Mediana y Gran Empresa (ventas superiores a 1700 UIT)	Pequeña Empresa (ventas superiores a 150 UIT y hasta 1700 UIT)	Microempresa (ventas menores a 150 UIT)	
	Régimen General	Régimen Laboral Ley MYPE	Régimen Laboral Ley MYPE	
			Acceso a EsSalud	Acceso al SIS ^{6/}
Bonificación Extraordinaria EsSalud	1.7%	-	-	-
Salud ^{5/}	9.9%	9.8%	9.0%	2.0%
Costo laboral que asume el empleador además de la RMV	59.7%	26.8%	13.2%	6.2%

1/ Ley N° 25129 (6/12/1989), DS N° 035-90TR (7/06/1990). Para aquellos trabajadores que cuentan con hijos menores de edad o hijos que siendo mayores de edad se encuentran estudiando (periodos menor a 6 años).

2/Ley N° 27735 (28/05/2002). DS N° 005-2002-TR (4/07/2002), DS N° 013-2013-PRODUCE (28-12-2013). Una (1) remuneración por Fiestas Patrias y por Navidad. En el régimen laboral de la MYPE, los trabajadores de las pequeñas empresas acceden a dos gratificaciones en el año. Cada gratificación equivale a media remuneración mensual, en tanto, los trabajadores de la microempresa no acceden a gratificaciones.

3/DS N° 001-97-TR (1/03/1997), DS N° 012-92-TR (3/12/1992), DS N° 013-2013-PRODUCE (28/12/2013). Una remuneración mensual por año. En el régimen laboral de la MYPE, la pequeña empresa tiene una CTS que equivale a 15 remuneraciones diarias por año, en tanto, para la microempresa no existe CTS.

4/D. Leg. N° 713/ (8/11/1991), DS N° 012-92-TR (3/12/1992), DS N° 013-2013-PRODUCE (28/12/2013). El trabajador tiene derecho a 30 días calendario de descanso obligatorio por cada año completo de servicio. Para el caso de los trabajadores de la empresa acogida al régimen MYPE, el trabajador tiene derecho a 15 días calendario de descanso obligatorio por cada año de servicio.

5/Ley N° 26790 (17/05/1997), DS N° 009-97-SA (9/09/1997), DS N° 013-2013-PRODUCE (28/12/2013). En el régimen general, el trabajador puede acceder al Seguro Social de Salud - EsSalud (9%). El conductor y trabajador de la microempresa acogidos por la Ley MYPE puede acceder a EsSalud o al componente subsidiario del SIS (el Estado aporta el 50% del monto mensual).

6/DS N° 013-2013-PRODUCE (28/12/2013). El conductor y trabajador de la microempresa pueden acceder a EsSalud o al componente subsidiario del SIS (el Estado aporta el 50% del monto mensual).

7/La tabla de costos laborales no incluye conceptos a SENATI, SCTRY y Seguro de vida ley que algunos empleadores deben asumir. Elaboración: Viceministerio de Trabajo, MTPE.

Extraído de PNCP, 2018, p. 53-54.

Si seguimos con atención dicho numeral, observamos que luego de destacar con acierto que a pesar de que existen regímenes laborales especiales —cuyo sustento teórico se basa en la estrategia de reducción de costos laborales como razón necesaria y suficiente para reducir la informalidad laboral— para la micro y pequeña empresa, la formalización laboral en el ámbito de la microempresa resulta ínfima.⁷

⁷ Asimismo, del análisis de la eficacia de los cambios normativos que dieron lugar a estos regímenes se desprende lo siguiente: el 74% del total de trabajadores formales están inscritos en el régimen laboral

Salta a la vista pues que no se concluya de manera categórica en el documento algo que no debe pasar desapercibido: la ausencia de evidencia empírica que de sustento suficiente a la política de reducción de costos laborales como razón necesaria y suficiente para reducir la informalidad laboral.

Llama aún más la atención el siguiente aspecto no menos importante. A pesar de que el documento ratifica en su parte introductoria la necesidad de abordar la problemática compleja de la productividad y competitividad desde un enfoque de derechos humanos, en la parte dedicada al mercado de trabajo no aborda un complementario y necesario análisis de los regímenes laborales promocionales que han minado el ámbito de aplicación del régimen laboral general desde el principio derecho a la igualdad.⁸

Y es que la citada PNCP resulta un documento con un enfoque, al menos en el acápite que analizamos, profundamente «economicista» —sin el mejor sustento económico, además— por sobre un necesario análisis valorativo⁹ (enfoque de derechos).

En el punto denominado «La informalidad y la regulación laboral en la mediana y gran empresa», contiene algunas afirmaciones que resultan inexactas. Como la siguiente:

general y solo el 11% del total de trabajadores están en los regímenes laborales de las MYPE. Si estas cifras son comparadas con el ámbito potencial de uso de los regímenes especiales, tenemos que muchas MYPE no utilizan los regímenes especiales ya sea por falta de información o por decisión autónoma empresarial. Esta relación empresas formales-trabajo formal ha sido analizada conjuntamente con la relación de las empresas con el trabajo informal y el grado de eficacia de los regímenes laborales especiales. A manera de referencia, se puede mencionar que en el trabajo asalariado del sector privado la informalidad se concentra principalmente en empresas de hasta 10 trabajadores (2,7 millones) y de 11 a 100 trabajadores (577 mil). Asimismo, en empresas de más de 100 trabajadores, también existen trabajadores en condición de informalidad (141 mil). [...] Llama la atención que, pese a que el régimen laboral de la microempresa ha reducido los costos laborales al 6% de la remuneración en comparación con el régimen laboral general (59% de la remuneración), solo el 9% del total de trabajadores de la microempresa han sido incorporados por sus empleadores al régimen laboral especial descrito» (PNCP, 2018, pp. 54-55).

8 Sobre el particular, se puede revisar Sánchez Reyes, Christian (2012) y Cuadros Luque, Fernando (2010).

9 La dimensión regulativa del derecho presentada por Atienza y Ruiz Manero indica: «[...] como propuesta de dos tipos de normas: las reglas, de un lado, y los principios que las justifican, de otro. [...] Todo ello nos permitía hablar del Derecho como de un sistema justificativo estructurado en dos niveles. El primer nivel está integrado por las reglas del sistema y opera de tal manera que, en muchos casos (en la gran mayoría de los casos), las decisiones se justifican sin necesidad de entrar en un proceso deliberativo en el que se sopesen las razones, los principios, que pueda haber a favor y en contra de una determinada decisión. Esto, sin embargo, no es siempre suficiente».

Desde esa perspectiva, las normas jurídicas pueden ser vistas como «directivas de conducta» o como «valores o propósitos» a los que esas «directivas de conducta» sirven dotándolas de sentido. De manera similar, en la concepción del derecho de Dworkin, que inspira a los autores, «[...] tiene particular importancia la consideración de que tales reglas tienen sentido, esto es, sirven a ciertos propósitos y valores que no sólo forman parte también del Derecho, sino que tiene cierta primacía frente a las reglas por medio de las cuales se trata de implementarlas. Esta primacía se traduce en que el significado y alcance de las reglas debe interpretarse fundamentalmente a la luz de estos valores y propósitos, en que las exigencias que se derivan de los mismos pueden justificar introducir excepciones a las reglas que estas no prevean —esto es, que estas reglas resulten derrotadas— y también en que valores y propósitos posibilitan determinar qué sea lo jurídicamente debido en casos respecto de los cuales las reglas guardan silencio o estipulan deberes incompatibles» (Atienza & Ruiz Manero, 2009, pp. 13-18 y 229-231).

La informalidad y la regulación laboral en la mediana y gran empresa.

El 26% (1.5 millones) de los trabajadores asalariados del sector privado están ubicados en medianas y grandes empresas, y se les aplica el régimen laboral general. En este segmento del mercado de trabajo la informalidad es del 9.2% (141 000) y los niveles de productividad son altos. Al respecto, según Ruppert Bulmer y otros (2015) apunta a que la restrictiva regulación en el ámbito laboral limita la transición de trabajadores informales al sector formal. En efecto, entre 2007 y 2012, menos del 4% de trabajadores informales lograron trasladarse hacia puestos de trabajo formales, resultado inferior al 13% de informales que pasaron a condiciones de desempleo. Cabe señalar que, en este último resultado, la transición de informales a la inactividad, es el doble del registrado en el caso de Brasil o México. La evidencia ofrecida por Ruiz-Arranz y Deza (2018) confirma que, en el caso del Perú, el costo de ser formal puede llegar a superar el 30% del salario promedio en los deciles más bajos de ingresos, lo cual puede explicar el hecho de que en estos segmentos predomine la disposición de trabajar de manera independiente y en sectores de baja productividad. Asimismo, en los deciles medios y altos de la distribución de ingresos, se encuentra que los ingresos totales del sector informal pueden ser hasta 60% superiores a los que se podría acceder en un trabajo formal a tiempo completo, lo cual inclinaría a que este segmento poblacional se mantenga en puestos de trabajo que no ofrecen condiciones para la acumulación de capital humano que lleven a aumentos de productividad. (PNCP, 2018, p. 16)

Algunos cuestionamientos argumentativos surgen de este párrafo: a) En primer lugar, no se explica cómo así, existiendo un régimen con menor costo laboral (el de la micro y pequeña empresa) respecto del general, se observan aún altos niveles de informalidad. Ello parecería indicar que la reducción de costos laborales no es una razón suficiente para alcanzar la formalidad; sin embargo, este aspecto no aparece en el razonamiento. b) Se afirma que hay una «restrictiva regulación» en el ámbito laboral o, dicho de otra forma, que la regulación laboral (entendemos, del régimen general) resulta siendo restrictiva y, como tal, no resulta atractiva para generar el tránsito de trabajadores informales al ámbito formal (a algún régimen laboral de los vigentes). No obstante, no se indica cuáles son esas características del régimen general laboral que lo hacen «restrictivo» o que, por su intensidad, hacen difícil el tránsito hacia ese régimen. Si acaso se refieren indirectamente a que los costos laborales resultan altos en el régimen general y ello sería una barrera para atraer más trabajadores hacia ese segmento, tal argumento no guarda relación con los que la evidencia empírica registra en el ámbito de la microempresa (alto nivel de informalidad a pesar de existir un régimen laboral especial con muchos menores costos laborales).

El último párrafo de la extensa cita anterior, que comienza con «La evidencia ofrecida por Ruiz-Arranz y Deza (2018)...», merece un comentario especial. Al parecer, en él se argumenta en contra de los costos que asume el trabajador formal, referidos básicamente a la contribución a un régimen de pensiones y el eventual pago del impuesto a la renta. No obstante, si se trata de analizar los costos laborales —propriamente contributivos— que asume el trabajador, el problema aquí analizado es distinto de los costos laborales no salariales que asume el empleador, y no guardan

relación con el análisis anterior. Ello apunta a la necesidad de explorar hasta qué punto el Estado debería asumir parte del costo que corre por cuenta del trabajador —al menos como incentivo para los segmentos empresariales más pequeños como la microempresa— como contribución para un régimen de pensiones, sea público o privado (contribución que se mueve entre el 12 % y el 13%).

El numeral 2.5.4 se refiere a «La movilidad del mercado de trabajo». El párrafo comienza con una comparación de los costos del despido, variables según el régimen laboral en el que se encuentre el trabajador.

Continúa señalando el documento que se presentan serias dificultades para el cese colectivo por causas objetivas, ya que se requiere que se involucre por lo menos al 10 % de los trabajadores de la empresa. Luego dice el documento sobre el costo del despido:

En esta línea, se han desarrollado diversas tesis sobre el costo laboral del despido en el régimen general y sus posibles efectos negativos, tales como: i) menor crecimiento de la productividad (Besley & Burgess, 2004), ii) menor crecimiento en el empleo y salarios (Ahsan & Pages, 2009), iii) mayor vulnerabilidad en el trabajo de jóvenes y mujeres (Heckman & Pages, 2004) y iv) mayor informalidad laboral (Lehmann & Muravyev, 2012) 33. Incluso, Heckman y Pages (2004) concluyen que una de las consecuencias de la dificultad para despedir trabajadores se expresa en el encarecimiento del término de la relación laboral, el cual puede incidir negativamente en el nivel de empleo formal, además de generar desigualdad en la sociedad. Los autores señalan que el costo que genera la desvinculación laboral limita el crecimiento del empleo ante un escenario de crecimiento económico y mantiene invariante la tasa de desempleo ante una recesión. Es decir, se generan bajos niveles de contratación y despido. Como causa de lo explicado anteriormente, se altera la composición del mercado de trabajo, afectando a los trabajadores jóvenes y aquellos con menos experiencia, ampliando así las diferencias de ingresos entre dichos grupos de trabajadores y los demás. Sobre el particular, uno de los síntomas del mercado laboral peruano, que pone en evidencia la incidencia del costo de despido sobre las decisiones de contratación de las empresas —a las que se refiere el régimen general— es el uso de contratos a plazo fijo. En esta línea, la tesis desarrollada por Jaramillo (2018) permite constatar que el proceso de sustitución de la contratación a plazo indeterminado por modalidades a plazo fijo se inició en el Perú hace casi 30 años. Al respecto, los datos muestran un incremento en el uso de contratos a plazo fijo desde 1992 hasta 1996, siendo que su participación en el total de contratos se estanca en torno a un 50% e incluso desciende ligeramente entre 1997 y 2001. De acuerdo con Saavedra y Maruyama (2000), este aumento en el uso de contratos a plazo fijo podría estar asociado a una estrategia empresarial para reducir al mínimo los costos de despido, debido a la desconfianza sobre la dirección de los posibles cambios en la legislación laboral.

La adopción de contratos a plazo fijo sufre un incremento a partir del año 2001, aumentando su participación dentro de las modalidades de contratación a un nivel cercano al 70%, el cual se mantiene hasta la actualidad. En el marco de las investigaciones desarrolladas sobre este tema, se ha postulado también que a

raíz de la de la interpretación del Tribunal Constitucional (TC) sobre la «adecuada protección del empleo frente al despido arbitrario» que debe otorgar el Estado, se habría incrementado la rigidez laboral. A partir de la literatura revisada, se postula que el efecto de la interpretación otorgada por el TC es la reducción de la probabilidad de tener un contrato por tiempo indefinido, el cual afecta a todos los trabajadores independientemente de sus características, siendo los más afectados los jóvenes y trabajadores con bajo nivel educativo. De igual forma, señalan que existen efectos indirectos sobre el bienestar de los trabajadores, como la reducción en ingresos por la diferencia salarial entre los trabajadores permanentes y los de plazo fijo (incluso controlada por las características de los trabajadores), además de los efectos en la afiliación sindical. (PNCP, 2018, p. 57)

Si bien este aspecto resulta atendible y de hecho ha sido abordado en los amplios debates sobre la Ley General del Trabajo, consideramos que un análisis del «costo del despido» requiere de una visión mayor del estado de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. Veamos.

La inferencia que pretende sostener el informe es la aparente relación causal entre el esquema de protección contra el despido arbitrario instaurado por el Tribunal Constitucional a partir de los precedentes vinculantes sobre el despido que rigen desde el año 2001 y el incremento de la contratación temporal que se reconoce como pernicioso en relación con la disminución de la permanencia de los trabajadores en el mercado de trabajo (alta rotación que genera la inestabilidad en el vínculo o contrato temporal) y los efectos negativos en los niveles salariales, baja capacitación e incluso en la tasa de afiliación sindical.

Se pretende sostener que los precedentes del Tribunal Constitucional sobre el despido operan como razón suficiente para justificar el incremento de la contratación temporal en el Perú. El análisis resulta parcial y, como tal, imperfecto.

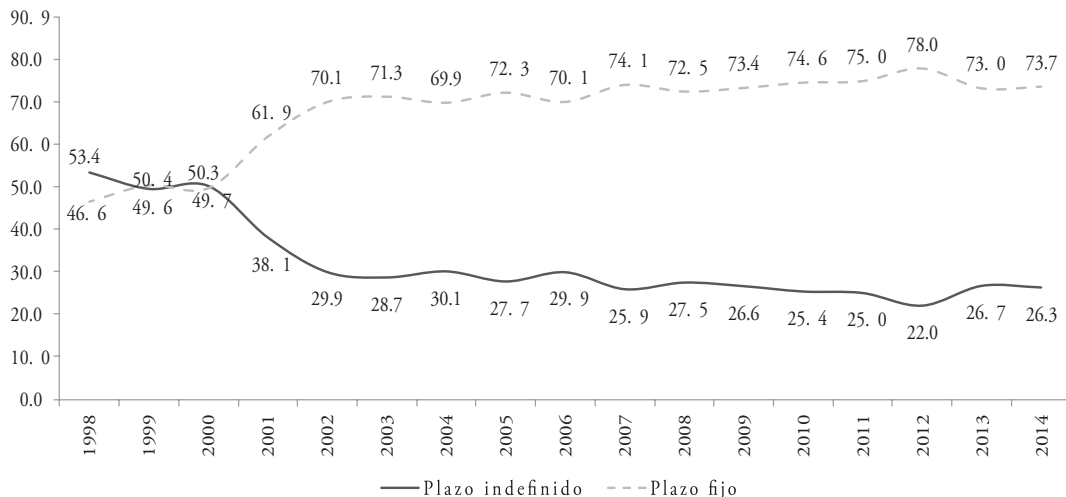
En primer término, los problemas del mercado de trabajo son varios, y muchos de ellos se interrelacionan (algunos se explican no por sí solos, sino en relación con otros, y esta es una característica de los mercados de trabajo en el mundo). Por ello, estamos ante una realidad compleja que invita a reflexionar sobre su carácter multicausal o sobre la pluralidad de causas que concurren para explicar y dotar de sentido al contexto causal de la relaciones de trabajo. Así, por ejemplo, no se exploran otros elementos —causas concurrentes— que se presentan alrededor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como puede ser el incremento sostenido de la tercerización como nueva forma de producción que alteró radicalmente varias actividades en nuestro país, con predominio en este contexto del contrato temporal por obra o servicio específico.

Asimismo, si los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional¹⁰ sobre protección frente al despido arbitrario es la razón suficiente para explicar el incremento de la contratación temporal, no se explica cómo antes del 2001 y desde los años 1990-1991, cuando entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 728 con sus amplias modalidades de contratación temporal (nueve y una causal temporal abierta), la contratación temporal venía en ascenso en el Perú. Este hecho, ratificado con evidencia empírica, sería un contrafáctico que debilita la inferencia en la que se sostiene esta parte de la PNCP.

10 STC 0976-2001-AA/TC, STC 0253-2003-AA/TC.

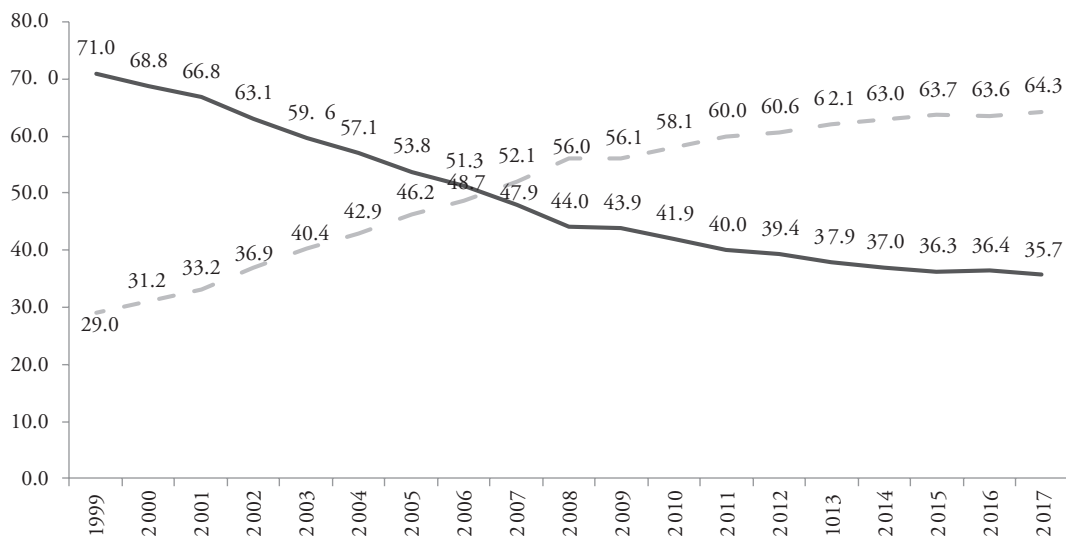
Los siguientes gráficos son ilustrativos en relación con lo recién señalado.

Perú: PEA ocupada privada formal según tipo de contrato, 1998-2000 y 2004-2017 (Porcentajes)



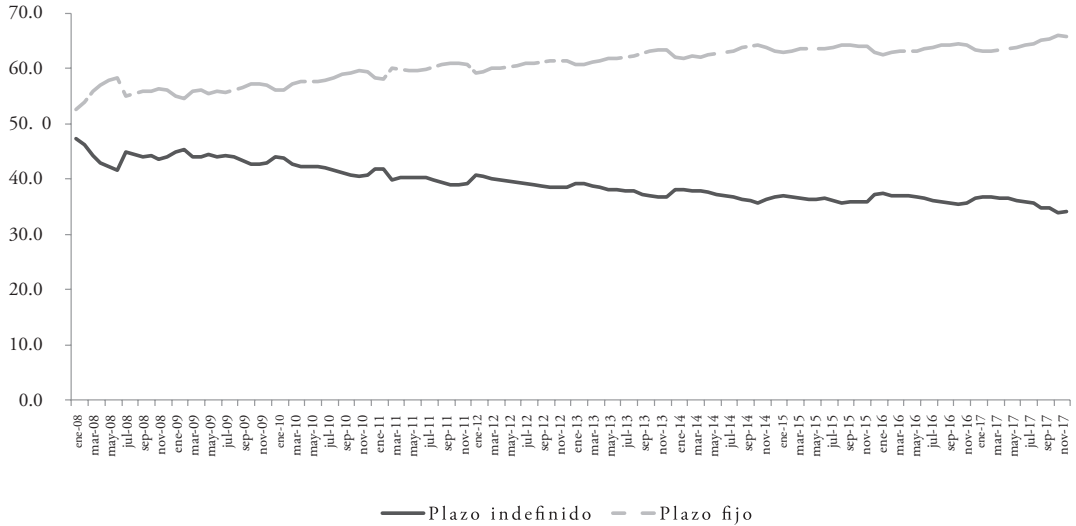
Fuentes: MTPS e INEI. Encuesta Especializada de Niveles de Empleo, III trimestre 1998-2000. INEI. Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza, 2004-2017. Elaboración: VMPE.

Perú: trabajadores formales del sector privado según tipo de contrato, 1999-2017 (Porcentajes)



Fuente: MTPE. Hoja de Resumen de Planilla, junio 1999-2007; y Planilla Electrónica, 2008-2017. Elaboración: VMPE.

Perú: trabajadores formales del sector privado según tipo de contrato, enero 2008-diciembre 2017 (Porcentajes)



Fuente: MTPE. Hoja de Resumen de Planilla, junio 1999-2007; y Planilla Electrónica, 2008-2017. Elaboración: VMPE.

De la estadística presentada tenemos: a) desde la década de 1990, la contratación temporal venía incrementándose sostenidamente. La línea ascendente incluye al año 2001, cuando el Tribunal Constitucional fijó el precedente sobre protección del despido arbitrario; es decir, la contratación temporal venía en ascenso sostenido desde antes de la sentencia del TC.¹¹ b) A 2017, casi las tres cuartas partes de la población asalariada formal del sector privado tienen un contrato temporal. Frente a este predominio exagerado de la contratación temporal, no se explica cómo puede señalarse que uno de los problemas trascendentales del mercado de trabajo en el Perú sea el «costo del despido».

Finalmente, el numeral 2.5.6, denominado «Fiscalización laboral», pone de relieve la importancia de esta herramienta para la formalización. Se destaca su reciente expansión a nivel regional (16 regiones del país cuentan actualmente con una intendencia regional de SUNAFIL), pero se reconoce su escasa cobertura en relación con la población económicamente activa ocupada. Se señala asimismo que debe hacerse

11 Sobre este tema resulta interesante lo señalado por Fernando Cuadros: «En esa línea, en el estudio «Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano», publicado también por GRADE (bajo la autoría de Jaime Saavedra y Eduardo Maruyama), en el año 2000 se demuestra claramente cómo a partir de la reforma laboral de inicios de la década de 1990 la contratación a plazo fijo más que se duplicó en Lima Metropolitana, pasando de representar el 19,2 por ciento del empleo formal privado en el año 1990 a concentrar el 44 por ciento del mismo en el año 1997, aun cuando en dicho periodo se permitía el despido arbitrario con el solo requisito del pago del mismo monto de indemnización por despido arbitrario vigente en la actualidad» (en Cuadros Luque, Fernando 2018).

una labor de orientación más intensa, y se destaca la necesidad de una planificación estratégica de la inspección, adecuada gestión de riesgos y planificación de los procesos inspectivos. No se menciona la incidencia que tiene el escaso presupuesto asignado a la función trabajo y la inspectiva en la mejora del servicio.

El siguiente cuadro muestra la tendencia regresiva en el presupuesto del pliego de sector Trabajo y la mínima mejora del presupuesto de SUNAFIL.

**PIA, 2017, 2018 y ASIG 2019 por pliegos y unidades ejecutoras
(En millones)**

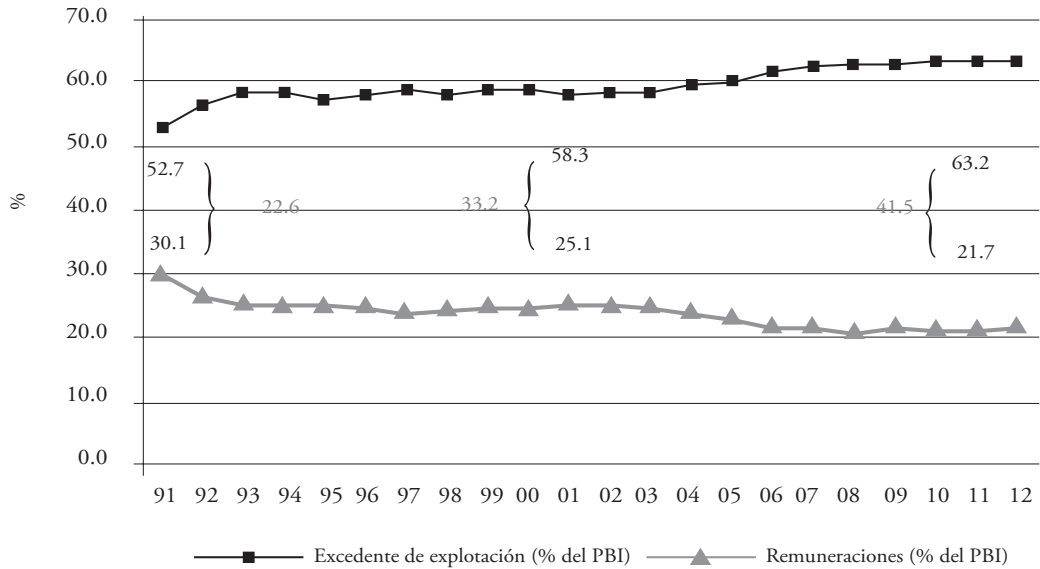
Unidades Ejecutoras	PIA 2017 (A)	PIA 2018 (B)	Asignación 2019 (C)	Variación (2019-2018) D=C/B %	Variación (2019-2017) E=C/A %
001: Oficina General de Administración	98,899,266	217,156,856	111,875,168	-48.5%	13.1%
002: Programa “Jóvenes Productivos”	39,751,741	40,751,741	34,342,428	-15.7%	-13.6%
005: Programa “Trabaja Perú”	84,815,152	124,911,062	90,871,987	-27.3%	7.1%
006: Programa: “Impulsa Perú”	13,738,705	12,473,347	12,200,000	-2.2%	-11.2%
007: Programa “Fortalece Perú”	47,551,235	15,473,079	36,089,308	133.2%	-24.1%
Total pliego 012 MTPE	284,756,099	410,766,085	285,378,891	-30.5%	0.22%
TOTAL Pliego 121 SUNAFIL	86,380,000	141,178,701	160,884,100	14.0%	86.3%
Total Sector	371,136,099	551,944,786	446,262,991	-19.1%	20.2%

Elaboración: MTPE 2018.

Un aspecto del documento que merece ser resaltado son las omisiones en las que incurre. Consideramos que un enfoque adecuado de la problemática de la regulación del mercado de trabajo no debería perder de vista los siguientes temas: a) regulación del despido (régimen de protección); b) regulación razonable de la jornada laboral (típica y atípica o, lo que es lo mismo, una regulación específica del tiempo de trabajo); c) regulación del *ius variandi*; d) revisión de la contratación temporal fortaleciendo el principio de causalidad; e) revisión del régimen de extinción colectiva de los contratos de trabajo; f) revisión del sistema de relaciones colectivas de trabajo (sindicalización, negociación colectiva y huelga); g) revisión del régimen público y privado de pensiones; h) revisión del régimen contributivo de la seguridad social en salud; i) reglas de seguridad y salud en el trabajo; y, j) ir hacia un sistema de aseguramiento universal de riesgos del trabajo (revisión del seguro complementario por trabajo de riesgo).

El diagnóstico pierde de vista variables relevantes, como la distribución del ingreso del capital y el del trabajo y su contribución en el PBI. El siguiente gráfico es ilustrativo al respecto.

Perú: evolución de la participación en el PBI, según tipo de ingreso, 1991-2012 (Porcentajes)

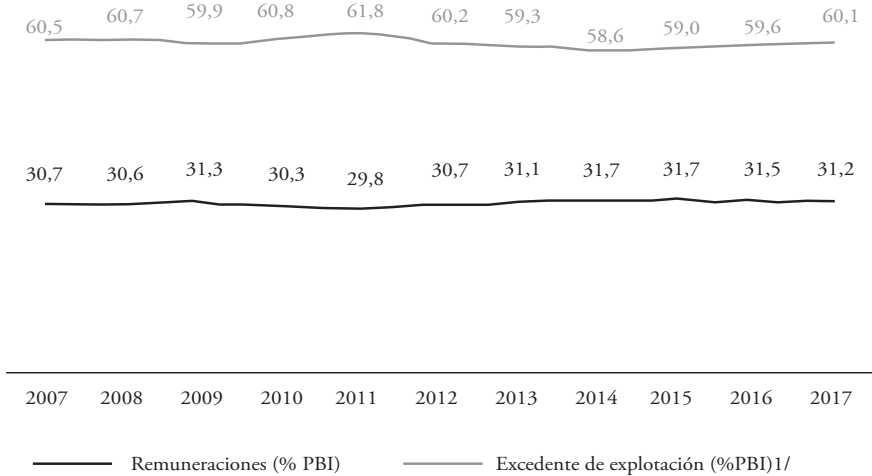


* Incluye utilidades empresariales (90 % aprox.) e ingresos independientes (10 % aprox.).

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Elaboración: MTPE – DGPE – Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Perú: evolución de la participación en el PBI, según tipo de ingreso, 2007-2017 (Porcentajes)



¹ Incluye excedente de explotación (utilidades empresariales e ingresos de independientes) y reposición de capital depreciado.

Fuente: INEI. Panorama de la economía peruana: 1950-2017.

Elaboración: MTPE – DGPE – Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISEL).

Entre los años 1991 y 2012, incluyendo el último gran ciclo de crecimiento económico de nuestra economía, la distribución de la riqueza ha generado una brecha de 41,5 puntos de diferencia entre la participación de los salarios en el PBI y la participación de las utilidades empresariales, brecha que era de 22,6 puntos en 1991.

3. Conclusiones

1. Como se aprecia, a pesar de que destaca que uno de los pilares del diagnóstico es el «enfoque basado en los derechos humanos», vemos que predomina en el documento una perspectiva de carácter meramente económico, prescindiendo de un necesario —y complementario— análisis jurídico (entendido no solo desde la dimensión autoritativa del derecho, sino también desde los valores a los que este sirve en el marco del Estado constitucional de derecho). Es decir, se prescinde de un análisis valorativo. Un enfoque de derechos obliga también a revisar la compatibilidad de la regulación individual y colectiva y, por qué no, la de protección social en consonancia con los compromisos asumidos por el Perú en el ámbito de la OIT y de los acuerdos comerciales. Así, por ejemplo, los temas observados por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT y los casos del Comité de Libertad Sindical que involucran al país son un buen referente para medir la temperatura acerca de la coherencia de las políticas del mercado de trabajo con un estándar de derechos humanos laborales internacional.
2. El diagnóstico de una política pública, con incidencia directa en los principios constitucionales, debería contar con una perspectiva de análisis mucho más amplia, esto es, abordar las necesarias justificaciones jurídicas (sobre todo en relación con la dimensión valorativa del derecho, que es más importante aún en el Estado constitucional de derecho), que abarque también una perspectiva política lo más coherente posible con la defensa y promoción de los derechos fundamentales.
3. Así, por ejemplo, al momento de hacer un repaso de los distintos regímenes laborales (llamados especiales en nuestro ordenamiento), no se analizan sus efectos en los trabajadores desde una necesaria y complementaria perspectiva desde el principio-derecho a la igualdad y su correspondiente mandato de no discriminación.
4. Desde esa perspectiva o enfoque (y trascendiendo la simple dimensión retórica del enfoque de derechos), es destacable —por lo que coincidimos plenamente— que se señale en el documento que la competitividad no debe estar reñida —no se opone necesariamente— a la generación de empleo digno, entendido este como aquel definido por la OIT (se refiere al concepto de trabajo decente, o un trabajo garantista de los derechos fundamentales en el trabajo). Es decir, el documento acierta cuando disuelve la aparente falsa oposición entre políticas de mejora de la competitividad y de la productividad y generación de empleo con derechos. Aunque pareciera trivial destacarlo, la mejora de la productividad y competitividad no se opone necesariamente con la generación de empleo con derechos.

5. Nos parece más adecuado, a los fines de la política de regulación del mercado de trabajo y de mejora de la situación de los trabajadores asalariados, distinguir —como en efecto lo vino haciendo el MTPE en los últimos meses— entre informalidad en sentido amplio e informalidad laboral o informalidad en sentido estricto.
6. Consideramos que cobijar ambas situaciones diferentes bajo un mismo concepto —y, sobre todo, uno tan amplio como «informalidad»— puede llevar a errores de diagnóstico y a la elección de instrumentos de política no diferenciados. De ahí que resulte más apropiado, pensando en las políticas propias del MTPE, hablar de informalidad laboral, estipulando que ella se entiende como aquella situación de un asalariado (trabajador en régimen de subordinación) que no está cubierto por ningún estatuto laboral ni por un sistema de protección social propio de los asalariados a pesar de que en los hechos realiza una prestación de servicios subordinada.
7. La informalidad laboral es tan solo una parte —no poco importante, por cierto— de las diferentes piezas que componen el complejo rompecabezas de la regulación de las relaciones individuales y colectivas de trabajo. La labor del investigador de políticas públicas debe consistir en reconocer que se trata de un problema complejo.
8. Del mismo modo, la inequidad de ingresos entre trabajadores y empresarios en nuestro país es un elemento relevante para las políticas de promoción del empleo y de regulación del mercado de trabajo. Su relevancia es también coherente con el enfoque de derechos que la política destaca pero que olvida aplicar.
9. La estabilidad laboral de entrada, la estabilidad de salida, guardan relación con otros problemas no menos relevantes del mercado de trabajo (otras piezas del rompecabezas, siguiendo nuestra analogía), en tanto conforman un todo complejo. Así, por ejemplo, la revisión de los mecanismos de protección social en salud, en pensiones y otros aspectos de las relaciones individuales y colectivas de trabajo (el tiempo de trabajo o la cobertura de la negociación colectiva, por ejemplo) forman parte de un gran rompecabezas que es el mercado laboral.
10. Un diagnóstico restringido incrementa el peligro de llegar a proponer instrumentos limitados que no consideren en la atención integral del problema otras variables relevantes para su solución.
11. La inferencia que relaciona la protección contra el despido arbitrario con el incremento de la contratación temporal es una de carácter débil. El error consiste en considerar que la primera (el régimen jurisprudencial de protección contra el despido que admite reposición e indemnización) es una razón suficiente en relación con la segunda. Se pierde de vista en el razonamiento otras variables en un contexto causal amplio y complejo. Ello no descarta que el régimen de protección del despido arbitrario sea una variable relevante del contexto, pero no hay evidencia que acredite que opera como una razón suficiente para explicar el incremento de la contratación temporal. En este análisis, las estadísticas demuestran que la contratación temporal venía —y siguió incrementándose— antes de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de manera que este deviene contrafáctico y debilita la inferencia.

12. El argumento de la formalización laboral a través de la reducción de costos laborales enfrenta dos problemas. a) El primero es su debilidad para explicar cómo en aquellos segmentos empresariales donde existen regímenes con menores costos laborales los índices de formalidad laboral son pobres. Se aprecia acá, nuevamente, una suerte de «falacia de la falsa causa», consistente en reducir la explicación de problemas complejos a una sola variable; así, por ejemplo, desde la teoría económica el costo laboral por bien producido comprende la variable de los costos laborales (numerador) y la variable productividad (denominador); de ahí que se afirme que «[...] existen pues dos formas de reducir el costo laboral unitario: a través de una reducción de los costos laborales totales y a través de una mejora (incremento) de la productividad» (Sánchez, 2012, p. 525). b) El segundo es de carácter político y jurídico: no hay razones suficientes para justificar una medida como esa en relación con el bienestar general de los trabajadores ni, mucho menos, encuentra respaldo desde un juicio ponderativo que no sacrifique de manera desproporcionada los derechos laborales —algunos de carácter fundamental— en beneficio de la promoción del empleo formal, respetando también el principio-derecho a la igualdad y no discriminación.
13. La construcción de una política de promoción de trabajo digno o decente no debe prescindir del espacio de diálogo social tripartito que representa el CNTPE. Hacer que en materia de productividad y competitividad los acuerdos de este simplemente se sumen de manera colaborativa —y no necesariamente crítica— a los que emanan del CNPF es afectar las competencias sectoriales establecidas en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y debilitar el espacio del CNTPE. Cabría, sobre el particular, revisar su compatibilidad con los compromisos asumidos en materia de diálogo social en el marco de la OIT.

Referencias

- Atienza Rodríguez, Manuel (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Atienza Rodríguez, Manuel (2018). Diez ideas sobre los derechos humanos. Recuperado de <https://dfddip.ua.es/es/documentos/10-ideas-sobre-los-derechos-humanos.pdf?noCache=1509347822829>
- Atienza, Manuel, & Ruiz Manero, Juan (2009). *Para una teoría postpositivista del derecho*. Lima: Palestra. Pensamiento Jurídico Contemporáneo.
- Cuadros Luque, Fernando, & Sánchez Reyes, Christian (2008). El rol estatal de fomento de la negociación colectiva. *Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Ponencia libre presentada en el III Congreso de la SPDTSS. Recuperado de http://www.spdts.org.pe/sites/default/files/libros/archivos_13963150890.pdf
- Cuadros Luque, Fernando (2018). Rigidez laboral y contratación temporal en el Perú. Entre el mito y la falacia. *Revista Análisis Laboral*, 487. Lima: AELE. ISSN 2074-2568.
- Cuadros Luque, Fernando (2010). Nueva Ley Mype: ¿es el remedio peor que la enfermedad? *Trabajo y Desarrollo*, 7. Lima: Plades.
- Cuadros Luque, Fernando, Sánchez Reyes, Christian, & Vidal Bermúdez Álvaro (2012). *Flexibilización laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: un balance tras 20 años*. Santiago: Cepal. Serie Políticas Sociales. División de Desarrollo Social.
- Cuadros, Fernando, & Sánchez, Christian (2007). La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida. Lima: Asesoría Laboral.
- Ermida Uriarte, Oscar (2006). Ética y derecho del trabajo. Recuperado de <https://www.upf.edu/documents/3885005/3889500/ErmidaUriarteEtica.pdf/22912372-f400-4ed5-aca4-f3975a-b17a6e>
- Nino, Carlos Santiago (2013). Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Política Nacional de Competitividad y Productividad. Aprobada por Decreto Supremo N° 345-2018-EF. *Diario Oficial El Peruano*, Lima, 31 de diciembre de 2018.
- Sánchez Reyes, Christian (2012). Una visión ponderada de la legislación laboral: comentarios al régimen Mype y a la propuesta de Ley de la Nueva Empresa. *Revista de Derecho de la Facultad de Derecho de la PUCP*, 68.

Las decisiones y acuerdos jurisdiccionales frente a los principios y los fundamentos de la Nueva Ley Procesal del Trabajo: algunas ideas para obtener su concordancia¹

Manuel Gonzalo de Lama Laura
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP

1. «Para muestra dos botones»: breve reseña de dos situaciones

Caso 1. Una trabajadora fue despedida sin causa por su empleador. Cuando buscó asesoría legal para procurar una solución judicial a su cese, su abogado preparó una demanda cuya sumilla y pretensión indicaban «reposición por nulidad de despido»; no obstante, en el desarrollo de los fundamentos fácticos y jurídicos del mismo escrito se advertía con claridad que el cese impugnado era un despido incausado y no un supuesto de nulidad de despido.

Dicha «incongruencia» fue advertida por las instancias de mérito, que sin embargo prefirieron pronunciarse no en función de lo indicado en la pretensión y en la sumilla de la demanda, sino más bien a partir de lo descrito en los mencionados fundamentos de hecho y legales, de modo que procedieron a declarar fundada la demanda y confirmar esta decisión, respectivamente.

Como era de imaginar, el empleador demandado interpuso recurso de casación debido a la «incongruencia» que, en su consideración, existía entre dichas sentencias y lo solicitado por la demandante. La Corte Suprema (CS) resolvió declarando nula la sentencia de segunda instancia e insubsistente la de primera, y ordenó al juez de esta última que emitiera un nuevo pronunciamiento sobre la base de lo «peticionado». Hasta entonces, habían transcurrido cuatro años desde la interposición de la demanda, tiempo que, ciertamente, se ampliaría dado que todo el expediente retornaría al juzgado de origen con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado por la CS.

Caso 2. Un trabajador fue despedido fraudulentamente, por lo que decidió iniciar un proceso abreviado para obtener una respuesta rápida por parte de la jurisdicción laboral que empezaba a «dar sus primeros pasos» en la aplicación de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). Hasta ese entonces, no se había emitido ningún Pleno Jurisdiccional Supremo ni Nacional que haya precisado los alcances de la NLPT en torno a la procedencia de la reposición como única pretensión principal mediante un proceso abreviado.

Pese a ello, y bajo el entendido y consolidado criterio de un sector especializado en la materia, se procedió con demandar la reposición como pretensión principal

1 Este trabajo tiene como punto de partida el artículo titulado «Algunas consideraciones en torno a la ejecución de la sentencia de reposición: los riesgos e inconvenientes de las decisiones judiciales basadas (incorrectamente) en la literalidad y la formalidad», publicado en la revista *Soluciones Laborales*, número 126, junio de 2018. Lima: Gaceta Jurídica.

única y las remuneraciones devengadas como pretensiones accesorias, en la medida en que, ciertamente, el TC, mediante su doctrina jurisprudencial en materia de despidos lesivos de derechos fundamentales, había considerado, desde hace más de una década, que los supuestos de nulidad de despido ya no eran los únicos casos en los que el trabajador podía demandar su reposición.

Sin embargo, meses después de haberse interpuesto la demanda, la CS, a partir de la emisión de una línea jurisprudencial uniforme y del Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, concluyó que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente no podían acumular, a su pretensión de reposición, las remuneraciones devengadas, dado que esta posibilidad solo estaba prevista legalmente para los casos de nulidad de despido.² Con el fin de evitar la declaración de improcedencia de la pretensión referida a las remuneraciones devengadas, el trabajador modificó su demanda, de tal manera que perviva, como «única» pretensión principal, la reposición.

A lo largo de los siguientes cuatro años, el trabajador demandante obtuvo sentencias favorables tanto en primera como en segunda instancia, por lo que solicitó al Juzgado la ejecución de su pretensión, invocando la aplicación del último párrafo del artículo 34 de la LPCL;³ es decir, petitionó que, en lugar de que se proceda con su reposición, el Juzgado dispusiese que la demandada cumpla con el pago de la indemnización por despido arbitrario. Dicha solicitud se basó, nuevamente, en el entendido de que los supuestos de nulidad de despido no eran los únicos que en ese momento merecía una protección restitutoria, y en función de la misma base constitucional de este precepto: la libertad de trabajo. Sin embargo, la decisión del Juzgado fue negativa, en atención a que el artículo 34 de la LPCL prevé expresamente que este cambio se aplica solo cuando se demanda la reposición por nulidad de despido.

Lo relatado describe situaciones reales. A propósito de ellas, este trabajo planteará algunas ideas que apuntan a proponer un reto para nuestra justicia laboral: la resolución de conflictos laborales a la luz de los fundamentos del proceso laboral —y del proceso en general— y basada en una interpretación de las normas sustantivas que no se limite a la literalidad de las mismas.

2. La reposición en el marco de la NLPT, de los Plenos Jurisdiccionales Supremos Laborales y de la jurisprudencia de la CS

Empezaba el año 2010 y a los pocos días se emitió la NLPT. No abundaremos en las novedades de esta, porque escapa del objeto de este trabajo, pero sí queremos

2 Artículo 40 del texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL): «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».

3 Artículo 34 de la LPCL [...]: «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».

enfatar en el hecho de que, entre aquellas, una de las que llamó la atención de los especialistas fue la previsión de un nuevo proceso célere (abreviado) para obtener la reposición cuando esta se planteaba como única pretensión principal.

El interés especial brindado a este asunto se debió, en buena cuenta, al hecho de que la norma procesal no previó los supuestos que permitían al trabajador demandar esta protección, y a que el TC contaba con una profusa y consolidada jurisprudencia sobre la materia en el marco de un proceso constitucional de amparo, en el sentido de que un trabajador no solo podía obtener su reposición mediante esta última vía, en los supuestos de nulidad de despido.

En este marco fáctico-jurídico, algunas voces especializadas coincidían en que toda vez que la norma sustantiva (la LPCL) no se había modificado, la NLPT permitía la reposición solo en los supuestos previstos en el artículo 29 de la LPCL. Por su parte, otro sector consideraba que, en tanto el TC había ampliado los supuestos de reposición a los casos de despido incausado y fraudulento, el nuevo proceso laboral también podía acoger la impugnación de los mismos con el fin de obtener la mencionada reparación restitutoria.

Tuvieron que pasar algo más de dos años para que, mediante un Pleno Jurisdiccional Supremo (el primero), la CS aclarara este panorama al concluir que tanto el despido incausado como el fraudulento podían ser impugnados, de modo que pudieran ser reparados con la reposición, bajo el marco de la NLPT e incluso en aquellos distritos judiciales en los que esta norma aún no regía. Claro está que, toda vez que la norma sustantiva se mantenía inmutable, las dudas no cesaron con dicha aclaración, dado que, por ejemplo, aún no se tenía certeza sobre el plazo (de caducidad o de prescripción) que el trabajador debía tener en cuenta para impugnar en la vía laboral su despido incausado o fraudulento; si se podían acumular, en un proceso abreviado o uno ordinario, las remuneraciones devengadas, entre otras.

La lógica seguida en el mencionado Primer Pleno parecía indicar que estas dudas y otras iban a solucionarse en la dirección de la aplicación analógica de los aspectos sustantivos y procesales relativos a los supuestos de nulidad de despido;⁴ no obstante, la jurisprudencia posterior y los siguientes Plenos se dirigieron en un sentido más bien literal y formalista de la LPCL. En efecto, por ejemplo respecto de la acumulación de la reposición con otras pretensiones en los casos de despido incausado o fraudulento, la CS, mediante el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo, indicó que aquella será de conocimiento del juez laboral en la vía del proceso ordinario, mientras que en diversas casaciones precisó que, en lugar de las remuneraciones devengadas, dicha acumulación comprende una indemnización por daños y perjuicios, todo ello con base en una interpretación literal del artículo 40 de la LPCL. Posteriormente, mediante el Quinto Pleno, la CS ha concluido que, en los mismos casos, el juez ordenará pagar una suma por daños punitivos, cuyo monto máximo

⁴ Ciertamente, cabe precisar que esto no había sucedido ni siquiera respecto de la conclusión del Segundo Pleno en torno al plazo de caducidad que tenían los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente, dado que, si bien es cierto se acordó que este equivalía a 30 días hábiles, de acuerdo a lo previsto por el artículo 36 de la LPCL, la misma no se basó en que tales ceses eran supuestos de nulidad de despido, sino manifestaciones de despidos arbitrarios.

será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al Sistema Privado de Pensiones, Sistema Nacional de Pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda.

