



## Estabilidad Laboral y Derechos Sociales

<b>Julio 2007</b>	
<b>Año: I - N°.: 1</b> © Producciones Patriasur.	<b>Editorial:</b> El TLC con los EE.UU.
<b>Director</b> A. FELIX LEON CHARCA	<b>Seguridad Social:</b> Libre desafiliación de las AFPs.
<b>Equipo de redacción</b> LAURA E. GIL PUMA RODOLFO HUAMANÍ DIAZ CESAR ESCALANTE CÁRDENAS	<b>Procesal:</b> Los despidos y el proceso constitucional de Amparo
<b>Columnistas</b> ANGEL GUILLERMO RUIZ MORENO FRANCISCO GOMEZ VALDEZ GLORIA CHARCA PUENTE DE LA VEGA AMILCAR LEON CHARCA LEOPOLDO GAMARRA VILCHEZ	<b>Individual:</b> Estabilidad laboral, macroeconomía y protección social
<b>Oficina de Redacción</b> Calle Ayacucho 173 Of. 305 Telefax: 51-84-223867 www.estabilidadlaboral.com Cusco – Perú	<b>Legislación:</b> Texto del TLC en materia laboral
<b>Advertencia</b> estabilidadlaboral.com no se solidariza con las opiniones de los columnistas y colaboradores.	<b>Internacional:</b> ¿Qué es la Organización Internacional del Trabajo?

El material intelectual que publica estabilidadlaboral.com es de uso libre previa cita de la fuente.

## EDITORIAL:

El Tratado de Libre Comercio o más propiamente el ACUERDO DE PROMOCION COMERCIAL PERU-EEUU., se ha convertido en materia de cometarios, especulaciones y hasta simples conjeturas que no cumplen un rol orientador.

Como cualquier tratado el TLC debe ser el resultado del acuerdo consensual de las partes que participan en su negociación y eventual suscripción; en el caso concreto Perú y Estados Unidos de Norteamérica.

Ocurre que la excesiva publicidad y el desmesurado optimismo del gobierno anterior-principalmente del ex presidente Alejandro Toledo- hicieron que algunos entusiastas peruanos cifraran elevadas expectativas en las negociaciones y el prometedor contenido de este acuerdo comercial que a decir de algunos significará una solución al desempleo y otros malestares de la aún crítica economía peruana.

Durante los años 2005 y 2006 el Perú ha registrado un crecimiento sostenido en términos macroeconómicos, fenómeno que si bien ha dado muestras incontrovertibles de ascenso en materia bursátil e incluso en la captación de capitales extranjeros -en el marco de la promoción de inversiones-, no es posible afirmar que la economía de nuestro país se ha consolidado o acercado al desarrollo, queda entonces mucho por solucionar en particular las alarmantes cifras de desempleo y subempleo tanto en Lima metropolitana como en el interior del país.

La materia laboral se ha constituido en el principal escollo para la ratificación del Tratado de Libre Comercio por el Congreso de los Estados Unidos. Los parlamentarios demócratas -mayoría en el capitolio- a la luz de lo acontecido en su país -producto de la suscripción de un TLC similar con México y Canadá desde hace ya algunos años-, han llegado a la conclusión que Norteamérica no se beneficia –en términos laborales- con su vigencia. Miles de empleos creados por empresarios estadounidenses fuera del territorio de la primera economía del mundo, constituye un registro histórico difícil de disimular. La razón es muy sencilla, la mano de obra y los denominados sobrecostos laborales -beneficios sociales- son muchísimo más baratos en Latinoamérica que en los Estados Unidos; por tanto los capitalistas prefieren invertir más al sur de la tierra del “Tio Sam”, dando lugar al crecimiento de la cifra de desempleados en ese país y la menor captación del erario norteamericano en lo que a impuestos sobre el trabajo se refiere.

La posibilidad de suscribir un acuerdo comercial de similar impacto con una economía más pequeña y deprimida como la peruana lleva a la conclusión de que muchos otros puestos de trabajo que en su momento deberían crearse en EE.UU., tendrán por destino final el Perú.

Se suma a este razonamiento un elemento adicional. El Perú es uno de los países con más altos índices de incumplimiento patronal –dentro de los estándares a que se refieren los convenios internacionales de la O.I.T.-, situación que no deja de ser tentadora para el morbo extranjero; no obstante, la preocupación de los legisladores estadounidenses pasa por el hecho de que sean sus connacionales -ocasionalmente empleados en el Perú-, quienes tuvieran que ser víctimas del atropello o el abuso del empleador, constituyendo ello una hipótesis simplemente inaceptable.

A partir de los desacuerdos y con la venia de los senadores demócratas se decidió la discusión de “adendas” –propiamente enmiendas- al texto original del TLC, es decir nuevos textos producto de nuevas negociaciones en materia laboral, de inversiones, propiedad intelectual y medio ambiente.

El lunes 25 de junio del 2007 el ejecutivo anunció por todo lo alto la suscripción de las referidas enmiendas y la espera de su aprobación por los respectivos congresos de las partes suscribientes.

No deja de ser anecdótico el hecho de que se haya tenido que recurrir a un elemento adicional –vía renegociación- para que en el marco del TLC rijan los estándares mínimos que proclama y recomienda la OIT en particular en su declaración de principios; al ser ello así la

desprotección laboral de los trabajadores –de uno y otro lado- se ha hecho evidente, tanto como la necesidad de fortalecer las respectivas legislaciones –especialmente la peruana- en relación al cumplimiento de obligaciones patronales.

**El Director.**

# SEGURIDAD SOCIAL:

## La Libre desafiliación de las AFPs

© A. FÉLIX LEÓN CHARCA<sup>1</sup>

---

### Generalidades:

Hace más de 60 años en Inglaterra, Lord Beveridge diseñaba los primeros esbozos del sistema "Welfare" o de "bienestar social" el cual dio origen a la moderna concepción de la Seguridad Social. Su inspiración como la de muchos intelectuales europeos de la post guerra fue la aplicación práctica del principio de "solidaridad", asumiendo la existencia de sociedades plenamente empleadas y esencialmente jóvenes, repletas de aportantes (trabajadores activos) que hicieran sostenible un régimen de contribución en el cual los ciudadanos de mayor edad (ex trabajadores censantes o jubilados) recibirían pensiones dignas producto de una dinámica cotización de los activos (menores en edad pero mayores en número) y dando lugar a la creación de un círculo rotativo con perspectivas auspiciosas.

Cuando el esquema teórico de la cotización solidaria se quebró no fue difícil detectar la razón del desbalance al hacerse evidente la existencia de sociedades repletas de "parados" es decir jóvenes desempleados en volúmenes cada vez más crecientes haciendo inviable el sostenimiento del "Welfare original" y obligando a replantear el diseño de la seguridad social.

La reacción capitalista no tardó y en los años 80 en Chile, Don José Piñera por entonces Ministro de Economía de la dictadura Pinochetista tuvo la genial idea de crear el denominado sistema de capitalización individual, vale decir, una negación a la solidaridad que significaba la vigencia de cuentas individuales de aportes que en términos privados debían brindar a sus titulares pensiones suficientes. En esta lógica sólo importa cuánto se aporta a fin de hacer viable el cálculo actuarial de la pensión.

En el cenit de la dictadura fujimorista el ministro Boloña no perdió tiempo y habiendo identificado el potencial negocio de las pensiones privadas implementó aquél concepto a través de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), sin que pudiera estar ausente la propia AFP de Boloña como evidente signo de la confianza capitalista y estatal en la emergente actividad. En el negocio de las pensiones importa tanto la percepción de aportes -cotización = capitalización mínima- como la expectativa de vida los trabajadores; a ello obedece el establecimiento de edades cada vez más altas a fin de que un trabajador cesado alcance el goce de una pensión. Basta analizar la fluctuación de concepto en los últimos años. De 60 años de edad límite para la vida activa del trabajador se ha pasado a los 65 sin mayor explicación que la sola existencia de los nuevos regímenes cuando es bien sabido que la expectativa de vida de los peruanos no supera los 70 años. Tener que cotizar entre veinte y treinta y cinco años para gozar de una pensión íntegra sólo por cinco u ocho es en definitiva un gran negocio.