Por la misma línea parecen dirigirse también algunos juzgados especializados que, con ocasión de la solicitud de cambio de la pretensión de reposición por la IDA, durante la etapa de ejecución de sentencia han aplicado literalmente el artículo 34 de la LPCL. En efecto, por ejemplo, el Décimo Segundo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del Expediente N° 6734-2014-0-1801-JR-LA-12, ha indicado lo siguiente:

5. Advirtiéndose que el Superior Jerárquico *ha declarado fraudulento el despido*, ordenando que la demandada cumpla con reponer al demandante, mientras que el artículo que señala el demandante, establece que: «[...] 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° [...]; en ese sentido, el despido fraudulento y el despido nulo son figuras distintas, teniendo ambas un tratamiento legal diferente, no resultando extensible el artículo invocado por el demandante al caso de autos; caso contrario, implicaría que el Juzgado, en etapa de ejecución, realice una interpretación que no corresponde al presente proceso, vulnerando de esta manera la institución de la cosa juzgada y la ejecución de lo resuelto en los términos establecidos por el Superior Jerárquico, derechos que además están reconocidos en el numeral 2 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, de ahí que deviene en improcedente lo solicitado». (Cursivas añadidas)

Sin perjuicio de lo indicado, cabe llamar la atención también sobre una situación problemática que se ha venido presentando debido a la «incorrecta» formulación de la impugnación del tipo de despido para obtener la reposición. En efecto, en más de una oportunidad la CS ha considerado que si las instancias de mérito han dispuesto la reposición solicitada por el trabajador demandante con base en un tipo de despido que no fue formulado como parte del petitorio, se estaría afectando la debida motivación por una entendida «incongruencia» entre lo resuelto y lo solicitado.

En relación con ello, la CS básicamente ha señalado, por ejemplo, que si la pretensión de reposición se basó en un supuesto de nulidad de despido, las instancias de mérito tendrían que haber emitido su decisión en torno a este tipo de cese y no a partir de uno de carácter incausado o fraudulento, dado que lo contrario significaría incurrir en incongruencia procesal al pronunciarse sobre hechos diversos no invocados por las partes, lo cual, a su vez, afectaría la garantía del debido proceso.

Dicho todo ello, corresponde explicar las razones por las que consideramos que la CS y los Juzgados Especializados Laborales se equivocan al adoptar estas conclusiones plenarias y decisiones a partir de una interpretación literal de las normas sustantivas analizadas y soslayando algunos fundamentos y garantías procesales recogidas en la NLPT.

3. La jurisprudencia vinculante del TC en torno a la reposición y su impacto en el ordenamiento jurídico peruano: una mirada desde el pospositivismo y la pretensión de corrección

A estas alturas, ningún especialista en asuntos jurídicos laborales podría sostener que los únicos supuestos de reposición en el trabajo son aquellos recogidos en el artículo 29 de la LPCL. Evidentemente, estos últimos son los regulados expresamente como tales; no obstante, es bien conocido que, hace ya bastante tiempo, el TC ha considerado que también, entre otros, los despidos incausados y fraudulentos pueden merecer una protección restitutoria.

Tanto es así que la CS, ante la necesidad de compatibilizar estos nuevos supuestos de reposición con su tratamiento a la vista de la NLPT, ha llegado a ciertas conclusiones plenarios y casatorias que han provocado que el trabajador despedido de manera incausada y fraudulenta ya no vea muy atractiva la opción procesal que le brinda el amparo constitucional.⁵

Sin embargo, la inmutabilidad del legislador sustantivo de recoger esta postura jurisprudencial en una modificación del artículo 29 de la LPCL⁶ ha provocado una serie de interrogantes que admiten respuestas disonantes entre sí, en el sentido de que no se tiene la certeza de tratar y/o extender a los despidos incausados y fraudulentos las mismas características, efectos jurídicos, etcétera, que el legislador sí le brindó a los, en su momento, únicos supuestos de reposición.

Ahora bien: todas estas dudas, desde nuestra perspectiva, no podrían solucionarse de una forma que consideramos tan simple y miope como aquella que consiste en no aplicar ciertos artículos de la LPCL a estos nuevos supuestos de reposición, atendiendo a que, literalmente, tales preceptos solo se refieren a los supuestos de nulidad de despido.

Esta interpretación textual y sin mayor análisis de tales dispositivos, en palabras de la CS, guarda conformidad con un tipo de interpretación inviable (la analógica)⁷

5 Sobre el particular, es preciso indicar que ni la CS ni el TC han manifestado con claridad si el nuevo proceso laboral configura una vía igualmente satisfactoria que el amparo, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional; aunque, como sostienen algunos autores, en los hechos aquel resulta, inclusive, más efectivo que el amparo para la protección de los derechos laborales invocados. Al respecto, puede revisarse lo explicado por Osorio y Castillo (2015, p. 323).

6 Al respecto, cabe recordar que el Proyecto de Ley General de Trabajo contempla una noción amplia de la nulidad del despido, con el propósito de englobar todo aquel despido que afecta cualquier derecho fundamental.

7 Sobre esto, por ejemplo, la CS ha indicado, mediante la Casación Laboral N° 8345-2013-La Libertad, lo siguiente: «[...] Observándose que en el presente caso además de la pretensión de reposición por despido incausado, también se peticiona el pago de remuneraciones dejadas de percibir, corresponde señalar que, no se cumple con el presupuesto de “reposición bajo la forma de una pretensión principal única”, por cuanto la pretensión de pago de remuneraciones dejadas de percibir debe ser considerada como una pretensión principal y no como una pretensión accesoria como lo señalan las instancias de mérito, ello debido a que el artículo 40 de la LPCL únicamente establece para el despido nulo el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, mas no para los casos de despido incausado ni despido fraudulento; por lo que, no se puede realizar una interpretación extensiva ni analógica de una excepcionalidad señalada por la misma norma, a otros supuestos no previstos expresamente por dicho precepto legal [...]».

si es que la misma plantea restringir derechos. No obstante, siguiendo a Neves (2015, p. 32),⁸ nos preguntamos si considerar que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente no tienen derecho a las remuneraciones devengadas⁹ significa «restringir derechos» con el fin de sustentar que la interpretación analógica del artículo 40 de la LPCL, o del tercer párrafo del artículo 34 de la misma norma, no resulta viable. Por el contrario, creemos que todo indicaría que la comparación respectiva muestra que todos estos despidos son inconstitucionales, por lo que, ciertamente, el uso de la analogía no tiene la finalidad de restringir derechos, sino la de igualar esta clase de ceses que guardan semejanza sustancial (Neves, 2015, p. 232).

Atendiendo a lo explicado, resulta totalmente pertinente traer a colación lo que el profesor Atienza (2013, p. 29) ha expresado sobre la pretensión de corrección del ordenamiento jurídico en general:

El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). Atribuir una especial importancia a la interpretación, entendida como una actividad guiada por la necesidad de satisfacer los fines y los valores que dan sentido a la práctica. Y otorgar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, sin desconocer por ello los valores del «legalismo»; el ideal regulativo del jurista del constitucionalismo, o del jurista post-positivista, tendría que ser el de integrar en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios constitucionales.

En el mismo sentido, en el desarrollo de la justificación del acuerdo respectivo, adoptado en el Quinto Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, se señaló que: «En el ordenamiento jurídico nacional no existe ninguna norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia, o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del despido nulo en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato legal del artículo 40º del Decreto Supremo 003-97-TR».

8 Aunque el profesor Neves se refiere a la interpretación analógica del plazo de caducidad previsto en el artículo 36, la apreciación es completamente aplicable también a los aspectos que venimos analizando (Neves, 2015, p. 232).

9 Ahora bien: es cierto que la CS no ha negado que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente no tengan una protección adicional (económica) a su reposición, sino más bien ha reconocido que estos trabajadores pueden demandar una indemnización por daños y perjuicios, e inclusive obtener un monto por daños punitivos. No obstante, dicha conclusión genera, desde nuestra perspectiva, un trato desigual injustificado entre trabajadores que han sido afectados en sus derechos fundamentales, ya sea por algún supuesto de nulidad de despido o un despido incausado o fraudulento. En efecto, como se conoce, las remuneraciones devengadas, a las que tienen derecho los primeros, tienen carácter salarial, por lo que su abono procede previa deducción de los descuentos legales correspondientes (tributarios y previsionales), mientras que las indemnizaciones no cuentan con dicha calidad, por lo que, los segundos, ciertamente, obtendrán sumas dinerarias más elevadas que los primeros.

En ese sentido, y continuando con lo referido por el profesor Atienza (2006, p. 57), tenemos que una práctica jurídica pospositivista nos lleva a determinar las razones subyacentes a las normas, aplicando un enfoque pragmático jurídico que, entre otras cosas, importa «la necesidad de considerar el derecho y los problemas jurídicos en relación con el contexto», adoptando «una visión instrumental y finalista del derecho; el derecho es un instrumento para resolver (o prevenir, o tratar) conflictos, un medio para la obtención de fines sociales».

En el mismo orden de ideas, el connotado jurista alemán Robert Alexy (2001, p. 237) señala que en los casos en los que se presenta una disposición normativa abierta o genérica (ámbito de apertura), así como en casos difíciles, el juez debe emitir su fallo efectuando una pretensión de corrección que no solo se vincula con una pretensión moral sino también jurídica. Expone además que a la pretensión de corrección

le corresponde el deber jurídico, necesariamente unido a los fallos judiciales, de decidir correctamente. En el ámbito de apertura este deber jurídico se refiere también a la aplicación correcta de normas morales correctas; ya que por definición, en el ámbito de apertura no se puede decidir solo sobre la base de las normas del derecho positivo, y el recurso exclusivo a consideraciones de conveniencia no es suficiente para resolver correctamente un problema jurídico. En numerosos casos difíciles no es posible justificar la solución correcta de manera diferente que con argumentos morales o de justicia.

En nuestro medio, y en consonancia con lo explicado, el profesor Morales Godo (2010, p. 15) indica:

[...] el papel del juez en un Estado Constitucional, evidentemente, no es el mismo que ha desempeñado en un tradicional estado de derecho, toda vez que, en aquel, cobra preponderancia su actuación en la medida que la norma no es un modelo acabado que se trasplanta a la realidad, sino solo una propuesta del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto. En ese sentido, el actor principal en el derecho resulta siendo la función jurisdiccional y no la legislativa, el juez y no el legislador.

De esta manera, resulta cuestionable que el artículo 40 y el tercer párrafo del artículo 34 de la LPCL sean apreciados desde una interpretación literal y formalista, pues ello manifiesta un completo desconocimiento de que el derecho se encuentra en constante evolución. Además, tal interpretación redundaría en obviar su utilidad práctica y, sobre todo, en desconocer la eficacia de la tutela de derechos fundamentales.¹⁰

Esta apreciación se agudiza, en nuestra consideración, en el caso de la aplicación literal del artículo 34 de la LPCL, en la medida en que la referida alternativa que el le-

¹⁰ Al respecto, se comparten los argumentos y las fuentes utilizadas por Navarrete (2017, p. 122), con el fin de criticar la interpretación judicial formalista del artículo 40 de la LPCL.

gislador le otorga al trabajador responde a diversas razones relacionadas íntimamente con la libertad de trabajo, entre ellas, por ejemplo, el hecho de que el trabajador despedido ya encontró un nuevo empleo en el ínterin del proceso respectivo o simplemente ya no desea regresar a su puesto de labores debido a que prefiere evitar exponerse a diversas arbitrariedades o represalias por parte de su empleador.^{11,12}

En sentido contrario, entonces, si dicha opción no se hubiera contemplado, el trabajador despedido se vería obligado a regresar al centro de labores del cual fue separado irregularmente, lo cual no guarda coherencia con el derecho de cualquier persona de elegir con quién trabajar, facultad deparada justamente por la libertad de trabajo.¹³ Sin duda, esta incongruencia constitucional se acentuaría si el trabajador, en aras de dar cumplimiento a la sentencia de reposición, se ve obligado a renunciar al puesto que desempeña, en ese momento, en otro centro de trabajo.¹⁴

De esta manera, creemos que insistir en que el último párrafo del artículo 34 de la LPCL se aplica solo a los trabajadores que hayan obtenido la reposición luego de haber transitado por un proceso de nulidad de despido resulta, hoy, una interpretación totalmente contraria a la libertad de trabajo de los trabajadores que han obtenido el mismo tipo de protección (reposición) como resultado de la impugnación de otra clase de despido inconstitucional (incausado o fraudulento).

En efecto, la interpretación de este párrafo del artículo 34 de la LPCL, desde una óptica formal, literal y esquiva a todo el desarrollo jurisprudencial del TC en torno

11 Esta afirmación, por ejemplo, se refleja con claridad en el caso resuelto por la CS mediante la Casación Laboral N° 3626-2011-Lima. Según los datos referidos en esta sentencia, el trabajador demandante ya había sido repuesto sin que su empleador haya procedido con el pago de las remuneraciones devengadas correspondientes. Ante el constante reclamo del trabajador demandante del pago de estas sumas, el empleador demandado procedió con despedirlo nuevamente; asimismo, este último se había negado recurrentemente al pedido judicial de facilitar las planillas (que iban a servir para proceder con el cálculo de los montos exactos de lo adeudado por concepto de las remuneraciones devengadas), lo cual había provocado una dilación excesiva del proceso judicial correspondiente (desde la fecha de reposición, cerca de dos años adicionales). Por otro lado, el empresario había aceptado la arbitrariedad de este segundo cese dado que ofreció al demandante la IDA.

Si bien es cierto, explica la CS, que entre el segundo despido y la ejecución de la reposición del actor transcurrieron mucho más de tres meses (más de tres años), tal como lo advirtió la empresa demandada, resulta claro que entre ambos sucesos existió una relación íntima de acuerdo con los elementos indiciarios reseñados, por lo que el segundo cese fue calificado como un supuesto de nulidad de despido.

12 Al respecto se puede ver también De Lama (2014, p. 54).

13 Sobre ello, cabe recordar que dicho derecho, de acuerdo con una línea jurisprudencial consolidada del TC, comprende el derecho de todo trabajador de seguir su vocación y dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad de aceptar o no un trabajo, y a la libertad de cambiar de empleo. Para tales efectos, pueden revisarse las sentencias recaídas en los Expedientes N° 661-2004-PA/TC, 855-2005-PA/TC, 4058-2004-PA/TC, entre otras.

14 Ahora bien: en relación con esta apreciación, se podría objetar que, en todo caso, el trabajador está en la libertad de cumplir o no con la ejecución de la reposición, por lo que no estaría obligado, ni por el legislador ni por el juez, a volver a laborar con su empleador; sin embargo, resulta claro que el esfuerzo, dinero, tiempo, entre otros, desplegados durante todo el proceso, resultarían vanos si la mencionada alternativa del reemplazo de la protección del despido nulo (la IDA) no se hubiera previsto; es decir, en caso de que el legislador no haya regulado esta opción en favor del trabajador y este no deseara su reposición, el proceso iniciado no tendría ningún sentido al no proveer, finalmente, ningún tipo de salvaguarda jurídica.

a los supuestos de reposición en el empleo, significa, en la práctica, entender que los trabajadores despedidos incausada o fraudulentamente no tienen la facultad de cambiar su pretensión de reposición por la IDA, por lo que se verían obligados a volver a laborar bajo la dirección de su empleador, lo cual, como se podrá advertir con claridad, resulta una total y completa contradicción del derecho constitucional a la libertad de trabajo de estas personas.

4. El formalismo y la «congruencia» entre lo peticionado y lo resuelto en el marco de la NLPT

Tal como indica Paredes (2013, p. 215), en el derecho procesal existen actos defectuosos, actos inválidos y actos nulos. Estos últimos se configuran solo cuando afectan, sin posibilidad de subsanación o suplencia, un bien o principio constitucional (por ejemplo, el derecho de defensa). De esta manera, si el acto puede ser suplido (por el juez) o subsanado (por la parte), el acto no es nulo.

En el primer caso, cuando el acto es suplido, estamos frente a la puesta en práctica del principio de suplencia de queja deficiente, cuya concepción reside en que las personas, los abogados, los demandantes, los demandados, hablamos de diferentes maneras para referirnos a una misma idea. Tomando esto en cuenta, no debería importar la forma en la que cada quien se expresa, dado que lo relevante es el fondo. En este sentido, la suplencia de la queja deficiente permite al juez corregir de oficio las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el accionante al momento de formular su demanda (Paredes, 2013, p. 216).

Se conoce que este principio ha tenido una histórica y abundante aplicación en el marco de procesos constitucionales de amparo;¹⁵ sin embargo, no deja de ser tributario del principio procesal denominado *iura novit curia*, cuya idea principal consiste en que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, directriz que ha sido recogida en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil (CPC), aplicable supletoriamente al proceso laboral.¹⁶

Por otro lado, cabe caer en cuenta de que, ciertamente, la pauta basilar del *iura novit curia*, así no se haya previsto la aplicación supletoria del CPC al proceso laboral, tiene la calidad de principio propio y rector de la teoría general del proceso, a partir del cual nacen todas las variantes de este, como el laboral,¹⁷ razón por la cual su carácter informador y basilar respecto de cualquier tipo de proceso exige que sea observado por la jurisdicción en general.

Sin perjuicio de lo indicado, la aplicación supletoria de la suplencia de la queja deficiente en el proceso laboral no sería el único fundamento jurídico para que los jueces que resuelven bajo el marco de la NLPT procedan con la puesta en práctica

15 Tanto es así que su aplicación se deduce con claridad del artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

16 Véase primera disposición complementaria de la NLPT.

17 Al respecto, véase Paredes (2013, p. 211).

de este principio, dado que esta misma norma recoge, como un fundamento del proceso laboral, en su título preliminar, el denominado «privilegio del fondo sobre la forma», el cual le daría sentido al hecho de que el juez laboral, al analizar y calificar la demanda presentada, prefiera aquel fundamento jurídico que realmente sustenta la pretensión, y no el formalmente invocado.

En efecto, tal como lo sostiene un sector de la doctrina procesal,¹⁸ al comentar este fundamento, las normas procesales, siendo imperativas, no son de orden público, razón por la que el juez laboral está obligado a adecuar la exigencia de las formalidades impuestas en las normas procesales a los fines del proceso, esto es, la efectiva resolución de la materia controvertida.

Por su parte, Pasco (1997, p. 55), explica que por aplicación de esta prevalencia se admite que el juez pueda emitir un fallo despojado de ataduras formales excesivas que permitan atender cuestiones no demandadas expresamente, destacando además que, dado el carácter tutelar de la parte débil de la relación jurídico-laboral, la congruencia procesal tiene un carácter laxo.

Asimismo, se debe indicar, siguiendo a Toselli (2013, p. 193), que, en atención al carácter tuitivo que caracteriza al derecho laboral, y debido a la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y que se deben proteger, la congruencia procesal admite una serie de matices que permiten modular o incluso dejar de lado la estrechez del marco propuesto por los litigantes, lo cual faculta al juez laboral a asumir un rol activo en la búsqueda de la verdad real, entendida como verdad jurídica objetiva.

Por su parte, Baeza (1991, pp. 31 y 40) destaca que si correspondiera al juez laboral sentenciar estrictamente en función de las pretensiones formuladas en la demanda, no se podría dar cumplimiento a normas que le exigen al Estado una protección especial al trabajo, por lo que el derecho procesal del trabajo tiene una finalidad de justicia social debido a los intereses que están en juego en la norma sustantiva laboral.

Pese a lo indicado, se puede advertir que la CS no parece tener muy claro el panorama al respecto,¹⁹ dado que su posición ha ido «de un lado a otro»: primero acogió argumentos similares a los esbozados líneas arriba, y después su postura se ha decantado más bien en el sentido contrario. Por ejemplo, en relación con su primera impresión, la CS ha expresado lo siguiente:

Al respecto, esta Sala Suprema considera necesario señalar en cuanto al rechazo declarado, que el actor en su escrito de demanda denunció un despido fraudulento consumado por la demandada el día treinta de junio de dos mil once, por haber

18 Véase Priori et al. (2011, p. 47).

19 Ahora bien: cabe precisar que la duda sobre el particular está instalada en la CS, mas no en los jueces superiores laborales, quienes, con acierto, en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2014, acordaron que el juez sí puede calificar los hechos expuestos en la demanda sobre reposición eligiendo entre los diferentes supuestos de despido inconstitucionales (incausado, fraudulento y nulo) en virtud de la aplicación de principios como suplencia de queja deficiente, *iura novit curia* y prevalencia de fondo sobre la forma, siempre y cuando haya sido sometido a contradictorio.

sido coaccionado a la firma de un convenio de terminación de contrato de trabajo por mutuo disenso, que no expresa realmente su voluntad; sin embargo, los jueces han reparado en la denominación errada en la utilización de dos figuras de despido (despido fraudulento y despido arbitrario) y consideran que al no haberse subsanado ello, debe rechazarse la demanda, pese a que dicho tema de rechazo (denominación errada en la utilización de las figuras de despido) como se ha señalado en esta ejecutoria ha quedado zanjado en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la cual se encuentran obligados los jueces en estricta aplicación del último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese orden de ideas, conforme a los lineamientos procesales y constitucionales contenidos en las resoluciones del Tribunal Constitucional, se deja resuelto el tema cuestionado, y el deber de los jueces constitucionales y laborales de resolver la controversia planteada ante una denuncia de afectación a los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso, y la pretensión de reposición del trabajador, determinando si efectivamente se produjo el despido sea nulo, fraudulento, arbitrario o incausado, y la reposición pretendida; lo contrario, centrar la atención en lo denominación errada en la utilización de dos figuras de despido, vulnera los derechos fundamentales a un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva. Máxime, que el Tribunal Constitucional en una ardua labor de protección constitucional y convencional ha desarrollado los principales temas de discusión en materia laboral, los cuales deben ser estudiados por los jueces constitucionales y laborales para el desempeño eficaz de su labor jurisdiccional, labor encaminada no solo a resolver las controversias planteadas, sino a sentar verdadera jurisprudencia que sea garante de la Comunidad a una seguridad jurídica real y eficaz. No cabe duda de que los jueces tienen el deber de proteger a los justiciables, desde una concepción objetiva de los derechos fundamentales, interviniendo en todos aquellos casos en los que dichos derechos resulten vulnerados, más aún cuando en casos como el presente, el sujeto pasivo de la vulneración alegada en la demanda rechazada es un trabajador. (Casación Laboral N° 4781-2011-Moquegua)²⁰

Por otro lado, se advierte la adopción por la CS, más recientemente, de una línea jurisprudencial que se distancia totalmente de la perspectiva reseñada. Es el caso, por ejemplo, de la Casación N° 337-2015-Lambayeque,²¹ en la que se expresa lo siguiente:

En efecto, el presente proceso es sobre nulidad de despido, pago de remuneraciones y beneficios sociales dejados de percibir, invocando la actora la causal prevista en el inciso c), del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. Es sobre dicha pretensión, que se debió emitir el pronunciamiento debido y no fundar la decisión sobre la base de un despido incausado, cuando ello no ha sido invocado por la actora al plantear su

²⁰ En el mismo sentido, por todas, pueden revisarse las Casaciones Laborales N° 4779-2011-Moquegua y 4561-2011-Moquegua.

²¹ Este criterio se reitera en la Casaciones Laborales N° 7817-2013-Lima Norte y N° 1969-2014-Piura.

demanda, incurriendo las instancias de mérito en incongruencia al pronunciarse sobre hechos diversos no invocados por las partes. A ello es de agregar que se ha ordenado el pago de remuneraciones dejadas de percibir, sin embargo no hay motivación o sustento jurídico que ampare la fundabilidad de dicha pretensión en el contexto que se trate de un despido incausado; por lo que se puede concluir, que se ha emitido pronunciamiento incongruente afectando la garantía del debido proceso, lo que motiva declarar fundado el recurso de casación.

Ahora bien: estas «idas y venidas» de la CS en torno al asunto analizado no solo muestran la problemática advertida, sino también no brindan la seguridad jurídica y la consecuente predictibilidad que los justiciables esperamos, sobre todo, respecto del órgano jurisdiccional supremo.

5. Reflexión final

Es en suma conocido que nuestras normas, en no pocos casos, resultan imperfectas; sin embargo, los jueces, al momento de analizarlas e interpretarlas para dar solución a casos concretos, no deberían agudizar estos inconvenientes normativos con una aplicación literal y formalista. El esfuerzo hermenéutico de las normas por nuestros jueces no puede limitarse a aplicar directamente lo previsto en una norma, más aún si alrededor de esta última hay una variedad de elementos jurídicos de corte constitucional que, por lo menos, deberían formar parte y considerarse en dicho ejercicio interpretativo.

Lamentablemente, lo descrito no viene sucediendo, en todo aspecto, en el seno de los procesos laborales de reposición, lo cual resulta, a su vez, preocupante: ¿es necesaria la reforma legislativa referida líneas arriba para que nuestros jueces cambien de parecer al respecto? Creemos que dicha salida sería la más adecuada, pero hasta que no se realice, existen, desde nuestro punto de vista, argumentos jurídicos suficientes y categóricos para no recaer en una interpretación formalista y textual de las normas vigentes sobre la reposición en el empleo.

Por otro lado, llama mucho la atención que nuestra Corte Suprema no repare en que, por la aplicación del *iura novit curia* y del fundamento procesal del privilegio del fondo sobre la forma, corresponde que el examen de lo petitionado por las partes no se reduzca a la sola lectura de la posición de las partes, sino más bien a lo que subyace a ellas, con base en lo cual debe emitir su pronunciamiento.

Para ambos casos, guardamos la esperanza de que pronto esta tendencia interpretativa vire de sentido.

Referencias

- Alexy, Robert, & Bulygin, Eugenio (2001). *La pretensión de corrección del derecho. La polémica Alexy-Bulygin sobre la relación entre derecho y moral*. Traducción de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Atienza, Manuel (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atienza, Manuel (2006). *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Baeza, José (1991). *Los poderes extra y ultrapetita del juez laboral colombiano*. Tesis para obtener el título de abogado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.
- De Lama, Manuel (2014). *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morales Godo, Juan (2010). La función del juez en una sociedad democrática. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/viewFile/2397/2348>
- Navarrete, Alejandro (2017). En búsqueda de la eficacia material de los derechos fundamentales: a propósito del tema III del V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. *Soluciones Laborales*, 118. Lima: Gaceta Jurídica.
- Neves, Javier (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. *Themis*, 67. Lima: PUCP.
- Osorio, Rosario, & Castillo, Diego (2015). La vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo: implicancias del precedente Elgo Ríos en la pretensión de reposición de trabajadores del sector privado. *Ius et Veritas*, 51. Lima.
- Paredes, Paul (2013). El nuevo proceso laboral peruano dentro del sistema de mecanismos de protección de los derechos laborales. *Laborem*, 13. Lima.
- Pasco, Mario (1997). *Fundamentos de derecho procesal del trabajo*. Lima: AELE.
- Priori, Giovanni, Carrillo, Santiago, Glave, Carlos, Sotero, Martín, & Pérez-Prieto, Robert (2011). *Comentarios a la nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima. ARA Editores.
- Toselli, Carlos (2013). La congruencia en el proceso laboral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, 42. Campinas.

Los derechos laborales constitucionales: 25 años después

Jorge Toyama Miyagusuku
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP

La Constitución de 1993 cumple 25 años y cabe preguntarse si, después de todo, ha satisfecho las expectativas. Conscientes del contexto en que fue promulgada y de las opiniones que entonces se emitieron en torno a sus limitaciones en general, y en especial con respecto a la Constitución de 1979, consideramos que tiene sentido efectuar un balance.

Es preciso anticipar que este ejercicio de revisión no solo considerará el contenido literal de nuestra carta magna, que a lo largo de este tiempo no ha variado, sino que será necesario evaluar el desarrollo que ha tenido en manos de los diversos operadores jurídicos. Qué duda cabe de que, al terminar nuestra reflexión, deberemos encontrarnos en la capacidad de responder si el Tribunal Constitucional, principal aliado en esta labor interpretativa, ha sido un buen compañero de viaje, ofreciendo el reconocimiento y protección de derechos que toda Constitución debe garantizar.

Limitaremos este artículo a analizar la trascendencia de la Constitución como fuente de derecho laboral (con los matices ya explicados), reconociendo el impacto que ha tenido en la resolución de conflictos jurídicos durante los últimos años.

1. La Constitución en el sistema jurídico

La Constitución de 1993, enmarcada en el grupo de las constituciones modernas, posee una estructura dividida en dos partes: dogmática y orgánica. La parte dogmática, sobre la que enfocaremos el presente estudio, se refiere a los derechos, libertades y principios que inspiran a la Constitución; mientras que la orgánica desarrolla los mecanismos jurídicos para garantizar sus fines (Hakansson, 2013, p. 13).

En este contexto, resulta trascendental destacar la importancia de que nuestro ordenamiento jurídico-político reconozca, en el ámbito constitucional, los derechos de las personas solo por gozar de tal condición. Al respecto, Landa (2013, p. 14) señala:

El actual proceso de constitucionalización del derecho hunde sus raíces más profundas en la propia etapa de formación del Estado de derecho, basado en el principio de legalidad y del rol jerárquico de la ley en el ordenamiento jurídico. En ese momento, en el desarrollo y configuración del Estado de derecho, la Constitución

no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos. *Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional.* (Cursivas añadidas)

Pero no se trata de un reconocimiento superior nominal, sino que tiene interesantes implicancias prácticas. Siguiendo a Freixes (1986, pp. 33 y ss.), la constitucionalización de derechos supone:

- (i) Que los derechos cuenten con efectividad inmediata por su sola condición. Ello implica el reconocimiento y fortalecimiento de las acciones de garantía, como mecanismos de tutela y respuesta frente a la violación de derechos.
- (ii) Reconocer a estos derechos dentro de una estructura concreta (lo que entendemos por «bloque de constitucionalidad») que permitiría interpretarlos de forma conjunta.
- (iii) La determinación de los valores constitucionales que informan al ordenamiento jurídico en que se encuentran reconocidos.

Todo lo indicado determina que la constitucionalización de derechos funciona como un importante parámetro para la regulación legislativa (considerando que solo deberían regularse derechos fundamentales por normas de nivel primario), la interpretación jurisprudencial, y la aplicación vinculante para los órganos del Estado (Martín & De Otto, 1992, pp. 25 y ss.).

2. La Constitución y el derecho del trabajo

2.1. La Constitución: marco de actuación laboral

Como ya indicamos, la Constitución del 93 es una constitución moderna, propia de países regidos por el sistema del Estado social y democrático de derecho.¹ Esto significa que «el Estado considera, en forma relevante, el factor social, económico y la solidaridad, y que se erige como garantía de la igualdad ante la ley y la defensa real de los Derechos Fundamentales» (Gonzales, 2015, p. 144).

En nuestra Constitución, los artículos que reflejan tal condición son el 43 (ubicado en el capítulo I del título sobre El Estado y la Nación), que reconoce al Perú como una República «democrática, social, independiente y soberana»; y el 58 (ubicado en el capítulo I del título sobre el Régimen Económico), que refiere que la empresa «se ejerce en una economía social de mercado».

Clásicamente se ha distinguido entre derechos de primera y segunda generación, ambos presentes en la Constitución de 1993 y que por su contenido, tendrán que ver

1 Otros países regidos bajo este esquema: Argentina, Colombia, Haití, El Salvador, Honduras y Paraguay.

directa o indirectamente con los asuntos laborales. Por derechos de primera generación entenderemos a aquellos que fueron los primeros reconocidos en el tiempo. Fundamentalmente nos referimos a derechos civiles y políticos como la vida, la integridad o la libertad, todos ellos vinculados al principio de libertad y que comparten como condición esencial la exigencia a los poderes públicos de no interferir en la esfera privada. En cambio, los derechos de segunda generación son los conocidos derechos económicos, sociales y culturales, vinculados al principio de igualdad y, a diferencia de los anteriores, para su efectiva realización exigen la intervención de los poderes públicos (Fracuas, 2015, p. 124).

En nuestra Constitución se encuentran recogidos en el artículo 3, en un listado abierto semejante al que recurría la Constitución de 1979. No podríamos negar que las referencias al carácter social del Estado se han reducido con relación a lo que establecía su predecesora y esto no es una casualidad. Los constituyentes de 1993 tuvieron la vocación de volver más sencillo y preciso el texto constitucional (Vinatea, 1993, pp. 7 y ss.). Así lo señala también Pasco (1993, p. 28): «la nueva Constitución supera la gaseosa y superabundante proliferación de la anterior en esta materia». Sin embargo, para algunos constitucionalistas, este cambio fija los cimientos de un Estado liberal.²

Las pretensiones de simplificación, probablemente, se constituyen como el principal elemento de crítica por diversos autores.³ Sin embargo, la interpretación de la Constitución por magistrados de la justicia constitucional y ordinaria revela que no han existido límites para la administración de justicia.

Por ejemplo, Neves Mujica (2018) realiza los siguientes apuntes:

[...] en materia laboral la Constitución vigente ha convalidado la reforma radical del ordenamiento llevada a cabo desde inicios de la década del noventa, cuya perspectiva fue la de disminuir la regulación estatal dejando un espacio mayor a la autonomía privada. [...] *Lo preocupante es que en esta fórmula poco garantizadora, se haya comprendido algunos derechos de los trabajadores que la doctrina conviene en considerar como integrantes del núcleo de los mismos: estabilidad laboral, sindicación y huelga.* (Cursivas añadidas)

2 Al respecto, Rubio (1993, pp. 11-16) indica: «El Proyecto —hoy la Constitución de 1993— tiene una concepción de Estado policía del S. XIX y ha tratado de ser coherente con él. La mayoría ha buscado eliminar prácticamente todo rastro expreso de las obligaciones sociales del Estado [...] Algunas expresiones genéricas, como la de la existencia de una “economía social de mercado” no alteran la validez de la afirmación antedicha». En la misma línea, Villarán (2016, p. 481) señala: «La Constitución es, pues, la ley de los países libres, de los países que han escapado al régimen del privilegio y que han llegado a la organización de un pueblo poseedor de sus libertades».

3 Sobre el particular, Vidal (2004, pp. 171 y ss.), en un estudio histórico del tratamiento de los derechos laborales en las constituciones peruanas, señala: «La Constitución de 1993 fue promulgada tras el autogolpe de Alberto Fujimori. Si bien la Constitución de 1979 había sido cuestionada en lo referido a la regulación sobre la Estructura del Estado (planteándose varios proyectos de reforma), a inicios de los años noventa no existía un clima de rechazo sobre la Constitución de 1979 e insurgencia popular contra ella [...] *Los debates sobre el contenido laboral de la Constitución de 1993 se centraron en la eliminación de la estabilidad laboral y de la participación en la gestión y la propiedad que había materializado el proyecto del capítulo referido a los Derechos Sociales y Económicos*» (cursivas añadidas).

Del mismo modo, Vidal Salazar (2004) concluye: «El contenido laboral de la Constitución de 1993 resultó restrictivo con relación al de la Constitución anterior, caracterizándose por una flexibilización del reconocimiento de los derechos laborales en materia de debate hasta el día de hoy».

A diferencia de ellos, en nuestra opinión la técnica legislativa aplicada en la Constitución de 1993 mantiene el carácter social del Estado y permite la construcción de argumentos que sostienen la vigencia de los derechos laborales fundamentales. Muestra de ello es la basta jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional (TC) a lo largo de todos estos años. Negar este reconocimiento, implicaría desconocer el desarrollo que se ha generado en la cabeza del supremo intérprete constitucional.

Debemos reconocer que el paso a la Constitución de 1993 supuso la eliminación de varias declaraciones principistas, así como la escasez de normas que precisen la orientación del Estado; sin embargo, ello no implica que nos encontremos frente a un Estado liberal. Si bien podemos criticar a la Constitución por «austera», por —casi— desaparecer las normas que consagraban derechos de preceptividad aplazada, por no detallar expresamente ciertas obligaciones del Estado Social y por no repetir todas las fórmulas normativas de la predecesora; no podemos obviar que *los pronunciamientos más relevantes del TC en materia de reconocimiento y desarrollo de derechos fundamentales laborales, han sido, precisamente en el marco propuesto por la Constitución de 1993.*

No puede negarse que, cuantitativa y cualitativamente, la Constitución de 1979 abordó el tema laboral de forma más amplia y sistemática, otorgando un acápite especial al tema del trabajo. Sin embargo, ello no niega que el texto constitucional vigente consagre también un modelo «social» (ciertamente menos «social» que su precedente), aunque atenuado, como señala Blancas (1994, p. 16): «En suma, el “principio laboralista”, y las propias normas de “Estado social” y “economía social de mercado”, dentro de las cuales aquél juega un verdadero rol informador, resulta claramente debilitado por la Constitución del CCD [hoy, la Constitución de 1993]»

2.1.1. Derechos laborales fundamentales

Uno de los principales y visibles cambios con respecto a la Constitución anterior radica en la ubicación de los derechos laborales dentro de la estructura de la actual Carta Magna. En efecto, los derechos laborales se encuentran ubicados en el capítulo II («De los Derechos Sociales y Económicos») del título I («De la Persona y de la Sociedad»), que se distingue del capítulo I, referido a los Derechos Fundamentales de la Persona. De acuerdo con la Constitución de 1993, formalmente solo los derechos enunciados en el capítulo I del título I son considerados «derechos fundamentales de la persona». *Ergo*, los derechos laborales establecidos en la Constitución podrían no ser catalogados como derechos fundamentales, sino como derechos sociales.

Desde nuestra aproximación, este cambio —acertado o no—, no atenta contra la condición de derechos fundamentales que poseen los derechos considerados como eminentemente laborales. Nuestros argumentos para sostener esto son, fundamentalmente, tres:

- a) *La relación de derechos fundamentales* que aparece en el capítulo I del título I de la Constitución («De los Derechos Fundamentales de la Persona») *no es taxativa*. El artículo 3 del propio capítulo I de la Constitución de 1993 precisa — igual que la Constitución Uruguaya de 1967 y la Constitución de 1979, respecto de los derechos fundamentales— que «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza [...]».
- b) *El carácter fundamental de un derecho se da como consecuencia de la relación ideológica, teórica e histórica que tiene con «la dignidad y la libertad de la persona humana»* (Solozabal, 1991, p. 92). Por lo tanto, la etiqueta que le asignen los Estados a determinado derecho (o su ubicación en la norma suprema), no niega su condición de fundamentales.
- c) La Constitución no establece ninguna diferencia de nivel o trato entre derechos, basándose en su ubicación. *Todos los derechos reconocidos en la Constitución son protegidos por la acción de amparo, indistintamente* (numeral 2 del artículo 200 de la Constitución).

Así, con independencia del lugar que ocupen dentro del articulado constitucional vigente, o la consideración misma de un Estado social, importa el reconocimiento auténtico de los derechos fundamentales del trabajador. Esto no pasa solo por su ubicación en el texto, sino porque toda la orientación del Estado favorezca el equilibrio de las relaciones desiguales, la erradicación de normas que restrinjan la autonomía de la voluntad y el fomento de disposiciones que atiendan a quienes tienen mayores necesidades y/o menores capacidades.⁴ Creemos que esta es la dirección que, precisamente, ha seguido o procurado seguir nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, teniendo todos los derechos constitucionales, el mismo alcance y tutela jurisdiccional, deberá descartarse cualquier tipo de preferencia entre ellos, apostando por las herramientas generales de resolución de conflictos cuando estos surjan y recurriendo, cuando corresponda, al juicio de ponderación que evalúe la idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁵

3. Los derechos constitucionales – la persona del trabajador

Los trabajadores tienen derechos constitucionales que, dentro del centro de trabajo y las políticas de gestión humana, no se pierden o ven disminuidos. Derechos como

4 Como ha destacado Blancas (2007, p. 50), «En el Estado social los derechos fundamentales clásicos experimentan una triple transformación respecto de su posición inicial, en cuanto pueden ser limitados, interpretados y aplicados en función social, es decir, en atención al objeto estatal de procurar un orden social justo».

5 Un estudio prolijo y detallado sobre esta materia puede verse en Indacochea (2006, pp. 54 y ss.). Igualmente, cabe precisar que este abordaje permitiría superar la dificultad que alertan autores como Neves (2018), cuando señala que «sí podría haber una consecuencia práctica de esta sustracción, sería en la hipótesis de un conflicto entre dos derechos constitucionales, uno fundamental y el otro no. En este caso, siguiendo la tesis de la ponderación entre los derechos en colisión, atendiendo a su diferente valoración por la Constitución, podría afectarse más el segundo que el primero, evitando llegar a suprimirlo».

la intimidad, libertad religiosa, igualdad, libertad de expresión, vacaciones, jornada de trabajo, etcétera, deben ser respetados en la relación laboral. Naturalmente, estos derechos tienen que ejercerse en armonía y conciliación de la libertad de empresa y las facultades del empleador para dirigir, fiscalizar y sancionar el trabajo,⁶ también reconocidas en la Carta Magna.

De la misma forma que las dos constituciones precedentes, la Constitución de 1993, en el artículo 23, equilibra los límites de la relación laboral respecto de los derechos de los trabajadores: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

Nuevamente estamos, entonces, ante la evidencia de un reconocimiento constitucional que no solo ratifica la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral, sino que confiere al empleador un deber de tutela y respeto por la promoción y ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en el centro de trabajo, a tal punto que «el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular el Derecho Constitucional, se proyecta en sentido tuitivo del trabajador» (Sanguineti, 2007, p. 47).

Además de los derechos laborales, la Constitución reconoce a los principios generales que guían la línea interpretativa de la que ya hemos hablado previamente. No es objeto de este artículo abordar cada uno de estos principios, pero sí brindar un panorama general en torno a este complejo tema.

Desde la perspectiva de nuestra especialidad, los principios son concebidos como pautas generales que alimentan y guían el sentido de las normas e inspiran soluciones, sirviendo en diversas fases de la vida normativa, en particular, en su proceso de conformación (inspirando sus contenidos), interpretación y aplicación (integrando lagunas) (Plá, 1978, p. 9).

En clave constitucional, se los suele definir como reglas genéricas que contienen preceptos «macro jurídicos», que debieran cumplirse pero que, dada la generalidad, pueden ser regulados en diversos contenidos y según los casos concretos que se puedan apreciar (Alexy, 1997, p. 99).

La Constitución vigente⁷ ha recogido los principios fundamentales que estaban incorporados en el texto de la Constitución anterior (igualdad, *in dubio pro operario* e irrenunciabilidad).⁸ El principio de primacía de la realidad, pese a no estar expre-

6 En esta línea, se ha dicho que «en la organización productiva han de acomodarse los derechos fundamentales del trabajador no específicamente laborales y el derecho constitucional del empresario a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 CE, entendiéndose al respecto el TC que, si bien el legislador constituyente ha pretendido conceder a los derechos fundamentales una “posición preeminente” en el ordenamiento jurídico, dicha preferencia se encuentra “condicionada” por la existencia de otros derechos fundamentales o constitucionales del ciudadano y que, en el ámbito de la empresa, se sustancia en el adecuado desenvolvimiento de la actividad productiva con fundamento en el mencionado derecho a la libertad de empresa» (Gorelli, 2004, p. 325).

7 El artículo 26 de la Constitución dispone:

«En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

Igualdad de oportunidades sin discriminación.

Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley.

Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma».

8 Al respecto, puede leerse Neves Mujica (2018).

samente recogido, ha sido invocado por vía jurisprudencial en reiteradas ocasiones, alcanzando el mismo valor que los anteriores.

¿Por qué es tan importante hablar de los principios? Porque sobre ellos, el TC cultiva su jurisprudencia interpretativa de la Constitución: reconoce derechos y límites, aclara cuando hay oscuridad y resuelve. A modo de ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente N° 991-2000-AA/TC, ratifica la importancia del principio de primacía de la realidad para declarar fundado un recurso de amparo de derechos:⁹

El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho., base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.

Este desarrollo nos permitirá apreciar, en el siguiente punto, los efectos de tener una Constitución moderna y dinámica, con capacidad de adaptación a la realidad, y que en 25 años no ha perdido vigencia sino que, por el contrario, se ha reinventado frecuentemente.

4. El rol del Tribunal Constitucional

Y así, luego de transitar por nuestro esquema constitucional y el reconocimiento que se ha otorgado a los derechos y principios laborales, no podemos evitar evaluar su evolución y desarrollo en la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional en este mismo periodo.

De forma previa, debemos destacar que el control jurisdiccional es indispensable en cualquier sistema, pues constituye el cimiento sobre el cual se erige el moderno Estado de derecho (Aragón, 1995, p. 141). Actualmente no es posible admitir la existencia de un sistema normativo en el que no exista un órgano o poder del Estado con facultades de interpretación y control.

Pero no puede simplemente admitirse esta capacidad a todos los poderes del Estado de forma irrestricta y descontrolada; es necesario que se determine aquel que tendrá preeminencia sobre los demás en materia de interpretación constitucional. Solo de este modo se podrá reconocer que su criterio interpretativo se superpone ante la posibilidad de que exista más de una lectura sobre una determinada materia (García Belaunde, 1994, p. 34).

Esta función ha sido reservada para el TC, según lo establece el artículo 201 de la Constitución que lo declara el órgano autónomo e independiente de control de la misma. Por su parte, el artículo 202 dispone que el TC tiene por función, entre otras,

⁹ La misma referencia aparece en los expedientes 525-99-AA/TC-Cajamarca; 598-2000-AA/TC-Puno; 731-99-AA/TC-Loreto, entre otros.

conocer en última y definitiva instancia las resoluciones que deniegan pedidos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento.

Las acciones de amparo, que no son otra cosa que las acciones de tutela de los derechos a los que ya hemos hecho y haremos mención, ciertamente suelen tener menor carga política que las acciones de inconstitucionalidad (Pérez, 1988, p. 88); sin embargo, ello no supone que sean irrelevantes, ya que siempre ejercerán un control de la Constitución y en diversas ocasiones han sentado precedentes que vinculan a los jueces.¹⁰

De lo descrito hasta ahora podemos concluir que la empresa, entendida como organización necesaria dentro de la sociedad, no está habilitada para constituirse como un «mundo jurídico en sí mismo, completo en su género y en sus fines» (Molina, 1991, p. 90). En consecuencia, el empleador no puede, usando como justificación la relación de trabajo, limitar el ejercicio de las libertades y derechos generales que tienen los trabajadores en su condición de ciudadanos. De ahí que el TC, en aplicación de la Constitución, se haya pronunciado en múltiples ocasiones sobre el ejercicio de derechos fundamentales en materia laboral, tanto individual como colectiva.

Como la finalidad de este artículo es presentar algunos de los principales cambios o aportes que se han generado a lo largo de estos últimos 25 años en materia laboral, hemos creído indispensable abordar cuando menos cuatro temas relevantes de los que se ha ocupado el TC al interpretar nuestra polémica y austera Constitución de 1993.

4.1. El derecho de estabilidad laboral: la sentencia laboral emblemática del TC

No se trata de uno de los pronunciamientos más novedosos, pero los criterios del TC sobre la constitucionalidad de los despidos laborales han sido, sin lugar a duda, los que mayor repercusión han tenido.

Por un lado, las normas laborales prevén el pago de una indemnización por despido.¹¹ Sin embargo, el TC dispuso que, en determinados casos, los despidos puedan ser discutidos mediante una acción de amparo, que concluya y admita la restitución del trabajador a su puesto de trabajo previo al despido. Por otro lado, el TC varió sus criterios a partir de fines de 2002, pasando de una posición flexible que admitía la constitucionalidad de los despidos sin expresión de causa, a otra que cuestionaba su validez y, consecuentemente, su procedencia.

10 En la Resolución de Jefatura N° 021-2006-J-OCMA/PJ, el Poder Judicial dispuso que los jueces debían acatar los criterios del TC en materia de amparos laborales, especialmente el dispuesto en el expediente nro.206-2005-AA/TC que delimitó los alcances de los amparos laborales.

11 Para muchos autores, satisfaciendo el mandato constitucional de otorgar una adecuada protección contra el despido. En nuestra opinión, la Constitución solo desarrolla los lineamientos genéricos, buscando «contener» solamente disposiciones generales que aspiran a ser permanentes, pero que son susceptibles de regulación a nivel primario (estabilidad de salida) y, de otro, se deriva y permite que la ley regule materias que pueden variar en el tiempo de acuerdo con las circunstancias (estabilidad de entrada).

La sentencia del TC correspondiente al expediente número 1124-2001-AA/TC del 11 de julio de 2002, marcó el inicio del nuevo criterio jurisprudencial en materia de estabilidad laboral, que importó la inaplicación de las normas legales que disponían el pago de la indemnización ante despidos incausados y fraudulentos. La demanda de amparo fue interpuesta por las organizaciones sindicales de una reconocida empresa de telefonía, frente a la amenaza de despidos arbitrarios contra sus trabajadores. El fundamento de su pedido descansaba en que las medidas a implementar por la empresa transgredían sus derechos al trabajo, libertad sindical, igualdad ante la ley, debido proceso, legítima defensa y tutela jurisdiccional efectiva. La pretensión sindical, en última instancia, fue declarada fundada por el TC, que ordenó la reposición de los trabajadores sindicalizados despedidos en forma incausada, así como la abstención de la empresa de incurrir en posteriores despidos.

Conviene precisar que, pese a lo estipulado por el TC, no existió ninguna declaración de inconstitucionalidad (aunque fuese para apartarse de ella) de las normas legales que prevén el pago de la indemnización como mecanismo de protección ante un despido. Lejos de ello, el TC declaró fundada una demanda y ordenó la reposición, considerando otros derechos constitucionales vulnerados (debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, etcétera) conjuntamente con el derecho al trabajo.

Inicialmente, la sentencia que ordenó la reposición de trabajadores despedidos, dispuso que todo despido arbitrario era inconstitucional —con o sin expresión de causa al momento del cese— pero posteriormente esta sentencia fue aclarada mediante una Resolución, de fecha 16 de setiembre de 2002, que delimitó la primera resolución de manera tal que los despidos sin expresión de causa, nulos y fraudulentos eran inconstitucionales, dejándose así sin efecto las referencias al despido arbitrario (reduciéndose, entonces, el ámbito de aplicación de los despidos inconstitucionales).

Este sentido fue convalidado por la sentencia que fijó los criterios centrales del TC en materia de despidos (Expediente N° 976-2001-AA/TC) y, finalmente, tenemos la sentencia que estableció los parámetros procesales de procedencia de las acciones de amparo (Expediente N° 206-2005-AA/TC). Para el TC, la Constitución reconoce como derechos fundamentales laborales, la protección contra los despidos incausados, fraudulentos y nulos, dentro de un marco donde el artículo 27 de la Constitución indica expresamente que la forma de protección constitucional contra el despido arbitrario lo determina y fija el legislador.

No estamos de acuerdo con el criterio del TC pues la Constitución delega al legislador la definición de la forma más adecuada de protección laboral (y la indemnización es una forma de tutela reconocida internacionalmente); además, las normas del sistema americano de derechos humanos (que forman parte del bloque de constitucionalidad al que hemos hecho referencia previa) expresamente indican que la indemnización es un mecanismo válido de protección ante un despido.¹²

12 Nuestra opinión es que, en este caso, el TC no ha utilizado adecuadamente los criterios de interpretación normativa. En efecto, la cuarta disposición transitoria y final de la Constitución expresamente anota que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de conformidad con los tratados sobre la materia aprobados por el Perú. En esta línea, el contenido del derecho al

En definitiva, el TC estima que el despido incausado o sin expresión de causa supone una lesión a la libertad de trabajo, no brindándose la protección adecuada ante el despido arbitrario. Esta posición se trasladó a la justicia ordinaria y hasta en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, de tal manera que la casi totalidad de procesos de despido incausados, fraudulentos y nulos se ventilan en la vía laboral.

4.2. La jornada de trabajo: la limitación de las jornadas atípicas de trabajo

El derecho a la jornada y descansos remunerados se encuentra recogido en el artículo 25 de la Constitución, en el cual se establece que la jornada máxima de trabajo no puede exceder de 8 horas diarias o 48 horas semanales, y la validez de las jornadas atípicas de trabajo.

El TC inicialmente se pronunció mediante una declaración general de inconstitucionalidad de las jornadas atípicas en minería, indicando que el trabajador no podía superar los topes antes indicados. Ello ocurrió como consecuencia de la valoración que hizo entonces, en cuanto a la exigencia ineludible de proteger la salud e integridad del trabajador y permitirle conciliar su vida privada con sus labores (sentencia recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC).¹³

Como es evidente, este pronunciamiento generó incertidumbre en torno a la adecuada manera de conciliar lo señalado por el TC con la realidad económica y social del sector minero, así como con los convenios internacionales de trabajo reconocidos por el país.

Por esta razón, el propio TC, mediante resolución aclaratoria del 11 de mayo de 2006, buscó esclarecer los alcances de la sentencia, admitiendo la validez de jornadas atípicas de trabajo en el sector, siempre que cumpliesen con los siguientes requisitos: (i) una evaluación caso por caso (en un proceso judicial o administrativo) teniendo en cuenta las características del centro minero: subterráneo, a tajo abierto o centro de producción; (ii) el cumplimiento de las condiciones de seguridad laboral necesarias; (iii) el otorgamiento de garantías para la adecuada protección de la salud de los trabajadores y su alimentación; (iv) la concesión de descansos adecuados al esfuerzo físico desarrollado en jornadas superiores a la ordinaria; (v) brindar trata-

trabajo y de la estabilidad laboral, reconocidos en los artículos 22 y 27 de la Constitución, respectivamente, debe ser interpretado de conformidad con lo previsto en los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo San Salvador), que se refieren a los mismos derechos. En suma, se delega en cada país la posibilidad de regular la protección que estime conveniente ante un despido arbitrario.

El legislador peruano ha optado por la indemnización a favor de todo trabajador despedido, conforme lo autorizó el mandato constitucional.

Aunque este tema amerita un amplio desarrollo, no será abordado con ocasión de la presente investigación, pues procuramos únicamente exponer los principales asuntos sobre los que el TC ha arribado a conclusiones que escapan de la literalidad de la Constitución, en ejercicio de sus competencias interpretativas.

13 Cabe precisar que este pronunciamiento también constituía un cambio con respecto al criterio anterior del TC, que sostenía que las jornadas atípicas tenían validez y no contaban con un límite expreso en relación con su extensión y duración.

miento especial para el trabajo nocturno —jornada inferior a la diurna—; y (vi) el pacto, mediante convenio colectivo, de que la jornada no puede exceder de 8 horas.

De no estar presentes estas exigencias mínimas, la jornada de trabajo no podría superar las 8 horas diarias o 48 horas semanales en promedio, descartando así regímenes atípicos inadecuados.

4.3. Precisiones sobre la reducción de remuneraciones

El 9 de mayo de 2014, el TC publicó la sentencia recaída en el Expediente N° 020-2012-PI/TC, a través de la cual reconoció la posibilidad de reducir las remuneraciones de los trabajadores. El pronunciamiento se emitió como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 29944 – Ley de Reforma Magisterial.

En dicha oportunidad, el TC consideró que la reducción de remuneraciones, con excepción de aquella que fijaba un monto inferior a la RMV vigente, podía ser realizada sin ser, *per se*, inconstitucional. Para esto se presentaban dos alternativas:

- (i) *Reducción consensuada*, siempre que fuese voluntaria, libre, expresa y motivada entre las partes laborales, en aplicación de la Ley N° 9463.
- (ii) *Reducción no consensuada*, que podía ejecutarse de forma unilateral por el empleador, siempre que existiese fundamento objetivo y justificado y que además se trate de una medida extraordinaria.

Posteriormente, mediante comunicado del 27 de agosto del 2014, el TC precisó que, con independencia de la modalidad recurrida, esta sería una medida constitucional siempre que fuese excepcional y razonable.

Finalmente, el TC aclaró que el derecho a la remuneración, como cualquier otro derecho, podía ser limitado. En tanto no se trata de un derecho absoluto, podía ceder ante la crisis económica de la empresa; es decir que una empresa, ante una crisis que la haga peligrar o evaluar la necesidad de cesar al trabajador, debería preferir esta alternativa.

4.4. Protección especial contra el despido de las madres trabajadoras

Entre las posibilidades que existen dentro del despido nulo, se encuentra aquel despido que se sustenta en motivos discriminatorios. En este caso, el TC aborda la especial protección que posee la madre gestante o la trabajadora en descanso por maternidad o periodo de lactancia (como una forma de rechazo a la discriminación por sexo). Este interés, sin embargo, no se agota en la propia persona de la trabajadora, sino en la protección del niño (aún no nacido o nacido).

En TC, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 00388-2013-PA/TC, menciona que «una trabajadora embarazada, en tanto titular de una especial protección constitucional, tiene habilitada la jurisdicción constitucional para exigir el cumplimiento de los mencionados descansos pues, dada su situación de gravidez, el Estado se encuentra en la ineludible necesidad de adoptar medidas urgentes para salvaguardar sus intereses, así como los del niño que está por nacer».

De este modo, no solo se fija una especial protección a su derecho al trabajo; sino también a la posibilidad de que la realidad le permita desarrollarse en su rol de madre, sin tolerar situaciones perjudiciales o condiciones menos favorables por ello.

Este tipo de pronunciamientos del TC, aun sin ser precedentes de observancia obligatoria, han puesto en relieve la especial posición de desventaja en la que, de forma directa o indirecta, pueden estar sometidas las mujeres en el mundo laboral. Asimismo, se resalta la importancia de conciliar la vida personal y familiar, no solo vinculada al tema de género, sino como una necesidad transversal de todo trabajador en general.

Esto que parecía ser tan natural en la jurisprudencia del TC, recientemente se ha plasmado con cierto éxito en legislación específica, enfocada en materia de igualdad remunerativa. Lo expuesto pone de manifiesto que las problemáticas a las que asiste el TC, escalan a diversos niveles de nuestro ordenamiento, materializándose, como en este caso, en dispositivos que permiten desarrollar los fines de la constitución incluso antes de tener que acudir a la tutela judicial-constitucional.

5. Conclusiones

Luego de este proceso de investigación, hemos caído en cuenta de que no podemos hablar de la Constitución de 1993 y hacer un balance sobre sus primeros 25 años, sin estudiar las fórmulas y razonamientos que el TC ha desarrollado en el mismo tiempo para dotarla de contenido. En efecto, su carácter dinámico y evolutivo reposa en la labor del supremo intérprete constitucional. La realidad exige una constante actualización y reacomodo, que solo ha conseguido a través del conocimiento de casos por parte del TC.

Nuestra apreciación es que la Constitución de 1993 ha satisfecho e incluso superado las bajas expectativas con que fue recibida. La flexibilización del reconocimiento de derechos laborales (en la presentación de un formato más escueto, pero no taxativo), lejos de ser perjudicial, ha dejado abierta la posibilidad de interpretar y aplicar la Constitución en cuanto a derechos inespecíficos o de la ciudadanía en general (derechos a la intimidad, libertad religiosa, etcétera), como derechos específicos laborales en casi todos los ámbitos de la relación laboral, desde el inicio de la relación laboral (aplicando la primacía de la realidad), la contratación laboral (desnaturalización de contratos temporales), la tercerización (incumplimientos de las reglas de descentralización), la jornada y remuneración, hasta despidos y relaciones colectivas de trabajo (negociación colectiva de rama de actividad, ejercicio de la huelga, y especialmente supuestos de arbitrajes laborales).

Somos testigos del papel que el TC ha jugado en el quehacer jurídico y político nacional, advirtiendo cómo algunas de sus sentencias han remecido el ambiente jurídico y originado grandes polémicas tras los diversos criterios fijados en materia de derechos fundamentales. Muchos de sus pronunciamientos han ayudado a solucionar relevantes conflictos sociales de los particulares y del Estado dentro del sistema democrático.

Referencias

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aragón, M. (1995). *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- Blancas, C. (1994). El trabajo y los derechos laborales en las Constituciones actual y futura. *Revista Asesoría Laboral*, 34.
- Blancas, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Fracuas, L. (2015). El concepto de derechos humanos fundamentales y las generaciones de derechos. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Catalunya*.
- Freixes, T. (1986). *Los derechos sociales de los trabajadores en la Constitución*. Madrid: MTSS.
- García, M. (1994). La interpretación constitucional como problema. *Pensamiento Constitucional*, 1.
- Gonzales, M. (2015). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano (continuación). *Derecho y Sociedad*, 23. Lima.
- Gorelli, J. (Coord.) (2004). *El despido. Análisis y aplicación práctica*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Hakansson, C. (2013). Una visión panorámica de la Constitución peruana de 1993. Veinte años después. *Revista de Derecho de la PUCP*, 18.
- Indacochea, Ú. (2006). *Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano entre los años 1996-2006*. Tesis de grado para optar por el título de Abogado, inédita. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Revista de la Facultad de Derecho*, 71.
- Martín, L., & De Otto y Pardo, I. (1992). *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas.
- Molina, C. (1991). Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 3.
- Neves, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo*. 4.^a edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pasco, M. (1993). El trabajo en la Constitución. *Ius et veritas*, 7.
- Pérez, J. (1988). *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Plá, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Rubio, M. (1993). El modelo del proyecto constitucional del Congreso Constituyente Democrático. *Revista del Foro del Colegio de Abogados de Lima*, 1.
- Sanguineti, W. (2007). *Derecho constitucional del trabajo*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

- Sentencia recaída en el Expediente N° 991-2000-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 976-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 206-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2012-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Sentencia recaída en el Expediente N° 00388-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú).
- Solozabal, J. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, 71.
- Vidal, L. (2004). Los derechos laborales en las Constituciones peruanas. *Foro Jurídico*, 9.
- Villarán, L. (2016). *La Constitución peruana comentada*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Perú.
- Vinatea, Luis (1993). El tratamiento de los derechos individuales laborales en el texto aprobado por la Comisión de Constitución del CCD. *Revista Asesoría Laboral*.

Migración laboral internacional: algunas consideraciones a la luz del derecho del trabajo

Raúl Saco Barrios
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP

El ideal que la Universidad Católica ha de proponer a sus alumnos no será por cierto el ideal pagano que por un camino de rosas conduce al individuo y a las naciones al abismo, sino el ideal cristiano que nos hace libres y lleva a los pueblos el verdadero progreso.

Jorge Dinthilhac, SS. CC.

Discurso de inauguración de la Universidad Católica, por el Rector Fundador,
15 de abril de 1917

Hemos venido al escenario nacional con respeto a nuestras instituciones seculares, con ese respeto que fácilmente nace en los espíritus habituados a distinguir la buena fe, de los posibles errores de los hombres; a discernir con justicia, al aplauso, al mérito donde se encuentre; a enseñar disciplina social, respetando a los hombres y las instituciones, y alabando el esfuerzo desinteresado, donde asome su mano limpia y vigorosa, y a la virtud, donde pase serena y embebida en los altos pensamientos.

Carlos Arenas y Loayza

Discurso de orden sobre la función nacional de la Universidad Católica, por el Vicerrector y primer Decano de la Facultad de Derecho,
18 de noviembre de 1935

[...] la facultad de Derecho será más católica en la medida en que sea más facultad de Derecho, es decir, en la medida en que cultive la tolerancia recíproca y esa solidaridad que orienta los estudios a la preocupación por el bien común; en la medida en que realice esfuerzos por devolver y acrecentar la dignidad del hombre, entendida como la práctica de la libertad; en la medida en que busque la justicia, entendida como el desarrollo armónico de la libertad de todos y cada uno de los hombres, y en la medida en que todo ello lo haga dentro de los marcos de excelencia y de rigor académicos.

Fernando de Trazegnies Granda

Discurso por los 75 años de la Facultad de Derecho,
29 de abril de 1994

1. Introducción

«El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva», es el tema central de nuestro Libro Homenaje por los cien años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Con gran cariño a la Pontificia Universidad Católica del Perú y a nuestra Facultad de Derecho, presentamos, entonces, nuestro estudio «Migración laboral internacional: algunas consideraciones a la luz del Derecho del Trabajo».¹

Aun cuando ha habido migraciones en todo tiempo,² y de acuerdo con los incesantes y hasta masivos movimientos migratorios advertidos comúnmente en todos los continentes, la migración laboral internacional atestigua singular contemporaneidad.³ Una buena parte de esta, intrarregional.⁴

Ahora bien: el análisis de la migración laboral internacional admite múltiples enfoques, a la luz de diversas disciplinas:⁵ Relaciones Laborales, Sociología del Trabajo, Derecho del Trabajo...

A la vez, tal migración acarrea —a la larga e inexorablemente— una triple integración: política, económica y cultural. Hace ya varios lustros, el gran escritor Gabriel García Márquez vaticinaba con lucidez y elocuencia:

Quando la integración política y económica se cumplan, y así será, la integración cultural será un hecho irreversible desde tiempo atrás. Inclusive en los Estados Unidos, que se gastan enormes fortunas en penetración cultural, mientras que nosotros, sin gastar un centavo, les estamos cambiando el idioma, la comida, la música, la educación, las formas de vivir, el amor. Es decir, lo más importante de la vida: la cultura. (2010, pp. 94-95)

Con el correr del tiempo, la migración apareja también un sentido ánimo de *retorno* en quienes dejaron su lugar de origen. El inmortal tango «Volver», el bello vals «Todos vuelven» son, al lado de otras célebres composiciones, significativas muestras

1 Versión ampliada y actualizada de la ponencia sustentada oralmente por el autor en el *VIII Congreso Internacional del Programa de Derecho, Migraciones y su Transversalidad*, Universidad La Gran Colombia – Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, 16-19 de agosto de 2017.

2 La migración es un fenómeno «que se remonta a los albores de la humanidad» (Valdés, 2009, p. 1), es una «vicisitud consustancial a la condición humana» (Valdés, 2009, p. 1).

3 «Con más de 68 millones de personas que se han visto forzadas a desplazarse, los migrantes y refugiados recientemente han ocupado titulares en todo el mundo: desde la crisis refugiados en Europa, a las caravanas de migrantes que viajan de Centroamérica a la frontera sur de Estados Unidos» (Naciones Unidas, 2018b).

4 «En América Latina un 60% de la migración se produce dentro de la región, en África es un 75%» sostuvo hace poco el embajador de México ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Juan José Gómez Camacho (Naciones Unidas, 2018, dic. 5).

5 Como afirma Lorenzo Zolezzi, «el entusiasmo por la investigación empírica unido al deseo de averiguar, con sentido práctico, lo que está sucediendo en algunas áreas del fenómeno jurídico han impulsado de manera creciente los llamamientos a la colaboración interdisciplinaria por parte de los hombres de derecho» (1971, p. 6).

de aquel vívido anhelo. Bien dijo Mario Vargas Llosa, en su emotivo discurso al recibir el premio Nobel de Literatura (Estocolmo, diciembre de 2010), que:

La patria no son las banderas ni los himnos, ni los discursos apodícticos sobre los héroes emblemáticos, sino un puñado de lugares y personas que pueblan nuestros recuerdos y los tiñen de melancolía, la sensación cálida de que, no importa dónde estemos, existe un hogar al que podemos volver. (2015, p. 113)

Aquí procuramos presentar algunas consideraciones jurídico-laborales sobre el tema. A tal efecto, utilizamos primordialmente ideas y definiciones; realizamos, cuando es necesario, algunas categorizaciones o clasificaciones; y destacamos ciertas normas, a veces, con algún detalle con respecto a parte de su contenido. Más habituados a referir autores y a emplear citas doctrinarias, no recurrimos a información estadística.

Para orientar nuestra exposición y una mejor comprensión de los temas aquí tratados, dividimos nuestro desarrollo en tres grandes segmentos: el marco teórico, el marco normativo y algunas pautas de posible estimación y seguimiento.

Así, pues, estimamos necesario indicar, ante todo, algunos conceptos básicos referidos o relacionados, precisamente, a dos grandes temas: migraciones, por un lado, y transversalidad, por otro. En segundo lugar, referimos principalmente las Normas Internacionales del Trabajo y las dadas en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), incluyendo también algunos otros acuerdos internacionales y un brevísimo comentario sobre las normas nacionales pertinentes. Por último, ciertas guías de probable atención y recorrido.

2. Marco teórico

2.1. Conceptos básicos

Hablamos acerca de migraciones y transversalidad.

2.1.1. Migraciones

De acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, migración es el «Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales» (Real Academia Española, 2014). En este orden de ideas, cabe asociar «migración» con la «movilidad espacial de las personas» (Herrera, 2000, p. 584).

Al respecto, es importante señalar los conceptos vinculados: migrar y migrante; inmigración, inmigrar e inmigrante; y emigración, emigrar y emigrante.⁶ A su lado,

⁶ Afines a todos estos conceptos son, a su vez, los de «refugiado» y «diáspora». *Refugiado* es la «persona que, a consecuencia de guerras, revoluciones o persecuciones políticas, se ve obligada a buscar refugio fuera de su país» (RAE, 2014). Y *diáspora*, la «Dispersión de los judíos exiliados de su país», y por extensión la «Dispersión de grupos humanos que abandonan su lugar de origen» (RAE, 2014). Según Giddens, «la diáspora se produce cuando un grupo étnico abandona su patria natal y se desperdiga por zonas extranjeras, con frecuencia de manera forzada o en circunstancias traumáticas» (2012, p. 708). Aquí no tratamos estas cuestiones.

las nociones de migración laboral y migración laboral internacional —y de trabajador migrante—, y la «tipología» consecuente.

En primer lugar, migrar significa «Trasladarse desde el lugar en que se habita a otro diferente» (RAE, 2014). En consecuencia, migrante es quien migra.

En segundo lugar, inmigración es «Acción y efecto de inmigrar» (RAE, 2014). Desde una óptica sociológica, inmigración es «el desplazamiento de personas a otro país para asentarse» (Giddens, 2012, p. 692). Según el dicho de una persona, *inmigrar* es «llegar a un país extranjero para radicarse en él»; igualmente, «Instalarse en un lugar distinto de donde vivía dentro del propio país, en busca de mejores medios de vida» (RAE, 2014). Por consiguiente, *inmigrante* es quien inmigra.

En tercer lugar, emigración quiere decir «Acción y efecto de emigrar»; asimismo, «Conjunto de personas que emigran de un lugar» (RAE, 2014). En esta orientación y desde una perspectiva sociológica, emigración es «el proceso por el cual la gente deja su país para asentarse en otro» (Giddens, 2012, p. 692), o más ampliamente, «el desplazamiento de personas de un lugar a otro, o de una sociedad a otra, con el fin de asentarse» (Giddens, 2012, p. 708). Según el dicho de una persona, emigrar significa «abandonar su propio país para establecerse en otro extranjero»; también, «Abandonar la residencia habitual en busca de mejores medios de vida dentro de su propio país» (RAE, 2014). Por tanto, emigrante es quien emigra.

2.1.1.1. Interrelación inmigración-emigración

Así planteadas las cosas, ¿cómo se interrelacionan inmigración y emigración?

Inmigración y emigración coexisten: la inmigración —«entrada» en un lugar— es consecuencia de la emigración —«salida» de otro—; o, lo que es lo mismo, quien entra en un lugar, lo hace porque salió de otro. La inmigración pone la mira en el país receptor del migrante; la emigración, en el país de origen.

Así, pues, ambos conceptos, «inmigración» y «migración», se combinan para producir pautas migratorias globales que vinculan a los países de origen y a los receptores. Los movimientos migratorios aumentan la diversidad étnica y cultural de muchas sociedades y ayudan a configurar dinámicas demográficas, económicas y sociales. La intensificación de la emigración global desde la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo en las últimas décadas, ha hecho que la inmigración se convierta en un importante problema político para muchos países. El aumento de los índices de inmigración en muchas sociedades europeas ha puesto en entredicho las ideas de identidad nacional más habituales y ha obligado a revisar el concepto de ciudadanía. (Giddens, 2012, p. 692)

Ciertamente, la inmigración ha provocado el surgimiento de distintos grupos étnicos en los países desarrollados, considerados actualmente «sociedades multiculturales»; al tiempo que la globalización ha acrecentado la emigración, el cruce de fronteras con vistas a instalarse en otro país (Giddens, 2012, p. 708).

En este contexto —el de la interrelación inmigración-emigración—, operan y se desarrollan las normas —internacionales, regionales y nacionales— reguladoras de la migración laboral internacional.

2.1.1.2. Migración laboral internacional

En el 2006 y en el marco de Aula Magna —foro académico organizado anualmente por la Pontificia Universidad Católica del Perú—, dedicado en esa oportunidad a las Migraciones Internacionales, Francisco Verdera —recordado economista laboral y profesor; a la sazón, especialista en políticas de empleo de la Oficina Subregional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para los Países Andinos— exponía:

La migración laboral consiste en a) un cambio de lugar de residencia, que implique cruzar un límite o una distancia considerable con el propósito de trabajar o buscar trabajo; y b) una permanencia en el tiempo, que conlleve una cierta duración, en la que se supera un período determinado, generalmente un año. El cambio de país de residencia y la dimensión temporal son los dos principales criterios que permiten definir una tipología —no exhaustiva— de la migración internacional. Para que esta sea laboral, se requiere que el migrante sea trabajador, esto es, que el traslado esté motivado por razones de trabajo, para la OIT, en condiciones de dependencia. (2007, pp. 118-119)⁷

A un nivel descriptivo —afirmaba Verdera—, la migración laboral internacional «se debería, en primer lugar, a las diferentes tendencias demográficas y del mercado de trabajo entre países de origen y de destino, y, en segundo término, a las diferencias de productividad y de ingresos entre ambos grupos de países» (2007, p. 129).

Advertimos, pues, tres grandes aspectos concernientes al migrante laboral internacional: primero, el ánimo subjetivo, a saber, el proyecto que él tiene de trabajar o

7 En otro orden, se ha dicho que han aparecido las redes de relaciones sociales, «como un elemento fundamental para explicar la existencia de cadenas y aun de sistemas migratorios» (Herrera, 2000, p. 571). Al respecto, se ha sostenido que «Más que como un movimiento de un lugar a otro, la migración laboral debe ser conceptualizada como un proceso de construcción progresiva de redes. Las redes conectan a los individuos y los grupos, distribuidos a través de diferentes lugares, y maximizan las oportunidades económicas, por medio de desplazamientos múltiples. La migración laboral es así un recurso a través del cual los trabajadores individuales y sus familiares se adaptan a las oportunidades desigualmente distribuidas en el espacio» (Portes y Böröcz, citados por Herrera, 2000, p. 572). Según Herrera (2000), hoy ya no hay quien debata acerca del peso de tal clase de redes para entender los procesos migratorios; más bien, se examina las maneras como estas redes actúan a modo de soporte de organización para la constitución de un modelo moderno de realidades sociales, engendradas por la migración misma —por la actividad diaria de los migrantes— y que se ha convenido en llamar *transnacionales* (p. 573). Las redes sociales «hacen cada vez más accesible la migración internacional y el empleo en otro país, de tal forma que las propias unidades familiares pueden hacer que se convierta en “parte de sus estrategias de sobrevivencia”» (p. 574). Un cuestionamiento esencial que se formulan quienes están trabajando con estos procesos surge de la constatación de estos «espacios sociales transnacionales» tienden a transformarse en un suceso de talante no provisional, sino pasible de difundirse en el tiempo y llegar a ser un hecho duradero (p. 575). Por último, «los espacios interregionales pueden considerarse una dimensión analítica de los espacios transnacionales» (p. 578). A saber, «la fusión del enfoque transnacionalista de las migraciones con las perspectivas de estudio [...] basadas en la reconstrucción de trayectorias y biografías laborales de individuos en el contexto de unidades familiares, permite [...] romper de hecho, para efectos metodológicos, con la diferenciación entre las migraciones internas y las internacionales sobre todo si se piensa en la existencia de espacios sociales interregionales que formen parte de los espacios sociales transnacionales que se constituyen como efecto de la migración» (pp. 567-569).

de buscar trabajo en un país distinto al de su residencia habitual; segundo, la cuestión objetiva, esto es, la durabilidad del traslado; y tercero, el carácter dependiente de los servicios a prestar en el nuevo lugar de asentamiento.

a. Trabajador migrante

En concordancia, hablamos de trabajador migrante que, en términos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), significa o comprende a toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer o que no sea por cuenta propia; e incluye también a cualquier persona normal o regularmente admitida como trabajador migrante.⁸

b. Tipología

Sobre la base de lo recién expuesto, la *migración laboral internacional* acredita la «tipología» siguiente:

En relación con cambio en el lugar de residencia, se habla de «residentes» en los lugares de arribada —legales o ciudadanos, o sin tal calidad—; y según la magnitud temporal de la migración, se distingue los migrantes permanentes —quienes se afincan en el lugar de destino por un año o más— de los migrantes temporales (trabajadores invitados, personas que cubren colocaciones de plazo fijo o realizan labores estacionales, migrantes «fronterizos» y migrantes «polianuales») (Verdera, 2007, p. 119).

A propósito específicamente de los «principales movimientos de población globales producidos desde 1945» (Giddens, 2012, p. 692), pueden plantearse cuatro «modelos de emigración»: el modelo clásico, atribuible a «naciones de inmigrantes» (Australia, Canadá y Estados Unidos); el modelo colonial de inmigración, ocurrido en países —como el Reino Unido o Francia— que procuran beneficiar preferentemente a los ciudadanos de sus viejos dominios; el modelo del trabajador invitado, aplicable en los países donde los inmigrantes son admitidos temporalmente sin alcanzar «derechos de ciudadanía», por lo común para satisfacer los requerimientos del mercado laboral; y los modelos ilegales de inmigración, que responden a la rigidez de las normas reguladoras de la emigración en gran número de países (Giddens, 2012, pp. 693-695).

2.1.2. Transversalidad

¿Qué entendemos por transversalidad?

Según el mismo *Diccionario de la Lengua Española* (RAE, 2014), transversalidad es «Cualidad de transversal». Y entre otras acepciones, *transversal* es lo «Que atañe a distintos ámbitos o disciplinas en lugar de a un problema concreto».

Además, interesan los significados de interdiscipliniedad, interdisciplinario y multidisciplinario. Interdiscipliniedad es: «Cualidad de interdisciplinario» (RAE, 2014). A su vez y dicho con referencia a un estudio u otra actividad, interdisciplinario es lo «Que se realiza con la cooperación de varias disciplinas»; y multidisciplinario, es lo «Que abarca o afecta a varias disciplinas» (RAE, 2014).

⁸ Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1949 (N.º 97); artículo 11, primer párrafo. También, Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (N.º 143); artículo 11, primer párrafo.

2.1.2.1. *Encuadres diversos*

Así las cosas, creemos pertinente ubicar las *migraciones*, en general, y la «migración laboral internacional», en particular, en el ambiente de las Relaciones Laborales —especialidad de por sí interdisciplinaria—, de la Sociología del Trabajo y del Derecho del Trabajo:

[...] el fenómeno migratorio ofrece una notable complejidad, de modo que en él termina cruzándose y entrecruzándose la práctica totalidad de las esferas de interés social y cívico, entre la que la laboral ocupa una posición en modo alguno menor. La inmigración ofrece múltiples facetas a la reflexión jurídica, al ser múltiples las consecuencias que en ella confluyen. Y esa diversidad, también afecta, condicionando de raíz, las diferentes opciones de política legislativa. En suma los atributos de transversalidad y complejidad convierten a la inmigración en uno de los focos de mayor centralidad social y de especial atención e interés para los investigadores de las ciencias sociales, incluida la ciencia jurídica. (Valdés, 2009, p. 2)

Por cuanto atañe a América Latina, y como explica Fernando Herrera (2000), el análisis (de los procesos) sobre migración involucra estudios sociodemográficos, de tipo histórico («historiográfico») y antropológico («de corte sobre todo etnográfico»). Igualmente, el estudio «dedicado a la denuncia de las violaciones a los derechos humanos de los migrantes y a su defensa». También los económicos («sobre todo ligados al estudio de los mercados de trabajo, desde perspectivas neoclásicas»), los legales («referidos a los marcos político-legales que norman los flujos migratorios internacionales»), los políticos («particularmente relacionados con las migraciones forzosas y los exilios») y los psicológico-sociales («especialmente en los casos de migrantes forzados y de ex migrantes que retornan») (p. 583).

a. Relaciones laborales: una «realidad compleja»

Con base en algunas lecturas del filósofo francés Edgar Morin, «padre de la “teoría de la complejidad”», Juan Raso —profesor en la Universidad de la República y presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social— anota que «los fenómenos complejos no pueden explicarse a través de afirmaciones radicales. Estas pueden conducir a visiones parcializadas de la realidad: “Un pensamiento mutilante conduce, necesariamente, a acciones mutilantes [...] La hipersimplificación ciega a la complejidad de lo real”» (2014, p. 34). Por eso mismo, la «problemática del trabajo» no se resuelve únicamente «con la aplicación de las normas formales del “Derecho” del trabajo» (2014, p. 35). «Cualquier visión que encarara las relaciones laborales desde una perspectiva exclusivamente jurídica, tendrían como consecuencia un “pensamiento mutilante”» (2014, p. 35). En suma, las relaciones laborales son acaso el mejor ejemplo de una «realidad compleja», que impone desarrollar un «pensamiento complejo» (2014, p. 35).

Ciertamente, «las relaciones laborales deben enfocarse desde la interdisciplinariedad, es decir un pensamiento construido con la integración de conocimientos de distintas disciplinas» (Raso, 2014, p. 35). No corresponde hablar de una multidis-

ciplinariedad, porque esta «solo permite armar una colcha de retazos de diversos conocimientos» (Raso, 2014, p. 35).⁹

Por ende, «el relacionista laboral deberá decidir no en clave jurídica, ni económica, ni sociológica sino en el ámbito de este nuevo género de conocimiento interdisciplinario [Relaciones Laborales], que habilita una “arquitectura de lo vivo” y permite la decisión informada, seria y responsable» (Billar, 2009, p. 192).

En verdad, la migración laboral internacional, o, con mayor especificidad, la prestación de servicios en condiciones de dependencia a cargo de los trabajadores migrantes, provoca un sinnúmero de situaciones —sociológicas, económicas, jurídicas— cuyo tratamiento encaja naturalmente y sin esfuerzo en el amplio espacio de estudio atribuido a las Relaciones Laborales.

b. Enfoque sociológico-laboral

¿Cómo actúan las migraciones en el entorno de la Sociología del Trabajo?

Se constata un avance «hacia una sociología del trabajo migratorio» (Herrera, 2000, p. 584), o lo que es lo mismo, hacia una «construcción de una mirada sociológica del mundo del trabajo relacionada con las migraciones» (Herrera, 2000, p. 581); hábitat en el que se observa igualmente la presencia de un análisis interdisciplinario, con especial énfasis en el examen de los mercados de trabajo.

Herrera apunta:

El estudio de la migración [...] es una disciplina que tiene su propio estatuto teórico y que ha generado históricamente sus propios conceptos, métodos y técnicas de investigación. [...] Sin embargo, cuando se trata de definir el problema del interés o, digamos, el posible terreno de la sociología del trabajo en el campo de las migraciones, surgen fuertes interrogantes acerca de esa autonomía relativa del estudio de la migración. En efecto, para la construcción de un objeto de estudio propio de la sociología del trabajo —digamos, de una sociología del trabajo migratorio; o, mejor, de una aproximación sociológica para el estudio del mundo del trabajo de grupos humanos inmersos en procesos migratorios—, aparece como un imperativo la necesidad de pensar las cosas en términos interdisciplinarios, en un espacio en el cual cualquier intento en el sentido anterior lleva necesariamente a vincular el estudio de las migraciones, como disciplina, con el del estudio sociológico de los mercados de trabajo. Construcción conceptual esta última, por cierto, que es a su vez producto de otra creación interdisciplinaria, en este caso entre la sociología del trabajo y la economía (o quizá, más específicamente, la sociología económica). (2000, pp. 584-585)

9 En verdad, la «multidisciplinariedad» da la idea de una «acumulación» de disciplinas antes que de una «coordinación» entre materias. Pedro Billar (2009) habla sobre un «reduccionismo inmovilizador» entre los «saberes del trabajo», que «esconde una ideología dominante» y «no se supera con convocatorias exclusivamente multidisciplinarias»; en rigor, «Lo que no puede lograr una disciplina aislada tampoco puede hacerlo la simple acumulación o yuxtaposición de sus resultados, obtenidos sin previo contacto para su generación» (pp. 184-185). El mismo autor distingue la interdisciplinariedad «meramente instrumental», que opera «cuando ocurre una conexión de simple auxilio entre saberes», de la «interdisciplinariedad crítica», consistente en el «intercambio recíproco entre los saberes llamados a cooperar» (p. 193).

En definitiva, el desafío principal para el desenvolvimiento del estudio de los fenómenos migratorios como integrante de la Sociología del Trabajo estriba concisamente «en constituirse como objeto de estudio sociológico que tenga como ángulo privilegiado el mundo del trabajo, a partir de los procesos de movilidad espacial de las personas en relación con el trabajo» (Herrera, 2000, p. 586). Por ello, debe partir indispensablemente «de los exitosos esfuerzos realizados para construir un objeto sociológico de estudio a partir de los procesos sociales involucrados en los mercados de trabajo» (Herrera, 2000, p. 586).

c. Panorama jurídico-laboral

En términos generales, nos importa la percepción *jurídico-laboral* —lo atinente o ajustado al Derecho del Trabajo— sobre las migraciones y la migración laboral internacional.

Aquí entran en juego la legislación —internacional, regional, nacional— y las políticas.

Ciertamente, el análisis que atiende la migración a la luz de los derechos apunta a desenvolver políticas sobre inmigración con miras a favorecer la «integración sociolaboral» de los inmigrantes —para lo cual es preciso sustentar las disposiciones nacionales en las normas internacionales—; e incuestionablemente, «para lograr el objetivo de aumentar la cobertura, eficacia e impacto de la regulación, se deben crear marcos legales para los inmigrantes y, en caso de existir, mejorar su funcionamiento» (Verdera, 2007, p. 112).

Así, pues, incumben los instrumentos internacionales pertinentes, adoptados tanto en los ámbitos de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —las normas internacionales del trabajo: convenios, recomendaciones, declaraciones, resoluciones— como en los de determinadas regiones o subregiones, o los acordados entre países determinados. También las normas nacionales, principalmente las contenidas en las constituciones de los diferentes Estados y relativas a la igualdad, a la no discriminación y a la «antidiscriminación» (por el origen nacional, raza, etnia, idioma y religión de los migrantes).

Por su parte, las políticas pueden estar incluidas en los acuerdos de integración económica y concernir a la protección social.

Al respecto, Oscar Hernández Álvarez —expresidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo—, en un importante libro sobre derecho internacional del trabajo editado en homenaje al profesor Rolando Murgas Torrazza, sostiene que:

Uno de los objetivos básicos de todo mercado común es la libre circulación de personas, además de la de bienes, servicios y capitales. Libre circulación de personas significa, fundamentalmente, libre circulación de trabajadores, para cuyo logro es necesario eliminar los obstáculos que el trabajador podría tener para emigrar a otro país miembro del acuerdo de integración. Ello determina la necesidad de llevar adelante una política y una legislación antidiscriminatorias, garantizando una igualdad de trato a los trabajadores extranjeros en cuanto al acceso al empleo y a las condiciones de trabajo y remuneración. Supone, igualmente, que exista una coordinación eficaz entre los sistemas de seguridad social de los países que integran el acuerdo —o la creación de un único sistema de seguridad social—, de manera que la circunstancia de emigrar

a otro país no determine que el trabajador emigrante pierda las cotizaciones pagadas en su país de origen o de, cualquier manera, su derecho a la seguridad social se vea mermado como consecuencia de la emigración. (2012, pp. 448-449)

En buena cuenta, los acuerdos de integración económica, aunque son fundamentalmente instrumentos de carácter económico, engendran diversos efectos sociales, en concreto con relación al trabajo, y son reflejados, entre otros temas, en la libre circulación de trabajadores, el fortalecimiento de normas y políticas antidiscriminatorias, y la coordinación de los sistemas de seguridad social (Hernández, 2012, p. 456).

Una discusión clásica al valorar el impacto de la migración en los países de destino, rota alrededor de los obstáculos para la asimilación de los inmigrantes en la sociedad y el mercado de trabajo, esto es, para la equiparación de sus calificaciones, condiciones de trabajo y vida con las de los trabajadores nacidos en los países de destino (Verdera, 2007, p. 133). Aquí adquiere trascendencia la necesidad de tutelar los derechos de los trabajadores migrantes: la disminución de la discriminación coadyuva en el proceso de igualación entre inmigrantes y nativos (Verdera, 2007, p. 133).

Conforme sostenía Verdera (2007), «el objetivo de una política de migración es que los países de destino y de origen, así como los propios migrantes, se beneficien del proceso migratorio» (p. 129). De existir «políticas sólidas» tanto en los países de origen como en los de destino, «se marca una diferencia en la protección de los trabajadores» (p. 137). En tal virtud, «con una migración regular, sobre la base de marcos bilaterales y adecuadamente gestionada, se podría mejorar el empleo y la integración sociolaboral en los países de destino, así como proporcionar información y asesoría para un mejor uso de las remesas en los países de origen» (pp. 133-134). Por otro lado, tengamos presente que «se puede destacar la muy baja o baja cobertura de la protección social en los países en desarrollo, en comparación con la alta cobertura de protección en los países desarrollados» (p. 131).

En cualquier caso, «la solidez de una política migratoria requiere contar con un amplio apoyo, en especial de las organizaciones de trabajadores y de empleadores» (Verdera, 2007, pp. 137-138).

3. Marco normativo

El marco normativo permite concretar jurídicamente los puntos tratados hasta aquí y atañe a la regulación sobre las migraciones y la migración laboral internacional.

Presentamos, entonces, las Normas Internacionales del Trabajo —de la OIT— pertinentes. Asimismo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (de 1990), la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (de 2016) y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (de 2018), instrumentos adoptados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Y también algunos otros acuerdos internacionales (de seguridad social, de movilidad),¹⁰ así como la forma en

10 Acerca de los instrumentos legales internacionales y su importancia para la regulación de la mi-

la que las normas nacionales —específicamente, las Constituciones— tratan estos asuntos.

3.1. Normas Internacionales del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) tiene el mandato constitucional de velar por la protección de los trabajadores migrantes.

El segundo considerando de la Constitución de la OIT señala:

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a [...] protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero [...]. (OIT, 2000, p. 5)

El artículo III ‘c’ de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT (Declaración de Filadelfia, de 1994) reza:

La conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todos las naciones del mundo, programas que permitan: [...] conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos. (OIT, 2000, p. 23)

En tal sentido juegan las Normas Internacionales del Trabajo (NIT), principalmente los convenios y recomendaciones adoptados o establecidos en el ámbito de acción de la OIT.¹¹

gración laboral internacional y de la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, Verdera escribía: «Los debates en los foros internacionales giran en torno de cómo promover que la migración tenga un mayor impacto sobre el desarrollo —por ejemplo, con el mejor aprovechamiento de las remesas— y de la mayor y mejor protección de los derechos de los trabajadores migrantes. Estos aspectos fundamentales de la MLI [migración laboral internacional] solo se alcanzarán en la medida en que la gran mayoría de países ratifique estos instrumentos y los implemente para lograr una gestión regulada de la MLI» (2007, pp. 134-135).

11 Con base en la Constitución de la OIT, los convenios y las recomendaciones son los dos instrumentos primordiales mediante los cuales se formulan las normas internacionales del trabajo. No obstante, ambos instrumentos son distintos: para que un convenio genere obligaciones internacionales concernientes a su aplicación y cumplimiento por un Estado Miembro, este debe ratificarlo; en cambio, una recomendación no precisa “ratificación” alguna y constituye tan solo una suerte de “manual” —claro que del más alto nivel— para la puesta en práctica del convenio pertinente o de las situaciones a que tal recomendación refiere. A saber, según el artículo 19, primer párrafo de la Constitución de la OIT, «el instrumento revestirá la forma de una recomendación si la cuestión tratada o alguno de sus aspectos no se presta aún para la adopción de un convenio. Puede ser útil para delinear objetivos sociales que son demasiado avanzados como para pretender una aplicación generalizada, o a fin de tratar materias muy complejas o que se presentan en forma muy disímil entre los países, o para regular en detalle los

Consideramos los convenios de derechos humanos y los convenios técnicos.¹² Los convenios de derechos humanos versan sobre algunos derechos laborales fundamentales, fijados básicamente en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos no correspondientes a la OIT. Los convenios técnicos, si bien suponen estos derechos, conciernen particularmente a aspectos relativos a las condiciones de trabajo (Montt, 1998, p. 155). Entre estos últimos se ubican explícitamente las disposiciones sobre los trabajadores migrantes (Montt, 1998, p. 155).

Con algunas excepciones, las NIT son de aplicación general y no introducen diferencias entre un trabajador nacional y uno extranjero. Sin embargo, ciertos convenios determinan expresamente la aplicación de sus disposiciones «sin distinción de nacionalidad» a la vez que prevén «medidas especiales» en beneficio de los trabajadores migrantes (Süssekind, 1983, pp. 259-260).

En este orden, juegan los llamados convenios de igualdad como tales, orientados a afirmar la igualdad de derechos entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros en un país (Plá, citado por Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 46).

Al respecto, la OIT coadyuva a administrar eficientemente los movimientos migratorios para tutelar los derechos humanos, optimizar el aporte de la migración al progreso, y evitar la migración oculta y la trata de gentes; se busca moldear el porvenir de la migración laboral internacional ligándola a principios y disposiciones de manera tal que sea provechosa para países e inmigrantes. A la postre, «el objetivo inmediato es mejorar el nivel de protección de los trabajadores inmigrantes a través de una migración gestionada, creando un compromiso equitativo para los trabajadores inmigrantes en la economía globalizada» (Verdera, 2007, p. 136).

3.1.1. Guía clasificada de las Normas Internacionales del Trabajo: NIT sobre trabajadores migrantes

Geraldo W. Von Potobsky y Héctor G. Bartolomei de la Cruz presentan una Guía clasificada de las Normas Internacionales del Trabajo (1990, pp. 500-509).

Por cuanto concierne a nuestro tema, destacamos el apartado concerniente a los trabajadores migrantes (pp. 506-507; apartado XI) y las NIT ahí incluidas:¹³ Convenio sobre la Inspección de los Emigrantes de 1926 (N.º 21); Convenio (N.º 97) y Recomendación (N.º 86) sobre los Trabajadores Migrantes (revisados), ambos de 1949; Recomendación sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes, relativa a países

principios más generales incorporados a un convenio» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 24).

12 «En el ámbito de la OIT se hace una cierta distinción entre los *convenios de derechos humanos* (libertad sindical, trabajo forzoso, igualdad de trato) y los *convenios técnicos*. Unos y otros pueden formar parte de la categoría de *convenios promocionales*» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 46). Según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, los *convenios promocionales* son «aquellos que “más que normas precisas que el Estado correspondiente se obliga a adoptar con motivo de su ratificación, establecen objetivos que deberán lograrse por medio de un programa continuo de acción”» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 46, nota 26).

13 Puede interesar ver también el apartado VII: Seguridad Social, puntos A: Normas generales (que abarcan las ramas de seguridad social enumeradas en el punto B: Protección en las diversas ramas de seguridad social) y B.2: Prestaciones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, pp. 504-505).

insuficientemente desarrollados, de 1955 (N.º 100); Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), de 1975 (N.º 143); Recomendación sobre los Trabajadores Migrantes, de 1975 (N.º 151).

Cabe anotar que el Consejo de Administración de la OIT ha considerado los Convenios N.º 97 y N.º 143, entre otros, como prioritarios «a los fines de su ratificación y aplicación y, por lo tanto, objetivos importantes para toda política social» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 47).¹⁴ A pesar de ello, al 10 de setiembre de 2017 el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (revisado en 1949, N.º 97) ha sido ratificado solo por 49 países,¹⁵ y únicamente 23 han ratificado el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), de 1975 (N.º 143).¹⁶

El Convenio N.º 97 fija normas generales sobre el «problema migratorio» (Süssekind, 1983, pp. 260-261) y busca «eliminar las desigualdades de trato resultantes de la acción de los poderes públicos» (Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, citado por Süssekind, 1983, p. 261). Tiene veintitrés artículos y tres anexos: «Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental»; «Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental»; e «Importación de efectos personales, herramientas y equipo de los trabajadores migrantes».

Resaltamos el artículo 6, según el cual todo Estado miembro para el cual rija el Convenio «se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales» con relación a las materias siguientes:

- La remuneración —incluidos los subsidios familiares cuando integren la remuneración—, las horas de trabajo y las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores, la afiliación a las organizaciones sindicales y el goce de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos de trabajo; y la vivienda. Todo ello, siempre que tales puntos «estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas».

14 En síntesis, los convenios sobre los trabajadores migrantes (números 97 y 143) engloban la salida, el arribo y la circulación entre los países de origen y de destino, y son aplicables a los emigrantes que procuran un trabajo subordinado; su acatamiento no está sujeto a la reciprocidad y atañe también a refugiados y desplazados (cuando son empleados en lugar distinto a sus propios países). Ambos instrumentos bregan por la proposición de contratos de trabajo y acuerdos tipo, que regulen la labor de los trabajadores migrantes y las migraciones permanentes y transitorias; incluidas las de refugiados y desplazados. Para la concreción de tales contratos y acuerdos, la OIT promueve la adopción de pactos bilaterales entre los países, con normas relativas a la igualdad de trato y respeto a los derechos ya ganados en materia de seguridad social.

15 El Perú no lo ha ratificado.

16 El Perú no lo ha ratificado.

- La seguridad social, a reserva de algunos acuerdos y disposiciones especiales.
- Impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que, debido al contrato, deba pagar el trabajador.
- Las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones tratadas en el propio Convenio.

Por su parte, el Convenio N.º 143, complementario del anterior, tiene, entre otros fines, el de «fomentar la igualdad de oportunidades y eliminar las discriminaciones en la práctica» (Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, citado por Sússekind, 1983, p. 261). Consta de veinticuatro artículos, distribuidos en tres partes: «migraciones en condiciones abusivas», «igualdad de oportunidades y de trato» —en esta, «el instrumento se inspiró en las normas del Convenio N.º 111, de 1958, referente a la discriminación en materia de empleo y profesión» (Sússekind, 1983, p. 261)— y «Disposiciones Finales». De todos modos, cualquier Miembro podrá «restringir el acceso a categorías limitadas de empleos o de funciones, cuando así lo exija el interés del Estado», según establece el inciso c del artículo 14

3.1.2. NIT sobre Derechos Humanos Fundamentales

A continuación, veamos las NIT sobre Derechos Humanos Fundamentales,¹⁷ y cómo se trata a los extranjeros según las disposiciones de estos convenios específicos. En cada caso, los artículos reguladores del ámbito de aplicación —cuando existentes— acreditan o respaldan la aplicación de dichas NIT a los trabajadores migrantes.

3.1.2.1. Libertad de trabajo

a. Convenio sobre el Trabajo Forzoso, 1930 (N.º 29)

Ámbito de aplicación personal: este Convenio tiene un vastísimo ámbito de aplicación personal, «característica propia —aunque no exclusiva— de los convenios de la OIT relativos a derechos humanos fundamentales» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 160). Aunque el Convenio N.º 29 no tiene una disposición que puntualice directamente su ámbito de aplicación personal,¹⁸ establece manifiestamente que su propósito es la supresión del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas (artículo 1, primer párrafo), y determina después que tal trabajo puede afectar a cualquier «individuo» (artículo 2, primer párrafo). A falta de disposiciones restrictivas sobre las personas protegidas, corresponde estimar que «protege a todas las personas, sin distinción alguna» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 160).