Desde un inicio el Estado peruano y las AFPs desarrollaron una agresiva campaña publicitaria a fin de presentar ante la Nación, la quiebra del Sistema Nacional de Pensiones (Decreto Ley 19990) y la "injusta" distribución del fondo pensionario que los sistemas solidarios brindan. El fenómeno inmediato fue la masiva y desinformada afiliación al SPP de miles de trabajadores que presas del entusiasmo -y a veces del chantaje patronal- migraron al prometedor destino que a mediados de los 90´ ofrecían las AFPs.

El tiempo ha transcurrido y no sólo el futuro soñado y las pensiones justas nunca se materializaron sino que centenares de trabajadores que ya tenían derecho a una pensión en el

---

<sup>1</sup> Abogado laboralista y Director de la revista [www.estabilidadlaboral.com](http://www.estabilidadlaboral.com)

Sistema Nacional -o muchos de ellos que por sendas razones jurídicas nunca debieron afiliarse al mismo- fueron arbitrariamente adscritos, generándose así auténticos dramas familiares producto de las exiguas pensiones -de S/. 40.00, S/. 60.00, o S/. 80.00 nuevos soles mensuales- con las cuales simplemente se sentenciaba a la pauperización de los pensionistas y sus familias.

La política y las ofertas electorales jugaron su partido aparte pero luego de tanto esperar la expedición de la Ley 28991 LEY DE LIBRE DESAFILIACIÓN INFORMADA, PENSIONES MÍNIMA Y COMPLEMENTARIA Y RÉGIMEN ESPECIAL DE JUBILACIÓN ANTICIPADA, abre una ventana de esperanza para todos aquellos trabajadores peruanos que miraban con cabal escepticismo un eventual retorno al añorado Sistema Nacional y ello sin responder a posturas conceptuales o ideológicas sino simplemente porque la realidad -verdad incontrovertible- se impone pues ante condiciones similares de aportación –en tiempo y capital- las pensiones que otorga la Oficina de Normalización Previsional (ONP) a los pensionistas del Decreto Ley 19990 han sido y siguen siendo superiores a las otorgadas por las AFPs.

El día 29 de mayo del 2007 por disposición del Poder Ejecutivo se ha publicado el Decreto Supremo Nro. 063-2007-EF REGLAMENTO DE LA LEY N° 28991. En consonancia con la norma sustantiva el reglamento desarrolla los términos y condiciones para la denominada “libre desafiliación informada” que signifique un eventual retorno al Sistema Nacional de Pensiones (S.N.P. - D.L. 19990) en los casos de aquellos afiliados al Sistema Privado de Pensiones (SPP – A.F.P.s.) que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

#### **Supuestos de desafiliación:**

- Los que hubieran pertenecido al SNP hasta el 31 de diciembre de 1995, siempre que a la fecha de solicitud de desafiliación ante la AFP cumplan con los correspondientes años de aportación entre el SNP Y el SPP, para tener derecho a pensión de jubilación en el SNP. La resolución que autorice la desafiliación bajo este supuesto, no genera pensión de jubilación automática en el SNP, para ello se requiere acreditar los requisitos que exige dicho sistema es decir, 65 años de edad cronológica y un mínimo de 20 años de aporte –jubilación ordinaria- (Literal “a” artículo 1° del D.S. 063-2007-EF).
- Los que a la fecha de su incorporación al SPP cumplían con alguno de los requisitos siguientes:
  - b.1) Tener al menos 65 años de edad y 20 años de aporte al SNP.
  - b.2) Contar al menos con 55 años de edad y 30 años de aporte al SNP en caso de varones.
  - b.3) Contar al menos con 50 años de edad y 25 años de aporte al SNP en caso de mujeres.
  - b.4) Aquellos trabajadores que cumplieran con los requisitos para tener derecho a una pensión bajo cualquiera de los regímenes especiales de jubilación en el SNP, distintos a los señalados en los incisos b.2) y b.3).

En todos los casos la contabilización de los años de aportación o años de trabajo efectivo requeridos deberá considerar el período completo exigido en años a la fecha que corresponda (Literal “b” artículo 1° del D.S. 063-2007-EF).

#### **Procedimiento operativo de desafiliación:**

A fin de desarrollar el mecanismo formal de la desafiliación, la norma prevé la aprobación del Reglamento operativo de desafiliación, instrumento que será aprobado por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFPs en coordinación con la ONP; no obstante, ya se ha considerado que deberá contemplar las siguientes etapas:

- Presentación de la solicitud de desafiliación y cumplimiento de requisitos.
- Calificación del derecho a la desafiliación del SPP (opinión) estableciendo los plazos para que las AFPs remitan la solicitud y documentos sustentatorios para que la SBS emita la resolución correspondiente (decisión).
- Compromisos del afiliado que incluye la presentación de una declaración jurada debidamente firmada en la que conste que han tomado conocimiento de la deuda de la diferencial de aportes, de la irreversibilidad y de la conveniencia o no de su desafiliación.
- Constancia de haber cumplido con alguno de los supuestos de desafiliación establecidos en el artículo 1° del reglamento Decreto Supremo 063-2007-EF.
- Emisión de la resolución de desafiliación SPP.
- Recursos administrativos (impugnatorios).

Refiere la norma además que las estimaciones y/o cálculos de pensión que se realicen en el SPP y el SNP, se sujetarán a las condiciones que la SBS y la ONP determinen sobre la base de pensiones anualizadas y respecto del afiliado así como sus beneficiarios o derechohabientes, respectivamente (Artículo 2° del D.S. 063-2007-EF).

#### **Certificación de aportes:**

En una práctica equivalencia de lo que significaron en su momento los bonos de reconocimiento, a fin de posibilitar la desafiliación material de los trabajadores activos que aportan al SPP – AFPs, se ha previsto la acreditación del fondo del fondo económico del afiliado, e l artículo 3° del Decreto Supremo 063-2007-EF determina los criterios a los que deberá sujetarse la denominada “certificación de cumplimiento de aportes mínimos”, a saber:

- En el caso de aportes al SPP de trabajadores dependientes se deberá considerar sólo aquellos aportes que se encuentren efectivamente retenidos y pagados. Cuando se trate de independientes se considerará aquellos aportes pagados. En adición a ello dicha certificación incluirá aquellos aportes adeudados durante su permanencia en el SPP.
- En el caso de aportes al SNP, para el registro de los años de aportación se aplicarán los mismos criterios de aportes retenidos y pagados que exige la ONP para la contabilización de las aportaciones requeridas para acreditar el derecho a las correspondientes pensiones de jubilación. (Artículo 3° del D.S. 063-2007-EF).

#### **Transferencia de aportes:**

Una vez autorizada la desafiliación corresponderá que la respectiva AFP proceda a la transferencia de los recursos de la cuenta individual de capitalización (CIC) a la ONP con cargo a formar parte del Fondo Consolidado de Reservas Previsionales FCR-DL19990 y el bono de reconocimiento de ser el caso (Artículo 4° del D.S. 063-2007-EF).

La norma referida no sólo constituye una evidencia tangible del retorno al sistema de solidaridad o fondo común de bienestar, es además el dispositivo que permitirá el reencuentro de administración previsional peruana con la esencia misma de la seguridad social en materia de pensiones.

#### **A modo de colofón:**

En reciente conferencia de prensa el Presidente Alan García Pérez anunció los alcances del reglamento de la libre desafiliación informada. En efecto a partir del 01 de setiembre del 2007 y luego de la campaña de “información” que el gobierno ha diseñado con este fin, los trabajadores activos que cumplan con cualquiera de los requisitos previstos en Ley podrán iniciar sus trámites de desafiliación ante sus respectivas AFPs, para que luego de la calificación -opinión- que estas evacuen, sea la SBS quien resuelva el pedido conforme al procedimiento operativo que este mismo organismo aprobará.