17 En lo relativo a los derechos de los migrantes, deben aplicarse los ocho convenios fundamentales de la OIT: cubren la lucha contra el trabajo infantil, el trabajo forzoso y la discriminación, y resguardan la libertad sindical. Todos han sido ratificados por el conjunto de países andinos (Verdera, 2007, p. 137).

18 En buena cuenta, una «técnica jurídica» habida también en distintos convenios de la OIT (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 159).

b. Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso, 1957 (N.º 105)

Ámbito de aplicación personal: este Convenio posee igualmente un campo de aplicación bastante amplio pues luego de referir su finalidad general sin efectuar exclusiones, se tutela, sin introducir diferencias, a todas las personas que realicen trabajo forzoso u obligatorio en los supuestos que prevé (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 181).

3.1.2.2. Libertad sindical

a. Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación, 1948 (N.º 87)

Ámbito de aplicación personal (artículos 2 y 9): el ámbito de aplicación personal de este Convenio es también muy extenso. En efecto, el artículo 2 establece: «Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción [...], tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».

Como recuerdan Von Potobsky y Bartolomei, «ya en los trabajos preparatorios del convenio quedó aclarado que en materia de libertad sindical no cabía hacer ninguna distinción o discriminación en relación con la ocupación, el sexo, el color, la raza, el credo, la nacionalidad o la opinión política» (1990, p. 238). Con relación concretamente a la nacionalidad y a los trabajadores migrantes, escriben que, por lo que toca a la nacionalidad, distintos instrumentos de la OIT sostienen la igualdad de trato que corresponde dar a los trabajadores migrantes: el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), 1949 (N.º 97) alude a dicha igualdad a propósito de la afiliación sindical y de la percepción de las ventajas de los convenios colectivos (artículo 6, párrafo 1, a, ii); el Convenio sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (N.º 143) incorporó los derechos sindicales en la política de igualdad de oportunidades y de trato que aquel propugna (art. 10); y según la Recomendación N.º 151, accesoria del instrumento precedente, dichos derechos son los de afiliación a las organizaciones sindicales, el ejercicio de los derechos sindicales y la viabilidad de cubrir cargos en las organizaciones sindicales y en las entidades de relaciones profesionales, comprendidos los órganos representativos de los trabajadores en las empresas (1990, p. 239). En cualquier caso y al margen de tales instrumentos, todo impedimento legal al derecho de sindicación de los trabajadores extranjeros contraviene el Convenio N.º 87 (1990, p. 239).

Ámbito de aplicación material: elección de representantes. Cuando existan migraciones particularmente significativas, el requisito para la elegibilidad de los representantes de poseer la nacionalidad del país concerniente, trae como consecuencia impedir las postulaciones a algunas clases de trabajadores. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones considera que «debería conferirse mayor flexibilidad a legislaciones que imponen esta condición, por lo menos una vez pasado cierto período de residencia en el país de acogida» (citada por Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 256).

3.1.2.3. *Igualdad de oportunidades y de trato*

Sobre este punto, cabe recordar que la acción de la OIT dirigida a imposibilitar la discriminación entre los trabajadores extranjeros y los trabajadores nacionales se delineó en los instrumentos aprobados en la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo en 1919 como consecuencia del artículo 427 del Tratado de Versalles, que abrazó entre los objetivos de la Organización el principio general según el cual «las reglas emitidas en cada país con respecto a las condiciones del trabajo, deberán asegurar un trato económico equitativo para todos los trabajadores residentes legalmente en el país» (Süssekind, 1983, p. 259).

a. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (N.º 100)

Ámbito de aplicación personal: el ámbito de aplicación personal de este Convenio es universal (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 386). En primer lugar, porque el artículo 2 (primer párrafo) prescribe que todo Miembro deberá promover y garantizar la aplicación «a todos los trabajadores» del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. En segundo lugar, porque «el alcance general de este enunciado no ha sido limitado por ninguna excepción» (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 386).

b. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (N.º 111)

Ámbito de aplicación personal: el ámbito de aplicación personal de este Convenio es igualmente universal. Por una parte, el Convenio determina claramente la finalidad general a seguir por los Estados que lo ratifiquen. Por otra parte, no excluye a ninguna clase de personas (Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 432).

La Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha especificado que corresponde a nacionales y a no nacionales la supresión de las discriminaciones en materia de empleo y de ocupación sustentadas en alguno de los motivos detallados en el Convenio; y ha recordado que «los trabajadores migrantes, en el sentido de los instrumentos de la OIT, son objeto de disposiciones especiales» (citada por Von Potobsky & Bartolomei, 1990, p. 433; texto y nota 4).

3.1.3. Otros convenios

3.1.3.1. Convenio sobre la Igualdad de Trato (accidentes del trabajo), 1925 (N.º 19)

Este Convenio propugna la igualdad de trato en materia de *accidentes de trabajo* y establece que todo Miembro «se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo». Esta igualdad de trato será otorgada «sin ninguna condición de residencia» (artículo 1).

3.1.3.2. Convenio sobre la Igualdad de Trato (seguridad social), 1962 (N.º 118)

Este Convenio regula también, sobre la base de la reciprocidad, la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en asuntos de seguridad social.

Conforme al artículo 2 (párrafo 1), todo Estado Miembro puede aceptar las obligaciones del Convenio «en cuanto concierna a una o varias de las ramas de la segu-

ridad social siguientes, para las cuales posea una legislación efectivamente aplicada en su propio territorio a sus propios nacionales»: asistencia médica; prestaciones de enfermedad, de maternidad, de invalidez, de vejez y de sobrevivencia; prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales; prestaciones de desempleo y prestaciones familiares.

De acuerdo con el artículo 3:¹⁹

1. Todo Estado Miembro para el que el presente Convenio esté en vigor deberá conceder, en su territorio, a los nacionales de todo otro Estado Miembro para el que dicho Convenio esté igualmente en vigor, igualdad de trato respecto de sus propios nacionales por lo que se refiera a su legislación, tanto en lo que concierna a los requisitos de admisión como al derecho a las prestaciones, en todas las ramas de la seguridad social respecto de las cuales haya aceptado las obligaciones del Convenio.
2. En cuanto concierna a las prestaciones de sobrevivencia, dicha igualdad de trato deberá concederse, además, a los derechohabientes de los nacionales de un Estado Miembro para el que el presente Convenio esté en vigor, independientemente de la nacionalidad de dichos derechohabientes.
3. No obstante, con respecto a las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, un Estado Miembro podrá derogar las disposiciones de los párrafos precedentes del presente artículo, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro que, a pesar de poseer una legislación relativa a esta rama, no concede igualdad de trato a los nacionales del primer Estado Miembro en la rama mencionada.

El artículo 4 (párrafo 2) autoriza el establecimiento de plazos de residencia para el otorgamiento de determinadas prestaciones a los extranjeros, que no podrán exceder de seis meses, cinco años y diez años, según se trate de maternidad y desempleo, invalidez y muerte, y vejez, respectivamente.

3.1.4. Otros aspectos

Igualmente a propósito del campo de acción de la OIT, nos referiremos al Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales (de 2005), al Programa para una Migración Equitativa de la OIT (de 2014) y a los Principios generales y directrices para una contratación equitativa de la OIT (de 2016).

3.1.4.1. Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (2005)

La Reunión tripartita de expertos sobre el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales (Ginebra, 31 de octubre – 2 de noviembre de 2005) adoptó

19 Süsskind apunta que este artículo 3 contiene el «principio fundamental» del Convenio 118. Con relación al párrafo 1, anota que el Convenio sobre la Seguridad Social (norma mínima), 1952 (N.º 102) «ya había adoptado el mismo principio, al establecer que la igualdad de derechos puede quedar subordinada a la existencia de acuerdos bilaterales o plurilaterales previendo la reciprocidad de trato». Y respecto al párrafo 3, que «reconoce expresamente el *derecho de represalia*» (1983, p. 260; texto y nota 32).

el Marco Multilateral de la OIT para las Migraciones Laborales. Principios vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (OIT, 2007).

En el preámbulo del referido Marco Multilateral, se expone que la Reunión de Expertos ha considerado el plan de acción propuesto por la Conferencia Internacional del Trabajo, que «prevé la elaboración de un marco multilateral no vinculante para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos, que tenga en cuenta las necesidades de los mercados de trabajo, el derecho soberano de todas las naciones de formular sus propias políticas migratorias y medidas útiles para una aplicación más amplia de las normas internacionales del trabajo y de otros instrumentos pertinentes para los trabajadores migrantes» (OIT, 2007, p. 2).

El Marco comprende nueve principios: trabajo decente, medios de cooperación internacional en materia de migraciones laborales, base global de conocimientos, gestión eficaz de las migraciones laborales, protección eficaz de los trabajadores migrantes, prevención de prácticas migratorias abusivas y protección contra las mismas, el proceso de migración, integración e inclusión sociales, y migración y desarrollo. Cada principio viene acompañado de algunas líneas «directrices», que «pueden resultar útiles para poner en práctica» el principio al cual correspondan.

En resumen, este Marco promueve el trabajo decente para los inmigrantes, la consecución de acuerdos entre los países de origen y de destino, la prevención del tráfico de inmigrantes y de la trata de personas, la tutela de los derechos humanos y la supresión de las migraciones irregulares. Destacan la especial atención de las contingencias que soportan los trabajadores inmigrantes cuando desempeñan algunas actividades y de la labor de las mujeres en el servicio doméstico o en el sector informal de la economía, el afán por el desarrollo de la inspección laboral y la preocupación por el establecimiento de políticas para la vuelta de inmigrantes y su reincorporación en el país de origen.

3.1.4.2. Programa para una Migración Equitativa de la OIT (2014)

El Programa para una Migración Equitativa de la OIT, de 2014, señala que «instaurar procesos de contratación equitativos» es uno de sus principales pilares y reconoce la necesidad de «redoblar los esfuerzos al respecto e intensificar la cooperación con los gobiernos para lograr que este tipo de agencias [privadas] estén sometidas a una reglamentación adecuada y que los trabajadores que sean víctimas de prácticas laborales abusivas tengan acceso a medios de reparación» (OIT, 2017a, p. 70).

3.1.4.3. Principios generales y directrices prácticas para una contratación equitativa (2016)

Los Principios generales y directrices prácticas para una contratación equitativa de la OIT son «no vinculantes» y «tienen por objeto “servir de guía a las labores actuales y futuras de la OIT y de otras organizaciones, de los legisladores nacionales y de los interlocutores sociales encaminadas a promover y garantizar la equidad de la contratación”» (OIT, 2017a, p. 71). Son trece principios generales «que sirven de orientación para la aplicación a todos los niveles» y treinta y un directrices prácticas «que definen las responsabilidades de los principales actores del proceso de contra-

tación y comprenden posibles intervenciones e instrumentos de política». Entre las características fundamentales de estos principios y directrices, se establece que «su alcance es integral, pues abarca la contratación de todos los trabajadores dentro y fuera de las fronteras nacionales, y comprende todos los sectores de la economía». Los principios «también exhortan a que se adopten medidas contra prácticas de contratación abusivas y fraudulentas, en particular aquellas que pudieran dar lugar a trabajo forzoso o a la trata de personas» (OIT, 2017a, p. 71).

3.2. Naciones Unidas

El principio de no discriminación entre nacionales y extranjeros interesa igualmente a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que, aun antes de la adopción en 1990 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, ya se había pronunciado al respecto, exhortando incluso a la OIT a reforzar su acción con vistas a la protección de los trabajadores migrantes (Süssekind, 1983, p. 259).

Además de esta Convención, nos referimos también a la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo, de 2013; la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, de 2016; y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, de 2018.

3.2.1. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Nueva York, 18 de diciembre de 1990²⁰

Para fortalecer la batalla contra la explotación y las transgresiones de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familiares, la ONU adoptó el 18 de diciembre de 1990, en Nueva York, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que rige desde el 1 de julio de 2003. Principalmente, ha sido ratificada por países de emigración.²¹

En el preámbulo —una suerte de «exposición de motivos»— de la Convención, entre otras consideraciones, los Estados Parte reconocen «los progresos realizados por algunos Estados mediante acuerdos regionales o bilaterales para la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, así como la importancia y la utilidad de los acuerdos bilaterales y multilaterales en esta esfera»; comprenden «la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca a millones de personas y afecta a un gran número de Estados de la comunidad internacional»; están

20 El texto completo de la Convención puede verse en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

21 Véase: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&clang=_en
En el Perú, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares fue aprobada por el Congreso de la República mediante la resolución legislativa 28602, de 10 de setiembre de 2005, y ratificada por el decreto supremo 71-2005-RE, de igual fecha y publicado el 13 de setiembre de 2005. Entró en vigencia el 1 de enero de 2006.

«conscientes de la repercusión que las corrientes de trabajadores migratorios tienen sobre los Estados y los pueblos interesados, y deseosos de establecer normas que puedan contribuir a armonizar las actitudes de los Estados mediante la aceptación de los principios fundamentales relativos al tratamiento de los trabajadores migratorios y de sus familiares»; consideran la «situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo»; y están convencidos «de que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes y, por tanto, requieren una protección internacional apropiada».

Asimismo, tienen en cuenta «el hecho de que a menudo la migración es causa de graves problemas para los familiares de los trabajadores migratorios, así como para los propios trabajadores, particularmente debido a la dispersión de la familia»; tienen presente «que los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular, y convencidos por tanto de que se debe alentar la adopción de medidas adecuadas a fin de evitar y eliminar los movimientos y el tránsito clandestinos de los trabajadores migratorios, asegurándoles a la vez la protección de sus derechos humanos fundamentales»; consideran «que los trabajadores no documentados o que se hallan en situación irregular son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal»; consideran también que «la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios y, además, que la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos en los Estados interesados»; y declaran estar convencidos «por ello, de la necesidad de lograr la protección internacional de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, reafirmando y estableciendo normas fundamentales en una convención amplia que tenga aplicación universal».

En definitiva —y como aspecto innovador y característico de ella—, la Convención «representa un progreso considerable en la defensa de los derechos de los trabajadores migratorios legales e ilegales, así como de sus familias, ya que abarca todos los aspectos y etapas del proceso de emigración desde el país de origen hasta el de destino» (Verdera, 2007, p. 135).

3.2.2. Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo. Nueva York, 3 y 4 de octubre de 2013²²

Por resolución adoptada el 3 de octubre de 2013, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo.

²² El texto completo de la Declaración puede verse en: <https://undocs.org/es/A/RES/68/4>

Entre otros aspectos, los representantes de los Estados y Gobiernos reconocen que «la migración internacional es una realidad pluridimensional que incide sobremanera en el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino» y, en ese contexto, «es una cuestión intersectorial que debe abordarse de forma coherente, amplia y equilibrada, integrando el desarrollo con la debida consideración a las dimensiones social, económica y ambiental y respetando los derechos humanos» (cláusula 1). Además, reconocen «la importante contribución de los migrantes y la migración al desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, así como la compleja interrelación entre la migración y el desarrollo» (cláusula 2); «la necesidad de la cooperación internacional para hacer frente, de manera integral y amplia, a los desafíos de la migración irregular, a fin de que la migración sea segura, ordenada y regular, con pleno respeto de los derechos humanos» (cláusula 5); «la importante función que desempeñan los migrantes como asociados en el desarrollo de los países de origen, tránsito destino» y «la necesidad de mejorar las percepciones de la opinión pública respecto de los migrantes y la migración» (cláusula 9); la necesidad de «abordar la situación especial y la vulnerabilidad de las mujeres y las niñas migrantes mediante, entre otras cosas la incorporación de una perspectiva de género en las políticas y el fortalecimiento de las leyes, las instituciones y los programas nacionales para combatir la violencia basada en el género, incluidas la trata de personas y la discriminación contra las mujeres y las niñas» (cláusula 11); «la complejidad de las corrientes migratorias y que los movimientos migratorios internacionales también se producen dentro de las mismas regiones geográficas» y, en tal contexto, piden «una mejor comprensión de los patrones migratorios entre las regiones y dentro de ellas» (cláusula 22); y que «las remesas constituyen una fuente importante de capital privado», por lo cual reafirman «la necesidad de promover condiciones para poder efectuar transferencias de remesas más rápidas, en condiciones más seguras y de menor costo tanto entre los países de origen como en los receptores» (cláusula 27).

Asimismo, reafirman «la necesidad de promover y proteger de manera efectiva los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio» (cláusula 10); relievan «la necesidad de respetar y promover las normas internacionales del trabajo, según proceda y de respetar los derechos de los migrantes en sus lugares de trabajo» (cláusula 14); condenan «enérgicamente los actos, manifestaciones y expresiones de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia contra los migrantes y los estereotipos que a menudo se les aplican» (cláusula 16); y reiteran su «compromiso de prevenir y combatir la trata de personas, proteger a las víctimas de la trata de personas, prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y proteger a los migrantes de la explotación y otros abusos» (cláusula 17).

Igualmente, alientan «a los estados Miembros a que cooperen con los programas de movilidad que facilitan la migración segura, ordenada y regular, entre otras cosas mediante la movilidad de la mano de obra» (cláusula 18); y destacan «la necesidad de profundizar la interacción entre los gobiernos y la sociedad civil para encontrar respuestas a los desafíos y oportunidades que plantea la migración internacional» (cláusula 21).

También, subrayan «el derecho de los migrantes a regresar a su país de nacionalidad» y recuerdan «a los Estados que deben asegurar una acogida adecuada a los nacionales que regresen» (cláusula 24).

3.2.3. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, 19 de septiembre de 2016²³

La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes «expresa la voluntad política de los dirigentes mundiales de salvar vidas, proteger derechos y compartir la responsabilidad a escala mundial». En la Cumbre de las Naciones Unidas llevada a cabo el 19 de setiembre de 2016 en Nueva York, «los dirigentes mundiales manifestaron la forma en que cada país cumplirá estos compromisos, lo cual beneficiará a los refugiados, los migrantes, las personas que les ayudan y los países y las comunidades de acogida».

Esta Declaración contiene una introducción, los compromisos asumidos —aplicables tanto a los refugiados como a los migrantes, en relación con los migrantes y en relación con los refugiados—, y los mecanismos para el seguimiento y examen del cumplimiento de los compromisos contraídos. Además tiene dos anexos: «Marco de respuesta integral para los refugiados» (anexo I) y «Hacia un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular» (anexo II).

En general, hacen constar la aprobación de «una serie de compromisos que se aplican tanto a los refugiados como a los migrantes, así como conjuntos separados de compromisos con respecto a los refugiados y los migrantes» —sin dejar de lado «las distintas realidades, capacidades y niveles de desarrollo nacionales» y el respeto a «las políticas y prioridades de cada país»—, la «adhesión al derecho internacional» y la aplicabilidad de la Declaración y sus anexos «de manera compatible con los derechos y las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional». La cláusula 21 señala que «aunque algunos compromisos se aplican principalmente a un grupo, también pueden ser aplicables al otro grupo. Además, si bien todos los compromisos están enmarcados en el contexto de los grandes desplazamientos» examinados, «muchos pueden aplicarse también a la migración regular». En los anexos I y II se esboza el rumbo para concertar en 2018 un «pacto mundial sobre la cuestión de los refugiados» y «un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular».

Según lo esbozado en los Anexos, el pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular «establecería una serie de principios, compromisos y entendimientos entre los Estados Miembros sobre la migración internacional en todas sus dimensiones. Sería una contribución importante a la gobernanza mundial y mejoraría la coordinación en lo que concierne a la migración internacional. Ofrecería un marco para la cooperación internacional amplia respecto de los migrantes y la movilidad humana. Abordaría todos los aspectos de la migración internacional, como los humanitarios, de desarrollo y de derechos humanos, entre otros» (anexo II, Introducción, cláusula 2). Este pacto mundial «se elaboraría mediante un proceso de negociaciones intergubernamentales, cuyos preparativos comenzarán inmediata-

23 El texto completo de la Declaración puede verse en: <https://undocs.org/es/A/71/L.1>

mente. Las negociaciones, que empezarán a principios de 2017, culminarán en una conferencia intergubernamental sobre migración internacional en 2018, en la que se presentará el pacto mundial para su aprobación» (anexo II, apartado IV: El camino a seguir, cláusula 9).

Sobre la base de esta Declaración y de las negociaciones consecuentes se acordó, en diciembre del 2018, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, del cual damos cuenta a continuación.

3.2.4. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Marrakech (Marruecos), 10 y 11 de diciembre de 2018²⁴

El Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular «se refiere a los migrantes y propone un marco de cooperación para abordar la migración en todas sus dimensiones» (Preámbulo, cláusula 4) y «se inspira en la Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo» (Preámbulo, cláusula 6). Presenta «un marco de cooperación no vinculante jurídicamente» basado sobre «los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes» (Preámbulo, cláusula 7).

Este Pacto Mundial expresa el compromiso colectivo de los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes «de mejorar la cooperación sobre la migración internacional» (Visión y principios rectores, cláusula 8), quienes, además, declaran haber aprendido «que la migración es uno de los rasgos distintivos de nuestro mundo globalizado, que vincula a las sociedades dentro de todas las regiones y también a nivel interregional, haciendo que todas las naciones sean a la vez países de origen, tránsito y destino» (Visión y principios rectores. Concepción común, cláusula 10); y convienen en que el compromiso asumido «se basa en un conjunto de principios rectores, que son transversales e interdependientes», siendo dichos principios los de: centrarse en las personas, cooperación internacional, soberanía nacional, estado de derecho y garantías procesales, desarrollo sostenible, derechos humanos, perspectiva de género, perspectiva infantil y enfoques pangubernamental²⁵ y pansocial²⁶ (Visión y principios rectores. Unidad de propósito, cláusula 15).

El «marco de cooperación» consta de 23 objetivos, entre los cuales se encuentran: minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen; proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración; aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular; *facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente*; salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas en relación con los migrantes desaparecidos; prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional;

24 El texto completo del pacto puede verse en: <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>. El Perú ha votado a favor de este Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular.

25 Enfoque pangubernamental: «El Pacto Mundial considera que la migración es una realidad pluridimensional que no puede ser abordada por un solo sector normativo del gobierno».

26 Enfoque pansocial: «El Pacto Mundial promueve una amplia colaboración entre múltiples interesados para abordar la migración en todas sus dimensiones mediante la inclusión de los migrantes, las

proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos; empoderar a los migrantes y a las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social; eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones con respecto a la migración; crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países; promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas; colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad; *establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas*; y *fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular* (Nuestro marco de cooperación, cláusula 16).

A cada objetivo corresponde «un compromiso, seguido de una serie de acciones consideradas pertinentes como instrumentos normativos y mejores prácticas»; y con la finalidad de cumplir todos y cada uno de tales objetivos, indican que «recurriremos a esas acciones para lograr la migración segura, ordenada y regular a lo largo de todo el ciclo migratorio» (Nuestro marco de cooperación, cláusula 16).

Así, por ejemplo, el compromiso atinente a la facilitación de la contratación equitativa y ética y la salvaguarda de las condiciones que garantizan el trabajo decente es «examinar los mecanismos de contratación existentes para asegurarnos de que sean justos y éticos y para proteger a todos los trabajadores migrantes contra cualquier forma de explotación y abusos con el fin de garantizar el trabajo decente y maximizar las contribuciones socioeconómicas de los migrantes en los países tanto de origen como de destino» (Objetivo 6, cláusula 22). Y entre las acciones correspondientes, están: «promover la firma y ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes relacionados con la migración laboral internacional, los derechos laborales, el trabajo decente y el trabajo forzoso, la adhesión a dichos instrumentos y su aplicación», «colaborar con todos los interesados pertinentes, incluidos los empleadores, las organizaciones de trabajadores migrantes y los sindicatos, para que los trabajadores migrantes reciban un contrato escrito y tengan conocimiento de lo estipulado en él, de los reglamentos relativos a la contratación internacional de mano de obra y el empleo en el país de destino, y de sus derechos y obligaciones, así como de la forma de acceder a mecanismos eficaces de denuncia y recurso, en un idioma que comprendan», «promulgar y aplicar leyes nacionales que castiguen las violaciones de los derechos humanos y laborales», «reforzar la aplicación de normas y políticas justas y éticas de contratación y trabajo decente», «desarrollar y fortalecer la migración laboral y los procesos de contratación equitativa y ética», «adoptar medidas que prohíban confiscar los contratos de trabajo y los documentos de viaje

diásporas, las comunidades locales, la sociedad civil, los círculos académicos, el sector privado, los parlamentarios, los sindicatos, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación y otros interesados en la gobernanza migratoria». En este enfoque pansocial encajan el Plan Intersindical para las Migraciones Laborales (PIM) 2010-2014, elaborado hace un tiempo por las centrales sindicales peruanas, y la Declaración de Compromiso suscrita por estas el 29 de enero de 2010. También, la Agenda de Diálogo Sociolaboral del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo convenida el 9 de agosto de 2018; que, entre los diversos temas acordados por consenso unánime, incluye el punto «migración laboral» propuesto por el sector trabajador.

o identidad de los migrantes o retenérselos sin su consentimiento», «otorgar a los trabajadores migrantes que tienen empleos remunerados y contratos de trabajo los mismos derechos y protección laborales de que gozan todos los trabajadores del sector correspondiente» y «desarrollar y mejorar las políticas y los programas nacionales relativos a la movilidad laboral» (Objetivo 6, cláusula 22).

En suma, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular «contribuye a establecer un marco de cooperación internacional para mejorar la gestión de la migración en el mundo, en particular en los casos de flujos masivos de personas».

Este Pacto fue adoptado en diciembre de 2018, sin contar con el pleno consenso de todos los participantes.

3.3. Otros acuerdos internacionales

Por cuanto atañe a nuestra región y como ejemplo, nos referiremos a algunos otros «acuerdos internacionales que favorecen o facilitan la migración, particularmente laboral» (OIT, 2017b, p. 30).

Entre los acuerdos *de* seguridad social están: el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Organización iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y ciertos convenios bilaterales (OIT, 2017b, pp. 30-32).

Entre los convenios de movilidad y otros utilizables por los trabajadores migrantes figuran: el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Comunidad Caribeña (CARICOM) y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) (OIT, 2017b, pp. 32-34).

Evidentemente, con relación a los trabajadores migrantes andinos también hay que mencionar al Instrumento Andino de Migración Laboral, aprobado mediante la Decisión 545 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores de la Comunidad Andina (CAN), cuyo objetivo es «el establecimiento de normas que permitan de manera progresiva y gradual la libre circulación y permanencia de los nacionales andinos en la subregión con fines laborales bajo relación de dependencia» (CAN, Decisión 545, artículo 1).

3.4. Normas nacionales

Las Constituciones nacionales contienen normas sobre igualdad, no discriminación y restricciones en las constituciones nacionales (OIT, 2017b, p. 23). También contemplan normas antidiscriminación respecto al origen nacional, raza, etnia, idioma y religión de los migrantes (OIT, 2017b, p. 26).

Desde nuestro punto de vista, no ofrecen mayor interés las normas nacionales sobre la contratación de trabajadores extranjeros;²⁷ por supuesto, siempre que no lesionen los derechos a la igualdad y a la no discriminación.

27 En el Perú, rigen el Decreto Legislativo N° 689, Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros, publicado el 5 de noviembre de 1991 —con las modificaciones introducidas por la ley 26196 y el Decreto Legislativo N° 1246—, y el Reglamento de la Ley de Contratación de Trabajadores Extranjeros, aprobado por el Decreto Supremo N° 14-92-TR del 21 de diciembre de 1992 —con las modificaciones introducidas por los decretos supremos 23-2001-TR del 17 de julio de 2001, y 8-2018-TR del 12 de septiembre de 2018—.

En cualquier caso, destacan las reservas de empleo —restrictivas de la voluntad del empleador— que puedan determinarse para limitar la contratación de trabajadores extranjeros.²⁸ Atañe naturalmente a los Estados la cautela de los intereses de orden público, la defensa de la seguridad nacional y el respeto al señalamiento de porcentajes mínimos de concentración de trabajadores nacionales y/o del volumen salarial a otorgárseles en ciertos sectores —*v. gr.*, en los servicios públicos y en algunas actividades industriales y comerciales— (Pereira, 1997, pp. 357-358); pero de todos modos, deben ponderarse razonablemente la aplicación, interpretación y extensión de tales criterios y normas (Pereira, 1997, p. 358).

Curiosamente, las administraciones de trabajo de los países de América Latina «dan gran importancia al tratamiento de los inmigrantes —oficinas de autorización de contratos de extranjeros con numerosos requisitos—, y muy poca o ninguna atención al creciente [...] número de emigrantes» (Verdera, 2007, p. 126, en nota 22; quien atribuye la observación transcrita a José Luis Daza).

4. Pautas/ideas para posible consideración y seguimiento

Sobre la base de lo expuesto, planteamos algunas pautas/ideas que podrían ser consideradas y seguidas.

También, la Resolución Ministerial N° 291-2018-TR (normativa complementaria para la aprobación, prórroga o modificación de los contratos de trabajo de personal extranjero, a través del Servicio Virtual de Contratos de Extranjeros – SIVICE) del 13 de noviembre de 2018. En cuanto a la calidad migratoria de los trabajadores extranjeros, rigen el Decreto Legislativo N° 1350, Decreto Legislativo de Migraciones, publicado el 7 de enero de 2017; y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 7-2017-IN del 21 de marzo de 2017 —que, como anexo de este decreto supremo, fue publicado el 29 de marzo de 2017—.

Ahora bien: se han dictado coyunturalmente algunas normas específicas con relación a las personas de nacionalidad venezolana; entre ellas: el decreto supremo 1-2018-IN (aprobación del procedimiento para el otorgamiento del permiso temporal de permanencia para las personas de nacionalidad venezolana), publicado el 23 de enero de 2018; la Resolución de Superintendencia N° 43-2018-MIGRACIONES (aprueban la directiva «Lineamientos para la obtención de la calidad migratoria especial residente para personas de nacionalidad venezolana con permiso temporal de permanencia»), publicada el 31 de enero de 2018; la Resolución de Superintendencia N° 165-2018-MIGRACIONES (gratuidad del acta de permiso de trabajo extraordinario – provisional a favor de los ciudadanos venezolanos que formulen la solicitud o se encuentren en trámite para el otorgamiento del permiso temporal de permanencia – PTP), publicada el 12 de mayo de 2018; la Resolución de Gerencia General N° 62-2018-GG/MIGRACIONES (aprueba la directiva «Lineamientos para la expedición del acta de permiso de trabajo extraordinario – provisional») del 25 de mayo de 2018; la Resolución Ministerial N° 176-2018-TR (disposiciones para la contratación laboral de personas de nacionalidad venezolana con permiso temporal de permanencia – PTP o acta de permiso de trabajo extraordinario – provisional), publicada el 6 de julio de 2018; y la Resolución de Superintendencia N° 333-2018-MIGRACIONES (disposiciones para que los ciudadanos venezolanos que solicitaron y obtuvieron permiso temporal de permanencia – PTP actualicen la información proporcionada a MIGRACIONES), publicada el 10 de noviembre de 2018.

28 En el Perú, por ejemplo, se ha establecido una reserva para los trabajadores nacionales mediante la fijación de porcentajes mínimos respecto a las personas a contratar y a las remuneraciones: para la contratación de personal extranjero, las empresas nacionales o extranjeras deben mantener una proporción de hasta el 20 % del número total de sus trabajadores y sus remuneraciones no deben exceder del 30% del total de la planilla (Decreto Legislativo N° 689, artículo 4); sin embargo, existen excepciones y exoneraciones a dichos porcentajes limitativos (decreto legislativo 689, artículos 3 y 6).

a. Primera idea. *Los migrantes deben ser tratados como seres humanos*

Ante todo, tengamos presente que «los migrantes deben ser tratados como seres humanos».²⁹

b. Segunda idea. *Toda persona tiene derecho a permanecer en el país natal o la propia patria*

En este punto seguimos a Michael Czerny, jesuita y subsecretario en la «Sección de migrantes y refugiados» del Dicasterio para promover el Desarrollo Humano Integral, quien en un aún cercano evento realizado los días 24 y 25 de julio de 2017 en la sede de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Nueva York, con la finalidad de analizar las contribuciones de los migrantes y la diáspora a todas las dimensiones del desarrollo sostenible, ha afirmado que «los migrantes buscan las “mínimas condiciones” de dignidad, y desarrollo integral y sostenible» y «que “un buen punto de partida” para la discusión sobre la migración es el derecho a permanecer en el país natal o la propia patria en dignidad, paz y seguridad». «Nadie debería ser obligado jamás a abandonar su hogar debido a la falta de desarrollo o de paz» (CPAL, 2017).

c. Tercera idea. *La migración debería ser una opción*

En otras palabras y en síntesis, «la migración debería ser una opción». (La migración debería ser una opción: Relato sobre Sharmila, 2017.)

O, lo que es lo mismo, la migración no debería venir impuesta por la necesidad.

Como dejó dicho el papa Juan Pablo II, «la pertenencia a la familia humana otorga a cada persona una especie de ciudadanía mundial, haciéndola titular de derechos y deberes, dado que los hombres están unidos por un origen y supremo destino comunes (cursivas añadidas)» (2005, p. 4). Con base en la dignidad humana, advertimos, entonces, la relevancia del doble derecho fundamental a emigrar y a no tener que emigrar,³⁰ alrededor del cual debería promoverse el compromiso para que aquella ciudadanía mundial y estos derechos sean plenamente efectivos (SJM, 2008, p. 31).

Esta «ciudadanía mundial» debiera articularse «en un marco jurídico concreto» (SJM, 2008, p. 31). Tal articulación parece haber quedado constituido, o al menos esbozado, con el muy reciente Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular.

Así las cosas, la distinción entre «sociedad de acogida» y «población inmigrante» se percibe amenguada o relativizada y hasta carente de sentido en favor de la idea de una «ciudadanía común» (SJM, 2008, p. 3).

d. Cuarta idea. *Los migrantes no son únicamente insumo para cifras y datos estadísticos*
No debemos ver las migraciones solo a partir de cifras y datos estadísticos. En ver-

29 Me permito tomar el título de la nota publicada en: Jésuites du Canada /Jesuits of Canada, 2017.

30 «La posición generalmente admitida por los organismos internacionales, es la de que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocen el derecho a “emigrar” internacionalmente, es decir el derecho a salir de su propio país; pero no el derecho a inmigrar o a entrar en el país de recibo. En ese sentido ha señalado el profesor Haba que «la emigración es considerada un derecho humano, la inmigración no» (Mantero, 2010, p. 89).

dad, detrás de cada persona hay una historia y una realidad muy íntimas, que corren al lado del respeto a su dignidad humana.

Como dijo el papa Francisco en Ciudad Juárez, México:

No podemos negar la crisis humanitaria que en los últimos años ha significado la migración de miles de personas, ya sea por tren, por carretera e incluso a pie, atravesando cientos de kilómetros por montañas, desiertos, caminos inhóspitos. Esta tragedia humana que significa la migración forzada hoy en día es un fenómeno global. *Esta crisis, que se puede medir en cifras, nosotros queremos medirla por nombres, por historias, por familias.* (2016, p. 83; cursivas añadidas)

Y en el Congreso de los Estados Unidos de América:

Nuestro mundo está afrontando una crisis de refugiados sin precedentes desde los tiempos de la Segunda Guerra Mundial. Lo que representa grandes desafíos y decisiones difíciles de tomar. A lo que se suma, en este continente, las miles de personas que se ven obligadas a viajar hacia el norte en búsqueda de una vida mejor para sí y para sus seres queridos, en un anhelo de vida con mayores oportunidades. *¿Acaso no es lo que nosotros queremos para nuestros hijos? No debemos dejarnos intimidar por los números, más bien mirar a las personas, sus rostros, escuchar sus historias mientras luchamos por asegurarles nuestra mejor respuesta a su situación. Una respuesta que siempre será humana, justa y fraterna.* Cuidémonos de una tentación contemporánea: descartar todo lo que moleste. (2015, pp. 25-26; cursivas añadidas)

e. Quinta idea. *Un derecho del trabajo de recibimiento y de beneficio mutuo*

El derecho, en general, y el derecho del trabajo, en particular, serán siempre necesarios para organizar jurídicamente el complejo fenómeno de las migraciones. En consecuencia, deben regularse razonablemente y con equidad los derechos de los migrantes, en general, y de los trabajadores migrantes, en particular.

El derecho, en lugar de preocuparse por regular la expulsión de los extranjeros del territorio nacional o la restricción de sus derechos, debiera fijar normas de recepción y de beneficio mutuo, tanto para el país de origen como para el país de destino.

Al principio de la historia de la humanidad, el mundo no tenía fronteras...

f. Sexta idea. *Administraciones del Trabajo atentas a la situación de los trabajadores migrantes*

Entre otras causas, las personas migran en procura de un trabajo decente. Entonces, las Administraciones del Trabajo debieran estar atentas a la situación de los trabajadores migrantes, es decir, preocupadas en promover trabajos decentes —empleos dignos y de calidad— para los trabajadores migrantes y en fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de sus derechos.

g. Séptima idea. *Como todo contrato de trabajo, el de los trabajadores migrantes es también un contrato-realidad*

El contrato de trabajo es un contrato-realidad. Por eso mismo, el contrato de trabajo de los trabajadores migrantes es también un contrato-realidad.

Asimismo, importa el principio de la primacía de la realidad: interesa cuanto ocurre en el mundo de los hechos antes que lo que refieran los documentos —en la ya clásica noción de Américo Plá Rodríguez—. En el tema que nos ocupa, la etiqueta «extranjero ilegal».

En consecuencia, los trabajadores «extranjeros ilegales» deben percibir las remuneraciones, beneficios e indemnizaciones como cualesquiera trabajadores nacionales. Esto adquiere un refuerzo «cuasi-normativo» en la Recomendación 151 sobre los trabajadores migrantes, de 1975, cuya primera parte, sobre igualdad de oportunidades de trato, punto 8, número 3, establece:

Los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios, así como en lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales.

h. Octava idea. *Compromiso en procurar la ratificación de los Convenios sobre los trabajadores migrantes*

Se debe actuar y hacer lo necesario para comprometer a nuestros países en el conocimiento, la ratificación y aplicación de los Convenios sobre los trabajadores migrantes (Verdera, 2007, pp. 138-139).

Para que estos Convenios impacten en mejorar las condiciones de los trabajadores migrantes, «deben ser ratificados por el mayor número de países y ser aplicados. La clave de la aplicación eficaz de las normas de la OIT reside, en este caso, en una gestión eficaz» de las migraciones laborales internacionales (Verdera, 2007, p. 137). Naturalmente, sería ideal contar con un marco normativo multilateral con base en los convenios de la ONU y la OIT. Sin embargo, mientras no estos instrumentos no hayan alcanzado un número importante de ratificaciones «para que se constituya y opere este marco multilateral», se debe adelantar en su construcción «mediante marcos bilaterales para la migración regular y el mayor desarrollo de los acuerdos ya logrados sobre migración en los procesos de integración subregionales» (Verdera, 2007, p. 134).

i. Novena idea. *Vista hacia el futuro*

Dicen algunos que «Buenos Aires no mira hacia afuera sino hacia adentro». No mira hacia el Río de la Plata porque los inmigrantes, que en buena cuenta fueron quienes la erigieron, padecían el dolor del traslado y la separación y optaron por disponer la ciudad hacia la pampa, que representaba el futuro.

Entonces, hagamos como los inmigrantes bonaerenses: miremos todos —nacionales y extranjeros— hacia el futuro. ¡Construyamos todos juntos!

Y también en palabras de Francisco, que aplicamos a propósito de una migración segura, ordenada y regular: «¡No nos dejemos robar la esperanza!» (2013, p. 71).

Referencias

- Billar, P. (2009). *Las relaciones laborales y el camino de la interdisciplinariedad*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Fundación de Cultura Universitaria.
- Conferencia de Provinciales Jesuitas de América Latina – CPAL. (agosto 9, 2017). Jesuita a la ONU: los migrantes deben ser protegidos contra la explotación *CPAL Social*. Recuperado de <https://cpalsocial.org/1901.html>
- El pacto migratorio se ratifica sin pleno consenso. (diciembre 20, 2018). *El Comercio*, p. 18.
- Francisco, P. (2013). *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium: sobre el anuncio del Evangelio en el mundo actual*. Lima: Paulinas.
- Francisco, P. (2015). *Francisco en Estados Unidos. Todos los discursos y homilías que pronunció S. S. Francisco en su viaje apostólico a Estados Unidos. Septiembre 2015*. Recuperado de <https://www.aciprensa.com/ebooks/PapaenEstadosUnidos.pdf>
- Francisco, P. (2016). *Francisco en México. Todos los discursos y homilías que pronunció S.S. Francisco en su viaje a México. Febrero 2016*. Recuperado de <https://www.aciprensa.com/ebooks/PapaenMexico.pdf>
- García, G. (2010). América Latina existe: Contadora, Panamá, 28 de marzo de 1995. En García, G. *Yo no vengo a decir un discurso* (pp. 91-98). Buenos Aires: Sudamericana.
- Giddens, A. (2012) *Sociología*. 6.^a edición. Madrid: Alianza Editorial.
- Hernández, O. (2012). El derecho del trabajo en las experiencias latinoamericanas de integración regional. En Villasmil, H. , & Torres de León, V. (Eds.), *Estudios de derecho internacional del trabajo: en homenaje al Prof. Dr. D. Rolando Murgas Torrazza* (pp. 443-457). Panamá: Academia Panameña de Derecho del Trabajo.
- Herrera, F. (2000). Las migraciones y la sociología del trabajo en América Latina. En De la Garza, E. (Ed.), *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo* (pp. 566-591). México, D.F.: El Colegio de México/Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales/ Universidad Autónoma Metropolitana/ Fondo de Cultura Económica.
- Jesuites du Canada /Jesuits of Canada. (2017, Jul. 25). Vatican official to UN: Migrants must be treated as human beings *News*. Recuperado de <http://jesuits.ca/news-detail?TN=NEWS-20170728101306>
- Juan Pablo II, P. (2005). *Mensaje para la celebración de la XXXVIII Jornada Mundial de la Paz: No te dejes vencer por el mal. Antes bien, vence al mal con el bien*. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana. Recuperado de http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_20041216_xxxviii-world-day-for-peace.pdf
- La migración debería ser una opción: Relato sobre Sharmila (2017). *Trabajo. La revista de la OIT* (número especial), 6-12.
- Mantero, O. (2010). *El derecho a migrar*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Montt, M. (1998). *Principios de derecho internacional del trabajo: La OIT*. 2.^a edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Naciones Unidas. (1990). *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Naciones Unidas. (2013). *Declaración del Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo*. Nueva York. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/68/4>

Naciones Unidas. (2018a). *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*. Marrakech, Marruecos. Recuperado de <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>

Naciones Unidas. (2018b). *Noticias ONU*. Pacto Mundial sobre Migración: ¿a qué obliga y qué beneficios tiene? Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/12/1447231>

Naciones Unidas (s.f.). *Refugees and migrants*. Recuperado de <https://refugeesmigrants.un.org/declaration>

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. (s.f.). *Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2000). *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2007). *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2017a). *Migración laboral: nuevo contexto y desafíos de gobernanza. Conferencia Internacional del Trabajo, 106.ª Reunión, 2017. Informe IV. Cuarto punto del orden del día*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2017b). *Políticas y leyes de migración laboral: el panorama en 5 países de América Latina y el Caribe*. Brasil: Organización Internacional del Trabajo.

Pereira, D. (1997). Los trabajadores «especiales» directivos y extranjeros. En De Buen, N., & Morgado, E. (Eds.), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social* (pp. 349-363). México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social / Universidad Nacional Autónoma de México.

Plan Intersindical para las Migraciones Laborales (PIM) 2010-2014. (2010). Lima: Organización Internacional del Trabajo.

Raso, J. (2014). *La licenciatura de Relaciones Laborales: crónica de un desafío*. Montevideo: Tradinco.

Real Academia Española – RAE. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23.ª edición. Madrid: Espasa Libros.

Servicio Jesuita a Migrantes SJM – España. (2008). *Inmigrantes: ¿invasores o ciudadanos? Tópicos y realidades sobre la inmigración*. Recuperado de https://www.cristianismeijusticia.net/sites/default/files/pdf/es152_0.pdf

Süssekind, A. (1983). *Direito internacional do trabalho*. São Paulo: LTr.

Valdés, F. (agosto, 2009). Presentación. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, XXV(15-16), 1-2.

Vargas, M. (2015). Elogio de la lectura y la ficción: Estocolmo, 7 de diciembre de 2010. En Vargas, M., *Elogio de la educación* (pp. 99-121). Lima: Taurus (Penguin Random House Grupo Editorial).

Verdera, F. (2007). La migración laboral internacional: derechos de los/as trabajadores/as migrantes. En Panfichi, A. (Ed.). *Aula magna. Migraciones internacionales* (pp. 107-146). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Von Potobsky, G., & Bartolomei, H. (1990). *La Organización Internacional del Trabajo: el sistema normativo internacional. Los instrumentos sobre derechos humanos fundamentales*. Buenos Aires: Astrea.

Zolezzi, L. (1971). La investigación en Derecho. *Derecho*, 29, 4-9.

La determinación de la norma más favorable (Una lectura desde los clásicos)

Jorge Rosenbaum Rimolo

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Introducción

1. Cuando se analiza el alcance del principio protector respecto de una de sus reglas aplicativas, la norma más favorable, surgen inevitablemente polarizaciones sobre el rol de esta última en la estructura teórico-práctica del derecho del trabajo.

El afianzamiento contemporáneo de la autonomía científica de la disciplina fue materializado principalmente por una profunda actuación sobre las categorías jurídicas tradicionales del derecho común, lo que conlleva el reconocimiento de un elenco de principios básicos, consustanciales a su naturaleza, que la teoría general ha elaborado con los aportes de la doctrina y la jurisprudencia.

Se reconoce que el principio «pro operario» y la norma más favorable se han arraigado y fueron elevados a un rango categórico fundamental, transformándose en el eje principiológico de la estructura y el funcionamiento de las instituciones que componen el universo jurídico laboral.¹

Sin embargo, siempre ha existido una contracorriente que, o bien persigue la atemperación de la trascendencia efectiva de este postulado en el plano científico, o bien quienes detractan su preeminente sitial originario buscan subsumirlo nuevamente en otros principios considerados superiores, como la libre voluntad de las partes, la seguridad jurídica o el orden público. En el fondo de los planteos, subyacen del fundamento mismo y del futuro mediato del derecho del trabajo.

Respetados y prestigiosos representantes del pensamiento jurídico de nuestro tiempo se interrogan acerca de la reversibilidad de las normas laborales, de la renuncia o el desmejoramiento de derechos y beneficios, de la flexibilidad y la desregulación del derecho reglamentario, de la informalización del empleo y de otras tantas cuestiones debatibles. Todas estas modalidades, que se han ido introduciendo paulatinamente en el cuadro general del derecho del trabajo y que se presentan como datos reales del embate de la crisis de los sistemas productivos, económicos y financieros, en cierto modo socavan el basamento conceptual en el que principios tales como el protector, la irrenunciabilidad, la continuidad y la primacía de la realidad oficiaron tradicionalmente como pilares sostenedores de su estructura orgánica.

1 Al tiempo de recordar la expresión acuñada por Russomano respecto de la norma más favorable (principio solar del derecho del trabajo contemporáneo, capaz de poner en movimiento toda la inmensa estructura social), Plá Rodríguez señala que su importancia es semejante a la que en el orden de la concepción del firmamento tuvo en su época la revolución copernicana (Plá, 1975).

2. Así, frente al sentido regresivo que conllevan manifestaciones tales como la flexibilidad y la derogación *in pejus*, resulta difícil revalorizar el carácter tutelar y tendencialmente progresivo para el trabajador del ordenamiento jurídico laboral;² otro tanto ocurre con la antinomia que, para el sostenimiento de la norma más favorable, representan los máximos impuestos por leyes o medidas gubernamentales que limitan las ventajas regulables por la negociación colectiva (Olea & Casas Baamonde, 1987).

Si bien es exacto que en el contexto latinoamericano —como afirma Barbagelata— las voces que preconizan un supuesto nuevo sentido del derecho del trabajo permanecen en cierto modo aisladas y desprovistas de resonancia en el conjunto de la doctrina (Barbagelata, s.f.), y que la mayor parte de los códigos y leyes sustantivas conservan la estructura receptora y enunciativa del principio protector y de la norma más favorable,³ existen elementos de hecho que contribuyen a alimentar grandemente su debilitamiento. Por una parte, la indiscutible sumisión que la materia laboral revela frente a los objetivos económicos que persiguen y manejan los gobiernos, produciéndose la creación de una especie de «orden público económico», superdominante del orden público social. Por la otra, el retroceso que ha demostrado la negociación colectiva, tanto en términos cuantitativos (por su escaso funcionamiento) como cualitativos (por las restricciones de su contenido, por ejemplo, en materia salarial), así como la complacencia que la misma ha debido prestar, por imperio de la realidad, frente a los esfuerzos desplegados para administrar la crisis (imponiendo sacrificios, ralentizando el progreso de los intereses laborales e introduciendo desmejoramientos, renunciando y retrocesos respecto de derechos y beneficios conquistados), lo que hace apenas décadas hubiese resultado francamente impensable y jurídicamente inadmisibles.

En este estado de cosas, coincidimos con la necesidad de promover la revalorización, en el plano dogmático, del principio protector y sus principales reglas, como la norma más favorable, por entender —como Prosperetti— que continúan representando un supuesto esencial en la estructura y funcionamiento de las sociedades democráticas en las que los intereses sociales no permanecen en equilibrio estable, sino en permanente conflicto, forzando de continuo el esquema legal que regula el derecho del trabajo (Galantino, 1985).

2. El contexto conceptual

3. Una primera observación que refleja el examen del tema se vincula con la ausencia de uniformidad de criterios en torno a él, lo que resulta manifiesto en las diversas

2 Camerlynck y Lyon-Caen (1974) expresan que el derecho del trabajo, al rechazar toda regresión, evoluciona en «sentido unívoco», en dirección al progreso social.

3 A vía de ejemplo, citamos algunos ordenamientos que recogen a texto expreso el enunciado de la regla más favorable: Argentina, Ley de Contrato de Trabajo (artículo 9); Brasil, Consolidação das Leis do Trabalho (artículo 620); Ecuador, Código del Trabajo (artículo 7); España, Estatuto de los Trabajadores (artículo 3, número 3); México, Nueva Ley Federal del Trabajo (artículos 18 y 417); Panamá, Código del Trabajo (artículos 6 y 406); Portugal, Decreto-Ley 519 C 1/79 (artículos 6, número 1, literal 'e' y 14). No lo han regulado, en cambio, las legislaciones de Chile y Cuba.

denominaciones frecuentemente utilizadas por los autores (como principio de favor, pro operario, de aplicación más favorable, de protección tutelar, protectorio, etcétera) y en el encuadramiento operativo que se propone respecto de sus manifestaciones principales (como carácter, técnica jurídica, regla o principio).

Estimamos de muy positivo valor —y en ello ha coincidido generalizadamente la doctrina— el aporte metodológico y conceptual efectuado por Plá Rodríguez en su difundida obra sobre *Los principios del derecho del trabajo*; es indudable que sus ideas han contribuido a la formulación de una estructura racional del elenco de enunciados especiales que sustenta la disciplina (Plá, 1975).

Se parte —en lo que a nuestra temática concierne— de la reafirmación del principio protector como criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo; este recoge una aspiración manifiesta de favorecer al trabajador en cuanto sujeto más débil o desprotegido de la relación laboral.

Con frecuencia, su consagración se encuentra reconocida a texto expreso por las legislaciones positivas, en respuesta al programa constitucional, que recibe en la norma legal correspondiente (Código, Ley general, Consolidación, etcétera) su concreto desarrollo; en otros ordenamientos caracterizados por una desregulación de principio —como ocurre en el caso de Uruguay—, si bien se discute en torno al fundamento último que le da vida, se ha admitido su incorporación a la estructura jurídica formal del país y rige plenamente como principio positivo.⁴

Este postulado reconoce, según Plá Rodríguez, tres modalidades diferentes de aplicación que, por otra parte, conforman reglas instrumentales en sede hermenéutica y judicial; a saber, la regla *in dubio pro operario* (que permite seleccionar entre varios sentidos posibles de un mismo precepto aquel que resulte más ventajoso para el trabajador); la regla de la norma más favorable (que es indicativa de la norma que regula una situación dada, cuando existe más de una disposición aplicable, y lo hace en función de que ella resulta la más favorable para el trabajador, sin importar los criterios tradicionales sobre jerarquía de las normas); finalmente, la regla de la condición más beneficiosa (que brega por el mantenimiento de las condiciones más ventajosas reconocidas al trabajador, las que no admiten disminución aún por la entrada en vigencia de una nueva norma laboral).

4. Más allá de lo que se desprende de la diversidad de los derechos dispositivos, es claro que en la sustentación empírica de aquellos institutos subyacen algunas constataciones generales.

La primera se refiere a que el principio protector y sus reglas se encuentra íntimamente ligado a la condición tuitiva del derecho del trabajo y adquiere una connotación suprajurídica por naturaleza propia, fundada en otros principios más vastos, de carácter moral y de justicia social. Ello justifica la idea de un derecho nuevo y diferente al plasmado por la tradición jurídica, como expresión del «derecho social» y

4 Para algunos autores, deriva del precepto constitucional que declara al trabajo bajo la «protección» especial de la ley (artículo 53) (Plá Rodríguez, 1975). Otros, en cambio, sostienen la incorporación no del principio en sí mismo considerado, sino de las reglas de la conservación de las condiciones más favorables y del sobrepujamiento, por imperio de la ratificación de la Carta de la OIT, en la que se estipulan dichos enunciados (artículo 19, número 8) (Barbagelata, 1978).

emergiendo contra «el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico». Así, el principio de favor hacia el trabajador constituye, para la doctrina italiana, un desarrollo y una superación del principio de protección, de base constitucional (Galantino, 1981).

La segunda se asienta en el enunciado también clásico de la máxima que propugna la creación de desigualdades jurídicas, idóneas para contrarrestar los desiguales niveles sustantivos en que se encuentran las partes de la relación de trabajo y, de ese modo, obtener una igualación más real y concreta de ellas.

Aquel conforma, a la vez que un dato de constatación histórica, una opción política efectuada por el legislador y un instrumento técnico-jurídico independizable de su finalidad originaria. Su propósito, más que privilegiar, procura equilibrar; su sentido finalístico es el de restablecer una igualdad reclamada por razones de justicia y superar la situación de hiposuficiencia con la que Cesarino Junior caracterizara a la parte más débil de la relación laboral. De ello se deriva la condición preferente y unilateral (a favor del trabajador) de la tutela jurídica; dicha primacía tendencial de sentido unívoco se reafirma por otra parte en el carácter personalísimo que asume la relación de trabajo y en la inescindibilidad de la persona del trabajador respecto de la prestación del servicio o tarea.

El tratamiento más favorable asume, como contrapartida, la creación de desfavores vinculados a figuras e institutos (como, por ejemplo, las limitaciones impuestas al despido sin justa causa, al contrato a término, a los descuentos del salario) y el surgimiento de un seudoperjuicio para el empleador, al verse restringidas algunas de sus atribuciones, también constitucionalmente amparadas y que dicen relación con la libertad de contratar, la propiedad y el capital, entre otras.

Finalmente, el fenómeno de la regulación de condiciones mínimas, como expresión sistemática e intensiva del ordenamiento jurídico laboral (Martín Valverde, 1978), que se proyecta en dos direcciones compenetradas: el sentido sincrónico, según el cual «el contenido de cada norma laboral supone una plataforma inexcusable para las normas de rango inferior, las cuales pueden apartarse de aquel contenido en beneficio del trabajador»; y el sentido diacrónico, de modo que «una vez establecidas determinadas condiciones, estas se convertirían en punto de partida insoslayable para todas las normas posteriores, con independencia de su rango» y la sucesión normativa solo podría producirse válidamente en sentido más favorable para el trabajador (Camps Ruiz, 1976).

Como señalara Simi, la llave del tratamiento más favorable radica en la «ratio común», legislativa e interpretativa, del ordenamiento jurídico laboral como derecho a garantizar una protección mínima y, de allí en más, a consentir la actuación de protecciones más intensas, en forma libre e indefinida (salvo la propia imposición de precisos límites máximos dispuestos por otras normas, en el juego de los equilibrios constitucionales) (Simi, 1967).

5. Sin embargo, no podemos omitir una breve referencia a algunos cuestionamientos que se han planteado respecto del carácter tuitivo del derecho laboral y de la justificación del principio protector y sus reglas derivadas. Entre ellos, los formulados por Montoya, quien alerta sobre el riesgo de creación de inseguridad y ambigüedad en la aplicación del derecho del trabajo, como consecuencia de la

desnivelación preferencial de las partes, cuyo fundamento reside en identificaciones superficiales (empresario = capitalista poderoso; trabajador = proletario), siendo que los datos empíricos luego revelan que «la figura paradigmática del gran empresario capitalista es estrictamente excepcional en el conjunto de los empresarios del país» (Montoya, 1987).

Para quienes sustentan esta u otras posturas críticas semejantes, la protección concebida en su clásica expresión pertenece a un estadio evolutivo del derecho del trabajo, hoy día superado.

Dicha peligrosidad también es señalada, aunque en diferentes planos y con distintos matices, por otros prestigiosos laboristas. En el Río de la Plata, ya advertía Krotoschin que, en la actuación judicial, la exacerbada utilización del principio podría perjudicar, sin justificación aparente, al demandado (empresario), quebrándose la igualdad de las partes en el proceso (Krotoschin, 1968). Plá Rodríguez también se refiere a ello, pero apuntando a una incorrecta aplicación del postulado tutelar («en violación de lo que éste significa», según sus expresiones), que pudiese producir, en última instancia, una no deseada sustitución del creador de las normas que se confrontan (Plá, 1975). Similar razonamiento introduce Caldera —citando a De la Cueva—, en el sentido de que el enunciado no debe ser aplicado por las autoridades judiciales para crear nuevas instituciones, lo que parece ocioso recalcar, aunque sin embargo en la práctica ocurre que se desnaturaliza esta regla de interpretación, no obstante que en la misma práctica ocurre que se desnaturaliza esta regla de interpretación, «haciéndolo convertir al intérprete en legislador» (Caldera, 1960).

6. A pesar de la relativización que se preconiza desde muy distintas tiendas respecto de la validez del principio protector y de sus reglas de aplicabilidad preferente de normas, habiéndose sostenido que no se trata de un cheque en blanco y que su campo de actuación se encuentra razonablemente limitado en función de criterios objetivos, afirmamos —aun a riesgo de que ello luzca paradójico— que su efectiva vigencia como enunciados excepcionales ha servido para atenuar los márgenes de incertidumbre jurídica, que de otro modo se ensancharían con las tensiones y conflictos sociales.

Reivindicamos su efecto positivo, pese a reconocer las serias dificultades que la experiencia concreta ha exhibido y que en apariencia contribuyen a crear un enjuiciamiento poco satisfactorio en torno a su operatividad.

La postura se justifica si partimos de la base de que, en la especie, no se encara exclusivamente un problema de hermenéutica, reducible a meros criterios interpretadores, que el derecho ha puesto a disposición del juez, de la autoridad administrativa y de las partes interesadas.

No negamos que aquella constituya, sin lugar a dudas, una de sus más útiles funciones, si se atiende a la medida e intensidad con que se recurre a los mismos para desentrañar el orden jurídico vigente y aplicable a cada situación concreta. Como afirma Recasens Sichés, las reglas del derecho son instrumentos prácticos, elaborados y construidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos; precisamente, el cumplimiento de los propósitos concebidos (Recasens, 1980).

Sin embargo, tanto el enunciado protector como sus reglas de aplicación desempeñan una misión más vasta y trascendente en la teoría general del derecho del

trabajo; desde su origen —conforme hemos señalado— han servido como instrumentos de técnica legislativa, orientadores *a priori* en la búsqueda de soluciones sustantivas (cuando se producen fenómenos tales como la sucesión, sustitución, derogación o articulación de normas) y han constituido lineamientos informadores en la creación —*etática* y *extraetática*— de regulaciones jurídicas (leyes, convenios colectivos, reglamentos internos, etcétera).

3. El contexto operativo

7. Si bien es dable sostener que el derecho laboral no ha producido métodos típicos o propios de interpretación,⁵ sin embargo ha promovido una revisión de las reglas elaboradas por la técnica jurídica para interpretar el derecho común (Caldera, 1960), imprimiéndoles un sentido de profunda solidaridad social.

Se ha expresado que el hecho de que el ordenamiento laboral cuente con un sistema de fuentes propias contribuye, en no poco, a reconocerle una autonomía cada vez menos discutida (De la Villa Gil, referido por Camps Ruiz, 1976).

Esta respuesta concreta a una de las antinomias del derecho, respecto del cual se reclama a la vez que servir a un propósito de certeza y seguridad, también responder a las necesidades suscitadas por el cambio social y por los deseos de progreso, representa una de las notas caracterizantes de la singularidad del ordenamiento jurídico laboral.

El derecho del trabajo debe enfrentar, como ocurre en el universo del sistema de interpretación del derecho, distintos problemas de técnica jurídica que se relacionan con la concurrencia y sucesión en el tiempo de las fuentes normativas, así como con la articulación de determinadas regulaciones específicas (tal como ocurre con los convenios colectivos).

Las soluciones de coordinación tradicionales, cuya aplicación en el ámbito laboral debe ser postulada *ab initio* como postulado general, comprenden básicamente los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad.⁶

El primero determina la preeminencia de una norma sobre otras según su rango, fuente u origen jurídico formal; el segundo establece que el precepto posterior deroga al anterior en el tiempo, de igual naturaleza; finalmente, el último hace prevalecer la disposición especial sobre cualquier otra norma de carácter general, salvo que expresamente se disponga lo contrario.

8. El esquema descrito, aparentemente sencillo y riguroso, funciona apenas como un componente operativo —muchas veces auxiliar— dentro del complejo entramado de la normativa laboral. Múltiples son los factores que inciden en la formulación de esta intrincada realidad, si bien, en los hechos, las hipótesis de actuación excluyente de la norma más favorable son efectivamente reducidas o se encuentran mitigadas, según tendremos oportunidad de señalar con ulterioridad.

⁵ Concepto de Tissier (Krotoschin, E. [1968]).

⁶ Así han sido enunciadas en sede del derecho común, por la doctrina civilista y los códigos que estipulan reglas de interpretación y aplicación del derecho en el tiempo y el espacio.

En primer término, deben considerarse las categorías básicas a través de las cuales se exteriorizan las normas jurídicas, esto es, las fuentes del derecho del trabajo en sentido objetivo (Pérez Royo, 1984).

Martín Valverde expresa, con elogiada concreción, que la principal particularidad de las fuentes jurídicas laborales reside en la autonomía colectiva, es decir, en la presencia de un poder normativo de los partícipes sociales para la regulación de las relaciones laborales, que se manifiesta y actualiza en la negociación colectiva.

Asimismo, se advierte que el contenido del derecho del trabajo es por esencia negociable; prácticamente en todas sus fuentes prima la negociación, según sostiene Barbagelata (1988), y estas circunstancias proyectan en la práctica una consecuencia muy importante respecto de los conflictos de normas de distintas fuentes.

Ello determina, por ejemplo, que deban ensayarse soluciones técnicas que compatibilicen, por un lado, la coordinación de normas extraetáticas con otras de producción estatal y, por el otro, la articulación de convenios colectivos de diferente nivel, ámbito o alcance, entre sí.

Pero las dificultades relativas a las fuentes no se limitan a las situaciones que dimanen de la negociación colectiva; múltiples interrogantes plantean otras categorías normativas (como la posición que ocupan los CIT en los ordenamientos jurídicos positivos,⁷ el valor asignado a la costumbre y los usos profesionales, así como la consideración del reglamento interno o del contrato de trabajo, etcétera) acerca de cuyo tratamiento no habremos de extendernos por exceder la unidad temática de este estudio.

Un segundo factor de incidencia está representado por el criterio de la jerarquía normativa, que responde generalmente a una ordenación de carácter jurídico formal ligada a la estructura del derecho, aunque con marcadas proyecciones en la sustantividad inherente de cada disposición.

En sede laboral, se reconoce sin embargo la significación que adquiere el principio protector, a través de la regla de la norma más favorable, sobre la organización jerarquizada de las fuentes, desde que la norma de grado superior debe ceder frente a la inferior cuando esta última resulta más beneficiosa para el trabajador.

Para Cessari, se puede verificar una suerte de fractura lógica, por la cual el «principio de favor» debe ser observado como un elemento que actúa modificando una jerarquía de las fuentes que se imagina apriorísticamente construida según el modelo delineado por el ordenamiento jurídico común (artículo 1, disposición preliminar, CC). Tras ensayar una ordenación progresional de la normativa laboral que habrá de servir como instrumento lógico e idóneo para resolver los frecuentes problemas de conflicto entre las fuentes, el autor afirma que la concreta utilización de esta herramienta deriva de su adhesión al sistema efectivo del derecho del trabajo, un sistema que, por diversos aspectos, se desenvuelve según líneas peculiares y ciertamente más complejas respecto de aquellas esquemáticamente indicadas en vía general (Cessari, 1983).

7 Problema que ha sido debatido con referencia al derecho positivo uruguayo, asignándole por algunos autores la misma posición y jerarquía que la ley ordinaria (Plá, 1976) y, por otros, una mayor «dureza», en función de su categoría suprallegal.

Según la descripción de Vázquez Vialard, el criterio que surge del orden jerárquico de las categorías normativas resulta inaplicable para el derecho del trabajo, y una norma o régimen que proviene de un órgano de «menor jerarquía» puede desplazar la aplicación de otra de rango superior, ya que el orden de prelación —exceptuadas las disposiciones de orden público general— está dado por la ley más favorable al trabajador (Vázquez Vialard, 1982). Coincidentemente, Alonso Olea —al afirmar que la jerarquización de las fuentes ha de ser estudiada con referencia a cada derecho positivo, como reflejo de la articulación de poderes sociales operantes en el mismo— sostiene que la norma reguladora de la relación es la que resulta más ventajosa para el trabajador, cualquiera que sea su rango, con lo que la ordenación jerárquica se ve desechada por el principio de la norma más favorable, que erige a esta y no a la de mayor rango, en fuente principal (Alonso Olea & Casas Baamonde, 1987).

Montoya ha observado con acierto que si la aplicación del derecho del trabajo estuviese presidida en exclusiva por el principio de jerarquía, ello significaría la «estatalización» de la normativa laboral y la inviabilidad práctica de la negociación colectiva. De ahí que, en derecho del trabajo, es el contenido de la norma el que decide, según su mayor o menor favorabilidad para los trabajadores, la disposición aplicable. En tal sentido, resulta conveniente distinguir —por no ser equivalente— la jerarquía estática, representada por la posición jerárquica de la norma, y la jerarquía dinámica, que es la que determina la prioridad de aplicación (Montoya, 1987).

Lo expuesto se traduce, como afirmaba Camps Ruiz, en que el conocimiento del orden de preferencia de aplicación de las normas laborales sea tan importante como el orden simplemente jerárquico. Sin embargo, el hecho de que ambos no sean absolutamente coincidentes no supone que existe un orden jerárquico propio de tales normas, diferente del presente en el resto del ordenamiento jurídico (Camps Ruiz, 1976).

Pensamos que, por el contrario, el principio jerárquico estructurado para el derecho en general recibe confirmación por el derecho del trabajo, sin perjuicio de que en el cuadro operativo se introduzcan atenuaciones de su ordenación jurídico-formal, como consecuencia de la interrelación que plantean el principio protector y la regla de la norma más favorable, en orden a la preferencia o prioridad aplicativa de preceptos más beneficiosos para el trabajador, aun cuando estos ocupen una posición o rango inferior en el sistema escalonado del orden jurídico (que postulan Merki y Kelsen, entre otros).

Por otra parte, es necesario señalar que lo único que se produce en estos casos es el apartamiento, paralización o postergación en la aplicación del precepto considerado como menos favorable; no debe pensarse que este último sea eliminado del ordenamiento jurídico vigente (por derogación o nulidad), ya que conserva su virtualidad jurídica latente y recobra poder dispositivo pleno frente a cualquier otra situación respecto de la cual pueda aparecer como más o igualmente beneficioso⁸ o, como ejemplifica Plá Rodríguez, la norma legal menos favorable de un convenio colectivo no queda derogada, por cuanto sigue surtiendo efectos a favor de todos aquellos trabajadores no comprendidos por la otra norma de menor jerarquía pero

8 (31) En contra, Deveali, para quien en la generalidad de los casos puede afirmarse la existencia

más favorable (Plá, 1975). Sucede que la norma preterida o postergada continúa formando parte del ordenamiento positivo como un precepto válido pese a su exclusión, que debe restringirse al tiempo y ámbito de aplicación de la preferente (Martín Valverde, 1981).

Riva Sanseverino recuerda, con referencia al convenio colectivo, que no se puede hablar de una verdadera y propia derogación, sino de una más intensa aplicación de un determinado tratamiento protectorio que, para el derecho italiano, está preordenado por una norma superior que valida el mejoramiento introducido por las fuentes inferiores, ya que aquella únicamente asegura un mínimo tutelado superable (Riva Sanseverino, 1965). Igualmente se expresa Simi, para quien el tratamiento favorable no constituye una derogación, sino más bien una «integración», ya que las fuentes de grado superior se interpretan como circunscritas a la fijación de la garantía mínima (Simi, 1967).

El tercer elemento que proyecta consecuencias prácticas sobre la trama de la normativa laboral es el de la determinación, en el caso que nos ocupa, de los supuestos en los que procede la aplicación de la norma más favorable como criterio o regla idónea para desentrañar el derecho concreto por el que se regulan los mismos. Como hemos examinado previamente, el proceso de esta determinación no puede limitarse a la estipulación del precepto vigente (por jerarquía, temporalidad o especialidad simplemente), ya que el ordenamiento jerárquico laboral exige un esfuerzo adicional para ensamblar o coordinar entre sí las distintas normas aplicables, según criterios de preferencia o prelación de no siempre fácil manejo.

En la doctrina española, Martín Valverde ha aportado una interesante y útil tipología genérica de relaciones entre normas jurídicas, que posteriores estudios de laboristas latinoamericanos han recogido y profundizado con referencia a los ordenamientos positivos nacionales comentados (Martín Valverde, 1981); la misma distingue, esencialmente, entre relaciones de supletoriedad, subsidiariedad, complementariedad, suplementariedad y colisión.

Por su parte, Neves combina dicho modelo de relaciones con las formas de actuación de los principios del derecho del trabajo y diferencia hipótesis de existencia de: una sola norma aplicable «pura», en cuyo ámbito se desenvuelve la regla de igualdad de trato; de una norma aplicable, pero relacionada con otra, en torno a lo cual pueden darse situaciones de supletoriedad, subsidiariedad, conflicto y sucesión, resultando operativas, en el penúltimo caso (de concurrencia colisiva), la regla de la norma más favorable y, en el último, la condición más beneficiosa; de varias normas simultáneamente aplicables, hipótesis de la que podrán dimanar relaciones de complementación o suplementación; y, finalmente, inexistencia de norma aplicable, produciéndose hipótesis de lagunas jurídicas que deberían superarse recurriendo a los principios generales (Neves, 1988).

de un principio de inderogabilidad consagrado por cada legislación positiva; inderogabilidad que casi siempre tiene carácter relativo, es decir, admite la posibilidad de derogaciones por disposiciones de menor jerarquía cuando estas resulten más beneficiosas para los sujetos protegidos. Para el autor, «la inderogabilidad relativa, que se traduce en una derogabilidad relativa, constituye una nota característica del derecho laboral, siendo contados los casos de normas de orden público que no admiten su derogación en forma absoluta» (Deveali, 1983).

En nuestra opinión, estimamos igualmente práctico tomar como punto de partida un sistema de comparación que atienda al origen del precepto, en cuyo caso podría hablarse de relaciones de normas étáticas (por ejemplo: dos disposiciones legales, o una ley y un decreto); y de normas étáticas y convencionales respectivamente (por ejemplo: una ley y un convenio colectivo); y de normas de origen extraetático (por ejemplo: dos convenios colectivos entre sí).

9. Como tuviéramos oportunidad de advertir, en el plano teórico el ámbito de posibilidades de actuación de la regla de la norma más favorable es efectivamente reducido y, asimismo, cada ordenamiento propicia soluciones que difieren entre sí, tanto respecto de las condiciones que deben reunir los supuestos comparables, como de la norma cuya aplicabilidad es preferida por el derecho positivo.

Por razones metodológicas, trazaremos seguidamente un desarrollo casuístico no vinculado específicamente a soluciones de derecho positivo, señalando paralelamente que en el caso de Uruguay, debido a la inexistencia de regulación de base (excepto las normas programáticas constitucionales y la referencia contenida en el artículo 19 de la Carta de la OIT), las soluciones concretas dependerán de las líneas doctrinarias y jurisprudenciales predominantes en cada situación comparada.

En primer término, cuando cotejamos entre sí disposiciones de formulación ética, las posibilidades de concurrencia conflictiva son casi inexistentes.⁹ Si se trata de normas de diferente rango, se otorga generalmente preeminencia al principio de jerarquía de las mismas, por cuya vigencia prevalece el precepto superior; de otro modo, operarían los mecanismos de inconstitucionalidad de la ley o de ilegalidad del decreto, resolución o acto reglamentario administrativo. Si las normas comparadas poseen igual jerarquía, aquella que hubiese entrado en vigencia con posterioridad en el tiempo habrá derogado a su precedente (en forma expresa o tácita); en dicho supuesto no se plantearía un problema de norma más favorable sino, en todo caso, de conservación de las condiciones más beneficiosas preexistentes. A lo sumo, podría resultar discutible la aplicación de la primera de las reglas enunciadas, cuando la norma posterior no respetase niveles mínimos estipulados por preceptos superiores (como la Constitución o los CIT, para quienes postulan su supralegalidad); pero a poco de examinar este planteo, se denota su inconsistencia, puesto que supondría una situación de colisión entre normas de diferente rango, operando las soluciones propugnadas en la situación anterior.

En segundo lugar, se establece una comparación entre normas étáticas y convencionales, lo que supone —obvio resulta expresarlo— un distinto rango jerárquico de base; en tal caso, por su interés y trascendencia, nos referiremos brevemente al cotejo entre ley y convenio colectivo, como planteo ejemplificativo.

Por inherencia, la primera determina niveles mínimos que tan solo admiten el sobrepajamiento *in melius*, esto es, la superación ascendente o en elevación de los beneficios por ella reconocidos (carácter de mínimo legal o de derecho necesario relativo, según las diferentes posiciones doctrinales).¹⁰ De ahí que la negociación

9 Se ha señalado que sociológicamente es excepcional que el Estado intente derogar leyes laborales, salvo para sustituirlas por otras más favorables para el trabajador (De la Villa, en Camps Ruiz, 1976).

10 Algunos autores prefieren hablar de «derogación» *in melius* (Krotoschin, 1968; Barbagelata, 1988;

colectiva deba transcurrir por andariveles limitados: sus soluciones no podrán sino superar o al menos mantener los estándares legalmente estipulados, ya que, como expresan Camerlynk y Lyon-Caen, «la ley no es sino la base del convenio colectivo» (Camerlynk & Lyon, 1978).

Si bien es exacta la calificación formulada por Montoya de que los supuestos de concurrencia entre normas estatales y convenios son más hipotéticos que reales (Montoya, 1987), en cada supuesto deberá examinarse el rol asumido por la norma convencional. Esta puede complementar lo dispuesto por el precepto legal, en virtud de que el último establece un reenvío a aquella o resulta incompleto y requiere que el convenio llene ese espacio con una regulación, en todo caso, secundaria. Pero, como vimos, también puede suplementarlo, ya que el dispositivo legal solo dispone mínimos (y, eventualmente, máximos) que habilitan la superación por otras normas, como acontece por esencia con los convenios colectivos, cuya función es precisamente la de elevar las condiciones de trabajo heterónomamente reguladas.

Es fundamentalmente en el primer ejemplo (relaciones de complementariedad) que pueden producirse situaciones de concurrencia conflictiva de normas, por tratarse de regulaciones convencionales que muchas veces desnaturalizan, extravasan o contrarían la disposición legal; las opiniones en torno al tema son oscilantes, aunque preferimos inclinarnos por la actuación de la regla de la norma más favorable como mecanismo operativo para la determinación del precepto aplicable en el caso concreto (Goldin, 1986).

Finalmente, corresponde cotejar las normas extraetáticas, a cuyos efectos se propicia establecer, por su importancia empírica, un examen relacional de concurrencia entre convenios colectivos, como consecuencia de la generalizada constatación sobre la presencia de diferentes niveles, ámbitos o alcances de los instrumentos negociados (Pera, 1984).

Constituye una premisa importante en orden a la dilucidación del tema, la existencia o no de predeterminación normativa en la articulación de la negociación colectiva, cuya fuente puede ser heterónoma y provenir del ordenamiento étático —pese a las reservas que merece el resguardo de la libertad sindical¹¹ o encontrarse establecida por la propia actuación de la autonomía de las partes.

De ahí que se afirma, como lo hace Valdés Dal-Re, que los conflictos entre convenios son la consecuencia natural de modelos anómicos en materia de negociación colectiva, ya que cuando existe una estructura vertebrada que implica que las normas se negocien en diferentes niveles, pero con fijación en el plano superior de las materias que los ámbitos inferiores pueden complementar o suplementar, la concurrencia de convenios queda excluida; de otro modo, en los sistemas de negociación libre, es lógico que se generen conflictos de concurrencia, ya que en cada nivel es posible convenir todas las cuestiones, y ello desencadena contradicciones y divergencias (Valdés Dal-Re, 1983).

Sin embargo, la constatación expuesta no elude —en nuestra opinión— que aun existiendo una coordinación estipulada *a priori* por el ordenamiento jurídico étático,

Carnici y otros, 1987). Conforme nuestra posición sobre la no derogación, evitamos dicha referencia y preferimos la expresión «sobrepujamiento» que emplea Barbagelata.

11 Artículo 4, número 2 de la RIT número 163.

puedan acaecer —aunque ello ocurrirá en muy menor grado— hipótesis de conflicto por concurrencia entre convenios preseleccionados y con vocación aplicativa (situación que se asemeja a la planteada, por ejemplo, en los casos de complementariedad de una norma convencional respecto de otra legal).

Por todo ello, es frecuente que, frente a la superposición de diferentes convenios colectivos y el surgimiento de conflictos de concurrencia de normas con virtualidad jurídica de aplicación, las legislaciones, jurisprudencia y doctrina de cada país propicien soluciones basadas en criterios muy variados: el de jerarquía, el cronológico, el de especialización por materias, el de especialidad del nivel o el de aplicación de la norma más favorable (Ermida, 1988; Rosenbaum, 1987; Babace, 1988).

Desde un punto de vista meramente teórico y axiológico, parece razonable preferir una articulación de la negociación colectiva con criterios preseleccionadores, de ordenación escalonada y distributivos de competencias entre los diferentes niveles, lo que no solamente debería contribuir a eliminar situaciones de concurrencia de convenios sino, inclusive, de conflictividad (ya que, en los planos inferiores, los temas con posibilidades de ser reivindicados y negociados se reducen a materias no comprendidas en acuerdos ya logrados en planos superiores). Sin embargo, en el terreno de la práctica, las realidades son muy distintas, no solamente en el área latinoamericana, donde —salvo raras excepciones, como sucede en Argentina y Uruguay— la importancia cuantitativa de la convención colectiva se desarrolla por empresa, sino aun en aquellos países con experiencia articulada y coordinada en los que se ha venido produciendo lo que De la Villa califica como creciente contractualismo de las relaciones laborales y, más recientemente, un fuerte embate de los agrupamientos radicales de base contra la centralización —como sucede en Italia— con una finalidad de lucha por el mejoramiento de condiciones ya pactadas en niveles superiores como los de actividad. Se contraponen, en el plano de la fundamentación doctrinaria, teorías tales como las del mandato descendente y ascendente respectivamente, aunque, como señala Von Potovsky, las coyunturas cambian y en épocas de crisis muchas veces se produce un nuevo fenómeno de recentralización y reordenamiento de las negociaciones.

Estimamos oportuno señalar algunas apreciaciones generales, tan solo indicativas de ideas preliminares teóricas en torno al tema, que seguramente habrán de suscitar discrepancias atendibles conforme la óptica con que cada especialista haya de abordar el difícil problema de la concurrencia de convenios colectivos.

En primer lugar, reivindicamos la posibilidad de que, en ordenamientos no pre-determinados, sean las propias partes involucradas las que ensayen sistemas de encuadramiento idóneos para delimitar materias y márgenes de negociación, así como resolver situaciones de superposición o concurrencia, relegando a un plano supletorio la regulación estatal (Martín Valverde, 1981). Más aún: en función de la defensa de actuación de la autonomía privada colectiva, entendemos perfectamente legítimo el desplazamiento de las normas estatales en la materia, propias de sistemas preseleccionadores, por la negociación de las partes —las que podrán estipular soluciones diferentes— en función de que, en nuestro concepto, no se trata de aspectos vinculados al orden público y sí, por el contrario, inherentes a la libertad sindical. Ello será factible y efectivo a nivel de cúpula, a través de convocatoria y,

fundamentalmente, en contextos con escasa fragmentación y atomización sindical, constituyendo los acuerdos marco, pactos sociales y demás manifestaciones de concertación social, un ejemplo contemporáneo de importante utilidad.

En segundo término, pensamos que ciertos criterios manejados instrumentalmente para la solución técnica de supuestos de oposición concurrente entre convenios deberían ser descartados cuando no responden a un lineamiento expreso del legislador o de las partes. Coincidimos con Ermida Uriarte en cuanto a que no parece lógica la prevalencia que se establece respecto de la norma convencional inferior sobre la superior, fundándose en que se trata de negociaciones que se efectúan generalmente a nivel del centro de trabajo y se compadecen más con las realidades concretas y cotidianas que rodean al trabajador individual y la empresa (Ermida Ugarte, 1988).

Por el contrario, el derecho colectivo del trabajo y los instrumentos internacionales (CIT números 87, 98, 154 y RIT número 91) otorgan preeminencia legitimante como sujeto negociador (al menos por la parte trabajadora) a la organización sindical representativa y, solo excepcional y supletoriamente, a delegados directos del personal, lo que resulta incontrastablemente indicativo del rol que en el esquema general asume lo colectivo frente a lo individual y que, por otra parte, constituye un presupuesto esencial para el funcionamiento de los sistemas de relaciones laborales en sociedades democráticas y pluralistas (Rosenbaum, 1988).

Otro tanto sucede con el principio de jerarquía, fundado en la prevalencia de los convenios de rango o nivel superior; pero en tales casos debe cuestionarse que no existe justificación valedera para impedir que normas inferiores (como el convenio de empresa) superen los beneficios reconocidos por aquellos, tal cual ocurre con un convenio respecto de la ley, y mucho menos, cuando las mismas son posteriores en el tiempo. La única limitación podría surgir en los casos en que exista una articulación predispuesta, con carácter vinculante, de modo tal que resulte necesario observar un principio de razonable congruencia del ordenamiento jurídico (Barbagelata, 1988). Por su parte, el criterio cronológico —salvo que se superponga la vigencia de dos convenios al mismo tiempo— plantea problemas confluentes en la condición más beneficiosa.

También es señalable la particular dificultad que, en el plano objetivo y puro, entraña cualquier elaboración efectuada por vía interpretativa respecto de la especialidad por materia; basta detectar la amplitud y variedad de contenidos objeto de negociación colectiva (Varela, 1988) y las diferentes soluciones patrocinadas en las regulaciones legales o pactadas de coordinación.

En tercer lugar, y en razón de lo expuesto, cabría establecer que el ámbito aplicativo de la regla de la norma más favorable realmente se expande en supuestos de concurrencia conflictiva entre convenios colectivos y que su postulación contribuye al cumplimiento de los fines tutelares que resultan inherentes al derecho laboral y a las finalidades asignadas a la negociación colectiva como mecanismo de regulación autónoma de las condiciones de trabajo.

En último término, sintetizando nuestro pensamiento, indicamos que debería preferirse la regulación predeterminada de soluciones de coordinación efectuada por los partícipes interesados y, en su ausencia, la concurrencia opositiva entre con-

venios colectivos de diferente nivel, ámbito o alcance, o simplemente superpuestos, admitiría soluciones basadas en la prevalencia de la norma más favorable para el trabajador, como regla aplicable de principio.

10. A los efectos de completar el esquema funcional de la favorabilidad normativa, es necesario significar que la aplicación de la misma, en ocasiones, se encuentra limitada. Ya hemos tenido oportunidad de enunciar en nuestra exposición que existen ciertas vallas infranqueables, tanto para el creador de la norma (función orientadora y normativa) como para el intérprete (función hermenéutica), fundamentalmente cuando se estipula una regulación imperativa o se determinan límites máximos que no admiten superación.

Alonso Olea ha señalado que la norma más favorable al trabajador tiene una limitación «cuando entra en juego el principio de irrenunciabilidad por interés, u orden público, al que por supuesto se halla sujeta» (Alonso Olea & Casas Baamonde, 1987); por tal motivo, las partes no podrían convenir, por ejemplo, un salario inferior al mínimo nacional o al obligatorio para la categoría respectiva.

Por otra parte, el autor también afirma que la norma convencional colectiva más favorable encuentra igualmente limitaciones en el establecimiento por las normas estatales de máximos de derecho necesario, en la «reserva absoluta de ley para determinadas materias» sustraídas al poder normativo de los agentes sociales; de ese modo los celebrantes del convenio no podrían pactar un incremento que superase al estipulado por la norma estatal que ha establecido una congelación general y absoluta de salarios.

Enfrentamos, pues, situaciones de orden público, cuya descripción conceptual dista de ser unívoca en la doctrina comparada; más aún: los autores difieren en la propia determinación de estos límites, señalando que responden a la presencia de preceptos de derecho imperativo absoluto (Ojeda Avilés, 1984), o de derecho necesario absoluto (Rivero Lamas, 1979), o de protección del interés general (Krotoschin, 1968), etcétera.

Como señalara Plá, la noción de orden público se clarifica lo suficiente apenas se efectúa la especificación de sus notas caracterizantes, que él determina como imprecisa, variable, relativa y útil para adecuar el derecho a las nuevas tendencias sociales (Plá, 1980).

Tradicionalmente se han distinguido tres clases de normas, según su modificabilidad, que, en orden a la mayor, menor o ninguna posibilidad de variación por las partes, se clasifican en normas de derecho dispositivo, normas de derecho necesario relativo y normas de derecho necesario absoluto. En torno a este esquema, ha pretendido fundarse la actuación de la regla de la norma más favorable, pese a las dificultades para la configuración de sus límites materiales, circunscribiéndola a las dos primeras categorías (Camps Ruiz, 1976).

Desde nuestro punto de vista, estimamos que las fronteras operativas de la norma más favorable que han sido reseñadas responden, bien al concepto de orden público laboral o social (esto es, aquel que impide disminuir una protección por debajo de un nivel estipulado, pero no constituye un obstáculo para su superación, de lo que se derivan los caracteres de imperatividad, irrenunciabilidad, derogación *in melius*, etcétera, de que habla la doctrina), o bien al denominado orden público económico, que determina un nivel rígidamente obligatorio que no admite altera-

ción en ningún sentido, ni para disminuirlo ni para sobrepasarlo, hipótesis estas que solo resultan admisibles en situaciones realmente excepcionales.

4. La determinación de la norma más favorable

11. Como señala Barbagelata, la determinación de la norma más favorable conduce a la elección de la norma más favorable, a cuyos efectos se vuelve imprescindible desentrañar cuáles son las condiciones que así la cualifican, lo que no resulta tarea fácil, sobre todo en el plano de un derecho negociado como lo es el laboral (Barbagelata, 1988).

Una dificultad práctica relevante radica en el hecho de que las normas no pueden ser consideradas en sí mismas como totalmente más o menos favorables que otras. Una misma regla de derecho puede contener diversas disposiciones, unas favorables y otras perjudiciales (Durand & Jassaud, 1947).

Lo afirmado nos lleva de la mano a determinar cómo se establece la comparación de normas.

Tanto la doctrina y la jurisprudencia, por una parte, como las regulaciones contenidas en los ordenamientos jurídicos comparados, por la otra, han promovido discusiones acerca de la forma en que debe establecerse el cotejo (criterio y unidades de comparación).

Tradicionalmente se afirma que el origen de las que luego constituirían posiciones extremas en torno al punto se remonta a dos preceptos de la legislación italiana que planteaban dificultades interpretativas (el artículo 12 del Decreto N° 112 de 9 de febrero de 1919 sobre la relación de empleo privado y el artículo 54 del Real Decreto de 1 de julio de 1956 sobre reglamento sindical).

La teoría del «conglobamento», o comparación global, propicia la selección de la norma que, en su conjunto, conceda un tratamiento más favorable para el trabajador.

El procedimiento como tal merece distintas apreciaciones, positivas y negativas, que procuraremos sintetizar.

En un primer orden de ideas, se han señalado como ventajas remarcables la circunstancia de que se trata de un método que posee mayor racionalidad jurídica porque mantiene el equilibrio interno de las regulaciones consideradas (por ejemplo, dos convenios colectivos), ya que no parece congruente extraer solo los preceptos más favorables, desechando el resto como inexistente.

Expresaba Guidi que el cotejo ha de efectuarse con criterios sistemáticos, esto es, no aislando la cláusula singular del conjunto del contrato, sino valorándola en ese contexto del que forma parte y respecto del cual no goza de autonomía.

En segundo lugar, constituye una técnica que tutela la seguridad jurídica, eliminando el arbitrio o la subjetividad selectiva del intérprete. Asimismo, propicia un tratamiento homogéneo respecto de todos los trabajadores de una misma unidad (empresa, oficio, actividad, etcétera).

No obstante, también se formulan críticas severas que han propiciado una importante resistencia respecto de su justificación, aun en legislaciones positivas que

acogieron expresamente dicho criterio. Para ello se ha atendido, fundamentalmente, a las dificultades aplicativas que plantea el método globalizador, por lo peligroso y simplificador que resulta en la práctica. Montoya entiende que mientras que las normas de contenido homogéneo admiten una fácil comparación de conjunto, en cambio las heterogéneas o disímiles no lo hacen; en consecuencia, se requeriría que el contenido material de los preceptos fuera en todos los casos equiparable, lo que en los hechos raramente acontece.

Asimismo, resulta impracticable —como revela Cessari— la compensación (en sentido de cuantificación) de disposiciones más o menos favorables de naturaleza heterogénea y, por otra parte, se conservan, por ejemplo, en el contrato, cláusulas menos favorables pese a su no adecuación a las del convenio colectivo (Cessari, 1983).

La teoría del «cúmulo» o comparación analítica representa una reacción de oposición a la técnica anterior y fue formulada sobre la base de que el cotejo se practica fraccionando las diferentes normas concurrentes en los elementos de cada una de ellas que sean más favorables para el trabajador; de ahí que se la califique como técnica atomista.

Obviamente, los factores que han sido enunciados como ventajas del «conglobamiento» operan como falencias de la técnica analítica y viceversa.

Señalaremos, de todas maneras, algunas observaciones específicas. El mecanismo del que parte la teoría conlleva un ilógico e inadmisibles cercenamiento de las normas provenientes de una y otra fuente (Sconamiglio, 1982), lo que vulnera la racionalidad jurídica que debe imperar en la interpretación del derecho. Dicho fraccionamiento de las partes de un todo rompe su unidad lógica, provocando inseguridad jurídica, un desequilibrio del sinalagma contractual y la destrucción de la fiduciariedad entre las partes. Como afirma Barbagelata, en el caso de instrumentos negociados (convenios colectivos), se dejarían de lado elementos como la voluntariedad y compromiso, que concurren a excluir la mera contabilidad de las ventajas de las normas enfrentadas (Barbagelata, 1978). Tampoco parece admisible que sea el intérprete quien daba componer un entramado muy particular, que incluiría preceptos de diferentes fuentes, cuyo escogimiento pretende corregir determinadas regulaciones e inexorablemente se impregna del subjetivismo proveniente del criterio seleccionador.

La evolución del pensamiento juslaboralista contribuyó a que fueran ensayadas otras soluciones de carácter intermedio, conformando un interesante aporte de imaginación y profundización de las técnicas de confrontación de normas.

Deveali trazó las líneas de la teoría del cotejo racional, que plasmaran el artículo 9 de la LCT argentina y el artículo 7 de la LCC y que el autor califica como método orgánico de comparación, a través del cual se considera, a vía de ejemplo, el conjunto de las cláusulas convencionales y legales que se refieren a cada institución del derecho del trabajo y luego se decide cuál es el régimen más favorable para el trabajador (el del convenio o el de la ley). A pesar de que el concepto de instituciones del derecho laboral pudiera resultar demasiado elástico, puede precisárselo recurriendo a la finalidad mediata de las normas en cuestión, más que a criterios meramente formales; ello ofrece las ventajas de superar los inconvenientes que pre-

senta la rigidez del sistema legal, especialmente en el caso de normas de carácter estatutario (Deveali, 1983).

Similar criterio ha venido adoptando la jurisprudencia italiana en los últimos tiempos, no obstante haber oscilado previamente entre las dos tesis extremas, lo que ha sido acompañado por un sector de la doctrina, que postula el método comparativo por grandes bloques o institutos.

En esta orientación, tuvieron particular influencia algunas elaboraciones, como la de Cessari, quien advirtió sobre la existencia de otros dos caminos idóneos de comparación, complementando los tradicionalmente expuestos por la doctrina, basados en el criterio de la inescindibilidad, por un lado, de institutos homogéneos, y, por el otro, de cláusulas, disposiciones o preceptos normativos. Desde una postura afín, Simi ha sostenido que lo decisivo es desentrañar la voluntad de la ley y no la de las partes —a semejanza de lo afirmado por Deveali— para la individualización del tratamiento mínimo inescindible.

En la realidad española, por su parte, ha existido una evolución interpretativa de las disposiciones vigentes que preconiza el abandono de la tesis del conglomerado (sostenida por Pérez Botija y Bayón Chacón) y un acercamiento a las posiciones recién reseñadas; de ese modo se expresa Camps Ruiz, afirmando el método de confrontación analítica de las normas en unidades inescindibles de comparación. Montoya, por su parte, a la vez que señala que el ET propugna la comparación global en bloque de los convenios colectivos, expresa la convicción de que dicha técnica es incompatible a su naturaleza intrínseca y, por tanto, inaplicable.

12. Resulta claro que en la actualidad predominan las posiciones que optan por las teorías intermedias ya que, como expresa Plá Rodríguez, presentan un grado de razonabilidad que se traduce por la consideración de un conjunto integrado por normas referentes al mismo tema, que a la hora de la comparación no puede disociarse sin mengua de su armonía interior, pero sin trasladar más allá de dicho ámbito la preocupación por la armonía (Plá, 1975).

De todos modos, entendemos que subsiste la dificultad —revelada como dato empírico incontrastable apenas se examina la aplicación jurisprudencial del sistema— de establecer, con grados de precisión y objetividad aceptables, cuál será el conjunto normativo que, en cada caso concreto, sirva como unidad de comparación. Más recientemente, Goldin ha enunciado una serie de variables para la individualización del «conjunto conceptual u orgánico mínimo inescindible», luego de afirmar que resulta impracticable trazar un catálogo de instituciones inmutable y universal. Para el referido autor, deberá procederse a determinar un conjunto normativo conceptual u orgánico (tesis de la inescindibilidad), que, sin sacrificar ese carácter, posea tan estrecha dimensión como fuere posible (tesis de la comparación analítica) y que tal dimensión permita de todos modos rescatar en plenitud su armonía interior (tesis de la comparación global) (Goldin, 1986).

Según puede apreciarse, se intenta una especie de fusión sintetizadora de criterios, por adición de las principales virtudes adjudicadas a cada uno de los métodos de comparación propuestos, lo que revela un elogiado esfuerzo para superar las vicisitudes con que tropieza el intérprete en la práctica y resguardar la unidad y armonía que toda regulación jurídica presupone.

No obstante, cabe preguntarnos si, en definitiva, no se está verificando en el presente estado de evolución de las ideas un retorno al conglobamento, de forma tal que el intérprete debe interrogarse, en primera instancia, sobre cuál es la norma que, en su conjunto, resulta más favorable al trabajador, y, de ese modo, respetar la congruencia que presidió la creación de la misma, sea por disposición estatal o por la voluntad negociadora de las partes.

Si la respuesta fuese positiva, nos adelantamos a preconizar que tal sistema debería presidir el proceso comparatista y, para el caso de que la heterogeneidad de normas impidiese realmente una solución basada en el principio de justa razonabilidad, solo entonces recurrir al cotejo por módulos semejantes (de instituciones o preceptos).

De ese modo, al menos en el ámbito de la negociación colectiva, resultarían salvaguardados los elementos voluntariedad y compromiso que enuncia Barbagelata y que traducen una clara representación del funcionamiento de la autonomía privada y de la concepción unitaria e inescindible que preside el proceso de creación de todo convenio colectivo.

13. Un último aspecto que quisiéramos mencionar es el vinculado al ámbito subjetivo considerado a los efectos de proceder a la determinación de la norma más favorable. La opción inicial es doble: por un lado, el interés individual y, por el otro, el de la colectividad.

En general, ha predominado la aplicación del criterio impersonal; en este sentido, Deveali propicia el empleo de una pauta objetiva referida a la generalidad de los trabajadores contemplados por la norma o las cláusulas, con prescindencia de las situaciones individuales. También lo hace Krotoschin, para quien, al generalizarse el arreglo individual extendiéndolo a toda la categoría o grupo de trabajadores que se hallan en condiciones idénticas o similares, este resulta más ventajoso (Deveali, 1983).

Otros autores, como Javillier y Despax, han sostenido similar posición frente a las soluciones que proporciona el derecho francés. El primero afirma que la comparación no se hace para un solo trabajador, sino que la cláusula debe ser más favorable para el conjunto de los beneficiarios (Javillier, 1978); por su parte, el segundo de los nombrados, al enunciar los criterios que deben guiar el proceso comparativo, destaca la prevalencia de lo objetivo sobre lo personal (Bueno Megano, 1972).