El anuncio presidencial ha llenado de optimismo a clase trabajadora peruana pues se ha alcanzado a afirmar que incluso aquellos a quienes no les convenga la medida podrán desafiliarse y esto en realidad es así, no obstante, en estos casos peligra la posibilidad de alcanzar una pensión ya sea en el SPP o en el SNP; ello significa que será entera responsabilidad del afiliado la determinación de permanecer en el sistema privado o retornar al sistema nacional debiendo asumir todas las consecuencias de una u otra medida. En esto último radica el carácter informado de la desafiliación, por tanto será muy importante que los interesados en la adopción de cualquiera de las alternativas que se generan a partir de la vigencia de la norma se ilustren y asesoren adecuadamente antes de volver a lamentarse.

# PROCESAL:

## LOS DESPIDOS Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO (versión revisada)

© A. FÉLIX LEÓN CHARCA<sup>2</sup>

### Derechos fundamentales y derechos laborales

En relación a la finalidad de los derechos fundamentales se enseña que estos: **“definen y garantizan la posición del individuo ante y en el Estado en tanto Derechos Públicos Subjetivos”**<sup>3</sup>

“(…) La moderna doctrina del Derecho Constitucional desarrollada al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, ha superado esta **noción clásica** para sentar el principio de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, esto es en el ámbito de las relaciones de derecho privado. Esta doctrina conocida como la **“DRITTWIRKUNG”**, considera que los derechos fundamentales son oponibles, no solamente frente al poder estatal, **sino también en las relaciones entre particulares**, afirmando así que el amplio campo de las relaciones privadas no está exento de conductas y hechos lesivos de los derechos fundamentales de las personas”<sup>4</sup>.

“La **DRITTWIRKUNG**, ha sido asumida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú a partir de la norma contenida en el artículo 38° de la Constitución. Señala el TC que: “De conformidad con el artículo 38° de la constitución, **TODOS LOS PERUANOS TIENEN EL DEBER (,,,) DE RESPETAR, CUMPLIR (...) LA CONSTITUCION (...)**, Esta norma establece que la vinculatoriedad de la constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como **eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales**. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado que pretenda conculcar o desconocerlos como el caso cuestionado en el presente proceso resulta inexorablemente inconstitucional”<sup>5</sup>.

Desde un punto de vista teórico los procesos judiciales diseñados para la defensa o restitución de derechos fundamentales resultan perfectamente compatibles con los derechos derivados del empleo, conocidos también como derechos laborales. No puede perderse de vista que los derechos humanos de segunda generación o derechos sociales, tienen como principal protagonista al derecho del trabajo, así lo hace saber la Constitución mexicana de Querétaro y la propia Constitución alemana de Weimar, al ser estos los instrumentos jurídicos que acogieron por primera vez la noción constitucional de los derechos relacionados con el empleo.

### Tribunal Constitucional ¿máximo interprete de la Constitución?

“La constitución peruana de 1993 no señala expresamente la calidad de intérprete constitucional del TC. El artículo 201 prevé que el TC es el órgano de control de la Constitución y

<sup>2</sup> Abogado Laboralista – Director de la revista [www.estabilidadlaboral.com](http://www.estabilidadlaboral.com)

<sup>3</sup> JELLINECK Georg, “Teoría General del Estado”, Fondo de Cultura Económica, México 2000. Pág. 387, en “El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia Constitucional”, artículo del Dr. Carlos Blancas Bustamante publicado en el libro “Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional” editado por la Academia de la Magistratura, Lima Octubre del 2004. Pág. 88.

<sup>4</sup> BLANCAS Carlos, “El despido lesivo de derechos fundamentales en la jurisprudencia Constitucional”, artículo publicado en el libro “Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional” editado por la Academia de la Magistratura, Lima Octubre del 2004. Pág. 89.

<sup>5</sup> BLANCAS Carlos, Ob. Cit. Págs. 91 y 92.

que es autónomo e independiente. Luego el artículo 202° entre otras funciones, indica que el TC conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. **De esta forma en el ámbito de la constitución, no existe una disposición expresa que permita apreciar que el TC es el interprete de la constitución y que su criterio en caso de varias interpretaciones posibles, predominará<sup>6</sup>**, siendo ello así resultaría del todo erróneo asumir al Tribunal Constitucional como el máximo interprete de la Constitución, pues debe quedar claro que no sólo el Tribunal Constitucional es capaz de interpretar la Constitución Política, recordemos que el intérprete auténtico de la Carta Magna es el Poder Legislativo, por su parte el Poder Judicial mediante todos sus órganos se encuentra facultado al denominado **control difuso de la constitucionalidad** y para el efecto tendrá que interpretar la constitución; sin embargo **“la atribución de controlar la constitución solamente esta establecida para el TC, por consiguiente, si bien no es el único órgano que puede interpretarla, su criterio de interpretación es el que debe primar ante un conflicto”<sup>7</sup>**.

### ¿Estabilidad laboral = adecuada protección contra el despido arbitrario?

En los predios doctrinarios la estabilidad laboral ha sido definida, clasificada y desarrollada incluso a niveles superlativos; sin embargo, nadie puede negar que se trate del derecho laboral por antonomasia y del estandarte de los derechos sociales. Aunque su análisis no es precisamente la razón de ser del presente tratado, resulta importante señalar lo siguiente:

*“La legislación prácticamente universal, recogida en el Convenio N° 158 de la OIT (Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San Salvador, consideran que **si un trabajador que goza de “estabilidad laboral” es despedido injustificadamente, la reparación de este daño tiene tres posibilidades, todas ellas adecuadas: (i) reposición en el trabajo, o, (ii) indemnización, o, (iii) otras prestaciones como el seguro de desempleo.** Señalan, además, que es opción de cada país a través de su legislación adoptar la que se considere más oportuna”<sup>8</sup>*.

*“Puede leerse en el literal “d” del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del “Protocolo de San Salvador”, que **los Estados reconocen el derecho a “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”**: Asimismo, en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 93, se establece que **“la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos”**. En ambas citas puede observarse que la preocupación principal se orienta a evitar el despido injustificado o, en su defecto, que se le reconozcan a los trabajadores las indemnizaciones correspondientes si esto ocurre, lo cual está suficientemente previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en el caso de Venezuela. Pero, ¿eso es lo que ha de entenderse por estabilidad laboral? ¿Que el estado garantice que los despidos han de ser justificados? (...)”<sup>9</sup>*.

Y en el Perú: *“En 1970, el gobierno militar decretó la estabilidad laboral absoluta para todos los trabajadores asalariados luego de tres meses de iniciados sus contratos. La introducción de la estabilidad laboral significó que luego del período de prueba el trabajador sólo podía ser despedido*

<sup>6</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, *INSTITUCIONES DEL DERECHO LABORAL*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág. 448.

<sup>7</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, Ob. Cit. Pág. 449.

<sup>8</sup> MORALES CORRALES Pedro G., *VÍAS PROCESALES DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO: INDEMNIZACIÓN Y REPOSICIÓN* [en línea], presentación “power point”, Lima, Octubre del 2003. Disponible en Internet: [http://www.amaq.edu.pe/docs/Morales\\_Estabilidad%20Laboral%20Sentencias%20TC.ppt](http://www.amaq.edu.pe/docs/Morales_Estabilidad%20Laboral%20Sentencias%20TC.ppt) [Consulta: 26 de febrero del 2007].

<sup>9</sup> SOCORRO Félix, *ESTABILIDAD LABORAL: OTRO PARADIGMA QUE CAMBIA* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.sht.com.ar/archivo/opinion/estabilidad.htm> [Consulta: 05 de marzo del 2007].

por faltas graves o despido colectivo; y esto debía ser autorizado por las autoridades laborales. **La empresa debía demostrar que existía una causa justa para el despido del trabajador, y era la autoridad administrativa de trabajo quien determinaba si éste procedía o no**<sup>10</sup>.

Con la vigencia de la Carta de 1979 la estabilidad laboral -entre otros derechos inherentes al trabajo-, alcanzó dimensión constitucional. A la luz de ese Código Político se ensayaron fórmulas poco afortunadas como la incluida en la Ley 24514 denominada Ley de Estabilidad Laboral, disposición que no hizo más que incorporar a la sistemática jurídica un profuso e inconsistente menú de **CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO**<sup>11</sup> al cual podía<sup>12</sup> recurrir válidamente el empleador, a fin de justificar la decisión de prescindir de los servicios de determinado trabajador.

*“La Constitución de 1993 evitó hacer mención a la "estabilidad laboral", refiriéndose en su artículo 27° a la "adecuada protección contra el despido arbitrario". Esta expresión fue adoptada en la Tercera Conferencia Regional Americana de la OIT, llevada a cabo en México en el año 1946 en la que, al precisar el alcance del concepto "estabilidad laboral", concluyó que significaba protección del trabajador contra el despido arbitrario"*<sup>13</sup>.

Según la CONFIEP: *“La Constitución peruana no consagra la estabilidad laboral absoluta, establece que **la ley señala la adecuada protección contra el despido injustificado de los trabajadores**. Excepto **Bolivia** que desde noviembre de 2006 acaba de disponer la reincorporación de los trabajadores despedidos sin causa justificada, la legislación laboral en el resto de América Latina, en casos de despido injustificado, sólo reconoce el pago de indemnizaciones económicas, que en promedio son equivalentes a un sueldo por año de servicios (Argentina, Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela)*<sup>14</sup>.

Desde un enfoque teórico -pero sensato- podemos afirmar que la estabilidad laboral es la garantía fundamental del empleo, en cuya virtud un trabajador no puede ser despedido sin invocación de causa legítima y sin el desarrollo imparcial de un procedimiento -previo a la decisión patronal- en el que se observe el cabal ejercicio del derecho de defensa.

Por las *consecuencias* que de ella se derivan la estabilidad laboral puede ser absoluta o relativa.

Es **absoluta** cuando la sanción judicial frente a su trasgresión, significará la **reposición** del trabajador en su empleo, además del reconocimiento de las remuneraciones caídas o devengadas y de los demás derechos laborales que se hubieren dejado de percibir durante el tiempo que duró el despido.

Es **relativa**, cuando la única reparación que recibe el trabajador que impugna el despido sufrido es una **indemnización económica** generalmente tarifada como ahora reconoce la legislación laboral peruana.

Desde 1991 -año de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 728 Ley de Fomento del Empleo- en nuestro país se ha implantado un sistema de estabilidad relativa, en cuyo marco hemos vivido -y vivimos aún- los años más aciagos de crisis laboral.

<sup>10</sup> SAAVEDRA Jaime y MARUYAMA Eduardo, *ESTABILIDAD LABORAL E INDEMNIZACION: EFECTOS DE LOS COSTOS DE DESPIDO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO LABORAL PERUANO* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.grade.org.pe/download/pubs/dt28-despido.pdf> [Consulta: 14 de marzo del 2007], Pág. 12.

<sup>11</sup> Incluida la tipificación de variadas “inconductas” laborales consideradas como faltas graves.

<sup>12</sup> Incluso hoy.

<sup>13</sup> MORALES CORRALES Pedro G., Ob. Cit.

<sup>14</sup> CONFIEP, *PRONUNCIAMIENTO ANTE EL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DE TRABAJO* [en línea]. Disponible en Internet: [http://www.confiep.org.pe/index.php?fp\\_verpub=true&idpub=738&fp\\_mnu\\_id=9](http://www.confiep.org.pe/index.php?fp_verpub=true&idpub=738&fp_mnu_id=9) [Consulta: 05 de marzo del 2007].

Como reconocen hasta los defensores del capital, “sin la estabilidad laboral, serían nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de los mismos, no tendrían la suficiente exigibilidad frente al empleador”<sup>15</sup>.

Haciendo historia, mencionaremos que la denominada Ley de estabilidad laboral 24514, consideraba que ante la afectación del derecho de estabilidad laboral, cabía la posibilidad de postular demanda con la pretensión de **CALIFICACION DE DESPIDO**, la cual podía contener la denuncia formal o la denuncia fundamental respecto de las circunstancias que daban lugar a la extinción arbitraria del vínculo.

Cuando no se cumplían las formalidades inherentes al despido como la imputación escrita de la falta o el otorgamiento del plazo de ley para descargar frente al pre-aviso de despido, se pretendía la calificación de un despido **IMPROCEDENTE**.

Cuando se cumplían las formalidades del despido mas no existía causa justa de despido o la falta grave imputada no era *acreditable en juicio* la pretensión a postular era de calificación de despido **INJUSTIFICADO**.

En ambos casos el efecto de una demanda declarada fundada era la REPOSICION del trabajador demandante y el pago de los derechos accesorios que ya tenemos detallados. Cabe anotar que juntamente a la calificación de despido subsistía la pretensión de indemnización por despido e incluso frente a una sentencia favorable en la calificación de despido y en etapa de ejecución de sentencia, el actor podía optar por la indemnización si consideraba prudente ya no retornar al centro de trabajo del que fue despedido.

Es evidente que la profundidad de instituciones y las variables incluidas en la Ley de Estabilidad Laboral, era muy superior a aquellas con las que contamos actualmente. En relación a la “adecuada protección contra el despido arbitrario” es necesario puntualizar lo siguiente:

- La Constitución de 1993 en su artículo 27° prevé que: “**La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario**”.
- “El artículo 27° de la Constitución indica que se protegerá al trabajador frente al despido arbitrario. No se señala el grado o nivel de tutela pero si la hay en el nivel primario, no necesariamente será la reposición del trabajador. A diferencia de la Constitución de 1979, no se reconoce la estabilidad laboral absoluta (...)”<sup>16</sup>.
- “La protección adecuada debiera importar una causalización del despido y la obligación de que el legislador regule normativamente las causas y los procesos aplicables para los diferentes supuestos de extinción de la relación laboral. Ciertamente ante la trasgresión de los imperativos de protección laboral, el legislador debe fijar un mecanismo de tutela a favor del trabajador afectado”<sup>17</sup>.
- Resulta irónico que la deficiente redacción adoptada en el artículo 27° de la Constitución, sea el origen de la interpretación (extensiva y favorable a los intereses de los trabajadores) que ha merecido dicha norma. Aquello de **ADECUADA** protección contra el despido arbitrario ha generado idas y venidas en el Tribunal Constitucional, el cual originalmente consideraba que la adecuada protección implicaba sólo el resarcimiento indemnizatorio. A partir de las emblemáticas sentencias recaídas en los expedientes Nros. 1124-2001-AA/TC y 976-2001-AA/TC seguidas por la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú y el Señor Eusebio Llanos Huasco contra la empresa Telefónica del Perú<sup>18</sup>, es que se vuelve a

<sup>15</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, Ob. Cit. Pág. 448.

<sup>16</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, Ob. Cit. Pág. 454.

<sup>17</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, Ob. Cit. Pág. 452.

<sup>18</sup> Declarando inconstitucionales algunos procedimientos de invitación al retiro voluntario en el primer caso y “constitucional” el despido operado en el segundo.

poner en el tapete el asunto del amparo y la posibilidad de lograr la reposición de trabajadores mediante la postulación de procesos constitucionales.

- La comentada sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0206-2005 seguido por Don Cesar Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A., ha significado un nuevo golpe de timón para esta suerte de corriente “pro amparista” del conflicto laboral. En resumidas cuentas se ha dispuesto CON ACIERTO el definitivo viraje de la tendencia “alternativa” del amparo al “residual” o “excepcional” que le corresponde.

## Los despidos en el ordenamiento jurídico peruano

El despido es una de las causas de extinción del contrato de trabajo. En el ejercicio de las facultades directrices del empleador se contempla la posibilidad de la sanción al trabajador con la adopción de las diversas medidas desarrolladas por la norma. En el marco del enunciado precedente, el despido es un acto patronal unilateral y legítimo que procura la conclusión del vínculo laboral, sustentándose en causa justa prevista por Ley y susceptible de comprobación.

El artículo 22° del Decreto Supremo 03-97-TR dispone que: *“Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con **la capacidad o con la conducta del trabajador**. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.*

Las causas justas de despido, no se limitan a la comisión de faltas graves, resulta entonces que tienen una dimensión mayor que la propia legislación se encarga de desarrollar.