En nuestro medio se ha señalado que, en función del criterio de generalidad, nunca podría encaminarse la cuestión de si se debe tener por más favorable una norma en relación con un trabajador abstracto o con un trabajador concreto, atendiendo a circunstancias singulares, aunque el verdadero problema se ahonda apenas uno se interroga sobre qué debe entenderse por trabajador abstracto: la categoría total de los trabajadores, la categoría representada por el gremio o la formada por los trabajadores de la empresa (Barbagelata, 1988).

En este último aspecto, estimamos que deberá primar el encuadramiento de las normas comparadas, así como el alcance subjetivo de estas. Si se trata, por ejemplo, de una disposición legal con alcance general, se tomará en cuenta un criterio global de abstracción; si, por el contrario, su alcance es especial para determinado estatuto o categoría de trabajadores, será el interés abstracto de los trabajadores de esa

actividad u oficio el que habrá de servir a los fines de la determinación; tratándose de una norma convencional, estará referido al conjunto abstracto de trabajadores comprendidos en su ámbito (una sección, establecimiento, empresa, rama industrial, etcétera). De todos modos, en estos dos últimos casos, el interés considerado no podrá estar en pugna con el interés abstracto más general cuando una norma de superior jerarquía lo ha tutelado especialmente.¹²

5. Conclusiones

A lo largo del desarrollo expuesto y que hemos basado sustancialmente en la lectura de autores clásicos que constituyen referentes de talla en las elaboraciones del siglo XX, ha quedado de manifiesto que numerosas son las interrogantes que continúan planteándose en torno al principio protector y la norma más favorable.

- 1) Se cuestiona el rol que a ambos institutos les cabe en la estructuración y funcionamiento del derecho del trabajo; incluso, a la luz de las manifestaciones de flexibilización y de negociación colectiva *in pejus* que arreciara a finales de aquel siglo, se vaticinaba la probable eliminación de los mismos como soportes esenciales del ordenamiento jurídico laboral.
- 2) Por otra parte, el enfoque conceptual y la noción de estas figuras jurídicas exhibe una diversificación tal que resulta muy difícil articular la importante tarea de su revalorización dogmática.
- 3) No obstante, reafirmamos la idea de que resulta insustituible su íntima relación con el carácter tuitivo del derecho laboral, con su tendencia equilibradora a través de la creación de otras desigualdades jurídicas compensatorias y con la configuración reguladora sustentada en la condición de mínimos normativos.
- 4) Pese a las opiniones críticas o francamente desfavorables, no claudicamos en sostener su impronta y su vigencia más allá de los márgenes de incertidumbre que plantea el ordenamiento jurídico, no solamente como criterios hermenéuticos, sino como instrumentos de técnica legislativa y principios informadores para la creación de regulaciones jurídicas.
- 5) En el terreno operativo, relevamos la singular presencia de un complejo entramado normativo en el ámbito del derecho laboral, fundamentalmente por la incidencia de las fuentes extraetáticas, que hacen de esta rama un ordenamiento negociado por esencia. De ahí que la preferencia aplicativa de normas más favorables para el trabajador funcione en determinadas situaciones relacionales y con mayor frecuencia se presente en casos de concurrencia conflictiva entre un convenio colectivo y una ley o respecto de dos convenios colectivos entre sí.

12 Ilustramos con un ejemplo del medio uruguayo: no podrá predominar el fraccionamiento convencional de la licencia en períodos de cinco días por más que para el trabajador pesquero ello resulte más ventajoso (significa más oportunidades en el año para permanecer en tierra), cuando la ley de licencias ha dispuesto, con carácter general y en atención al interés abstracto de todos los trabajadores, una sola posibilidad de división en dos períodos, no menores de diez días cada uno.

- 6) Asimismo, subrayamos la influencia limitativa que, sobre la aplicación de la norma más favorable, ejerce el orden público.
- 7) En la determinación de la mayor favorabilidad, describimos los distintos criterios o unidades de comparación de normas, reafirmando la validez del criterio del conglobamento, particularmente en supuestos regulados por normas convencionales y reafirmando la ponderación abstracta y general en atención al ámbito subjetivo considerado.

Sin embargo, lejos estamos de lo que Aristóteles calificaba como razón científica, «con la cual contemplamos de entre las cosas, aquellas cuyos principios no admiten ser de otra manera». Por el contrario, enfrentamos su razón calculadora, que no opera por deducciones rigurosas, sino antes bien por deliberación, por buen juicio, por ponderación, por apreciación.

Tales son los caminos que el desafío reflexivo nos ofrece para generar elementos e ideas renovadoras, con el fin de fortalecer uno de los pilares más trascendentes de la disciplina: el principio protector.

Referencias

- Alonso Olea, M., & Casas Baamonde, M. E. (1987). *Derecho del trabajo*. Madrid: Universidad Complutense.
- Babace, H. (1988). La articulación de los niveles de negociación colectiva. *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*. Montevideo: FCU.
- Barbagelata, H. H. (s.f.). *El derecho del trabajo en América Latina*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.
- Barbagelata, H. H. (1973). Sobre la eficacia de los convenios internacionales y problemas conexos. *Revista Derecho Laboral*, 91.
- Barbagelata, H. H. (1978). *Derecho del trabajo*. Volumen I. Montevideo: FCU.
- Barbagelata, H. H. (1988). Fuentes del derecho del trabajo. *Revista del Colegio de Abogados del Uruguay*. T. XI.
- Bueno Magano, O. (1972). *Convenção coletiva de trabalho*. San Pablo: LTR.
- Caldera, R. (1960). *Derecho del trabajo*. Volumen 1. Buenos Aires: El Ateneo.
- Camerlynck, G., & Lyon-Caen, G. (1974). *Derecho del trabajo*. Madrid: Aguilar.
- Camerlynck, G., & Lyon-Caen, G. (1978). *Derecho del trabajo*. Madrid: Aguilar.
- Camps Ruiz, L. M. (1976). *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho español del trabajo*. Madrid: ET.
- Carinci y otros. (1987). *Diritto del lavoro*. T. 1. Turín: UTET.
- Cessari, A. (1983). *Il «favor» verso il prestatore di lavoro subordinato*. Milán: Giuffrè.
- Deveali, M. (1983). La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el trabajador. *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*. T. 1. Buenos Aires: Astera.
- Deveali, M. (1983). Convenios colectivos y orden público. *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*. T. II. Buenos Aires: Astrea.
- Durand, P., & Jassaud, R. (1947). *Traité de droit du travail*. París: Dalloz.
- Ermida Uriarte, O. (1988). Estructura de la negociación colectiva en el derecho comparado: niveles y articulación. *Síntesis Laboral*, 138. Lima.
- Galantino, L. (1981). *Formazione giurisprudenziale dei principi del diritto del lavoro*. Milán: Giuffrè.
- Goldin, A. (1986). Concurrencia, articulación y sucesión de normas en el derecho del trabajo. *Revista Derecho del Trabajo*. T. XLVI.
- Javillier, J. C. (1978). *Droit du travail*. París: Librairie Générale.
- Krotoschin, E. (1968). *Instituciones del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Martín Valverde, A. (1978). Concurrencia y articulación de normas laborales. *Revista de Política Social*, 119. Madrid.
- Martín Valverde, A. (1981). *Derecho del trabajo*. Madrid: Universidad Complutense.

- Montoya Melgar, A. (1987). *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Ojeda Avilés, A. (1984). *Derecho sindical*. Sevilla: Tecnos.
- Pera, G. (1984). *Diritto del lavoro*. Padua: CEDAM.
- Plá Rodríguez, A. (1975). *Los principios del derecho del trabajo*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral N.º 2.
- Plá Rodríguez, A. (1976). *Curso de derecho laboral*. T. 1, volumen 2. Montevideo: Acali.
- Plá Rodríguez, A. (1980). El orden público y el derecho del trabajo. Teoría y práctica en Iberoamérica. *Revista Derecho Laboral*, 119. Montevideo: FCU.
- Recasens Sichés, L. (1980). *La nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Porrúa.
- Riva Sanseverino, L. (1965). En *Studi di diritto privato italiano e straniero*, dirigido por Rontondi, M. Padua: CEDAM.
- Rivero Lamas, J. (1979). Normas estatales y convenios colectivos (los límites materiales de la contratación colectiva). *Revista Derecho Laboral*, 114. Montevideo: FCU.
- Rosenbaum Rimolo, J. (octubre de 1987). Estructura y funcionamiento de la negociación colectiva en el Uruguay. Trabajo presentado en II Congreso de Derecho Colectivo del Trabajo. San Pablo.
- Rosenbaum Rimolo, J. (1988). Los sujetos de la convención colectiva en el derecho uruguayo. *Revista Derecho del Trabajo*. T. XLVIII (3). Buenos Aires.
- Sconamiglio, R. (1982). *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci.
- Simi, V. (1967). *Il favore dell'ordinamento giuridico per i laboratório*. Milán: Giuffré.
- Valdés Dal-Re, F. (1983). Crisis y continuidad en la negociación colectiva. *Revista de Política Social*, 137. Madrid.
- Varela, R. (1988). Contenido de los convenios colectivos. *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*. Montevideo: FCU.
- Vázquez Vialard, A. (1982). *Tratado del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Astrea.

LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Claroscuros en la evolución reciente de las decisiones sobre derecho de huelga del Comité de Libertad Sindical de la OIT (2006-2018)

Hugo Barretto Ghione
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de la República (Uruguay)

1. El derecho de huelga en cuestión

Los 100 años de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) encuentran al organismo sumido en una discusión «existencial» en torno al derecho de huelga. Dicha discusión cobra fuerza debido a dos circunstancias particularmente relevantes.

Por una parte, el Comité de Libertad Sindical (CLS) ha publicado la 6.^a edición de su recopilación de decisiones sobre la libertad sindical, correspondiente a 2018, en la cual revisa algunas de sus concepciones sobre el derecho de huelga (condiciones de su ejercicio, límites, etc.), lo que constituye una puesta a punto y actualización de sus puntos de vista —una especie de «doctrina internacional»— sobre la temática. Por otra parte, persisten los efectos paralizantes del desacuerdo en torno al reconocimiento internacional del derecho de huelga, afectado por una posición pertinazmente negativa que sostiene el grupo de los empleadores de la OIT.

Esa negación del carácter de la huelga como derecho fundamental derivado de la libertad sindical (Convenio número 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación – CIT 87), expresada en toda su radicalidad en la 101.^a Conferencia Internacional del Trabajo (2012), hoy aparece soterrada aunque igualmente operante. Además, la detención del proceso de adopción de convenios internacionales (el último, sobre trabajadoras y trabajadores domésticos, data del 2011), ha provocado una especie de letargo en el funcionamiento del sistema normativo y de control del cumplimiento de los convenios y recomendaciones. En ambos casos —cuestionamiento del derecho de huelga y detención del proceso normativo— se ha tratado de exitosas imposturas del sector empleador en la OIT, que ha encontrado un contexto propicio para contener el impulso normativo primero, y para cuestionar la labor de los organismos de contraloría después (fundamentalmente de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones). El «negacionismo» de la existencia misma del derecho de huelga en el Convenio Internacional del Trabajo N° 87 por parte de empleadores contradice justamente las posiciones históricas de los órganos de contralor, el Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que han entendido desde su origen que la huelga es un «corolario» del derecho a la libertad sindical. Pero más allá del debate sobre el mecanismo esencial de autodefensa de los trabajadores, el planteamiento mismo de los empleadores inquiere, sin expresarlo con claridad, sobre el futuro del organismo, poniendo en

cuestión su misión constitucional: la pretensión de universalidad de la protección a través de una urdimbre normativa internacional y el control de su aplicación mediante el procedimiento de memorias y el recurso de queja.

En su labor secular, el CLS y la CEACR «han reconocido en numerosas ocasiones el derecho de huelga como derecho fundamental de los trabajadores y de sus organizaciones y han delimitado el ámbito en que debe enmarcarse su ejercicio, elaborando un cuerpo de principios sobre el derecho de huelga —es decir, una extensa jurisprudencia entendida en el sentido amplio del término— que precisa el alcance de las disposiciones mencionadas» (Gernigon, Odero & Guido, 1998, p. 474). En el caso del CLS, esa construcción cultural tuvo origen en su segunda reunión (1952) cuando afirmó que el derecho de huelga es uno de los elementos esenciales del derecho sindical; mientras que en el caso de la CEACR, en su estudio general de 1959, había expresado que la prohibición de la huelga a los funcionarios públicos que no actúan como órganos del poder público puede constituir una limitación importante de la libertad sindical.

Todo ese andamiaje histórico se ha visto conmovido por la posición de la Organización Internacional de Empleadores (OIE) que ha hecho valer una opinión comunicada a la CEACR de manera previa a la conferencia de 2012, a través de la cual, y mediante un estudio de la historia de los debates previos a la adopción del CIT N° 87, sostuvo que el propósito de la convención se limitó a garantizar solo la libertad de asociación y no el derecho de huelga (OIE, 2012).

Ese planteamiento empresarial con base en la historia de la adopción del CIT N° 87 fue muy fundadamente controvertido y refutado por Janice Bellace (2014, p. 31) en la propia Revista Internacional del Trabajo y, en otro lugar, hemos sometido a crítica la todavía más abstrusa opinión de los empleadores en cuanto han afirmado que, a falta de mención expresa a la huelga en la norma internacional, el CEACR no puede interpretar los textos ya que esa competencia le está vedada constitucionalmente y confiada a la Corte Internacional de Justicia (Barretto, 2012, p. 495). Cuesta pensar que pueda leerse un texto (o cualquier otro signifiante) sin poner en juego mecanismos de interpretación, pero a ese extremo llega la ofensiva de la OIE que, llevada a sus últimas consecuencias, haría inoperante todo el sistema de control ya que recluiría toda lectura de un convenio a una asfixiante literalidad, incompatible con el sentido flexible y la «textura abierta» de la semántica de las normas internacionales (Servais, 1986, p. 263).

Pese a la dimensión que calificamos de existencial de este desencuentro conceptual entre, por un lado, los organismos de contralor, el grupo de los trabajadores y la mayoría de los gobiernos¹, y por el otro, el grupo de los empleadores (que merecería un desarrollo singular), el objeto de este trabajo es en cambio atender a

1 La mayor parte de los gobiernos expresaron posiciones que hacían del derecho de huelga una consecuencia del derecho a la libertad sindical en una reunión tripartita celebrada en Ginebra, del 23 al 25 de febrero de 2015, con el fin de alcanzar un acuerdo entre los grupos de trabajadores y empleadores, que no salían de la aporía que significa sostener posiciones contradictorias. El evento fue preparado mediante un documento de trabajo de la Oficina «sobre el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87), en relación con el derecho de huelga y las modalidades y prácticas de la acción de la huelga a nivel nacional».

la primera de las circunstancias anotadas supra, o sea, las novedades que presenta la publicación de la 6.^a edición de la recopilación de decisiones del CLS² sobre el derecho de huelga. Se trata de un propósito más modesto, es cierto, pero que entendemos imprescindible para vislumbrar con mayor grado de exactitud el rumbo que viene tomando el organismo en sus recomendaciones relativas a la huelga.

Es sustantivo alcanzar un conocimiento más preciso de esa evolución para confirmar o revisar la percepción corriente de que las posiciones sobre huelga del CLS presentan desde hace años un giro que Oscar Ermida Uriarte calificó de «conservador» al anotar algunas variaciones que constató en la comparación de la 4.^a con la 5.^a edición de *La Libertad Sindical* (OIT, 1996 y 2006). Si bien el autor reconocía que «el análisis del referido proceso requiere una investigación detallada, que compare meticulosamente los cambios que se fueron produciendo en los sucesivos pronunciamientos del Comité», identificaba a su vez tres temas que demostraban a su juicio ese viraje: a) la ampliación del concepto de servicio esencial para dar cabida a nuevas situaciones; b) la permisión del trabajo de los no huelguistas y el acceso de la dirección de la empresa en caso de ocupaciones, y c) la admisión en mayor número de quejas por parte de los empleadores (Ermida, 2012, p. 225).

El objeto de investigación en esta contribución es justamente acceder al estudio de la evolución que denota el CLS en la versión 2018 de la compilación de sus Decisiones.

2. Un ensayo de comparación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical

La publicación de la 6.^a edición (2018) de la recopilación es oportuna para encarar definitivamente la comparación con la inmediata anterior (5.^a edición, de 2006), dado que resulta un método óptimo para verificar «empíricamente» el sentido del devenir de la concepción del organismo en cuanto al tema objeto de estudio. En ambas ediciones el tratamiento del derecho de huelga se ubica en el capítulo 10. Con base en ese material —las decisiones del CLS sobre el derecho del huelga en la 5.^a y 6.^a ediciones de la obra— se practica una lectura en paralelo, para identificar y seleccionar aquellas que se adicionan en la versión de 2018 con respecto a la anterior. En total, se contabilizaron 72 nuevos párrafos que la edición 2018 agrega a la de 2006. Con este universo de 72 nuevos párrafos, se construye un campo de estudio y de reflexión delimitado, que permite valorar la significación, el alcance y los límites del derecho a huelga que presenta la visión actual del CLS de la OIT. En el presente análisis se toma en consideración una selección de aquellos párrafos agregados en 2018, que trasuntan alguna novedad o matiz en las posiciones históricas del CLS, siguiendo el orden de los subcapítulos en que se despliega el capítulo 10 de la recopilación.

Resta por decir, antes de dar curso al cuerpo de la investigación de la evolución de los pronunciamientos del CLS, que el comité reafirma en su repertorio de casos

2 Puede verse en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

de 2018 el principio de que la huelga «es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87» (OIT, 2006, párrafo 523; y 2018, párrafo 754).

2.1. Finalidad de la huelga (huelgas económico-sociales, políticas, de solidaridad, etcétera)

Los casos que se agregan en esta parte presentan gran interés, en tanto refieren a acciones gremiales en protesta de motivación política.

En el párrafo 762 el CLS manifiesta que «si un paro cívico nacional es exclusivamente político e insurreccional, el Comité no tendrá competencia en la cuestión». Esto puede parecer adecuado, pero el cambio más profundo —casi «copernicano»— radica en la equiparación que se hace entre la huelga y el *lockout* en el párrafo 764, también nuevo respecto a la versión de 2006.

En este caso el CLS plantea, en los hechos, una injustificada igualdad entre ambos instrumentos, soslayando que se trata de medios de autotutela en manos de sujetos disímiles en sus posiciones de poder: unos, hiposuficientes; otros, titulares de los medios de producción.

Como si ello no fuera de por sí desmesurado, no resulta menos preocupante la admisión del cierre patronal como medida de presión contra las políticas gubernamentales, lo que evoca en algunos países latinoamericanos —como Chile en 1973— un sesgo francamente antidemocrático por el efecto de reforzar el poder del capital en las relaciones de trabajo y admitirlo como instrumento de acción político/gremial.

Conviene transcribir en su integridad el párrafo 764:

Existe una distinción entre la huelga y el *lockout*, pero el presente caso trata de una «manifestación pacífica» y de una «omisión de la prestación», que no parece abarcar la relación entre empleador y trabajador, sino más bien una protesta y paralización de actividades por parte del empleador. En estas condiciones, los empleadores, como los trabajadores deberían tener la posibilidad de recurrir a huelgas (o acciones de protesta) con respecto a la política económica y social de los gobiernos, las cuales sólo deberían poder restringirse con respecto a servicios esenciales o en los servicios públicos de importancia trascendental, en los que podría establecerse un servicio mínimo.

En otro orden de temas, el capítulo objeto de comentarios agrega algunos párrafos que parecen conducir hacia un atisbo de reconocimiento de la huelga desatada con respecto a más de un empleador, quizá vinculado con lo que la OIT llama «relaciones triangulares de trabajo».

En concreto, el párrafo 771 expresa:

Al excluirse las huelgas de solidaridad, el boicot de solidaridad y las acciones colectivas en apoyo de los acuerdos con varias empresas del alcance de la acción colectiva autorizada, las disposiciones legislativas podrían afectar negativamente el derecho de las organizaciones a procurar celebrar y negociar convenios con

varios empleadores, como asimismo también se restringiría indebidamente el derecho de huelga.

Con mayor claridad, el párrafo 774 sentencia: «Una solicitud de reconocimiento con fines de negociación colectiva dirigida a la empresa subcontratista no ilegaliza la huelga».

Esta admisibilidad de la huelga «en apoyo de los acuerdos con varias empresas» rompe el cerco de muchas legislaciones latinoamericanas que limitan el ejercicio del derecho referido a la relación bilateral con el empleador directo, sin dar entrada a la acción con respecto al «multirut» o conjunto de configuraciones empresariales que participan de una misma o similar actividad.

2.2. Modalidades de la huelga

El párrafo 783 toma partido por una definición tradicional de huelga al decir «Por lo general, se entiende por huelga una interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores», para luego dar curso a la admisión de medios de acción gremial atípicos:

En un caso en que la justicia consideró que el hecho de presentarse a trabajar en un hotel con la cabeza afeitada o el pelo muy corto era una acción de huelga y una infracción a las normas de aseo personal del hotel, el Comité, teniendo en cuenta las preocupaciones expresadas por la dirección del hotel con respecto a su imagen, consideró que la simple expresión de descontento de manera pacífica y legal como una huelga constituye una violación del derecho de libertad sindical y del derecho de expresión (párrafo 786).

El CLS reafirma, por un lado, la visión más tradicional de la huelga, pero por otra parte reafirma también la recepción de medidas atípicas.

2.3. La parte empleadora durante la huelga

La totalidad de este subcapítulo es una novedad, no figuraba en las ediciones anteriores de la recopilación de decisiones del CLS.

En los dos casos que se incluyen (casos 787 y 788), el CLS abre la posibilidad de plantear acciones huelguísticas a diversidad de empleadores de manera similar a la indicada en los ya citados párrafos 771 y 774.

En el caso 787 se señala que:

En el marco de un conflicto laboral colectivo, no es realista ni necesario que la parte empleadora en el conflicto siempre sea la entidad a la que compete la responsabilidad financiera o económica última o el representante de nivel superior del empleador, ya sea en el sector público (por ejemplo, el ministerio competente) o en el sector privado (por ejemplo, la empresa matriz).

Y en el caso 788 se exploya en torno a los poderes para negociar de las distintas entidades comprometidas en la huelga:

Teniendo presente la obligación tanto del empleador como del sindicato de negociar de buena fe y hacer todo lo posible para llegar a un acuerdo, así como la importancia del derecho de huelga como uno de los medios fundamentales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para defender sus intereses económicos y sociales, debería garantizarse que la parte empleadora en un conflicto laboral colectivo tenga la competencia para hacer concesiones y tomar decisiones en relación con los salarios y las condiciones de trabajo, a fin de que la presión durante las distintas etapas del conflicto laboral se canalice hacia la entidad apropiada.

2.4. Condiciones previas

El tratamiento de los condicionamientos existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales para desatar una huelga legal, registra una importante cantidad de párrafos agregados en la edición de 2018.

Las adiciones no constituyen estrictamente novedades en lo que refiere a las posiciones conocidas del CLS, ya que tienen que ver con la imposibilidad de invocar razones económicas para justificar las restricciones del derecho de huelga (párrafo 791); la necesidad de establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores (párrafo 792); el objetivo de los mecanismos de prevención para «facilitar la negociación y no ser tan complejos ni ocasionar retrasos tan largos que, en la práctica, resulte imposible la realización de una huelga lícita o que esta pierda toda su eficacia» (párrafo 795); y la admisibilidad de un preaviso de 48 horas (párrafo 800), advirtiendo que la información solicitada en un preaviso debe ser razonable (párrafo 803).

En cuanto a la reglamentación del procedimiento para declarar la huelga por las organizaciones de trabajadores, se agrega un párrafo que figura con el número 809 que expresa: «La obligación de respetar un determinado quórum y de tomar la decisión de hacer huelga por medio de escrutinio secreto puede considerarse admisible», aunque sopesa y trata de recomponer el equilibrio entre sindicación y opinión de los no afiliados observando que «subordinar la declaración de huelga al acuerdo de la mayoría de los afiliados en las federaciones y confederaciones y la del voto afirmativo de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa en los demás supuestos pueden constituir una limitación importante a las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales» (párrafo 811).

En relación con las formas de finalización de la huelga, el CLS parece tomar partido por decisiones que se adopten por sindicatos representativos, entendiendo por tales aquellos que ostenten mayor número de afiliados, sin dar espacio al resto de las formas de determinación de la representación (independencia, antigüedad, etcétera). Pero el pronunciamiento también incluye la participación de «los trabajadores» de la empresa, en un sesgo que en la práctica decanta la mayoría de las veces hacia la discriminación antisindical del empleador.

Así, el párrafo 813 indica que:

En un caso en el que la legislación nacional preveía que tanto una organización sindical mayoritaria como la mayoría absoluta del conjunto de los trabajadores de la empresa tienen a la vez la posibilidad de declarar una huelga, de poner fin a una huelga en curso, así como de solicitar que se nombre un Tribunal de Arbitramento, el Comité consideró que, en tales circunstancias, el voto mayoritario a favor de la finalización del movimiento de huelga y a favor del nombramiento de un Tribunal de Arbitramento no es contrario a los principios de la libertad sindical.

2.5. Limitación de la duración de la huelga

Se trata de un subcapítulo nuevo, no previsto en versiones anteriores.

Recoge una decisión referida a la duración de la huelga habilitando un sentido autonomista al señalar que «la imposición de un límite en la duración de una huelga que, por su naturaleza de último recurso para la defensa de los intereses de los trabajadores, no puede determinarse» (párrafo 815).

2.6. Recurso al arbitraje obligatorio

En este caso se agregó el párrafo 817, que admite que «el arbitraje obligatorio es aceptable en caso de crisis nacional aguda», aunque en el párrafo 819, también agregado, se mantiene el ya conocido cuestionamiento al arbitraje obligatorio: es «difícil conciliar un arbitraje impuesto por iniciativa de las autoridades con el derecho de huelga y el carácter voluntario de la negociación».

2.7. Casos en que la huelga puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias

El párrafo 834 incorpora como funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado —y que por tanto pueden ver limitado el ejercicio de la huelga— a administrativos, fiscales y recaudadores de tributos.

2.8. Servicios esenciales

Al elenco de tareas que no constituyen servicios esenciales que estaban listadas en el párrafo 587 de la edición del 2006, se agregan en el párrafo 842 de la del 2018 otras como las de distribución de petróleo para el funcionamiento del transporte aéreo; el sector del gas; el llenado de bombonas de gas y su comercialización; el Banco Central; los servicios de seguros; las plantaciones de té, café y coco; la reparación de aviones; los servicios de ascensores; los servicios de exportación; los servicios de seguridad privada excepto los servicios penitenciarios; los aeropuertos con excepción de los servicios de control del tráfico aéreo; las farmacias; las panaderías; la producción de cerveza y la industria del vidrio.

La no taxatividad de la enumeración no resta importancia práctica a su incorporación al listado preexistente, dada la utilidad que puede prestar ante situaciones que se generen a nivel de los ordenamientos jurídicos nacionales que tampoco cuenten con listados cerrados, como ocurre en la mayoría de los casos.

2.9. Garantías compensatorias en caso de prohibición de la huelga en la función pública o en los servicios esenciales

El CLS adiciona algunos pronunciamientos con respecto a la participación de mediadores independientes y de mecanismos y procedimientos concebidos con el objetivo primordial de promover la negociación colectiva (párrafo 854), así como la suspensión del arbitraje en caso de reanudarse tal negociación (párrafo 855).

Si bien no constituyen estrictamente casos novedosos, importa su reiteración para reafirmar el papel de la negociación colectiva como principio.

2.10. Situaciones y condiciones en que podría imponerse un servicio mínimo de funcionamiento

En este subcapítulo se agregan una importante cantidad de casos que amplían la admisibilidad de los servicios mínimos a mantener en caso de huelga.

En el párrafo 868 se amplía la posibilidad de incorporar servicios mínimos para la hipótesis de «paralización de un servicio no esencial en el sentido estricto del término de un sector de muy alta importancia del país ». Otro tanto ocurre con el párrafo 869 cuando dice: Sería deseable que, en casos de acciones de protesta que provoquen la paralización de un servicio que no es esencial en el sentido estricto del término, pero sí muy importante –como es el caso del sector del petróleo y el gas–, que las partes interesadas se pusiesen de acuerdo sobre los servicios mínimos necesarios para aliviar las consecuencias de una interrupción generalizada de la actividad en el sector del petróleo y del gas, preservando al mismo tiempo los principios del derecho de huelga y el carácter voluntario de la negociación colectiva. Por lo tanto el Comité recordó al Gobierno que se puede establecer un servicio mínimo en casos de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar daños irreversibles.

El subcapítulo de «ejemplos concretos» denota la aludida ampliación del elenco de servicios mínimos.³

3 Bajo el título de *Ejemplos concretos en los que el Comité consideró que concurrían las circunstancias para poder imponer un servicio mínimo de funcionamiento* se ofrecen algunos ejemplos en concreto.

En la nueva versión 2018 se incluyen el sector marítimo, caso para el cual el servicio mínimo puede referirse al número de travesías diarias en vez de al número de personal del buque (párrafo 887) y los servicios bancarios que, si bien «no son esenciales en el sentido estricto del término, el Comité considera que para evitar daños irreversibles, así como daños a terceras partes, a saber, los usuarios o consumidores que sufren los efectos económicos de los conflictos colectivos, la autoridad podría exigir el respeto de los procedimientos relativos a los servicios mínimos acordados por las partes en el convenio marco en lugar de imponer un arbitraje obligatorio».

Otros servicios mínimos que se incluyen en la versión 2018 son el sector del petróleo (párrafo 897), la educación (párrafo 899), la «falta persistente de un mantenimiento cualificado de los ascensores y

En el párrafo 874 se recuerda que «El servicio mínimo debe limitarse a las operaciones que sean necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población o las exigencias mínimas del servicio, garantizando que el alcance de los servicios mínimos no tiene como resultado que la huelga sea inoperante», señalando que «la definición y organización del servicio mínimo no se celebren durante un conflicto laboral, con el fin de que las partes puedan examinar dichas cuestiones de manera plenamente franca y objetiva» (párrafos 875 y 876) o aun mediante el mecanismo de la negociación colectiva (párrafo 877), dirimiéndose por un órgano independiente en caso de falta de acuerdo (párrafo 879), y no por la autoridad administrativa (párrafo 882) ni unilateralmente por el empleador (párrafo 883).

2.11. Suspensión de la huelga

La recopilación de 2018 adiciona enteramente este subcapítulo que no figuraba en 2006, que es un importante desarrollo en lo concerniente a la suspensión de la huelga, que debe confiarse a órganos independientes e imparciales (párrafos 914 y 915), salvo en el caso de suspensión por motivos de seguridad nacional o salud pública (párrafo 916).

2.12. Orden de reanudar el trabajo, contratación de trabajadores durante la huelga, movilización

El agregado párrafo 917 lista los casos en que podría recurrirse a la sustitución de huelguistas: «a) en caso de huelga en un servicio esencial en el sentido estricto del término en el que la legislación prohíbe la huelga, y b) cuando se crea una situación de crisis nacional aguda», de la misma manera que el párrafo 925.

2.13. Deducción del salario

Las adiciones en este punto se presentan como convencionales y no representan novedades significativas. En el párrafo 943 se establece que «La imposición de sanciones adicionales, como las deducciones salariales superiores al monto correspondiente a los días de huelga, constituye en este caso una sanción por ejercer una huelga legítima» y, en previsión de cualquier discriminación, los párrafos 946 y 947 prevén que «si las deducciones salariales se aplican únicamente a los afiliados de un sindicato, y dado que todos los sindicatos llamaron a la huelga, esta situación comportaría un trato discriminatorio hacia el sindicato en cuestión, vulnerando los principios de la libertad sindical»⁴.

de una prestación de servicios básicos» (párrafo 901), los servicios prestados por el Instituto Nacional de Meteorología y Geofísica, en tanto «son esenciales para que el control del tráfico aéreo pueda ser efectuado en condiciones de seguridad» (párrafo 902) y «la certificación de calderas y depósitos bajo presión, la certificación de investigadores privados y agentes de seguridad, la lavandería y los chóferes de una División « de Integración Comunitaria» (párrafo 904).

⁴ En materia de sanciones los párrafos agregados tampoco consagran estrictamente no-

2.14. Cierre de empresas en caso de huelga

Por último, la 6.^a edición de la recopilación incluye un párrafo 978 relativo al ejercicio del derecho de huelga y la ocupación del lugar del trabajo. La ocupación debe «respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas, así como el derecho de la dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma». La ocupación del lugar de trabajo no es una hipótesis de cierre de la empresa durante la huelga, por lo cual es llamativa la impropia inclusión del referido párrafo en el subcapítulo sobre ese tema, cuando el texto en cuestión ha debido incluirse en la parte sobre modalidades atípicas de la huelga.

3. Síntesis y consideraciones finales

El estudio de las diferencias entre la 5.^a y la 6.^a edición de la recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, permiten advertir las siguientes tendencias en la evolución del derecho de huelga en la Organización Internacional del Trabajo:

- a) Se percibe una flexibilización y ampliación de la lista de servicios mínimos a mantener durante el desarrollo de la huelga, limitando así su eficacia;
- b) Admite la huelga con respecto a más de un empleador en casos de relaciones triangulares de trabajo, bajo formas de huelga de solidaridad o de «acciones colectivas en apoyo de los acuerdos con varias empresas»;
- c) Equipara la huelga y el *lockout*, habilitando este tipo de acción gremial de los empleadores para operar como medio de presión con respecto a las medidas de política económica. Esa falaz «igualación» del *lockout* a la huelga desconoce el origen y justificación de ambos instrumentos, reforzando el poder empresarial desde el punto de vista jurídico y fáctico. Para el caso latinoamericano, la experiencia histórica es nefasta en cuanto a poner en manos de los grupos empresariales acciones colectivas que solo pueden tener fundamento en la autotutela de sectores vulnerables o hiposuficientes.

vedades, aunque reafirman nociones relevantes para la práctica nacional. Así ocurre con el principio de no imponer sanciones penales a ningún trabajador por participar en una huelga pacífica (párrafo 954), salvo que registre actos de violencia contra las personas y la propiedad o cualquier otra violación grave de la ley penal ordinaria (párrafo 955); y con el rechazo a las disposiciones legislativas que imponen sanciones relacionadas con una amenaza de huelga y son contrarias a la libertad de expresión y a los principios de la libertad sindical (párrafo 956), o que privan a los trabajadores despedidos por motivo de su participación en una huelga de las prestaciones de jubilación devengadas legítimamente por los años trabajados en la empresa (párrafo 964).

Con todo, el CLS admite la multa a los sindicatos por participar en huelgas ilegales, limitando la sanción solamente a que no ascienda «a un monto que pueda provocar la disolución del sindicato o tener un efecto intimidatorio sobre los sindicatos e inhibir sus acciones sindicales legítimas» (párrafo 969).

Referencias

- Barretto, H. (2012). ¿Es posible leer sin interpretar? Sobre el derecho de huelga y la posición de los empleadores en la OIT. *Revista de Derecho Laboral*, 247.
- Bellace, J. (2014). La OIT y el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 133. Ginebra: OIT.
- Ermida, O. (2011). Crítica de la libertad sindical, *Revista Derecho Laboral*, 242.
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (1998). Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. *Revista Internacional del Trabajo*, 117(4). Ginebra: OIT.
- Organización Internacional de Empleadores. (2012). *IOE comments for the general survey 2012 on fundamental ILO Conventions. Comments on Conventions N° 87 and 98. Employers' position on the «right to strike»: do Conventions N° 87 and 98 include the right to strike»*.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1948). *Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, número 87*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (1996). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 4.ª edición. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2006). *La libertad sindical – Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5.ª edición (revisada). Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2018). *La libertad sindical – Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. 6.ª edición. Ginebra: OIT. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_635185.pdf
- Servais, J-M. (1986). Flexibilidad y rigor de las normas internacionales del trabajo. *Revista Internacional del Trabajo*, 105(2).

El procedimiento de divergencia

Willman Meléndez Trigo
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP

1. Introducción

Este artículo tiene el propósito de ahondar en la regulación del derecho a la huelga en el Perú, específicamente lo relacionado con el procedimiento de divergencia, así como las consecuencias de los cambios recientes en la normativa del tema. El derecho a la huelga está relacionado con la suspensión de labores de los trabajadores con la finalidad de lograr mejoras en sus condiciones laborales. De esta forma, el ejercicio de este derecho permite que se ocasione un perjuicio a la empresa con el fin de poner a los trabajadores en una posición de paridad con el empleador en el ámbito de la negociación colectiva.

Si bien este derecho no es absoluto, los límites que se le puedan imponer deberán estar plenamente justificados para no impedir el ejercicio de éste de forma arbitraria. Iniciaremos detallando en qué consiste el derecho de huelga y cómo este puede ser restringido por el ordenamiento jurídico.

Entre las limitaciones existentes, podemos mencionar la necesaria prestación de servicios mínimos por parte de los trabajadores de la empresa. El número y ocupación de los trabajadores que deberán laborar es presentado a inicios de año por el empleador, y es posible que surja un conflicto en relación con la nómina de los que no van a poder ejercer su derecho de huelga, en tanto deben trabajar para cumplir con los servicios mínimos. Este conflicto puede surgir si los trabajadores u organización sindical consideran que el número presentado por el empleador es excesivo, contradicción esta que se resuelve a través de un procedimiento de divergencia.

Tomando en consideración lo anterior, se analizará la forma de resolver que se ha recogido en el Perú y cuál ha sido el pronunciamiento de la Organización Internacional del Trabajo al respecto. Asimismo, se examinará la relación existente entre la procedencia de la huelga y el requisito de presentar la nómina para prestar servicios mínimos. De forma específica, nos referiremos a cómo el tema ha sido resuelto por la Autoridad Administrativa de Trabajo y al reciente cambio en el criterio que ha sido adoptado para determinar el cumplimiento de los requisitos para establecer que la huelga es procedente. Finalmente, se formula una crítica en torno a las modificaciones al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo vinculadas con el procedimiento de divergencia y su impacto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

2. Derecho a la huelga

Puede decirse que el derecho a huelga está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 28 de la Constitución Política del Perú.¹ Sin embargo, de acuerdo con la cuarta disposición final y transitoria de la carta magna, la lectura de este derecho debe realizarse en concordancia con las normas internacionales. Así, deberá también tomarse en consideración lo regulado en el artículo 8 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o «Protocolo de San Salvador»; y el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación.² El reconocimiento en este último instrumento no es expreso, sino que puede considerársele incluida en la dimensión dinámica del derecho a la libertad sindical (Neves, 2016, p. 54).

El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que el derecho a huelga es el derecho «que tienen los trabajadores para suspender sus labores como un mecanismo destinado a obtener algún tipo de mejora, y que se ejerce cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador» (sentencia recaída en el Expediente N° 00026-2007-PI/TC, 2009). Asimismo, lo ha reconocido como un derecho humano que requiere desarrollo legislativo para que sea compatible con el ejercicio de otros derechos, no obstante la falta de regulación no puede impedir su ejercicio efectivo (sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, 2005). Debido a que no está supeditado al desarrollo normativo, este derecho sería uno de exigibilidad inmediata, pero sería conveniente que la jurisprudencia establezca lineamientos que «permitan identificar la clase de derecho reconocido en la Constitución» (Boza, 2011, pp. 84-85).

Como derecho económico, social y cultural, el derecho a huelga encuentra su justificación en tres ejes: «a) su pertenencia al conjunto de derechos humanos, b) su papel protagónico, a fin de alcanzar la igualdad material y libertad fáctica; y finalmente c) el hecho de no requerir, necesariamente, de recursos económicos para materializarse» (Meléndez, 2012, pp. 326-327). Al respecto, Villavicencio (2007, p. 19) enmarca el segundo de los ejes en la función equilibradora de la libertad sindical, la cual implica la búsqueda de compensación frente a la asimetría de poder que existe entre el trabajador individualmente considerado y el empleador. Con relación a lo anterior, Baylos (2009) indica que «la huelga no es la única de las medidas de conflicto de los trabajadores pero sí la forma típica de expresión de éste y en con-

1 «Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones».

2 Ratificado por nuestro país el 2 de marzo de 1960.

secuencia goza de un reconocimiento fundamental que se autonomiza de la propia noción de conflicto colectivo (p. 59).³

Cabe mencionar lo indicado por el Comité de Libertad Sindical (CLS) sobre este derecho: lo reconoce como uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones, al que se puede recurrir para defender intereses económicos y sociales (OIT, 2015). Como señala Neves, «la huelga puede ser entendida como una medida de conflicto colectivo de los trabajadores, consistente en el incumplimiento deliberado de su prestación laboral debida» (2016, p. 53). Podrá ser estática, cuando se produce un cese continuo y total de labores, o dinámica, cuando se altera la forma habitual de prestar el trabajo. Nuestro país acoge la primera modalidad (Neves, 2016, p. 53).

Actualmente podría afirmarse que «ya no se considera a la huelga como un medio de acción, un conflicto o un medio de solución de conflictos, sino como las tres cosas a la vez» (Vidal, 2004, p. 52). Como señala Villavicencio:

la sindicación viene a ser el presupuesto de existencia de este ordenamiento normativo social, la negociación colectiva y el convenio colectivo son el proceso y producto normativo, y la huelga viene a ser el instrumento que garantiza la eficacia de todo el sistema regulador colectivo. (2007, p. 79)

El Tribunal Constitucional ha recalcado que, a través de este derecho los titulares «se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales» (sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, 2005). Es en virtud de ello que señala que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un instrumento para alcanzar los fines vinculados a los intereses de los trabajadores. Como menciona Sala, «en una democracia social, la justicia social se realizará no solo a través de normas estatales sino también “a través de la atribución constitucional de poderes a los mismos destinatarios de esta exigencia de justicia social, a la colectividad de trabajadores”» (Sala, 2013, p. 20).

3. Las restricciones al derecho de huelga

Familiarizados con el concepto de derecho a huelga corresponde mencionar las restricciones de este, ya que la divergencia encuentra su origen en una de ellas. En la segunda reunión del CLS de la OIT realizada en 1952, fueron formulados los elementos del principio básico del derecho de huelga. Al respecto, se concluyó que: i) es un derecho del que deben disfrutar las organizaciones de trabajadores (sindicatos, federaciones y confederaciones); ii) debe tenerse un criterio restrictivo al delimitar las categorías de trabajadores que pueden ser privadas de este derecho

³ Si bien la referencia es realizada con respecto a la constitución española, es posible señalar lo mismo sobre lo regulado en el ordenamiento jurídico peruano.

y las limitaciones legales no deben ser excesivas; iii) está vinculado con la finalidad de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores; y, iv) no debe acarrear sanciones perjudiciales de ningún tipo (OIT, 2000, p. 11-12).

Es relevante recordar que, a través del ejercicio de este derecho se defienden los demás derechos de los trabajadores como individuos y organización sindical (OIT, pp. 11-12).

Gozando de tal relevancia el derecho en análisis, es claro que las restricciones que se pudiesen establecer lo serán de manera excepcional y plenamente justificada. La OIT ha reconocido que sí es posible restringir el derecho de huelga en determinados supuestos. Como ejemplo puede mencionarse el artículo 9 del Convenio 87, que indica que la legislación nacional determinará hasta qué punto se aplicarán las garantías previstas por este instrumento a las fuerzas armadas y a la policía.⁴

Además de la anterior restricción pueden mencionarse a los funcionarios públicos que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o los servicios esenciales en servicio estricto (OIT, p. 124). De acuerdo con la OIT, un servicio esencial es definido como aquel que pudiese poner en peligro la vida, seguridad o salud de las personas. No obstante, se admite que la determinación de tales servicios esenciales estará señalada en cada ordenamiento jurídico debido a que los mismos dependerán de las condiciones de cada país (OIT, 2018).

En nuestro ordenamiento jurídico se han considerado servicios esenciales a los siguientes: el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los servicios de bomberos, los servicios penitenciarios públicos o privados, el suministro de alimentos a alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares, y el control del tráfico aéreo (Artículo 83, Decreto Supremo N° 010-2003-TR, 2003).

Al respecto, puede indicarse que en el Perú se ha preferido una noción estricta de servicios esenciales, de tal forma que los mismos han sido calificados en función del resultado que se consigue con esa actividad y no de la naturaleza de esta. Lo que trata de protegerse son los derechos fundamentales de terceros. No obstante, nuestra legislación ha admitido supuestos amplios (como los servicios de «naturaleza estratégica») o que no encajan en la definición de servicios públicos esenciales (como la referencia a «aquellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para bienes») (Cortés, 1993, p. 120-121).

Aunado a lo anterior, la noción de servicios públicos esenciales no es lo que se conoce como servicios públicos en el derecho administrativo; dicha noción comprende no solo actividades prestacionales, sino que incluye algunas que no tienen como destinatario directo a la comunidad. Entre estas últimas, se encontraría por ejemplo la custodia en los penales, etcétera (Morón, 2013, pp. 272-273).

En relación con los servicios indispensables en una empresa, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado que contratar a trabajadores para garantizar los servicios indispensables para mantener la viabilidad económica y financiera de la empresa en caso de que la huelga amenace gravemente esta viabilidad, podría obstaculizar la eficacia de la huelga como medio

⁴ Ratificado por el Perú el 2 de marzo de 1960.

de presión. En tal sentido, reconoce que podría preverse el establecimiento de un servicio mínimo negociado con la participación de los demás trabajadores de la empresa (OIT, 2003). En nuestro ordenamiento jurídico, el tema se encuentra regulado en el artículo 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, TUO de la LRCT).⁵

Como se muestra a continuación, en el Perú se han reconocido estas restricciones y se ha recogido un mecanismo para la solución de controversias relacionadas con trabajadores que tienen restringido el derecho a la huelga. Este mecanismo se conoce como el procedimiento de divergencia.

4. El procedimiento de divergencia

El CLS se ha pronunciado con relación a los servicios mínimos y el número de trabajadores que los garanticen, indicando que deben participar en su determinación tanto los poderes públicos como las organizaciones de empleadores y trabajadores. Esto permitiría el intercambio de puntos de vista y garantizaría que no se genere una huelga inoperante debido al poco impacto que tendría por ser un número excesivo (OIT, 2011).

No obstante, la participación de empleadores y trabajadores trae consigo conflictos ya que lo más probable es que no se concuerde con respecto al número y puestos de trabajadores que no pueden ejercer su derecho a la huelga.

Tomando como indicador el órgano que resuelve la controversia, se han podido identificar tres modelos, que serían los siguientes:

- a) Heterónomo público: en este modelo quien estaría encargado de resolver sería el propio Estado, ya sea a través del ministerio designado o de algún órgano con las competencias adecuadas.
- b) Heterónomo privado: quien resuelve es un órgano independiente, sin relación con las entidades públicas, que determina si el empleador o el sindicato tienen la razón en un caso de divergencia.
- c) Heterónomo mixto: en este caso existiría la participación de un ente independiente, pero quien tendría la decisión sobre el conflicto sería la autoridad estatal.

En 1994, en un caso en el cual se discutió la queja de organizaciones sindicales contra Argentina, el CLS indicó que cuando exista una divergencia entre las partes sobre el alcance de los servicios mínimos, la legislación debería prever que fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o el Ministerio o empresa pública concernida (OIT, 1994); es decir, tomó distancia del modelo heterónomo público.

⁵ «Artículo 78.- Se exceptúa de la suspensión de actividades a aquellas labores indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga».

Con respecto al citado caso argentino, cabe mencionar que mediante el artículo 24 de la Ley 25.877 (2004), promulgada el 18 de marzo de 2004, se ha indicado que existe el deber de garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción. Señala que se consideran esenciales «los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo». Sin embargo, una actividad que no esté comprendida en la lista podría ser calificada como servicio esencial por una comisión independiente, lo cual deberá ser realizado antes del procedimiento de conciliación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, se pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.
- b) Cuando se tratare de un servicio público de importancia trascendental, conforme a los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Esta comisión independiente, regulada por el Decreto 272/2006 (2006), es denominada la «Comisión de garantías» y se integra por cinco miembros que serán personas de «reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o del derecho constitucional y destacada trayectoria». Se estipula que sus actividades serán *ad honorem* y de forma independiente.

Según esta norma, cuando se produzca un conflicto que no tenga solución entre las partes, estas deberán comunicarlo a la autoridad administrativa para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de la conciliación. Luego de este paso, la parte que se propone ejercer medidas de acción directa deberá preavisarlo a la otra parte y a la Autoridad de Aplicación. Posteriormente, las partes acordarán en cuanto a los servicios mínimos que se mantendrán, cómo se ejecutarán y el personal que prestarán esos servicios (artículos 7, 8 y 9).

De no cumplir con lo anterior, el artículo 10 establece que la Autoridad de Aplicación, en consulta con la Comisión de Garantías, fija los servicios «mínimos indispensables para asegurar la prestación del servicio, cantidad de trabajadores que se asignará a su ejecución, pautas horarias, asignación de funciones y equipos, procurando resguardar tanto el derecho de huelga como los derechos de los usuarios afectados». Asimismo, el artículo 3 del Decreto 1095/2017 (2017), dispone que deberá instruirse al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en su carácter de autoridad de aplicación, para que formule la convocatoria respectiva para la integración de la Comisión de garantías.