El artículo 23° del Decreto Supremo 03-97-TR prevé que: *“Son causas justas de despido relacionadas con **la capacidad del trabajador**:*

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;*
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;*
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes”.*

Por su parte el artículo 24° del mismo dispositivo considera que: *“Son causas justas de despido relacionadas con **la conducta del trabajador**:*

- a) La comisión de falta grave;*
- b) La condena penal por delito doloso;*
- c) La inhabilitación del trabajador”.*

Efectuado el análisis precedente resulta que las variables justificatorias de un despido son múltiples y abarcan casi la integridad de posibilidades concurrentes en una relación de trabajo. Será tal vez por esto que algunos estudiosos mencionan que: *“algunos empleadores pierden procesos relacionados con despidos, solo porque no saben despedir”.*

Profundizando en el tema corresponde el análisis de las disposiciones sustantivas vigentes en las cuales se contemplan los “tipos de despido” que pueden producirse, a saber:

**Despido Indirecto.-** El artículo 30° del Decreto Supremo 03-97-TR, dispone literalmente que: *“Son **actos de hostilidad equiparables al despido** los siguientes:*

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;*
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;*

- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
  - d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
  - e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
  - f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
  - g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.
- El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que **efectúe su descargo o enmiende su conducta**, según sea el caso”.

Del texto citado puede concluirse que las inconductas patronales calificadas por la norma como actos de hostilidad son equiparables al despido. Su incidencia implica ambages del empleador, quien adopta comportamientos anti-laborales, cuya magnitud es análoga a un despido, de allí el carácter *indirecto* de la medida, pues el acto hostilizador no significa la adopción de una decisión extintiva del vínculo en forma explícita o abierta.

**Despido Nulo.-** Según prevé el artículo 29° del Decreto Supremo 03-97-TR: “Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. (...).”

Por otro lado, el artículo 6° de la Ley N° 26626 sanciona lo siguiente: “Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.

Para la sistemática sustantiva laboral, los despidos nulos son aquellos que en forma específica y limitativa se encuentran contemplados por Ley, respondiendo a las causas establecidas por el artículo 29° del Decreto Supremo 03-97-TR. Del análisis de las causales referidas, surge como factor común la “DISCRIMINACION” de la cual pudiera ser objeto el trabajador por su afiliación sindical, el ejercicio regular de su derecho de petición o reclamación, la gestación en el caso de las damas o el hecho de ser portador de determinada enfermedad.

En estos casos la vía natural y la residual son igualmente satisfactorias; sin embargo, cierto sector de la doctrina piensa que la sumariedad del proceso de amparo es un argumento válido para sostener la prevalencia de este. Nuestro criterio insiste en la improcedencia del amparo que se sustente en alguna de las causales de nulidad de despido.

**Despido arbitrario.-** De acuerdo con la legislación laboral sustantiva vigente (Decreto Supremo 03-97-TR) la única sanción que recibe el empleador que incurre en un despido arbitrario es el pago de la indemnización prevista por el artículo 38° de dicho dispositivo. Sintetizando algunos criterios doctrinarios actuales (concordantes con las normatividad sustantiva), un despido es arbitrario cuando:

- a. No se expresa la causa del despido o pese a haberse expresado una causa, esta no puede demostrarse judicialmente (despido injustificado o arbitrario propiamente dicho<sup>19</sup>).

<sup>19</sup> (Decreto Supremo 03-97-TR) Artículo 34°.- (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de

- b. No se respeta la forma escrita para la imputación de faltas y/o la comunicación del despido (despido con lesión de derechos constitucionales).
- c. No se sustenta en una causa justa preestablecida (despido incausado<sup>20</sup>).

A la luz del razonamiento expresado, el gran tema ahora es determinar qué tipo de despidos aún pueden sustanciarse en procesos de amparo, el siguiente cuadro ensaya una fórmula:

DESPIDO	PROCESO / PRETENSION
Indirecto.	Laboral: Cese de actos de hostilidad o Indemnización por despido según sea el caso.
Nulo.	Laboral: Nulidad de despido.
Injustificado o arbitrario propiamente dicho.	Laboral: Indemnización por despido arbitrario.
Con lesión de derechos constitucionales.	Constitucional: Amparo.
Incausado.	Constitucional: Amparo.

El ojo crítico de agudos investigadores jurídicos les ha permitido llegar a la conclusión preliminar de que en más del 90% de los procesos de amparo CON CONTENIDO LABORAL -en los cuales se ha logrado la reposición de un trabajador despedido- el derecho tutelado por la justicia constitucional NO HA SIDO LA LIBERTAD DE TRABAJO<sup>21</sup>, sino el DEBIDO PROCESO.

En el caso de destituciones inconstitucionales practicadas en contra de servidores públicos CONTRATADOS, la aplicación de lo dispuesto por la Ley 24041<sup>22</sup> ha sido inmediata y la consecuencia repositiva también. La ausencia de procesos administrativos disciplinarios previos a la destitución, ha sido el principal motivo del amparo judicial.

En el caso de despidos inconstitucionales practicados en contra de trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, la trasgresión patronal de lo dispuesto por el artículo 31° del Decreto Supremo 03-97-TR<sup>23</sup>, ha sido el factor primordial de las reposiciones dispuestas por la jurisdicción constitucional.

### ¿Y el despido fraudulento?

Según el Informe especial de la revista Asesoría Laboral<sup>24</sup>, un despido es fraudulento: *“Cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes o falsos o, así mismo, se*

cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

<sup>20</sup> Un despido es considerado incausado cuando el motivo que invoca el empleador para justificar la medida NO SE ENCUENTRA PREVISTO EN EL ORDENAMIENTO.

<sup>21</sup> (Constitución Política del Estado) Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 15. A trabajar libremente, con sujeción a ley (...).

<sup>22</sup> (Ley 24041) Artículo 1°.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley.

<sup>23</sup> (Decreto Supremo 03-97-TR) Artículo 31°.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.(...)

<sup>24</sup> ASESORIA LABORAL, “Informe especial”, en la revista del mismo nombre, Lima enero del 2006, pág. 13.

atribuye una falta no prevista legalmente o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la “fabricación de pruebas”. La formulación conceptual de este curioso e innovador “tipo” de despido resulta fascinante. La fascinación aludida deriva de la enunciación superlativa que el doctrinario le ha otorgado a este quimérico “tipo” de despido. El juicio es muy sencillo; ante la eventualidad de una imputación (causa justa de despido) *notoriamente inexistente*, estamos frente al supuesto de un despido injustificado en el mejor de los casos o incausado en el peor de los casos. En el supuesto de un *despido con atribución de falta no prevista legalmente* nos encontramos ante un despido incausado; y frente a la eventualidad de la *extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad o mediante la fabricación de pruebas*, nos hallamos ante un despido injustificado o arbitrario propiamente dicho, siendo ello así, la construcción conceptual del despido fraudulento, se ha originado en la antojadiza sumatoria de componentes causales propios de los otros tipos de despido, por consiguiente su irrupción en la jurisprudencia y doctrina constitucional – laboral, no ha favorecido a esclarecer el ya matizado y agudo panorama teórico, sino que innecesariamente lo complica más.

Nos anotamos en la trinchera de aquellos que desconocen abiertamente la existencia del denominado despido fraudulento.

### Los procesos constitucionales de amparo y los derechos laborales

*“No todos los derechos recogidos en la Constitución son tutelables mediante acción de amparo. Los derechos constitucionales pueden dividirse en función a su eficacia, como de perceptividad inmediata o aplazada. En el primer caso, el derecho puede ser ejercido por las personas sin que sea necesaria una reglamentación o un acto posterior del Estado: la sola consagración constitucional asegura el derecho y su pleno ejercicio. En cambio los derechos de perceptividad aplazada requieren de desarrollo legal para que puedan tener exigibilidad dado que la Constitución “delega” al legislador el contenido del derecho. La distinción expuesta no es gratuita dado que **solamente los derechos de perceptividad inmediata** pueden ser tutelados directamente mediante una acción de amparo”<sup>25</sup>*. El criterio citado se encuentra debidamente recogido por el artículo 38° del Código Procesal Constitucional, el cual literalmente sanciona lo siguiente:

*“Artículo 38°.- Derechos no protegidos.- No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.*

Según el maestro argentino Nestor Sagués; *“El Amparo es una vía excepcional, residual y hasta heroica”<sup>26</sup>* felizmente este aspecto medular y tan controvertido en el pasado ha sido adecuadamente aclarado por el texto del Código Procesal Constitucional que en su artículo 5° literalmente dispone lo siguiente: *“Causales de improcedencia.- No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 2. **Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus**”.* La exposición de la norma resulta sumamente clara y nos releva de mayores comentarios, sin embargo es necesario aclarar lo concerniente a los conceptos que integran la norma citada:

**Vías procedimentales específicas:** A decir de algunos doctrinarios ello implica la existencia de vías naturales o naturalmente propias e inherentes al IUS PROPIUM sustantivo de la materia que se discute. En este entender un despido arbitrario operado en contra de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada debe discutirse *a priori* en el marco del proceso laboral de indemnización por despido y ante el Juzgado Laboral que resulte competente.

<sup>25</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”, Editorial Gaceta Jurídica, pág. 452.

<sup>26</sup> SAGUES Néstor, *DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL*. Editorial Astera, Buenos Aires 1988, Pág. 16.

**Vías igualmente satisfactorias:** Se entiende que dos vías procesales son igualmente satisfactorias, cuando la finalidad de las pretensiones que en ellas se sustancian, persiguen un mismo objetivo y en caso de ser amparadas brindarán el mismo desenlace para el demandante. A fin de explicar este aspecto un ejemplo resulta del todo gráfico. Hasta hace muy poco tiempo en la vía del proceso de amparo se sustanciaban demandas cuyo objeto era discutir medidas o decisiones patronales que al entender del demandante constituían actos de hostilidad y ya que la doctrina también denomina a los actos hostilizadorios como prácticas de deslealtad patronal o como ya hemos visto “despido indirecto”, no era extraño entonces que su cuestionamiento se produjera en sendos procesos constitucionales, pese a saberse que tanto la Ley de Productividad y Competitividad Laboral como la Ley Procesal del Trabajo contemplan primero un procedimiento (interno) y luego un proceso judicial para cuestionar y **restituir la normalidad laboral** al disponerse la CESACIÓN de aquellos actos disturbadores del vínculo de trabajo. En el caso descrito, demandar el cese de actos de hostilidad ante la judicatura especializada laboral o postular demanda de amparo ante el juez común, brinda al actor exactamente la misma **satisfacción**.

Con todo lo expresado el colofón es uno, será improcedente la demanda de amparo que verse sobre la restitución de derechos fundamentales que en la vía específica **proporcionen al demandante igual satisfacción** que la vía constitucional.

Partiendo de la simple interpretación del Código Procesal Constitucional reiteramos que, tanto los despidos indirectos -actos de hostilidad- cuyo efecto es el reestablecimiento de la normalidad en la relación laboral, como los despidos nulos cuyo objeto es la reposición del actor en el empleo y accesoriamente el pago de las remuneraciones devengadas por el período dejado de percibir, *no son materias sustanciables en procesos de amparo*.

## INDIVIDUAL:

### ESTABILIDAD LABORAL, MACROECONOMIA Y PROTECCION SOCIAL<sup>27</sup>

(VERSIÓN AMPLIADA)

© A. FÉLIX LEÓN CHARCA<sup>28</sup>

---

En los predios doctrinarios la estabilidad laboral ha sido definida, clasificada y desarrollada incluso a niveles superlativos; sin embargo, nadie puede negar que se trate del derecho laboral por antonomasia y del estandarte de los derechos sociales. No es objeto de la presente intervención efectuar un análisis historiográfico o teleológico de aquel instituto pero consideramos necesario tener en cuenta algunas premisas que a continuación incluimos.

*“La legislación prácticamente universal, recogida en el Convenio N° 158 de la OIT (Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador) y en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San Salvador, consideran que **si un trabajador que goza de "estabilidad laboral" es despedido injustificadamente, la reparación de este daño tiene tres posibilidades, todas ellas adecuadas: (i) reposición en el trabajo, o, (ii) indemnización, o, (iii) otras prestaciones como el seguro de desempleo.** Señalan, además, que es opción de cada país a través de su legislación adoptar la que se considere más oportuna”<sup>29</sup>.*

*“Puede leerse en el literal "d" del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del "Protocolo de San Salvador", que **los Estados reconocen el derecho a "la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional"**: Asimismo, en la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 93, se establece que "la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos". En ambas citas puede observarse que la preocupación principal se orienta a evitar el despido injustificado o, en su defecto, que se reconozcan a los trabajadores las indemnizaciones correspondientes si esto ocurre, lo cual está suficientemente previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, en el caso de Venezuela. Pero, ¿eso es lo que ha de entenderse por estabilidad laboral? ¿Que el estado garantice que los despidos han de ser justificados? (...)"<sup>30</sup>.*

*Y en el Perú: “En 1970, el gobierno militar decretó la estabilidad laboral absoluta para todos los trabajadores asalariados luego de tres meses de iniciados sus contratos. La introducción de la estabilidad laboral significó que luego del período de prueba el trabajador sólo podía ser despedido por faltas graves o despido colectivo; y esto debía ser autorizado por las autoridades laborales. La*

---

<sup>27</sup> El texto original constituye la Ponencia presentada por el autor ante el VII CONGRESO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, desarrollado en la ciudad de Lima del 20 al 22 de junio del 2007 por gestión de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

<sup>28</sup> Abogado Laboralista – Director de la revista [www.estabilidadlaboral.com](http://www.estabilidadlaboral.com)

<sup>29</sup> MORALES CORRALES Pedro G., *VÍAS PROCESALES DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO: INDEMNIZACIÓN Y REPOSICIÓN* [en línea], presentación “power point”, Lima, Octubre del 2003. Disponible en Internet: [http://www.amaq.edu.pe/docs/Morales\\_Estabilidad%20Laboral%20Sentencias%20TC.ppt](http://www.amaq.edu.pe/docs/Morales_Estabilidad%20Laboral%20Sentencias%20TC.ppt) [Consulta: 26 de febrero del 2007].

<sup>30</sup> SOCORRO Félix, *ESTABILIDAD LABORAL: OTRO PARADIGMA QUE CAMBIA* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.sht.com.ar/archivo/opinion/estabilidad.htm> [Consulta: 05 de marzo del 2007].

**empresa debía demostrar que existía una causa justa para el despido del trabajador, y era la autoridad administrativa de trabajo quien determinaba si éste procedía o no**<sup>31</sup>.

Con la vigencia de la Carta de 1979 la estabilidad laboral -entre otros derechos inherentes al trabajo-, alcanzó dimensión constitucional. A la luz de ese Código Político se ensayaron fórmulas poco afortunadas como la incluida en la Ley 24514 denominada Ley de Estabilidad Laboral, disposición que no hizo más que incorporar a la sistemática jurídica un profuso e inconsistente menú de **CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO**<sup>32</sup> al cual podía<sup>33</sup> recurrir válidamente el empleador, a fin de justificar la decisión de prescindir de los servicios de determinado trabajador.

*“La Constitución de 1993 evitó hacer mención a la “estabilidad laboral”, refiriéndose en su artículo 27° a la “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Esta expresión fue adoptada en la Tercera Conferencia Regional Americana de la OIT, llevada a cabo en México en el año 1946 en la que, al precisar el alcance del concepto “estabilidad laboral”, concluyó que significaba protección del trabajador contra el despido arbitrario”*<sup>34</sup>.

Según la CONFIEP: *“La Constitución peruana no consagra la estabilidad laboral absoluta, establece que **la ley señala la adecuada protección contra el despido injustificado de los trabajadores**. Excepto **Bolivia** que desde noviembre de 2006 acaba de disponer la reincorporación de los trabajadores despedidos sin causa justificada, la legislación laboral en el resto de América Latina, en casos de despido injustificado, sólo reconoce el pago de indemnizaciones económicas, que en promedio son equivalentes a un sueldo por año de servicios (Argentina, Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela)*<sup>35</sup>.

Desde un enfoque teórico -pero sensato- podemos afirmar que la estabilidad laboral es la garantía fundamental del empleo en cuya virtud, un trabajador no puede ser despedido sin invocación de causa legítima y sin el desarrollo imparcial de un procedimiento -previo a la decisión patronal- en el que se observe el cabal ejercicio del derecho de defensa.