De lo anterior, puede señalarse que, aunque se haya regulado la participación de una comisión independiente, la normativa parecería indicar que la Comisión de Garantías sería un órgano consultivo de la Autoridad de Aplicación, y no quien dirime una controversia cuando se trate de asegurar la prestación del servicio. En tal sentido, aunque en un primer momento pareciera que estamos ante un modelo heterónimo privado, realmente sería uno mixto debido a que la decisión final la tiene

un órgano estatal, aunque sí toma en consideración lo señalado por una comisión que tiene independencia para resolver sobre el tema (Aníbal, 2008).

Lo dispuesto por el Comité en el caso argentino fue una reiteración del criterio vertido en los casos N.º 1648 y N.º 1650, relativos a una controversia que involucraba a nuestro país en el año 1993. En los informes correspondientes, el Comité hizo referencia al artículo 82 del Decreto Ley N.º 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que indicaba que los casos de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben figurar en la relación entregada por el empleador serán resueltos por la Autoridad de Trabajo. Sobre esto, indicó que la legislación debería prever que dicha divergencia sea resuelta por un órgano independiente (OIT, 1993).

En el año 2015, a raíz de otra queja contra el Perú, el CLS indicó que la ilegalidad de la huelga debe ser declarada por un órgano imparcial e independiente de las partes, y que eso debería estar recogido en la legislación del país.

En nuestro caso, en 1992 fue promulgado el Decreto Ley N.º 25593, Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. El artículo 82 de esta norma recogía que cuando la huelga afecte servicios públicos esenciales o indispensables para la empresa cuya paralización ponga en peligro a las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impida la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga, se deberá garantizar la permanencia del personal indispensable para evitar lo anterior y continuar con las actividades.

Para garantizar la referida permanencia de personal indispensable, las empresas que prestaban estos servicios esenciales debían comunicar anualmente a sus trabajadores (u organización sindical) y a la Autoridad de Trabajo: el número y ocupación de los trabajadores necesarios, los horarios y turnos que deban cumplir, y la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. En caso de producirse la huelga, los trabajadores o la organización sindical debían proporcionar la nómina respectiva; y los casos de divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben figurar en la relación, eran resueltos por la Autoridad de Trabajo. En ese sentido, puede señalarse que estábamos ante un modelo heterónimo público debido la entidad estatal resolvía la controversia sobre el número de trabajadores y los puestos que debían mantenerse en un escenario de huelga.

El artículo 68 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N.º 011-92-TR, indicaba que quien resolvía la divergencia era la Autoridad de Trabajo o el Instituto Nacional de Administración Pública, según correspondiese. Sin embargo, en el año 2006, dicho artículo fue sustituido por el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 013-2006-TR, que señalaba que la Autoridad de Trabajo designaría a un órgano independiente para que lo determine, cuya decisión sería asumida como propia por la Autoridad de Trabajo a fin de resolver dicha divergencia.

De acuerdo con lo expuesto, pareciera ser que la legislación cambió para acoger un modelo heterónimo privado debido a que se ha regulado la existencia de un órgano independiente que debía pronunciarse sobre la divergencia. Es importante anotar que la decisión final la tiene la Autoridad Administrativa de Trabajo, pero la propia norma indica que la decisión del órgano independiente es asumida como propia por el órgano estatal. Así, estaríamos ante un modelo heterónimo que es for-

malmente público pero que en la realidad es uno privado, ya que la entidad estatal solo se limitaría a recoger lo indicado por el órgano independiente.

La posición de la Organización Internacional del Trabajo es clara respecto a quién debe ser el que determine el número y ocupación de los trabajadores que no podrán ejercer su derecho a la huelga en tanto son necesarios para cumplir con los servicios esenciales. Como hemos podido notar, se ha indicado repetidamente que no podrá ser el propio Estado el que resuelva en este tipo de controversias, sino que lo óptimo es que este rol lo adopte un tercero, entendiéndose ello como una forma de evitar injerencias en el ejercicio del derecho a la huelga de los trabajadores.

El CLS ha recalcado que

un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga. (OIT, 2015)

Así, si bien es necesario que se determine el grupo de trabajadores que prestará los servicios mínimos, una controversia posterior respecto al desarrollo concreto de la huelga y su vinculación con la obligación de laborar será resuelta solo por el Poder Judicial.

5. Sobre el nuevo criterio respecto a la procedencia de la huelga

El artículo 73 del TUO de la LRCT establece los requisitos que debe cumplir la organización sindical de forma previa a la declaración de huelga. Estos serían: que tenga por objeto la defensa de los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores; que la decisión sea adoptada de acuerdo a los estatutos y represente la voluntad mayoritaria de los trabajadores del ámbito; y que sea comunicada al empleador y a la Autoridad de Trabajo con un mínimo de cinco días útiles de antelación o con diez días tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación y que la negociación colectiva no haya sido sometida a arbitraje.

Al respecto, la comunicación que se debe realizar al empleador está sujeta a diferentes exigencias según el artículo 65 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Entre estas se encuentra la presentación de la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando, tratándose de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley (literal c) del artículo en mención. El artículo 74 del TUO de la LRCT señala que la Autoridad de Trabajo se pronuncia sobre la procedencia de la huelga dentro de los tres días útiles de recibida la comunicación.

Como hemos indicado previamente, puede existir controversia en torno a la nómina presentada por el empleador al inicio del año. Por tanto, de seguir pendiente de resolver un procedimiento de divergencia podría considerarse incumplido el requisito señalado en el artículo 65 del Reglamento de la LRCT si el sindicato pre-

sentaba una nómina distinta y, por ende, la huelga debía declararse improcedente. Ese es el criterio que ha tomado la Autoridad Administrativa de Trabajo durante largo tiempo.

Por ejemplo, en la Resolución Directoral General N° 0061-2018-MTPE/2/14, de fecha 6 de abril de 2018, la Dirección General de Trabajo señaló que «en tanto dicho procedimiento no ha sido resuelto aún, corresponde al Sindicato acompañar a la comunicación de la huelga, una nómina que atienda a la comunicación de la empresa contenida en la carta [...]». En tal sentido, el requisito se entendía como no cumplido. Más aun, se solía tomar en consideración que la justificación realizada por el sindicato (es decir, un descarte justificado de los puestos señalados por la empresa), además debía demostrar que, para ciertos puestos, solo podía dotar el número de trabajadores que presentaba en su nómina.⁶

En el caso en que se resuelve con un nuevo criterio sobre la procedencia de la huelga, no se cumplió con la comunicación que debía realizar el sindicato ni con lo establecido en los literales 'b', 'c' y 'e' del artículo 65 del Reglamento de la LRCT, por lo que la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE)⁷ declaró la improcedencia de la huelga, mediante Resolución Directoral General N° 0061-2018-MTPE/2/14 de fecha 6 de abril de 2018.

Ante la interposición del recurso de reconsideración por parte del sindicato, la Dirección General de Trabajo del MTPE declaró fundado en parte el recurso mediante Resolución Directoral General N° 0074-2018-MTPE/2/14. Se señaló que, debido a que a la fecha existía un procedimiento de divergencia sobre el número de servicios esenciales cubierto por la huelga en trámite, no se podía asumir el incumplimiento por parte del sindicato. No obstante, se declaró improcedente por el incumplimiento de los otros requisitos.

Este caso es particular debido a que el criterio que determinó que no existió un incumplimiento por parte del sindicato al declarar la huelga, es realmente novedoso. En ese sentido, es pertinente resaltar las implicancias del actual y del antiguo razonamiento en la resolución de las declaratorias de huelga.

Como se ha señalado, según el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la comunicación que declara la huelga debería adjuntar la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando por ser trabajadores de servicios esenciales y del caso previsto en el artículo 78 de la Ley. Sin embargo, con la resolución que resuelve el caso relatado se adoptó un nuevo criterio. Al determinar que el requisito referido a la nómina de los trabajadores que deben seguir laborando no podía ser cumplido en tanto hubiese un procedimiento de divergencia que estuviese

⁶ Esto puede apreciarse en la Resolución Directoral General N° 069-2018-MTPE/2/14, de fecha 11 de abril de 2018.

⁷ Competente en virtud del literal 'e' del artículo 3 del Decreto Supremo N° 017-2012-TR:

«Artículo 3.- De las competencias territoriales del gobierno nacional

La Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resuelve en instancia única los supuestos que se detallan a continuación, siempre que éstos sean de alcance supra regional o nacional: [...]

e) La declaratoria de improcedencia o ilegalidad de la huelga».

pendiente de resolver, se daba protección al ejercicio del derecho a la huelga por parte de los trabajadores.

En la resolución que resuelve el recurso de revisión interpuesto por el sindicato, se señala que, en ese contexto, deberá procederse bajo parámetros de razonabilidad. Por ello, se tienen como fuentes de información a la propia comunicación de puestos indispensables realizada por el empleador y la propuesta del sindicato, las divergencias resueltas previamente, los acuerdos anteriores entre las partes, etc. Se indicó que la evaluación que debe realizar la Autoridad Administrativa del Trabajo no puede limitarse a comparaciones numéricas, sino a la existencia de una justificación razonable. En el caso en cuestión no se podía ver sustento técnico para el número señalado por la empresa o por el sindicato, en virtud de lo cual no existía una justificación razonable para limitar el ejercicio del derecho a la huelga, por lo que el requisito no se considera incumplido. No obstante, se aclara que ese pronunciamiento no supone que la Autoridad Administrativa de Trabajo haya validado la nómina del sindicato.

El mismo criterio es reiterado en la Resolución Directoral General N° 0095-2018-MTPE/2/14, de fecha 10 de mayo de 2018, en un caso en el que la empresa presentó un informe vinculado incluso a su proceso productivo, pero no determinó cuáles eran los riesgos de la no realización de los servicios que consideraba indispensables en estricta relación con los puestos que asignaba para garantizar la continuidad de esos servicios. Así, tampoco en este caso era posible determinar que existía un incumplimiento por parte del sindicato.

En la Resolución Directoral General N° 0098-2018-MTPE/2/14, de fecha 16 de mayo de 2018, se indicó que no debe perderse de vista que las comparaciones numéricas no incluyen solo a personal afiliado o huelguista, sino también al no afiliado o no huelguista en vista de que el mantenimiento de los servicios indispensables ocurre dentro de la empresa. De esta forma, los últimos mencionados podrían también cubrir los servicios necesarios. En este caso tampoco se había justificado si la no continuidad de dichos servicios indispensables involucraba o no la puesta en peligro de las personas, la seguridad o la conservación de los bienes, o el impedimento a la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa.

La Resolución Directoral General N° 0106-2018-MTPE/2/14, de fecha 25 de mayo de 2018, que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral General N° 0098-2018-MTPE/2/14, toma en consideración la nómina del año 2014 que fue convenida por ambas partes y señala que ese es un parámetro objetivo sobre el que debió realizarse el análisis. En este caso, debe verificarse si el total de puestos de diferencia entre lo acordado con anterioridad y la nómina adjuntada por el sindicato puede ser cubierto por personal no sindicalizado, o si al materializarse la huelga se constata que esos puestos no fueron cubiertos. De situarnos en este último supuesto, la huelga devendría en ilegal.

Entre las resoluciones analizadas, llama la atención un argumento esgrimido por la empresa que cuestionaba la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Se arguyó que al determinarse que no existía incumplimiento del requisito a pesar de ser exigible para declarar la procedencia de la huelga, se vulneraría el principio de legalidad y tipicidad. Al respecto, es necesario indicar que, si bien la Adminis-

tracción se guía por esos principios, no puede dejar de lado los otros recogidos en el ordenamiento jurídico. En lo relacionado al Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, es posible indicar que este recoge también principios como el de razonabilidad.⁸

Sobre este último, es necesario señalar que en las decisiones que toma la autoridad administrativa debe existir proporción entre los medios a emplear y los fines públicos a tutelar. Ante la carencia de justificación respecto a la afectación que efectivamente originaría que los trabajadores no asistieran a laborar a la empresa, cabe resguardar el ejercicio del derecho a la huelga. Una postergación de este tendría como efecto que los trabajadores no pudiesen defender sus derechos o exigir lo que consideran les corresponde. Por ello, frente a esa disyuntiva, la Administración ha determinado que, ante la imposibilidad de exigir un número exacto, se prefiera el ejercicio del derecho a la huelga.

En este punto no podemos dejar de mencionar la figura del abuso de derecho, proscrita en el artículo 103 de la Constitución.⁹ El ejercicio abusivo del derecho se manifiesta cuando no se respetan los límites que tiene un derecho en ejercicio: objetivos (cuando no puede pasar los límites que la ley señala) y subjetivos (cuando debe perseguir con su ejercicio una finalidad social o económica compatible con la razón y el fundamento de la norma que garantiza ese derecho) (Cuentas, 1997, p. 465). Asimismo, como sostiene Espinoza, este es un «principio jurídico derivado del principio de la buena fe que consiste en no admitir el ejercicio irregular de un derecho que lesione legítimos intereses» (2011, p. 103). En el mismo sentido, Díez-Picazo señala que se encuentra relacionado con el «repudio o el rechazo de la obtención o del intento de obtención de un resultado contrario al ordenamiento jurídico positivo, que busca, sin embargo, su apoyo o su cobertura en el propio ordenamiento» (1992, p. 13).

En el caso que nos ocupa, podríamos estar ante un uso abusivo del derecho por parte del empleador si es que éste determinara un número excesivo de trabajadores para cubrir los servicios mínimos, y además la Administración determinara que, debido a que aún no se resuelve la divergencia, el sindicato no cumpliría con el requisito para la procedencia de la huelga.

8 «1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido».

9 «Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las 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 efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho».

6. Sobre la modificación del procedimiento de divergencia

Considerando las circunstancias descritas, el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo fue modificado por el Decreto Supremo N° 009-2018-TR el 15 de septiembre de 2018. Esta norma regula el procedimiento de divergencia establecido en el artículo 67 y 68, además de incorporar los artículos 68-A y 68-B.

En el artículo 67 de la referida norma se establece que las empresas o entidades comunican en enero de cada año, el número y ocupación de los trabajadores para los servicios mínimos, los horarios y turnos, la periodicidad y la oportunidad en que deban iniciarse por cada puesto. Esta comunicación, que sigue haciéndose llegar a sus trabajadores u organización sindical además de a la Autoridad Administrativa de Trabajo, se acompaña ahora de un informe técnico que justifique:

- (i) En el caso de los servicios públicos esenciales, la preservación de la seguridad, la salud, la vida o el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población.
- (ii) En el caso de los servicios indispensables en la empresa, la relación con la seguridad de las personas y de los bienes o el impedimento de reanudación inmediata de actividades luego de concluida la huelga.

Sobre este punto, cabría indicar que la referencia a la «preservación de la seguridad, la salud, la vida» y a «el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población», podría dar a entender que estamos ante dos nuevos supuestos; sin embargo, estas frases deberían ser interpretadas como una reiteración de este supuesto.

Se ha señalado que para la OIT un servicio esencial será aquel que pudiese poner en peligro la vida, seguridad o salud de las personas. En tal sentido, señalar que para que un servicio mínimo sea considerado como tal deberá presentarse una justificación relacionada con el sostenimiento de las condiciones normales de existencia de la población, debería ser una nueva circunstancia regulada. Esta segunda frase podría hacer alusión a una «crisis nacional aguda» recogida por la OIT, que ocurre cuando la extensión y duración de la huelga generan un peligro para la sociedad. Solo alude a supuestos excepcionales; por ejemplo, un golpe de Estado que ha dado lugar a la declaración de estado de emergencia, conflictos graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural (OIT, 2006, p. 131); y la prohibición es por un periodo limitado y solo cuando sea realmente necesaria para hacerle frente a tal situación (OIT, 2000, p. 25).

De acuerdo con lo expuesto, si una crisis nacional aguda se produce en virtud de la extensión y duración de la huelga, el análisis realizado sería posterior a la propia realización de la huelga. Por ello, no sería razonable establecer una nómina a inicios de año con miras a una situación que no se conoce ni siquiera si ocurrirá y que por tanto no podría justificarse. Aunque sí es posible establecer como una limitación al derecho de huelga una situación de crisis nacional aguda, esta situación no podrá ser establecida como tal en un requisito previo para la procedencia de la huelga ya que, reiteramos, el análisis acerca de la configuración de esta situación sería necesariamente posterior al propio ejercicio del derecho de huelga.

Así, debería entenderse que no estamos ante un supuesto nuevo, sino que, en términos prácticos, solo es una reafirmación del supuesto de servicios públicos esenciales recogido previamente. Entender lo contrario implicaría interpretar una norma con una limitación tal que podría tornar impracticable la huelga, en tanto podría señalarse que la nómina no es la que corresponde ya que podría ocurrir una crisis nacional aguda. En tanto este impedimento carecería de sentido al regularse de esta forma, deberá entenderse que solo está regulado el impedimento referido al peligro de la vida, la seguridad o la salud de las personas.

Además de lo anterior, si el empleador no presenta el listado de servicios mínimos acompañado del informe técnico, la Autoridad Administrativa de Trabajo para su decisión toma en cuenta el siguiente orden de prelación: «(i) acuerdo de partes o resolución de divergencia inmediata anterior, o (ii) última comunicación de servicios mínimos del empleador, de acuerdo al informe técnico correspondiente» (Decreto Supremo N° 009-2018-TR, 2018). Siendo que la situación de la empresa es cambiante, no parece muy adecuado determinar que la nómina es la correspondiente a una situación anterior ya que eso podría perjudicar tanto al empleador como al sindicato.

Una posibilidad sería la de verificar, al término del plazo, que los empleadores hayan enviado su nómina, a efectos de evitar que esta se configure con información que no se condice con la realidad. Esto también toma en consideración que la propia norma señala que, en el caso de los servicios públicos esenciales, se admite la presentación extemporánea de la comunicación si es que los trabajadores aún no han comunicado que se realizará una huelga. En caso ocurra primero una comunicación de huelga, se aplicará lo previamente indicado. Es criticable que no se haya explicado por qué la presentación extemporánea solo estaría permitida para los servicios públicos esenciales y no para los servicios indispensables de la empresa, ya que ello podría impedir la seguridad de las personas y de los bienes o el impedimento de reanudación inmediata de actividades luego de concluida la huelga.

Por otro lado, no se ha determinado si podrá establecerse un proceso de divergencia cuando el empleador no haya presentado la nómina correspondiente. No se indica si la contradicción se realizaría respecto del acuerdo de partes, la resolución de divergencia o la comunicación sobre servicios mínimos anteriores, sino únicamente que, ante la falta de presentación de la nómina, se elegirá una de las tres opciones. Entonces, no parece dar cabida a que se inicie una contradicción sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben prestar los servicios mínimos.

Entonces, estamos ante una norma que dispone cómo se resolverá en caso de que no se presente la nómina. Esto podría ser utilizado por el empleador, en tanto es quien debe presentar la relación de trabajadores que deben prestar el servicio mínimo. De esta forma, si considera que le es conveniente la nómina aceptada con anterioridad, podría no presentar información actualizada para que el sindicato no tenga oportunidad de contradecir la misma. Por lo tanto, se estaría obviando la posibilidad de iniciar un procedimiento de divergencia y de discutir el número de trabajadores impedidos de ejercer su derecho a la huelga. Estaríamos ante una restricción que no guarda sustento ni se condice con la regulación tanto nacional como internacional.

Anteriormente solo estaba regulado que las empresas o entidades comunicaran el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los

servicios, los horarios y turnos, así como la periodicidad en que deban producirse los respectivos reemplazos. Esta nueva regulación permite que se tenga un sustento técnico por parte de la empresa, salvaguardando el ejercicio del derecho a la huelga de quienes no son necesarios para la continuidad en las actividades de la empresa. Se permite tener más información para resolver ante un posible procedimiento de divergencia.

Con la reciente modificación, se han regulado los plazos de todo el procedimiento de divergencia, así como el detalle de la actuación de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Por ejemplo, se establece que luego de comunicados los servicios mínimos, los trabajadores u organización sindical tienen no más de 30 días naturales para poder comunicar sus observaciones. Asimismo, la designación del órgano independiente debe llevarse a cabo por la Autoridad Administrativa de Trabajo en un plazo no mayor de diez días hábiles. Es de destacar la conveniencia de tener lapsos establecidos en tanto esto permite tener previsibilidad con respecto a cuándo terminaría el procedimiento y para poder exigir a la Administración que se cumpla.

De todo lo anterior se percibe que quedan pendientes asuntos por resolver. Entre estos, se encuentra la interrogante de qué pasaría si efectivamente se ocasiona un perjuicio al empleador debido a que no se cumplió el número de trabajadores determinado por este, o si es posible que la diferencia entre el número propuesto por las partes no sea cumplido por el sindicato pero sí reemplazado a través de contrataciones temporales.

7. Modificatoria del TUPA

El Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 016-2006-TR, recoge el procedimiento de «Divergencia sobre el número y ocupación de los trabajadores que deben laborar en servicios públicos esenciales y en servicios indispensables durante la huelga» (número 12). Una las características relevantes de este procedimiento es que opera el silencio administrativo negativo en caso de que no se haya resuelto en el tiempo establecido por la norma. Este plazo solía ser de 30 días hábiles, pero en el año 2017, con la modificación contemplada en la Resolución Ministerial N° 107-2017-TR, se disminuyó a 15 días. Sin embargo, en vista de las modificaciones expuestas anteriormente, debería cambiarse tal plazo por cuanto la solicitud realizada por el sindicato tiene otro tratamiento en la actualidad.

El inconveniente de haber regulado el silencio administrativo negativo es que al estar ante un conflicto respecto del número de trabajadores que deben laborar por ser necesaria la prestación de un servicio público esencial o indispensable en la empresa, es de suponer que la incorrecta determinación de esa cifra sería una afectación al ejercicio del derecho a la huelga. Este límite de tiempo solo tendría como justificación la demora en resolver siempre que lo correcto haya sido señalado por el empleador o el sindicato, caso en el cual no nos encontraríamos ante un fundamento válido para dicha vulneración.

Como se indica en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes (artículo 197). De esta forma, luego de transcurridos los días contemplados en el TUPA sin tener resuelto el procedimiento de divergencia, el sindicato podría impugnar el acto administrativo ficticio que denegaba su solicitud o iniciado el proceso judicial correspondiente. Consecuentemente, la afectación al derecho a la huelga podría prolongarse en tanto se inicia un nuevo plazo, ya sea para que resuelva el superior jerárquico o el juez.

En virtud de ello, es pertinente que la administración haya considerado como cumplido el requisito de presentación de la nómina correspondiente en tanto el plazo para dilucidar el conflicto es extenso, y esperar a tener una resolución del caso en concreto implicaría que podríamos estar ante una grave vulneración del derecho a la huelga.

8. Conclusiones

De acuerdo con lo señalado previamente, podemos extraer conclusiones como las siguientes:

- El derecho a la huelga permite a los trabajadores exigir una mejora de sus condiciones laborales a través de la suspensión de sus servicios. Sin embargo, este derecho tiene límites como, entre otros, el vinculado a los servicios mínimos.
- En el tema de los servicios mínimos pueden presentarse conflictos en torno a la nómina de trabajadores, que son resueltos en un procedimiento de divergencia. El Perú adopta un modelo heterónomo formalmente público pero fácticamente privado, ya que la entidad estatal decide con base en lo indicado por el órgano independiente.
- Si bien con anterioridad se declaraba improcedente una huelga si el sindicato no había presentado la nómina del empleador por estar pendiente de resolverse el procedimiento de divergencia, actualmente se entiende cumplido ese requisito.
- La modificación tiene aspectos positivos como el establecimiento de plazos, pero también negativos como lo es el hecho de que no queda claro qué ocurre cuando el empleador no presenta el listado de servicios mínimos dentro del plazo.
- El uso del silencio administrativo negativo ante la falta de respuesta de la administración podría prolongar la afectación al derecho de huelga. Esto es un motivo más para señalar como positivo el cambio de criterio sobre la procedencia de la huelga.
- Finalmente, es necesaria la modificación del TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo debido al cambio reciente en la normativa.

Referencias

- Aníbal, L. (2008). Algunos aspectos de la huelga en estos tiempos. *Revista Científica Equipo Federal del Trabajo*.
- Baylos, A. (2009). *Sindicalismo y derecho sindical*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Boza, G. (2011). *Lecciones del derecho del trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Cortés, J. (1993). La huelga en los servicios esenciales y el Decreto Ley 25593. *Themis*, 26.
- Cuentas, E. (1997). El abuso del derecho. *Revista de Derecho PUCP*.
- Díez-Picazo, L. (1992). El abuso de derecho y el fraude de la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. *Ius et Veritas*, 5-14.
- Espinoza, J. (2011). *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Grijley.
- Meléndez, W. (2012). El derecho a la seguridad social y a la libertad de acceso a la salud y pensiones. *Diálogo con la Jurisprudencia*.
- Morón, J. (2013). La visión jusadministrativa de la huelga en los denominados servicios públicos esenciales. *Ius et Veritas*.
- Neves, J. (2016). *Derecho colectivo del trabajo: un panorama general*. Lima: Palestra Editores.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1993). *Informe provisional*. Informe número 291. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902424#T
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1994). *Informe definitivo*. Informe número 292. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902511#1
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2000). *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT (2003). *Observación (CEACR). Adopción: 2002, Publicación: 91ª reunión CIT*. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2220502
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2006). *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra. Obtenido de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090634.pdf
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2011). *Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación* – Informe número 362. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:70006:0::NO:70006:P70006_COMPLAINT_TEXT_ID,P70006_PARAGRAPH_NO:2912582,1039
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2015a). *Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación - Informe núm. 376*. Recuperado el 5 de Diciembre de 2018, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:70006:0::NO:70006:P70006_COMPLAINT_TEXT_ID,P70006_PARAGRAPH_NO:3254263,890

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2015b). *Informe en el que el Comité pide que se mantenga informado de la evolución de la situación*. Recuperado el 29 de Noviembre de 2018, de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=1000:70006:0::NO:70006:P70006_COMP-LAINT_TEXT_ID,P70006_PARAGRAPH_NO:3237739,213

Organización Internacional del Trabajo – OIT. (diciembre 5, 2018). *Preguntas y respuestas sobre las empresas y la negociación colectiva*. Obtenido de https://www.ilo.org/empent/areas/business-helpdesk/faqs/WCMS_151854/lang--es/index.htm

Sala, T. (2013). *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú. 12 de agosto de 2005).

Sentencia recaída en el Expediente N° 00026-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú. 28 de abril de 2009).

Vidal, M. (2004). Los límites internos del derecho a la huelga y al visión del ordenamiento laboral peruano. *Revista Foro Jurídico*.

Villavicencio, A. (2007). *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*. Fundación de Cultura Universitaria.

Normas

Decreto 272/2006, Reglamentación a la que quedan sujetos los conflictos colectivos de trabajo que dieren lugar a la interrupción total o parcial de servicios esenciales o calificados como tales en los términos del artículo 24 de la Ley N° 25.877, Información Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 10 de marzo de 2006. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=114579>

Decreto 1095/2017, Modificación del Decreto N° 272/2006, Información Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 22 de diciembre de 2017. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/305000-309999/305109/norma.htm>

Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, 26 de junio de 1992.

Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 17 de marzo de 2017.

Decreto Supremo N° 009-2018-TR, Decreto Supremo que modifica los Artículos 67 y 68 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, e incorpora en él los Artículos 68-A y 68-B; referidos a la comunicación de servicios mínimos en caso de huelga y el procedimiento de divergencia, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 14 de setiembre de 2018.

Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 30 de setiembre de 2003.

Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 14 de octubre de 1992.

Decreto Supremo N° 013-2006-TR, Sustituyen artículos del D.S. N° 011-92-TR que aprobó el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 7 de julio de 2006.

Ley 25.877, Derógase la Ley N° 25.250 y sus normas reglamentarias, Información Legislativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 18 de marzo de 2004. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/93595/norma.htm>

Vuelta de tuerca en la discusión sobre la negociación colectiva en el sector público

Kenny Díaz Roncal
Profesor de Derecho del Trabajo de la PUCP.
Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la PUCP

1. Introducción

El presente trabajo justifica la restricción de la negociación colectiva en materia económica en el sector público, debido a que afecta el instituto jurídico de la carrera administrativa. Este último no solo comprende una estructura burocrática conocida como escalafón, sino que también se ve complementado por un correspondiente sistema único de remuneraciones. Estos dos componentes aseguran que la fuerza laboral del sector público tenga niveles preestablecidos, cada uno de ellos con una banda salarial específica.

De esta forma, los empleados públicos podrán ascender en la carrera y, consecuentemente, acceder a una mejora salarial. Todo ello, gracias al principio de mérito que promueve que los servidores públicos se capaciten y tengan un mejor rendimiento laboral. Inclusive, es posible sustentar que la carrera administrativa es una herramienta en la lucha contra la corrupción en el acceso a la función pública, en tanto democratiza los criterios y permite que los más idóneos asuman las plazas públicas. Por estas razones consideramos que la carrera administrativa es la piedra angular del Empleo Público pues activa el engranaje para satisfacer el interés general.

Es una garantía que, como desarrollaremos más adelante, no solo satisface los mismos derechos subjetivos que la negociación colectiva pretende (aumento salarial), sino que también genera beneficios en cadena que llegan al ciudadano (un servicio público más eficiente). En ese escenario, el reconocimiento paralelo de la negociación colectiva en materia económica deformaría tal mecanismo pues afectaría la estructura remunerativa, a la vez que sería un desincentivo para la capacitación y el rendimiento de los servidores públicos, toda vez que los aumentos salariales mediante negociación colectiva no se otorgan en base al mérito.

Por todo ello, consideramos que en ordenamientos jurídicos que cuenten con carrera administrativa, conforme a lo señalado previamente, se justifica la regulación diferenciada de los derechos y obligaciones de los trabajadores del sector público y los del sector privado. En sentido contrario, ahí donde no exista carrera administrativa no habrá fundamento para la restricción de derechos subjetivos como la negociación colectiva con contenido económico.

Tomando en cuenta lo mencionado en el párrafo previo, el presente trabajo llega a la conclusión que, desde una mirada fáctica, actualmente en el Perú no podríamos

restringir el derecho en mención pues es el único instrumento por medio del cual los servidores públicos pueden lograr incrementos salariales.

2. La negociación colectiva en el sector público desde una mirada histórica

En el presente acápite abordaremos la materia desde una aproximación histórica. Por un lado, analizaremos la línea de tiempo normativa; por otro, la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo en la administración pública en los últimos años. Gracias a ello podremos determinar lo siguiente: i) el legislador ha regulado el Empleo Público y el Derecho del Trabajo en el sector privado en cuerdas separadas, esto incluye los derechos individuales y colectivos; y, ii) en lo que respecta a los derechos colectivos en especial, la estadística devela que se han llevado a cabo negociaciones colectivas con contenido económico a pesar de la tendencia restrictiva de la legislación.

2.1. Legislación diferenciada

2.1.1. Decreto Ley N.º 11377: ley del Escalafón del Servicio Civil

En 1950 se emitió la primera norma que buscó estructurar la fuerza laboral del sector público en una burocracia profesionalizada, cuyo eje principal fuese el mérito (tanto para el acceso como para la progresión). Nos referimos al Decreto Ley N.º 11377¹, el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, norma que si bien tenía un objetivo loable, no reguló un sistema único de remuneraciones que justificara la restricción a derechos subjetivos como la negociación colectiva.

En efecto, la norma antes citada estableció una carrera administrativa en base a tres categorías (Oficial, Auxiliar y Ayudante), cada una de ellas con determinados niveles. Además, prescribió que los empleados de igual categoría percibirían obligatoriamente el mismo sueldo básico y se restringió la posibilidad de que los empleados públicos puedan percibir asignaciones o gratificaciones distintas a las previstas en el presupuesto de cada sector.

No obstante ello, como se ha adelantado, el problema con la regulación del Decreto Ley N.º 11377 es que no reguló un sistema único de remuneraciones como complemento de la carrera administrativa. Esto quiere decir que no existía una estructura remunerativa que acompañe los niveles de la carrera administrativa, por tanto la norma no regulaba un procedimiento claro para el otorgamiento de aumentos salariales. Esta reglamentación recién se fue dando paulatinamente en los años 1969 (Decreto Ley N.º 17876), 1972 (Decreto Ley N.º 17876) y 1978 (Decreto Ley N.º 22404).

1 Emitido durante la Junta Militar de Gobierno presidida por Manuel A. Odría. Para efecto del presente trabajo, superaremos la discusión acerca de si se trató de una fuente normativa legítima para cumplir con el mandato delegado por el Constituyente.

A pesar de dicha carencia, el artículo 49 del Decreto Ley N.º 11377 restringió el derecho a la negociación colectiva de manera absoluta. Ello, en virtud de la escueta regulación constitucional que le servía de marco: el artículo 43 de la Constitución Política del Perú de 1933 establecía que el Estado era el competente para legislar el contrato colectivo de trabajo.

De esta manera, el Decreto Ley N.º 11377 Estableció que las asociaciones de empleados públicos estaban *“prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga”*.

2.1.2. Decreto Supremo N.º 003-82-PCM: servidores públicos tendrán derecho a constituir sus organizaciones sindicales

Con la Constitución Política de 1979, se incorporó de manera expresa la regulación de un sistema único que homologue las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado (artículo 60 de la Constitución Política de 1979). Justamente aquello de lo que carecía el Decreto Ley N.º 11377 que estableció la carrera administrativa. Además, al igual que su predecesora, el artículo 59 la Constitución mencionada estableció que *“La ley regula lo relativo al ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos”*. De esta manera, tanto la regulación de la carrera administrativa como el sistema único de remuneraciones se encontraban dentro de la mencionada competencia delegada.

No obstante ello, a pesar de que la remisión se dirigía al Congreso de la República, fue el Poder Ejecutivo quien nuevamente reguló los aspectos referidos a la negociación colectiva en el sector público. Esta vez lo hizo por medio del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM, cuyo considerando indicaba que era necesario dictar las normas de aplicación del Convenio N.º 151 de la OIT, sobre relaciones de trabajo en la Administración Pública.

El Decreto Supremo N.º 003-82-PCM cambió la restricción total de la libertad sindical, a una parcial. Modificó el enfoque propuesto por el Decreto Ley N.º 11377 que impedía el ejercicio total de la libertad sindical, y reconoció que los servidores públicos sujetos al sistema único de remuneraciones podían constituir sindicatos. En lo que respecta específicamente a la negociación colectiva, mediante el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM el gobierno adoptó un método alternativo a dicho mecanismo, un supuesto habilitado por el Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978 (núm. 151), de la Organización Internacional de Trabajo.

Si bien décadas atrás se había ratificado los Convenios 87 y 98, sobre libertad sindical y negociación colectiva, respectivamente, el Convenio 151 aborda la materia en el ámbito del sector público, por lo que deviene en la normativa especial. Así, el artículo 7 del referido Convenio, dedicado a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo, establece que:

Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de

empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

Sobre la base de dicha normativa internacional, el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM estableció el derecho de consulta. El artículo 22 de la norma nacional citada estableció un proceso para la elaboración o modificación del sistema único de remuneraciones, en base al cual el Poder Ejecutivo debía realizar las consultas debidas a las organizaciones sindicales mayoritarias en cada repartición². Dicho proceso permitía que las organizaciones sindicales mayoritarias presenten su pliego de peticiones y, como consecuencia de ello, se constituya una comisión paritaria para evaluar el mismo.

Para las coordinaciones conducentes a la modificación del sistema único de remuneraciones, la norma bajo comentario ordenó la creación de una Comisión Nacional de Consulta de los servidores públicos³. Esta Comisión adscrita al Poder Ejecutivo sería el punto de contacto final con el Poder Ejecutivo, en tanto se encargaría de recibir y evaluar las peticiones aprobadas por cada comisión paritaria, al interior de cada repartición.

El flujo establecido para el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM empezaba con la presentación del pliego de peticiones por parte del sindicato mayoritario, al titular de la respectiva repartición. Este último procedía a convocar una comisión paritaria. Esta comisión estaba integrada por 4 representantes del sindicato mayoritario, 4 de la repartición, 1 representante del titular de la repartición, quien la presidiría. Si no se llegaba a arreglo mediante tal comisión, el titular de la repartición enviaba el caso a una Comisión Técnica para su evaluación.

El documento final de las coordinaciones al interior de la comisión paritaria era, finalmente, enviado a la Comisión Nacional de Consulta de los servidores públicos. Este procedimiento buscaba democratizar el sistema de producción de estructura remunerativa en el sector público, logrando una alternativa incluso más eficiente que la misma negociación colectiva. Ello es así puesto que la propuesta del Poder Ejecutivo con este método alternativo no requería la participación del Congreso de la República, como sucede al día de hoy en donde los pactos colectivos deben incorporarse finalmente en la Ley de Presupuesto Público.

En otras palabras, el método alternativo propuesto por el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM supera el problema de eficacia que padecen los convenios colectivos en el sector público. Actualmente, cuando se arriba a convenios colectivos con impacto económico, hay una serie de obstáculos que impiden la eficacia de los mismos en la Administración Pública. Participan terceros ajenos a las partes negociales

2 El artículo 2 del Decreto Ley N.º 11377 estableció que:

Artículo 2. *Para los efectos de esta ley se denomina genéricamente “Repartición”:*

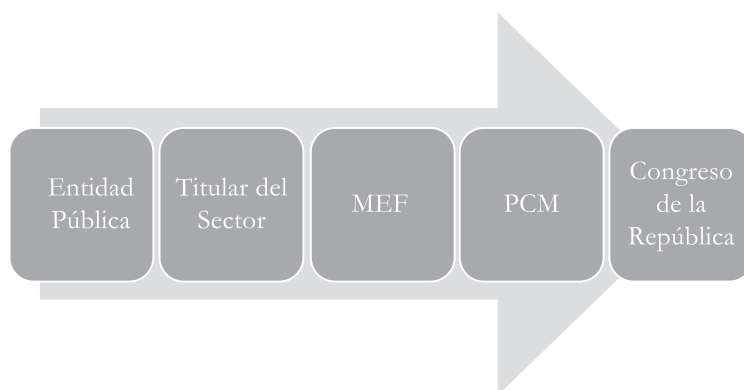
- a) *En el Poder Ejecutivo, a cada Ministerio sin perjuicio de las excepciones que establezca el Reglamento.*
- b) *Las Municipalidades;*
- c) *Las entidades fiscales, fiscalizadas y todas aquellas que realicen alguna función estatal.*
- d) *En las Sociedades de Beneficencia Pública a cada ramo con autonomía administrativa.*

3 Se integraba por 2 representantes del Ministerio de Economía, Finanzas y Comercio, 2 representantes del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2 del Instituto Nacional de Administración Pública. Esta último ejercía de secretaría técnica

que tienen la facultad de negar o aprobar (en este último caso, parcial o totalmente) los pactos colectivos.

Recordemos que las negociaciones colectivas en el sector público se dan a nivel de entidad, esto genera que puedan existir tantas negociaciones como tantas entidades públicas haya. De esta manera, cada pacto colectivo será incluido en la propuesta de presupuesto del siguiente año que elabora la entidad, para que se pueda ejecutar lo pactado con posterioridad. Sin embargo, como todas estas entidades responden a un sector determinado, los pactos colectivos deberán luego integrarse en la propuesta económica del sector.

Esta última propuesta del sector es enviada al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) que centraliza todas las propuestas y elabora un anteproyecto de ley, el mismo que remite a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Finalmente, PCM presenta el proyecto al Congreso de la República en donde, posteriormente, se sustenta el mismo. En el siguiente gráfico se resume el flujo antes mencionado:



En cada uno de los tramos antes mencionados, la propuesta de la entidad pública podría sufrir alteraciones, lo cual pondría en riesgo la eficacia del convenio colectivo que depende de dicha aprobación. Y en el punto final de dicho flujo, el Congreso de la República podría priorizar otras materias que terminen por negar la vigencia de los convenios colectivos, al no otorgarle el presupuesto requerido a las entidades públicas para cumplir con sus obligaciones. Ya en esa última etapa estamos frente a otro tipo de reto, hay una sustentación del pliego ante el Congreso, por parte de los Ministros, que exige una capacidad de gestión que nada tiene que ver con la negociación colectiva.

Frente a este sistema que pone en riesgo constante la vigencia de los pactos colectivos, el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM establecía un método alternativo para negociar directamente con el Poder Ejecutivo la modificación del sistema único de remuneraciones. Era un camino distinto pero que llegaba al mismo puerto, la posibilidad de mejorar las condiciones económicas de los servidores públicos. Y lo hacía de una manera más eficiente puesto que no requería del flujo antes mencionado por el que transitan los convenios colectivos actualmente para poder ejecutarse.

Este procedimiento de aprobación directa por parte del Poder Ejecutivo estaba reconocido en las propias leyes de presupuesto, las mismas que establecían que este poder del Estado tenía competencia para aprobar una nueva escala remunerativa

(sin la aprobación posterior del Congreso de la República), como se puede ver en el siguiente cuadro:

Ley de Presupuesto	Artículo
Ley N.º 23233: Ley del Presupuesto General de la República para 1981	Artículo 82.- Mediante Decreto Supremo y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo dispondrá los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones, en armonía con la situación presupuestaria.
Ley N.º 23350: El Gobierno promulgó la Ley del Presupuesto General de la República para el año 1982	Artículo 89.- Mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo dispondrá los incrementos periódicos de remuneración y pensiones en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida.
Ley N.º 23556: El Gobierno promulgó la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 1983	Artículo 81.- Mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo dispondrá los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida.
Ley N.º 23740: El Gobierno promulgó la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 1984	Artículo 89.- <i>Mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo dispondrá los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida.</i>
Decreto Legislativo N.º 316: Promulgan mediante Decreto Legislativo el Presupuesto del Sector Público para el año 1985	Artículo 88.- Mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo dispondrá los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida. Los Organismos Públicos comprendidos en el Volumen 04 a que se refiere el inciso d) del artículo 2 del presente Decreto Legislativo, atenderán estos incrementos con cargo a sus ingresos propios.

2.1.3. Decreto Supremo N.º 070-85-PCM: procedimiento de negociación bilateral para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de funcionarios y servidores en Gobiernos Locales

No obstante lo mencionado en el acápite anterior, por medio del Decreto Supremo N.º 070-85-PCM el Poder Ejecutivo reguló un supuesto especial de negociación para los Gobiernos Locales, el mismo que se sujetaba a las reglas formales del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM, pero que sustantivamente promovía negociaciones colectivas directas en este ámbito.

De esta manera, las llamadas negociaciones paritarias o bilaterales a las que se refiere el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM, siguieron el procedimiento establecido por el derecho de consulta del Decreto Supremo N.º 003-82-PCM, pero solo en relación a la conformación de las comisiones paritarias. La diferencia radicaba en la

aprobación del acuerdo. Gracias al Decreto Supremo N.º 070-85-PCM, los Gobiernos Locales aprobaban el aumento remunerativo con la aprobación final del titular y no con la del Poder Ejecutivo como pasaba con el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM.

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 070-85-PCM, en los Gobiernos Locales regía “*la negociación bilateral para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de sus funcionarios y servidores*”. De igual modo, el artículo 2 de la norma citada remitía dicha negociación a las reglas establecidas por el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM. Por su parte, el artículo 3 prescribía que para la aprobación del pacto por negociación bilateral, era necesaria la aceptación de la organización sindical y de las autoridades municipales.

Esto quiere decir que el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM en realidad no planteaba un derecho de consulta, como sí el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM. Lo que establecía aquella era propiamente una negociación colectiva condicionada a la aprobación de las autoridades municipales (por medio de las Ordenanzas Municipales).

Al respecto, nuevamente las leyes de presupuesto habilitaron lo dispuesto por esta nueva opción legislativa. En el cuadro siguiente se puede ver que se distinguió entre las entidades públicas sujetas a lo establecido por Decreto Supremo N.º 003-82-PCM y las que seguían lo dispuesto por el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM (los Gobiernos Locales). De tal suerte que los aumentos aprobados por el Poder Ejecutivo eran de aplicación únicamente en las entidades no sujetas al procedimiento de negociación bilateral aprobado por el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM:

Ley de Presupuesto	Artículo
Ley N.º 24422: El Gobierno promulgo la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 1986	Artículo 119.- Mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros el Poder Ejecutivo dispondrá y abonará los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones para los servidores y funcionarios públicos nombrados, contratados y pensionistas del gobierno central, de Instituciones Públicas descentralizadas, Organismos Descentralizados Autónomos y Gobiernos Locales, en los cuales no se aplique el procedimiento de la Negociación Bilateral a que se refiere el decreto Supremo N° 069-85-PCM ⁴ , en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida.
Decreto Legislativo N.º 398: Promulgan mediante Decreto Legislativo el Presupuesto del Sector Público para el año 1987	Artículo 160.- Mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo debe disponer los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones para los servidores y funcionarios públicos, nombrados, contratados y pensionistas del Gobierno Central, de Instituciones Públicas Descentralizadas, Organismos Descentralizados Autónomos y Gobiernos Locales, en los cuales no se aplique el procedimiento de la negociación bilateral a que se refiere el Decreto Supremo N° 069-85-PCM, en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida.

4 Se trata de una errata, la referencia correcta es al Decreto Supremo 070-85-PCM.

<p>Ley N.º 24767: Ley de Presupuesto de los Organismos del Sector Público correspondientes al año 1988</p>	<p>Artículo 158.- Mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Poder Ejecutivo debe disponer los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones para los servidores y funcionarios públicos, nombrados, contratados y pensionistas del Gobierno Central, de Instituciones Públicas Descentralizadas, Organismos Descentralizados Autónomos y Gobiernos Locales, en los cuales no se aplique el procedimiento de la negociación bilateral a que se refiere el Decreto Supremo N.º 069-85-PCM, en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida.</p>
<p>Ley N.º 24977: Ley del Presupuesto de los Organismos del Sector Público para el año 1989</p>	<p>Artículo 158.- Mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo e Ministros, el Poder Ejecutivo debe disponer los incrementos periódicos de remuneraciones y pensiones para los servidores y funcionarios públicos, nombrados, contratados y pensionistas del Gobierno Central, e Instituciones Públicas Descentralizadas, Organismos Descentralizados Autónomos y Gobierno Locales en los cuales no se aplique el procedimiento de la negociación bilateral a que se refiere el Decreto Supremo N.º 069-85-PCM, en armonía con la situación presupuestaria y el incremento del costo de vida⁵.</p>

Por último, vale la pena mencionar el caso particular de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Mediante Ordenanza Municipal N.º 100-96-MML, aprobada el 28 de noviembre de 1996, se establecieron *“normas complementarias del régimen laboral de los trabajadores de la municipalidad”*. Al respecto, si bien la norma replica algunas disposiciones del Decreto Supremo N.º 070-85-PCM, la verdadera innovación se encuentra en las facultades otorgadas al Alcalde, respecto de la aprobación de conceptos remunerativos en los casos en que no se haya arribado a acuerdo mediante la negociación bilateral:

“Artículo 2.º.- DE LOS INCREMENTOS REMUNERATIVOS A FALTA DE NEGOCIACIÓN BILATERAL.- *En los supuestos que las organizaciones sindicales de los trabajadores de la Municipalidad Metropolitana de Lima no presenten pliego de peticiones, éste fuera extemporáneo y/o declarado improcedente, el Alcalde podrá disponer reajustes de remuneraciones, bonificaciones, refrigerio y movilidad, teniendo en cuenta el nivel jerárquico de cada cargo, la exigencia de especialización que conlleva y la responsabilidad que acarrea para el servidor que lo detente (...)*

Artículo 4.º. DE LA VIGENCIA DE LOS INCREMENTOS REMUNERATIVOS.- (...)
En los casos en que, en dos años consecutivos, no se hubiese arribado a negociación bilateral alguna, los reajustes de la remuneración, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de los trabajadores de la Municipalidad Metropolitana de Lima que disponga el Alcalde (...)”

5 Esta habilitación mediante ley de presupuesto se dio hasta el año 1999.

La Municipalidad Metropolitana de Lima justificó la emisión de la referida Ordenanza en base a la autonomía política, económica y administrativa que la Constitución Política del Perú reconoce a los Gobiernos Locales, así como también en base al rango de ley que ostentan las Ordenanzas Municipales. No obstante, se extralimitó respecto de lo regulado por el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM, norma especial en la materia.

En efecto, la Municipalidad Metropolitana de Lima incorporó la competencia del Alcalde para decidir el aumento remunerativo de los servidores públicos de manera unilateral, en los siguientes casos: i) cuando no presenten pliego de peticiones, éste fuera extemporáneo y/o declarado improcedente, y ii) en los casos en que, en dos años consecutivos, no se hubiese arribado a negociación bilateral alguna. Si bien podría indicarse que dichos aumentos se financiarían con recursos directamente recaudados, no deja de ser cierto que se trata de presupuesto público que debería seguir los mismos criterios de eficiencia para su empleo.

En cualquier caso, este ejemplo devela la necesidad de las entidades públicas por encontrar alternativas que permitan el aumento salarial de sus empleados, ahí donde la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones empezaban a limitarse, como lo veremos en el siguiente punto.