Por las *consecuencias* que de ella se derivan la estabilidad laboral puede ser absoluta o relativa.

Es **absoluta** cuando la sanción judicial frente a su trasgresión, significará la **reposición** del trabajador en su empleo, además del reconocimiento de las remuneraciones caídas o devengadas y de los demás derechos laborales que se hubieren dejado de percibir durante el tiempo que duró el despido.

Es **relativa**, cuando la única reparación que recibe el trabajador que impugna el despido sufrido es una **indemnización económica** generalmente tarifada como ahora reconoce la legislación laboral peruana.

Desde 1991 -año de entrada en vigencia del Decreto Legislativo 728 Ley de Fomento del Empleo- en nuestro país se ha implantado un sistema de estabilidad relativa, en cuyo marco hemos vivido -y vivimos aún- los años más aciagos de crisis laboral.

<sup>31</sup> SAAVEDRA Jaime y MARUYAMA Eduardo, *ESTABILIDAD LABORAL E INDEMNIZACION: EFECTOS DE LOS COSTOS DE DESPIDO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO LABORAL PERUANO* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.grade.org.pe/download/pubs/dt28-despido.pdf> [Consulta: 14 de marzo del 2007], Pág. 12.

<sup>32</sup> Incluida la tipificación de variadas “inconductas” laborales consideradas como faltas graves.

<sup>33</sup> Incluso hoy.

<sup>34</sup> MORALES CORRALES Pedro G., Ob. Cit.

<sup>35</sup> CONFIEP, *PRONUNCIAMIENTO ANTE EL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DE TRABAJO* [en línea]. Disponible en Internet: [http://www.confiep.org.pe/index.php?fp\\_verpub=true&idpub=738&fp\\_mnu\\_id=9](http://www.confiep.org.pe/index.php?fp_verpub=true&idpub=738&fp_mnu_id=9) [Consulta: 05 de marzo del 2007]

Como reconocen hasta los defensores del capital, *“sin la estabilidad laboral, serían nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de los mismos, no tendrían la suficiente exigibilidad frente al empleador”*<sup>36</sup>.

Hasta aquí, se ha intentado proporcionar una ajustada aproximación al concepto, evolución jurídica y discernimientos colaterales inherentes al *DERECHO DE ESTABILIDAD LABORAL*; no obstante, no todos los juslaboristas nos hemos preocupado por analizar el fenómeno meta jurídico que entorno a la estabilidad laboral se viene desarrollando en diversas latitudes. En efecto, la estabilidad laboral ha trascendido el escenario legal para cumplir ahora una función factorial macroeconómica y generadora de una nueva acepción para esta antigua frase, misma que resulta interesante atender.

A decir de varios economistas -principalmente europeos-, la estabilidad laboral es un indicador “temporizador” del empleo, a través del cual es posible medir -en años y fracciones- el tiempo que un trabajador dura subordinado a un mismo empleador. Este indicador se suministra de diversas variables, tales como: situación económica y social del país, desarrollo del mercado ocupacional, fluctuación de las remuneraciones y beneficios económicos laborales en los diversos sectores productivos y cuando no, la LEGISLACION VIGENTE terciando en un orden fundamental.

La afirmación precedente puede graficarse de la siguiente manera:

ESTABILIDAD LABORAL = DURACION EN EL EMPLEO	
INDICADOR	VARIABLES
ESTABILIDAD LABORAL O TIEMPO DE DURACION EN EL EMPLEO	Situación socioeconómica del país.
	Desarrollo del mercado ocupacional.
	Fluctuación de las remuneraciones y beneficios económicos laborales en los diversos sectores productivos.
	Legislación Laboral vigente.

A contracorriente de aquellos que denuncian un carácter retrógrado, anacrónico o antihistórico en la estabilidad laboral, existen estudios económicos muy recientes –principalmente en el primer mundo- que le otorgan una fortalecida vigencia digna de mayor difusión.

*“A pesar de la sensación generalizada de un aumento en la inseguridad laboral, la estabilidad continúa siendo una de las características principales de los mercados de trabajo contemporáneos. En 2002, el trabajador promedio alemán permanecía con el mismo empleador durante 10,7 años, el francés 11,3 años, el británico 8,1 años, y el americano durante 6,6 años (datos de 1998). El país con la permanencia más larga es Grecia, donde el trabajador promedio mantuvo el mismo empleo por 13,2 años, seguido por Japón con 12,2 años e Italia con 12,1 años. El promedio general en Europa es de alrededor 10,5 años durante el período 1992-2002, con una ligera tendencia hacia el aumento. No ha habido ningún cambio dramático en la duración del empleo, el empleo a largo plazo no ha desaparecido, y no hay convergencia alguna hacia el modelo estadounidense de un promedio notoriamente más breve en la duración del empleo”*<sup>37</sup>.

*“Sin embargo también hay un aumento de formas flexibles de empleo, en especial en lo que se refiere a **trabajos a tiempo parcial**. Pero muchos de estos trabajos a tiempo parcial, **son de hecho trabajos estables**, ya que este tipo de contrato se está convirtiendo en una forma*

<sup>36</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, *INSTITUCIONES DEL DERECHO LABORAL*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2004, Pág. 448.

<sup>37</sup> AUER Peter, *¿Qué es mejor para la economía: estabilidad laboral o flexibilidad del empleo?*, entrevista concedida a la revista OIT EN LINEA. Disponible en Internet: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/features/06/auer.htm> [Consulta: 07 de marzo del 2007].

regular de empleo en la economía actual, (,,). La observación más relevante es que **las relaciones de empleo continúan siendo bastante estables**, (...)<sup>38</sup>.

“Es muy interesante que el promedio de la duración del empleo continúe siendo bastante estable después de dos décadas de discusiones **y defensa de la flexibilidad. Podría demostrar que tanto a los empleadores como a los trabajadores les interesa mantener relaciones de empleo estables.** (...)<sup>39</sup>.

“Hemos analizado las diferencias en la relación entre permanencia en el empleo y productividad en los principales países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en tres grupos de trabajadores: los que tenían en el empleo menos de un año, los que tenían más de diez años de antigüedad y aquellos con más de 20. (...)<sup>40</sup>.

“El análisis de los datos de 13 países europeos reveló que la estabilidad laboral tiene un efecto positivo en la productividad por lo menos hasta 13,6 años. Después disminuyen los beneficios del aumento del promedio de antigüedad en la productividad sectorial. Sin embargo, si se consideran los salarios y la productividad, **parece haber aún un beneficio en retener a los trabajadores más de 13,6 años**, hasta que los salarios sean superiores a la productividad. Sin embargo, es importante tener presente que estos resultados se basan en el promedio de antigüedad y en el promedio de productividad en seis sectores de 13 países europeos entre 1992 y 2002. Estos datos generales podrían sufrir variaciones por sector o por país, y de manera aún más importante, a nivel individual, por lo cual no es posible afirmar que éste sea el período de tiempo ideal para mantener un trabajador. En otras palabras, aunque pueda existir una "antigüedad óptima", no es posible determinar su punto exacto<sup>41</sup>.

“**Las relaciones de empleo estables inducen a las empresas a formar a sus trabajadores, y la estructura de compensación hace que los trabajadores permanezcan en la empresa y no eludan el trabajo. Lo cual trae como resultado el aumento de la productividad de los trabajadores y de la producción de la empresa**”<sup>42</sup>.

“Factores culturales, demográficos económicos e institucionales pueden influenciar la antigüedad en el empleo en un país. Mientras la población sea más joven, más bajo será el promedio de permanencia en el empleo, sencillamente porque los jóvenes habrán trabajado menos años. Las diferencias en el crecimiento del Producto Interno Bruto y en las instituciones del mercado de trabajo pueden tener también una influencia considerable en la antigüedad en el trabajo. La importancia del papel de las instituciones del mercado de trabajo puede ser observada en casos como el de Estados Unidos y Europa, donde la influencia de sindicatos en negociaciones y acuerdos en seguridad laboral puede ser detectada con claridad. **En Estados Unidos**, por ejemplo, el porcentaje de **trabajadores con más de diez años de permanencia** en los sectores sindicalizados es de 48 por ciento, más del doble del porcentaje de los sectores que no están sindicalizados, y los promedios europeos están muy cerca. En los países europeos, un factor determinante en la permanencia en los empleos **es el grado de protección de la legislación laboral**”<sup>43</sup>.