2.1.4. Decreto Legislativo N.º 276: ley de la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones

En diciembre de 1983 se emitió la Ley N.º 23724, mediante la cual el Congreso de la República estableció medidas relativas al financiamiento del Presupuesto del Sector Público. Así, como parte de tales medidas, el artículo 56 de la ley mencionada facultó al Poder Ejecutivo para que “dicte una Ley de Bases de Remuneraciones del Sector Público y de la Carrera Administrativa”, mediante Decreto Legislativo⁶.

El gobierno de Belaúnde Terry aprovechó dichas facultades para emitir el Decreto Legislativo N.º 276 en 1984, mediante el cual se aprobó la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público. Esta norma continuó la propuesta del Decreto Ley N.º 11377, en relación al esquema de carrera administrativa. Adicionalmente, incorporó el sistema único de remuneraciones como el complemento necesario para que tal escalafón funcione. Si bien, como se ha mencionado párrafos atrás, la Constitución Política de 1979 ya establecía la necesidad de este complemento, no es sino hasta el Decreto Legislativo N.º 276 que tiene un desarrollo adecuado, estableciéndose cada uno de los componentes de la estructura remunerativa de los servidores públicos.

En ese contexto se debe interpretar el artículo 44 del Decreto Legislativo N.º 276, en tanto proscribire la posibilidad de pactos individuales o colectivos que alteren el sistema único de remuneraciones. En otras palabras, es una restricción que busca salvaguardar un interés jurídico que, como hemos mencionado antes, cumple un rol importante para satisfacer el interés general. Sin embargo, la propuesta de la norma sufrió varios embates que terminaron por frustrar la implementación de una carrera

⁶ Ello, a pesar de lo establecido en el artículo 59 de la Constitución de 1979, la misma que encargaba al legislador el desarrollo de los derechos y obligaciones de los servidores y funcionarios públicos.

administrativa como régimen general, lo que a su vez vació de contenido la restricción del artículo 44 del Decreto Legislativo N.º 276.

En efecto, la vía de acceso a la carrera administrativa —el nombramiento— fue limitada año tras año por medio de las Leyes de Presupuesto. Del mismo modo, la carrera administrativa propuesta por la norma también se vio afectada por la Ley N.º 24041 que dio estabilidad laboral a quienes no habían accedido al régimen de carrera, deformando el sistema y cubriendo con plazas permanentes a personal no idóneo para el desempeño de la función pública. Esto, entre otros aspectos, impidió que el sistema se pueda establecer como un verdadero régimen general. Con ello, el sistema único de remuneraciones se frustró también, al punto que la remuneración básica de los servidores públicos adscritos al régimen del Decreto Legislativo N.º 276 llegó al monto ínfimo de S/.50.00⁷, recién a partir del año 2001.

2.1.5. Decreto Supremo N.º 010-2003-TR: Texto Único Ordenado de la ley de relaciones colectivas de trabajo

En la década de los noventa, la norma aprobada para regular las relaciones laborales en el sector privado, el Decreto Legislativo N.º 728, extrapolaró sus efectos al sector público. Esta decisión trajo como consecuencia varios problemas debido a que la norma partía de una lógica distinta. En lo que respecta a los derechos colectivos, los servidores públicos que se sujetaban a este régimen laboral exigían que sus derechos colectivos se regulen conforme al Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, como sucedía en el sector privado.

Así, con la pretensión de homologar los derechos entre servidores públicos y trabajadores del sector privado, se generó una nueva distorsión al interior de la Administración Pública. Ahora los servidores públicos tendrían un catálogo de derechos distintos en función del régimen laboral al cual se adscribiesen, incluyendo la posibilidad de negociar colectivamente aspectos económicos, en el caso de los servidores adscritos al régimen del Decreto Legislativo N.º 728.

En ese nuevo contexto, la norma que regulaba los derechos colectivos en el sector privado empezó a aplicarse también en el sector público. Para entonces, como se ha mencionado en el acápite previo, la carrera administrativa era ya un proyecto fallido, y a ello se sumaba que las leyes de presupuesto público empezaron a restringir los incrementos remunerativos, indistintamente de la fuente de la que podían provenir.

A partir del año 2000 las leyes de presupuesto ya no habilitaban la modificación del sistema único de remuneraciones mediante Decreto Supremo del Poder Ejecutivo, ni en la variable del derecho de consulta regulado en el Decreto Supremo N.º 003-82-PCM, ni en la negociación bilateral del Decreto Supremo N.º 070-85-PCM⁸

7 De acuerdo con el Decreto de Urgencia N.º 105-2001.

8 Salvo en el año 2006 en que, por medio de la ley de presupuesto de dicho año, ley N.º 28652, se dispuso que:

Artículo 8.- Disposiciones de austeridad

a) (...)

Los Gobiernos Locales se rigen por lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM, publicado el 31 de julio de 1985. Para dicho efecto, corresponde al Concejo Provincial o Distrital, según sea

(los Gobiernos Locales). Además, en una medida más expresa, a partir del año 2006 las leyes de presupuesto empezaron a restringir el aumento remunerativo, sea cual fuere la denominación que se le otorgue al concepto.

En ese contexto, la ley de relaciones colectivas de trabajo regulada por el Decreto Supremo N.º 010-2003-TR era la válvula de escape para que los servidores públicos puedan acceder a una mejora salarial, mediante la negociación colectiva. No obstante ello, la aplicación de la norma privada no respondía a una verdadera política pública que buscara homologar derechos. Por el contrario, terminó lesionado el principio de igualdad debido a que los trabajadores adscritos al régimen privado sí podían hacer efectivo su derecho a la negociación colectiva en aspectos económicos, mientras que los del régimen público no.

Con posterioridad a la incursión de la norma privada en el sector público, se emitió en el año 2008 el Decreto Legislativo N.º 1057, mediando el cual se aprobó el Contrato Administrativo de Servicios (CAS)⁹. Esta norma fue modificada producto de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, mediante la cual se reconoció la laboralidad del régimen. En ese sentido, la modificatoria incluyó los derechos de sindicación y huelga. En lo que respecta a la norma especial llamada a regular los derechos colectivos de estos servidores públicos, el literal i) del artículo 6 de la norma citada establece que:

i) A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.

En ese sentido, al igual que en el caso de los servidores públicos adscritos al régimen del Decreto Legislativo N.º 728, los servidores contratados bajo el régimen CAS también se sujetan a la ley de relaciones colectivas de trabajo. Sin embargo, debido a que el CAS es un régimen que no ofrece el ingreso a la carrera administrativa y, por tanto, no otorga estabilidad laboral, hay un desincentivo de la afiliación sindical pues tal acción podría devenir en la pérdida de sus plazas de trabajo como represalia. Con mayor razón si es que la norma establece causales de extinción del vínculo muy flexibles, como las contempladas en los literales f y h del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1057: resolución arbitraria o injustificada, y vencimiento del plazo del contrato, respectivamente.

2.1.6. Ley N.º 30057: ley del servicio civil

Frente a la dispersión normativa generada por los distintos regímenes laborales en el sector público, en el año 2013 se emitió la Ley N.º 30057, la ley del servicio civil, que tiene como objeto establecer un régimen único y exclusivo para los servidores públicos. La norma citada vuelve a la consigna de establecer una carrera administrativa, acompañada de su respectivo sistema único de remuneraciones. Bajo esa pau-

el caso y bajo responsabilidad, garantizar que la aprobación de los conceptos a que se refiere el presente artículo cuenten con el financiamiento debidamente previsto y disponible, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que los formalicen.

9 Para una mayor referencia, véase: DÍAZ, Kenny. “La historia del Empleo Público peruano”. Lima: 2019. Normas jurídicas.

ta, el esquema es era parecido al que fue planteado por el Decreto Legislativo N.º 276, puesto que se establecía la restricción de la negociación colectiva en materia económica para salvaguardar el bien jurídico antes mencionado.

Así, el artículo 44 de la ley N.º 30057 establecía que los derechos colectivos de los servidores públicos se sujetaban a lo establecido por el Convenio 151 de la OIT. Dicho artículo agregaba la misma referencia que su predecesora el Decreto Legislativo N.º 276, en el sentido que establecía que *“Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley”*. No obstante, este aspecto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional peruano, como comentaremos más adelante. Asimismo, el artículo citado remite al Decreto Supremo 010-2003-TR como norma de aplicación supletoria.

Asimismo, el literal a) de la novena disposición complementaria final de la ley N.º 30057 establece que a partir de la publicación de la norma, son de aplicación para los servidores públicos adscritos a los regímenes regulados por los Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728, entre otras, las disposiciones referidas a los derechos colectivos de la Ley N.º 30057.

Al respecto, si bien la norma omite mencionar a los servidores públicos adscritos al régimen del Decreto Legislativo N.º 1057, debemos asumir su inclusión en base al objeto de la norma (establecer un régimen único y exclusivo) que pretende uniformizar los derechos y obligaciones y eliminar la incertidumbre jurídica. En ese sentido, a partir del 4 de julio de 2013 empezaron a regir las disposiciones de la ley N.º 30057 para todos los servidores públicos, indistintamente de su régimen laboral.

Consideramos que en el diseño de la Ley N.º 30057 lo cuestionable no es la restricción del derecho a la negociación colectiva en materia económico, sino la ausencia de un método alternativo para que los servidores públicos participen de la modificación del sistema único de remuneraciones, como lo establecía el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM. Con mayor razón si es que esta última norma fue derogada por el Reglamento General de la misma ley del servicio civil.

Otro de los grandes problemas de la reforma planteada por la ley N.º 30057 es que el tránsito al nuevo régimen de carrera administrativa no es obligatorio. De ello deviene que al día de hoy, luego de casi 6 años de haberse emitido, sólo tres entidades hayan recientemente completado el proceso de tránsito, con lo cual recién podrán convocar plazas bajo el nuevo régimen de carrera. Como se ha ido mencionando a lo largo del presente trabajo, la restricción de la negociación colectiva en materia económica solo tiene fundamento cuando existe una carrera administrativa que funcione como régimen general y que ofrezca la posibilidad de ascenso, con una correspondiente mejora salarial.

En este contexto, y si bien alegando otros fundamentos, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0025-2013-PI/TC (y acumulados), declaró inconstitucional las disposiciones de la ley N.º 30057 que limitaban la negociación colectiva en aspectos económicos, como el artículo 44 antes citado. De igual, modo reiteró la exhortación al Congreso de la República en una sentencia previa¹⁰, para que apruebe la regulación de la negociación colectiva. En base a esta

10 Expedientes N.º 003-2013-PI/TC; 0042013-PI/TC; 23-2013-PI/TC y acumulados.

última exhortación, en julio de 2018 el Congreso de la República emitió la Ley N.º 30823, por medio de la cual se otorgó competencias al Poder Ejecutivo para legislar, entre otras materias, sobre modernización de la gestión del estado:

“Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas

(...)

5) En materia de modernización del Estado, a fin de:

(...)

a.5 Fortalecer y modernizar el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, desarrollando el marco normativo para la implementación de la Planilla Única de Pago del Sector Público; y establecer disposiciones para la negociación colectiva en el Sector Público, que considere la capacidad financiera del Estado y garantice un manejo fiscal sostenible de acuerdo a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (...).”

Al respecto, recordemos que el artículo 40, interpretado por el mismo Tribunal Constitucional¹¹, establece que es el legislador el encargado de regular los aspectos relacionados a los derechos y obligaciones de los servidores públicos. No obstante ello, en este caso, el legislador vuelve a delegar tal competencia en el Poder Ejecutivo. En el marco del contrato de trabajo en el sector público, este último representa el interés de una de las dos partes, por lo que esta opción legislativa termina parcializando la regulación.

Por otro lado, es importante resaltar que el legislador remite la competencia para regular la negociación colectiva de la mano con el sistema único de remuneraciones. El legislador ha encomendado ambas cuestiones pues, como hemos ido desarrollando en el presente trabajo, ambas cuestiones están íntimamente relacionadas. De esta forma, el Poder Ejecutivo tuvo en sus manos la posibilidad de armonizar el sistema único de remuneraciones (como complemento de la carrera administrativa) y la negociación colectiva o algún método alternativo a ella. Sin embargo, hasta la fecha de entrega del presente artículo no se ha aprobado aún la normativa pertinente.

2.2. Negociaciones colectivas de facto

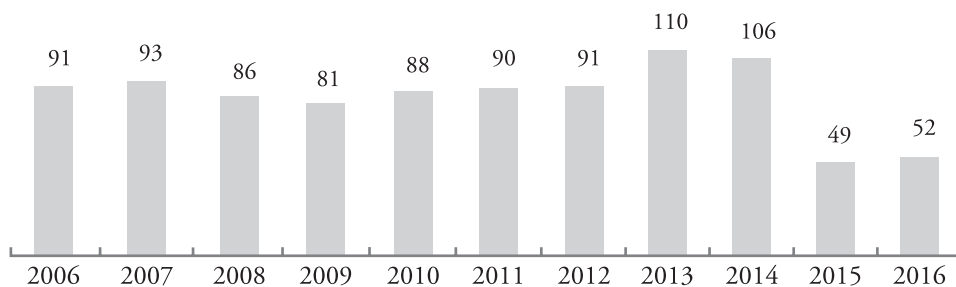
Como conclusión del acápite anterior, dedicado a la revisión normativa sobre la negociación colectiva en el sector público peruano, podemos afirmar que la opción legislativa siempre tendió a la restricción, en preferencia del sistema único de remuneraciones como complemento del régimen de carrera administrativa. No obstante, también hemos podido identificar que dicho régimen de carrera fue un intento fallido, siendo que al día de hoy no existe como régimen general; por el contrario, se encuentra limitado por las leyes de presupuesto, las que limitan también su estructura remunerativa.

Frente a ese desfase, en donde la norma restringe un derecho en virtud de salvaguardar un instituto jurídico que no existe en la práctica, la realidad nos ofrece datos fácticos de pactos

11 Véase el literal b) del fundamento jurídico N.º 8 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC.

colectivos celebrados entre entidades públicas y sus respectivos sindicatos. Una clara muestra de que la actual regulación ya no responde a la dinámica de las relaciones colectivas de trabajo en el sector público. Así, de acuerdo con la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), el ente rector del sistema administrativo de gestión recursos humanos en el Estado, entre los años 2006 y 2016 se registraron 937 convenios colectivos en la administración pública (SERVIR, 2018):

Sector público: convenios colectivos registrados, 2006-2016



Fuente: Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

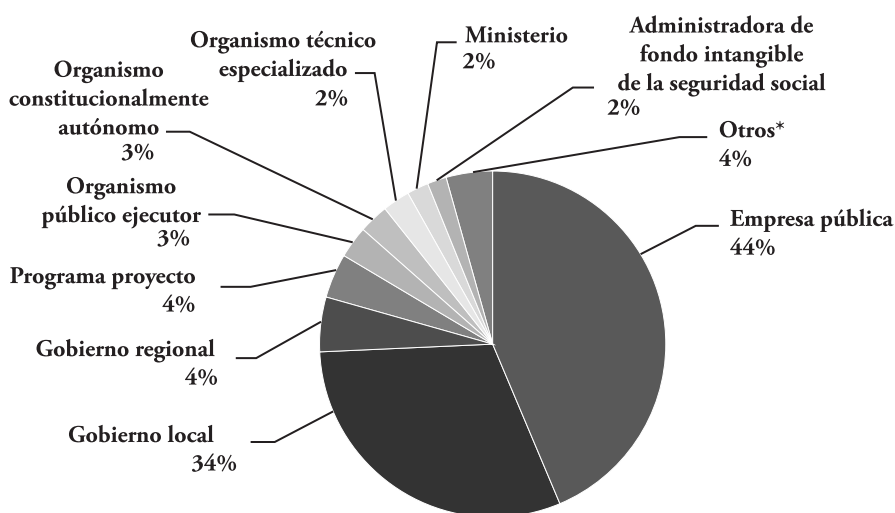
Como se puede ver, el número de convenios colectivos registrados entre 2006 y 2014 no baja de 81, con un pico de 110 en el año 2013. No obstante, es pertinente señalar que SERVIR integra en esta tabulación a los convenios colectivos celebrados ante empresas del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional¹² ha establecido que la función pública entendida en sentido amplio debe interpretarse como todo servicio que se brinda para una entidad pública. En ese sentido, dado que el sistema administrativo de gestión de recursos humanos no comprende a las empresas del Estado bajo el concepto de “entidad pública”¹³, los trabajadores que laboran en estas no son servidores públicos y, luego, no están sujetos a las restricciones mencionadas en el acápite previo.

De manera más clara, si se quiere, la Constitución Política del Perú de 1993 establece que los trabajadores de las empresas del Estado no son servidores públicos; consecuentemente, aquellos no se adscriben a una carrera administrativa ni a un sistema único de remuneraciones. Por tanto, para nuestro análisis solo precisamos de la data de convenios colectivos celebrados ante entidades públicas, bajo la definición mencionada en el párrafo anterior, prescindiendo de la información referida a las empresas del Estado. Al respecto, en el siguiente gráfico nos permite discriminar tal variable:

12 Véase el literal a) del fundamento jurídico N.º 8 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 05057-2013-PA/TC.

13 Véase la definición de “entidad pública” establecida por literal a) del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de la ley del servicio civil, aprobado por Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, establece que:

Sector público: convenios colectivos registrados según tipo de entidad, 2006-2016

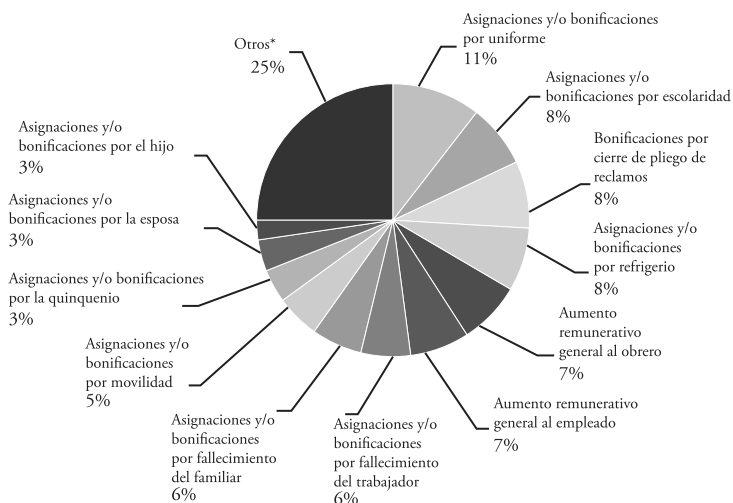


*Universidad, fuerzas armadas y policiales, entidad de tratamiento especial, Poder Judicial, Poder Legislativo, ZOFROCTANA, Centro Vacacional Huampani y SENATI.

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Después de las empresas del Estado, el porcentaje más importante corresponde a los Gobiernos Locales, con 31%. Ello, a pesar de que: i) a partir del año 2000 las leyes de presupuesto ya no habilitan las negociaciones bilaterales; y ii) el Decreto Supremo N.º 070-85-PCM fue derogado por el Reglamento General de la ley del servicio civil en el año 2014. Ahora, para que quede más claro el contraste entre la normativa y la realidad, es pertinente abocarnos a los convenios colectivos con contenido económico. Sobre el particular, SERVIR muestra que todos los convenios registrados durante el rango que va del 2006 al 2016 tienen contenido económico, indistintamente de la denominación del concepto, asignación o bonificación:

Sector público: convenios colectivos registrados según materia acordada, 2006-2016

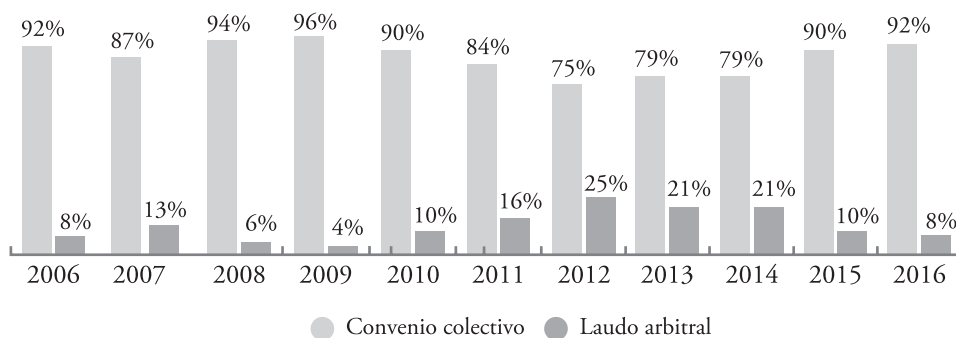


*Asignaciones y/o bonificaciones por utiles de aseo, asignaciones y/o bonificaciones por trabajo nocturno, asignaciones y/o bonificaciones por horas extras, bonificación extraordinaria única vez, bonificación única por productividad, cláusula de salvaguardia y otras asignaciones y/o bonificaciones.

Fuente: Ministerio de trabajo y promoción del empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Finalmente, si distinguimos entre los pactos colectivos producto de negociaciones colectivas y los laudos arbitrales, hay una importante cifra en favor de las primeras. No obstante, como señala SERVIR, dentro del segundo tipo de solución también se puede encontrar una tendencia creciente, al menos entre los años 2009 y 2014:

Sector público: convenios colectivos registrados según tipo, 2006-2016



Fuente: Ministerio del trabajo y Promoción del empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales
Elaboración: SERVIR - GPGSC

Llegamos a la conclusión, entonces, que a pesar de las restricciones a la negociación colectiva en materia económica por parte de las normas especiales como el Decreto Legislativo N.º 276, la Ley N.º 30057, así como las leyes de presupuesto, los actores negociales llevaron a cabo negociaciones colectivas de facto. Esto quiere

decir que en la práctica se ha encontrado una salida a la restricción arbitraria a este derecho subjetivo.

Con cargo a desarrollarlo más adelante, decimos que se trata de una restricción arbitraria debido a que hasta la fecha de hoy, no se instaure una carrera administrativa con un sistema único de remuneraciones que funcione plenamente, este sería el único supuesto en donde se justificaría la restricción normativa a la negociación colectiva en materia económica.

Adicionalmente, debemos recordar que en los últimos años el Tribunal Constitucional ha emitido dos precedentes de observancia obligatoria respecto de la materia abordada en este artículo. Uno referido a la ley N.º 30057¹⁴, y otro a las leyes de presupuesto público 2012 y 2013¹⁵. En ambos casos se declaró inconstitucional la restricción a la negociación colectiva en materia económica en el sector público¹⁶, no obstante se exhortó al Poder Legislativo la emisión de una nueva regulación, aspecto que no se ha realizado todavía.

En ese contexto, ante el incumplimiento del Poder Legislativo, las leyes de presupuesto público de los años 2016, 2017, 2018 e incluso la vigente de 2019, han replicado la restricción a la negociación colectiva. Consideramos que se trata de una regulación que se niega a considerar datos objetivos que, como hemos señalado en este acápite, develan que en la realidad se llevan a cabo negociaciones colectivas a pesar de las restricciones normativas.

3. La autonomía jurídica del Empleo Público como justificación para el trato diferenciado¹⁷

Después del recuento normativo es pertinente preguntarnos si es que debemos seguir apostando por una opción legislativa que regule los derechos colectivos de los servidores públicos de manera independiente a los del sector privado. Consideramos que la respuesta a esta pregunta debe venir como resultado de un análisis serio sobre la autonomía del Empleo Público. Solo con ello podremos saber si es que existen fundamentos y principios jurídicos distintos entre ambas categorías, de tal forma que podamos justificar la permanencia de la regulación diferenciada.

14 Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N.º 0025-2013-PI/TC, N.º 0003-2014-PI/TC, N.º 0008-2014-PI/TC, y N.º 0017-2014-PI/TC

15 Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N.º 0003-20 I 3-PI/TC, N.º 0004-2013-PI/TC y N.º 0023-2013-PI/TC.

16 Vale precisar que la parte resolutoria de la sentencia sobre las leyes de presupuesto, se concentra en la ley de presupuesto 2013, de la cual declara inconstitucional la parte referida a la prohibición de los incrementos salariales, así como “por reflejar una situación de hecho inconstitucional” también la parte pertinente de las leyes de presupuesto de los años 2014 y 2015.

17 El presente acápite se basa en el artículo presentado para el anuario de investigación del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) de la Facultad de Derecho de la PUCP, versión 2019, trabajo de próxima publicación cuyo título es: “El Empleo Público como disciplina autónoma: la necesidad de superar el diletantismo entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo”.

En ese sentido, en el presente acápite haremos referencia a los criterios que la doctrina ha desarrollado para reconocer autonomía jurídica a una disciplina. Al respecto, nos adherimos a los requisitos propuestos por Alfredo Rocco, pues consideramos que se trata de la propuesta más completa, a la que incluso recurren otros autores para sustentar la autonomía de sus respectivas disciplinas¹⁸. El autor plantea tres requisitos: i) amplitud suficiente, ii) doctrinas homogéneas, y iii) método propio.

Vale precisar que sobre el último requisito, consideramos que se encuentra implícito en el segundo. En efecto, el último componente hace referencia al método particular que debe tener una disciplina para conocer o interpretar sus normas. No obstante, dicho método es desarrollado por la doctrina, sus teorías, escuelas o corrientes de pensamiento (segundo componente planteado por Rocco). Por tal razón, en el presente acápite solo trabajaremos con los dos primeros criterios planteados por Alfredo Rocco.

3.1. Las características especiales del Empleo Público peruano¹⁹

3.1.1. Amplitud suficiente

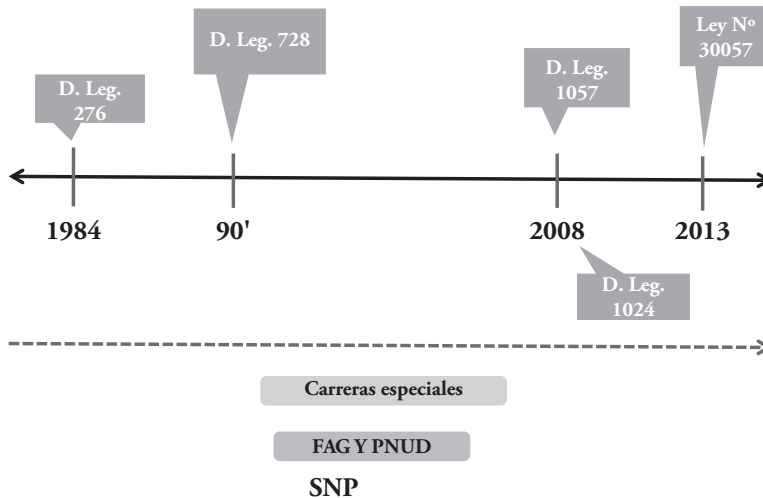
Alfredo Rocco indica que un cuerpo de doctrina será considerado autónomo siempre que cuente con tres elementos. El primero de ellos está relacionado con la amplitud suficiente de la disciplina que justifique un estudio particular de la materia. El autor alude a los 926 artículos del entonces Código de Comercio italiano, casi la mitad de su Código Civil, el doble del Penal y muy cerca del número de los del enjuiciamiento civil. Con ello, Rocco aludía a la amplitud suficiente del Derecho Mercantil, como una legislación amplia y compleja (Rocco, 1931).

Al respecto, en el Perú padecemos una dispersión normativa que claramente hace cumplir el primer requisito que Rocco le exige a una disciplina para ser considerada autónoma. Así, contamos con tres grandes regímenes laborales, a los cuales se ha añadido uno nuevo que es aplicación progresiva. Paralelamente, existen otras modalidades para prestar servicios personales en la Administración Pública. El siguiente gráfico muestra la dispersión normativa comentada, de manera cronológica:

18 Véase: PLÁ, A. (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma; DE BUEN LOZANO, N. *Derecho del trabajo*. México D.F.: Porrúa, 1974; CABANELLAS, G. *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Heliasta, 1987; DURAN, J. *El Derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Lima: PUCP - Repositorio virtual, 2014.

19 Para una mayor referencia, véase: DÍAZ, Kenny. "La historia del Empleo Público peruano". Lima: 2019. Normas jurídicas.

AMPLITUD SUFICIENTE



No obstante ello, consideramos que la amplitud suficiente a la que alude Rocco también se genera debido a la problematización que dichas normas producen en el ámbito de los derechos. Nos explicamos. Con tantas normas que se aplican para la prestación personal de servicios en el sector público, no existe causalidad entre el régimen laboral elegido y la prestación misma del servicio. Esto genera tratos diferenciados entre servidores públicos, así como problemas para definir la norma aplicable cuando se deben resolver controversias en este ámbito.

3.1.2. *Doctrinas homogéneas*

El segundo requisito propuesto por Rocco exige la existencia de doctrinas homogéneas, sustentadas por conceptos comunes que difieran de otras áreas del Derecho. Rocco señala que hay principios generales de Derecho Mercantil y enumera algunos que difieren de los del Derecho Civil (1931). La característica de la doctrina homogénea se condensa en la referencia a los principios especiales de la disciplina. En ese sentido, en el Empleo Público podemos hablar de tres grandes teorías que se han ocupado de estudiar su naturaleza jurídica.

En primer lugar, podemos referirnos a la teoría de Derecho Privado o contractualista. De acuerdo con Edgardo Balbín, esta teoría tiene tres grandes fundamentos (2005). La primera se focalizaba en el servidor público como parte contractual. Al existir un contrato, existen también concesiones y límites para las partes (Balbín, 2005). En ese mismo sentido, Barbagelata y Plá afirman que uno de dichos límites establece que el Estado no pueda sobrepasar su posición como contraparte en el contrato de trabajo (1977).

El segundo fundamento de la teoría contractualista alude a que el empleado público es un “sujeto social” con sus propios intereses, no subordinado a los de la Administración Pública (Balbín, 2005). Por tanto, si existen distintos intereses, deben existir también varias formas de regular los conflictos (Del Rey, 1989). Finalmente,

el último fundamento alude a especialización de la disciplina jurídica. Si ya existe el Derecho del Trabajo, no hace falta aplicar otras reglas para regular la prestación personal de servicios (Grzetich, 1985).

La segunda teoría que se ha ocupado de la naturaleza jurídica del Empleo Público es la teoría de Derecho Político. Al respecto, Rafael Bielsa indica que esta teoría reconoce y justifica la asimetría extrema en la relación jurídica entre el Estado y sus servidores públicos, de tal forma que aquel tenga competencia para reglamentar las relaciones jurídicas en el ámbito del Empleo Público, mientras estos solo deberes (Bielsa, 1964). Por su parte, Otto Mayer sostiene que la justificación de esta teoría reside en la obligación de servir que del ciudadano frente al Estado, la misma que se origina con el nombramiento como acto fundacional (Mayer, 1982).

La última teoría es la de Derecho Público. Al respecto, la teoría en mención plantea una subdivisión. La primera puede denominarse teoría contractual de Derecho Público. Rafael Bielsa, quien se adscribe esta teoría, indica que si bien existen “*diferencias irreductibles*” entre el contrato de trabajo celebrado en el ámbito público y en el privado, hay más elementos en común. El autor identifica la manifestación de voluntad del agente como el mejor ejemplo de identidad entre ambos contratos. El Estado tiene el derecho de mandar, así como la competencia para regular los derechos y beneficios, debido a que el servidor ha manifestado su consentimiento en la celebración del contrato (Bielsa, 1964). En el mismo sentido, Rafael Entrena Cuesta justifica la vigencia de esta teoría en base a la cual existirían contratos de función pública (Entrena, 1976).

La segunda subdivisión de la teoría de Derecho Público es la estatutaria. A diferencia de la subdivisión comentada en el párrafo previo, para esta última teoría no se requeriría la manifestación de voluntad del servidor público para constituir el vínculo con el Estado. Ello es así debido a que esta relación jurídica no tendría carácter contractual, sino legal, de ahí que la teoría se denomine estatutaria (Bielsa, 1964). En ese sentido, Gastón Jèze indica que la regulación de los derechos y obligaciones de los empleados es regulada unilateralmente por los gobernantes, sin intervención de contrato alguno (Jèze, 1928).

3.1.3. Principios especiales del Empleo Público

Sobre la base de las características especiales del Empleo Público antes mencionada, nos permitimos inferir algunos principios con los que cuenta esta disciplina. El primero es el principio de mérito, sobre el cual se soporta el Empleo Público. Tiene su más importante expresión en los concursos públicos de mérito, a través de los cuales se valida que el servidor público sea idóneo para el desempeño de una función pública específica. De esta manera, se busca la eficiencia de los recursos de la Administración Pública, así como la prestación de un servicio público de calidad pensado en los ciudadanos.

El complemento del principio de mérito es otro denominado principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Al respecto, al margen de no encontrarse en el catálogo de derechos de la Constitución Política de 1993, conforme al Tribunal Constitucional peruano este principio integra nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque

está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte.

Al igual que el principio de mérito, el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad también se manifiesta en los concursos públicos. Sin embargo, busca garantizar otros intereses. En este caso, el principio en mención tiene por objeto proteger el derecho que todos los ciudadanos tenemos a participar de los asuntos públicos, específicamente a través del ejercicio de la función pública (representativa o no representativa).

El principio del Estado social y democrático irradia sus efectos en toda relación jurídica, indistintamente que se enmarquen en el ámbito público o privado. Sin embargo, en el caso particular del Empleo Público tiene una manifestación especial. Para empezar, permite disociar los intereses de la Administración pública y los del servidor público, reconociendo a este último como un “sujeto social” con intereses particulares. En ese sentido, la vigencia de este principio cuestiona la tesis de la sujeción especial y el sobredimensionamiento de la Administración Pública frente a sus servidores.

Otra importante manifestación del principio del Estado social y democrático está relacionada con la obligación de democratizar la producción normativa. Es decir, respetar las funciones y competencias del Poder Legislativo, específicamente en lo que respecta a las delegaciones que el Constituyente le derivó para regular los derechos y las obligaciones de los servidores públicos (artículo 40 de la Constitución Política de 1993). El propio Tribunal Constitucional ha establecido que se trata de una delegación al legislador, no al Poder Ejecutivo, como finalmente se ha terminado regulando el Empleo Público en el Perú (sentencia recaída en el Expediente N.º 05057-2013-13A/TC).

Otro principio especial del Empleo Público es el del equilibrio presupuestal. Al respecto, el artículo 77 de la Constitución Política de 1993 establece que “*la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...)*”. Por su parte, el artículo 78 de la Constitución referida prescribe que: “*(...) El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado (...)*”. Esto supone que el Congreso de la República deba decidir el reparto del presupuesto público evaluando el contexto, salvaguardando todos los intereses comprometidos en cada año. Este principio está estrechamente relacionado con la regla de provisión presupuestaria que establece que todo acto de una entidad pública que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

Aunque parecidos, se diferencian en función del momento en el que se aplican. El principio de equilibrio presupuestal se sitúa en la etapa de determinación o asignación del presupuesto para cada pliego o para cada sector de la Administración Pública, a través de ley de presupuesto público, aprobada por el Congreso de la República. Mientras que la regla de provisión presupuestaria se ubica en un momento posterior, cuando el presupuesto ya ha sido atribuido a cada sector, a cada entidad pública, y es en esta última en la que recae la obligación.

Finalmente, identificamos el principio de preservación de la continuidad de las políticas del Estado. Este principio se justifica como garantía de continuidad de las

políticas públicas que busquen satisfacer el interés público y que lamentablemente se estacan por diversos factores, como la corrupción, el cambio de gobierno o, específicamente, a la alta rotación de personal.

3.2. La restricción de la negociación colectiva en materia económica condicionada a la existencia de carrera administrativa

En el Perú, el Empleo Público se ha regulado parcialmente. Se han afrontado los distintos problemas que padece de manera aislada, sin tomar en cuenta que todos ellos están relacionados. Una política pública que trata dichos aspectos de manera aislada, termina agravando la situación (Ackoff, 1974). En efecto, hemos analizado la legislación por medio de la cual se intentó implementar una carrera administrativa, pero en paralelo se emitían otras normas que obstaculizaban dicho objetivo. El gobierno reaccionó solo ante determinadas contingencias, sin enfrentar la situación como un problema global.

Al día de hoy, como sucedió en su momento con el Decreto Legislativo N.º 276, dado que la carrera administrativa propuesta por la Ley N.º 30057 no está vigente, distintos sectores presionan por otorgar estabilidad laboral a los servidores públicos. Sin embargo, dicha demanda solo aborda parte del problema. La estabilidad laboral es necesaria, pero como parte del engranaje de la carrera administrativa. Como consecuencia de dicha presión, se han emitido normas que terminan agravando el problema de fondo.

En su momento, la Ley N.º 24041 otorgó estabilidad a quienes no habían accedido por concurso público a la carrera administrativa regulada por el Decreto Legislativo N.º 276. Esto generó que la Administración Pública cubra varias plazas con personal que si solo tendría estabilidad laboral, mas no se adscribiría al sistema de carrera administrativa.

Por tanto, al no tener una posibilidad real de ascenso y aumento salarial, para ellos no había incentivo para la capacitación ni mejora del rendimiento laboral. Lo mismo sucedió cuando se extrapoló la vigencia del Decreto Legislativo N.º 728 en el sector público. En esta oportunidad, la mirada parcial del gobierno solo se enfocó en brindar un mejor sueldo, ya que se había frustrado el régimen de carrera regulado por el Decreto Legislativo N.º 276. Nuevamente, no se abordó el tema global: la ausencia de una burocracia profesionalizada.

Con posterioridad, se emitió el Decreto Legislativo N.º 1057 que aprobó un régimen flexible de contratación de personal, con el objeto enfrentar la informalidad laboral en el sector público. Sin embargo, dicho régimen no satisface derechos subjetivos, por el contrario se trata de un régimen que contraviene la estabilidad laboral, por ejemplo. Tampoco se trata de un régimen que dé acceso a la carrera administrativa y motive un servicio público de calidad, por lo que tampoco persigue el interés público.

Así llegamos a la ley N.º 30057 que aprueba la ley del servicio civil que apuesta nuevamente por la carrera administrativa. Sin embargo, al no estar vigente aún como régimen laboral, distintos sectores reclaman mejores condiciones laborales, pero independientemente del sistema de carrera administrativa. Así, por ejemplo, la Ley

N.º 30555 estableció que algunos servidores públicos de EsSalud, adscritos al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 1057, se incorporen al régimen laboral de la actividad privada regulada por el Decreto Legislativo N.º 728. Ello debido a que este último régimen ofrece mejores condiciones económicas y estabilidad laboral.

No negamos la importancia de tales derechos, sin embargo en la lógica del Empleo Público tales derechos deben formar parte de un mecanismo que tenga por objeto la satisfacción del interés público. En el acápite anterior hemos sustentado la autonomía del Empleo Público y hemos identificado los principios especiales de esta disciplina jurídica. En ese sentido, consideramos que el instituto jurídico²⁰ que condensa la mayoría de tales principios es la carrera administrativa, la base del Empleo Público pues permite la satisfacción de derechos subjetivos y del interés público.

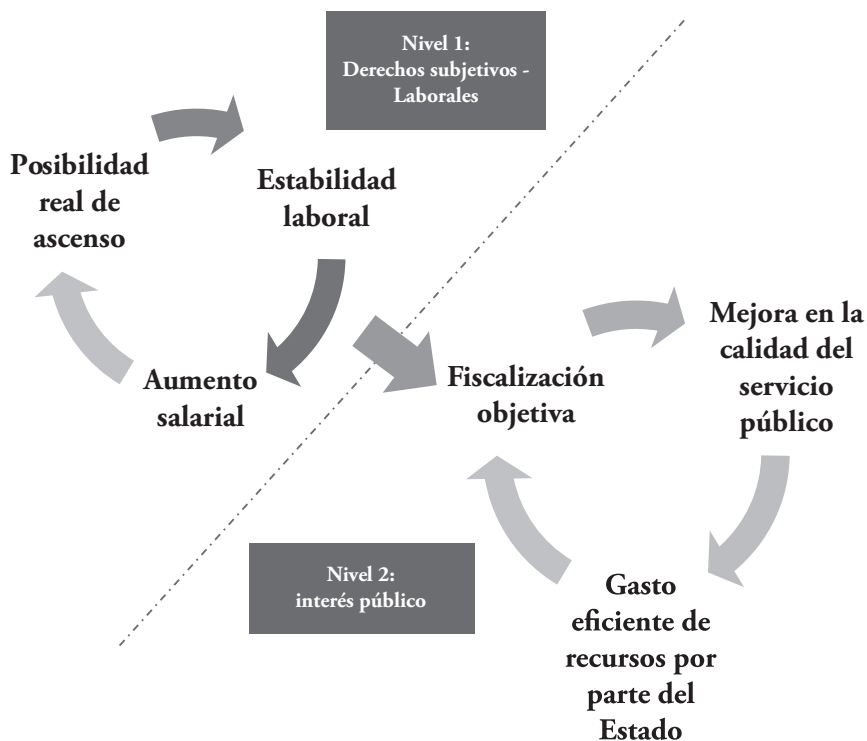
Nosotros consideramos que la carrera administrativa tiene dos niveles de incidencia. Siendo que uno es necesario para conseguir el otro. El primer nivel afecta positivamente en los intereses de los servidores públicos. En otras palabras, tiene por objeto la satisfacción de derechos subjetivos como: i) estabilidad laboral; ii) posibilidad real de ascenso; iii) aumento salarial que consagraría la satisfacción de los derechos subjetivos del servidor público. Si bien la satisfacción de estos derechos es un fin en sí mismo para el Derecho del Trabajo, para el Empleo Público es, a la vez, un medio para la satisfacción del interés general.

Acá es donde aparece el segundo nivel de incidencia de la carrera administrativa. Gracias a la satisfacción de los derechos subjetivos mencionados en el párrafo anterior, la carrera administrativa promueve: i) una fiscalización administrativa más objetiva; ii) una mejora del servicio público pues contaríamos con servidores cada vez mejor capacitados; y iii) el gasto eficiente de los recursos económicos del Estado, al invertirlos en la remuneración del personal más idóneo para el desempeño de las funciones. El siguiente gráfico muestra los dos niveles de satisfacción mencionados²¹:

20 Al respecto, partiremos de la definición propuesta por Vincenzo Roppo en relación al concepto de “instituto jurídico”:

“(...) [instituto jurídico] indica el conjunto de las normas jurídicas que regulan un determinado e importante fenómeno de la vida social: por ejemplo el instituto del matrimonio es el conjunto de las normas que regulan la unión estable y formalizada entre un hombre y una mujer; el instituto de la propiedad es el conjunto de las normas que disciplinan el uso de las cosas, y así por el estilo para los otros institutos como el contrato, la responsabilidad, el testamento, etc.” (Roppo, 2015, pág. 94).

21 Véase: DÍAZ, K. “La historia del Empleo Público peruano”. Lima: 2019. Normas jurídicas.



De esta manera, podemos identificar que la carrera administrativa es la pieza fundamental del engranaje que permite la satisfacción del interés público. Contar un servicio público de calidad es posible siempre que se respeten los principios antes mencionados. De esta manera habrá un importante incentivo en los servidores públicos por capacitarse y tener un mejor rendimiento laboral. En este contexto, el reconocimiento irrestricto de la negociación colectiva en materia económica deformaría este sistema de beneficios en cadena. El principio de mérito que soporta el sistema de carrera administrativa no es un elemento que se tome en cuenta en las negociaciones colectivas.

Por estas razones consideramos que en ordenamientos jurídicos que cuenten con un sistema de carrera administrativa con su correspondiente sistema único de remuneraciones, es posible la restricción de la negociación colectiva en materia económica en el sector público. Incluso, dentro de los beneficios de la carrera administrativa se encuentra la pretensión de aumento salarial, cual es la pretensión de los servidores públicos en las negociaciones colectivas con contenido económico.

Adicionalmente a ello, debemos tomar en cuenta que la negociación sobre aspectos económico no conforma el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. En efecto, el solo reconocimiento de que es posible limitar el derecho a la negociación colectiva sobre aspectos económicos, como lo ha dicho el Tribunal Constitucional y la Organización Internacional del Trabajo, trae como consecuencia la conclusión de que no estamos frente al contenido esencial de la negociación colectiva, ya que el núcleo duro del derecho no puede afectarse en ninguna circunstancia.

No obstante todo lo mencionado, no dejamos de movernos en el terreno de lo teórico. Es decir, todo lo señalado en los párrafos previos aplica en los supuestos ideales en donde existan ordenamientos jurídicos que regulen un sistema de carrera administrativa como régimen general. En contraste, en el caso peruano solo contamos con intentos fallidos para implementar un régimen de este tipo. No tenemos una estructura burocrática ni tampoco con su correspondiente sistema único de remuneraciones.

Consecuentemente, ante la ausencia de tal instituto jurídico, en el Perú no existen las condiciones suficientes para limitar el derecho a la negociación colectiva en materia económica. Con mayor razón si es que tampoco existen métodos alternativos por medio de los cuales los servidores públicos puedan tener participación en la determinación de nuevas escalas remunerativas.

En ese contexto, la negociación colectiva termina siendo la única vía por medio de la cual los servidores públicos pueden acceder a un aumento salarial. Por tanto, cualquier regulación restrictiva del derecho sería arbitraria. Las políticas públicas que se implementen deben considerar esta realidad y reconocer transitoriamente este derecho hasta que se implemente la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones en el Perú.

4. Conclusiones

- El Empleo Público es una disciplina jurídica independiente, razón por la cual se justifica la opción legislativa de regular los derechos y obligaciones de los servidores públicos de manera independiente a los de los trabajadores del sector privado.
- Al ser una disciplina jurídica autónoma, cuenta con principios e institutos jurídicos especiales. En lo que respecta a la negociación colectiva en materia económica, identificamos a la carrera administrativa como instituto jurídico que justifica la restricción del derecho subjetivo mencionado. Ello, debido a que, por un lado, satisface los mismos derechos subjetivos que la negociación colectiva pretende (aumento salarial). Y, por otro lado, también satisface el interés público que permite brindar un servicio público más eficiente para el ciudadano. En ese sentido, el reconocimiento irrestricto de la negociación colectiva sobre aspectos económicos deformaría el escalafón preestablecido.
- Por tanto, la normativa que restringe la negociación colectiva sobre aspectos económicos en el Perú tiene por objeto salvaguardar el sistema único de remuneraciones (complemento de la carrera administrativa). Sin embargo, desde una mirada fáctica, esta restricción en el Perú deviene en arbitraria puesto que no contamos con este sistema de carrera que establezca una estructura remunerativa dada. En otras palabras, la ausencia de este instituto jurídico vacía de contenido la restricción antes comentada.
- Como consecuencia, consideramos que cualquier política pública que busque regular el Empleo Público peruano debe reconocer transitoriamente el derecho a la negociación colectiva en materia económica pues es la válvula de escape para lograr aumentos salariales. Ello, hasta que se implemente el régimen de carrera administrativa.

5. Bibliografía

Ackoff, R. (1974). *Redesigning the Future, a Systems Approach to Societal Problems*. New York: New York, Wiley.

Balbin, E. (2005). *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Barbagelata, H. & Plá, A. (1977). *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral.

Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.

Buen Lozano, N. d. (1974). *Derecho del trabajo*. México D.F.: Porrúa .

Cabanellas, G. (1987). *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Heliasta.

De Velasco, R. (1930). *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*. Barcelona: Bosch, segunda edición.

Del Rey, S. (1989). *Evolución general y problemática de las relaciones colectivas en la función pública*. En: *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.

Díaz, K. (2019). *La historia del Empleo Público peruano*. Lima: Normas jurídicas.

Duran, J. (2014). *El Derecho del consumidor como disciplina jurídica autónoma*. Lima: PUCP - Repositorio virtual .

Dworkin, R. (1986.). *Law's Empire*. London: Fontana Press .

Entrena, R. (1976). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.

Ferraris, C. (1923). *Tratatto Italiano di Diritto Administrativo, vol II*. Padua: Litotipo.

García, A. (2002). *El pensamiento burocrático*. España: Comares.

Grzetic, A. (1985). Aplicación del principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado. *Derecho Laboral* , 276.

Jèze, G. (1928). *Los principios generales del Derecho Administrativo*. Madrid: Reus.

Lariguet, G. (2006). Autonomía de ramas jurídicas y aplicación de normas. *Anuario de Filosofía del Derecho, Núm. XXIII* , 384-404.

Lasagabaster, I. (1994). *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas.

Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo Alemán, Tomo IV, Parte especial: Las obligaciones especiales*. Buenos aires, Segunda edición: De Palma.

Miranda, G. (2004). Instituciones y perspectivas del Derecho Laboral Público. *Derecho y Sociedad* , 63.

- Montoya, A. (1996). El ámbito personal del derecho de trabajo. *Revista de Política Social*, 91.
- Morell, L. (1994). *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*. Madrid: Civitas.
- Ortega, L. (1983). *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos.
- Plá, A. (1978). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Racciatti, O. (2002). El derecho del trabajo en el sector público. *Derecho Laboral* , 735.
- Racciatti, O. (1994). Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública. *Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Siete estudios sobre derecho colectivo de trabajo* , 55.
- Rocco, A. (1931). *Principios del derecho mercantil*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Roppo, V. (2015). El Derecho Privado en el sistema jurídico. *Ius et veritas* , 88-101.
- Servir. (31 de enero de 2018). *Autoridad Nacional del Servicio Civil*. Recuperado el 11 de febrero de 2019, de <https://www.servir.gob.pe/servir-presenta-indicadores-actualizados-sobre-sindicalizacion-y-negociacion-colectiva-en-el-sector-publico/>

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-165 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉF. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411

JUNIO 2019 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-4440-02-1



9 786124 440021