“**Las relaciones estables de empleo pueden ayudar a la economía al garantizar un poder adquisitivo estable y creciente y estimular la demanda del consumidor.** Sin embargo, las relaciones de larga permanencia en el trabajo no están siempre asociadas con la sensación de seguridad laboral. Japón es un buen ejemplo, ya que una larga antigüedad en el empleo va asociada con una fuerte sensación de inseguridad laboral. Hay muchas causas para explicar esta paradoja: la crisis económica, el redimensionamiento de las empresas, el aumento del desempleo, las noticias en los medios de información, todo afecta la percepción de los trabajadores, incluso los

<sup>38</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>39</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>40</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>41</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>42</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>43</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

que tienen trabajos a largo plazo. Si por otro lado se desarrolla un **sistema de protección social a través del cual el peso de ser despedido es compartido entre los trabajadores y los empleadores, el efecto negativo de una contracción económica puede ser amortizado. El seguro de desempleo es una de estas instituciones.** Un estudio realizado en los hogares sobre el efecto del **seguro de desempleo en el consumo en Estados Unidos** encontró que en ausencia del seguro de desempleo, la pérdida del trabajo está asociada con una caída del consumo de 22 por ciento, comparada con una disminución de 6,8 por ciento para los que reciben seguro de desempleo<sup>44</sup>.

Atendiendo los resultados del estudio efectuado por Peter Auer y sus colaboradores, podemos afirmar que **existe una relación tangible entre estabilidad laboral y protección social.** “Dinamarca es un buen ejemplo de este vínculo. El gasto de este país en políticas de mercado de trabajo es el más alto de la Unión Europea, más del cinco por ciento del PIB. Aunque más de la mitad de esta cifra está destinada a medidas pasivas, el gobierno ha puesto particular énfasis en la participación de los desempleados en medidas activas, una política apodada “learnfare”<sup>45</sup>. Después de un período en el cual reciben pasivamente los subsidios, los trabajadores desempleados participan en programas de formación y educación para favorecer su adaptación al mercado del trabajo. La estabilidad laboral es relativamente baja en Dinamarca - 8,3 años en 2001 - y puede ser comparada con la del Reino Unido; **pero el mercado de trabajo “asistido” de Dinamarca proporciona un mayor grado de seguridad laboral.** En la clasificación de percepción de seguridad laboral de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Dinamarca se situó en el quinto lugar en 1996, y en 2000 en el segundo, entre un total de 17 países. En comparación, el Reino Unido obtuvo el último lugar en ambas clasificaciones”<sup>46</sup>.

El Perú ha sido –y parece ser aún- una suerte de globo de ensayo para la experimentación de recetas fracasadas. So pretexto de la modernización de las relaciones laborales y la baja competitividad del mercado laboral peruano, hemos sido testigos de la progresiva abrogación de derechos y desregulación de instituciones jurídicas, los resultados no son óptimos, así los capitalistas se esfuerzan por presentar lo contrario.

Para explicar mejor nuestro pasado reciente diseñamos la siguiente ecuación, en la que intentamos graficar una sociedad “ideal”, compuesta inicialmente sólo por tres integrantes<sup>47</sup> de la Población Económicamente Activa (PEA). La sumatoria ocupacional (empleo W) de sus tres miembros, es el equivalente a una sociedad plenamente empleada.

$$W = U1 + U2 + U3^{48}$$

Luego de algunos años, el integrante “U4” se incorpora a la PEA, pero no consigue empleo.

$$W = U1 + U2 + U3 [U4]^{49}$$

Aparentemente el éxito en la política de pleno empleo en nuestra sociedad ideal no se ha visto afectado, a pesar de contar con el 25% de población desempleada.

<sup>44</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>45</sup> Equivalente a: “el valor del conocimiento”.

<sup>46</sup> AUER Peter, Ob. Cit.

<sup>47</sup> Casi siempre los ejemplos pequeños y sencillos, ayudan a comprender mejor las realidades numerosas y complejas.

<sup>48</sup> U1 = EMPLEADO  
 U2 = EMPLEADO  
 U3 = EMPLEADO  
 3 = 100% (POBLACION)

<sup>49</sup> U4 = DESEMPLEADO  
 4 = 100%  
 3 = 75% EMPLEADO  
 1 = 25% DESEMPLEADO

Con la finalidad de fomentar la creación de más puestos de trabajo, entran en vigencia novedosas normas legales que estimulan la imposición de un libre mercado ocupacional, en su rigor, U1 es despedido; sin embargo U4 aún no consigue empleo.

$$W = U2 + U3 [U1 + U4]^{50}$$

El impacto social que acarrea una mitad de la población desempleada es alto, se decide entonces fomentar la incorporación de mano de obra joven y dispuesta a recibir la mitad de los derechos que gozaban antiguos trabajadores, es así que U4 finalmente consigue empleo (con disminución de prerrogativas) pero al cabo está empleado, entonces la ecuación es como sigue:

$$W = U2 + U3 + U4 [U1]$$

Gracias al éxito de las políticas laborales implantadas, se alcanza nuevamente al 75% de población empleada, pero en el marco de las renovadas fórmulas legales que estimulan la creación de empleo -con muy baja responsabilidad social-. U1 ya no es un trabajador joven y difícilmente volverá a conseguir empleo.

Para la óptica utilitarista, sólo las cifras cuentan y en macroeconomía tener empleada (no importa cómo) a dos terceras partes de la población, resulta más que espectacular.

Para la perspectiva social, no es suficiente alcanzar un resultado estadístico a cualquier precio, los que apostamos por la protección social consideramos:

- (1) Fundamental lograr que los peruanos que a diario se incorporan a la PEA consigan empleo tanto digno como sostenible; y
- (2) De vital importancia, garantizar la preservación del empleo rentable de quienes ya se encuentran trabajando, de lo contrario las brechas sociales se vuelven inexpugnables.

Para nosotros es importante que U4 encuentre un empleo y que U1 conserve el suyo. Para los capitalistas o liberales de la economía lo mismo da que U4 reemplace a U1 en el empleo, mientras las cifras se logren -y reflejen a veces confusos escenarios de prosperidad-. Los laboristas consideramos que los seres humanos no somos simples unidades cuantitativas, somos individualidades existentes, fines supremos de la sociedad en si mismos, por tanto dignos de atención prioritaria del Estado y sus instituciones, entre ellas las leyes.

## CAPITALISMO VS. LABORISMO

El príncipe Teseo, héroe de la mitología griega, sinónimo de valor y coraje, es el protagonista de la epopeya que acabó con la infausta vida del Minotauro, su historia ha trascendido los tiempos por ser una de tantas que simbolizan la eterna pugna entre *el bien y el mal*.

Como en todo conflicto que signifique el enfrentamiento de sectores sociales, *trabajadores y capitalistas* se han topado más de una vez ante la pávida abstención de aquellos *estados liberales* que se resisten a arbitrar -con carácter ulterior- en aquellas diferencias.

En América Latina, las reglas del mercado han privilegiado la autocomposición de los conflictos; luego de aplicarse esa fórmula durante varios lustros, sólo podemos certificar su fracaso. En tanto las condiciones legales esenciales para el acceso, permanencia y extinción del empleo no viren drásticamente y cumplan de una buena vez el rol *protector y social* que les cabe, las diferencias se ahondarán aún más y el caos se apoderará de las naciones en muy breve tiempo.

---

<sup>50</sup>2 = 50% EMPLEADO  
2 = 50% DESEMPLEADO

A pesar que la crónica cotidiana enrostra esta innegable realidad, aún hay quienes consideran nuestra posición como simple teoría. Los intentos por cambiar ese parecer han dado lugar a un auténtico *diálogo de sordos*. ¿Será que hemos vuelto a los tiempos de la antigua Grecia para atestiguar una nueva lucha entre Teseo y el Minotauro?; de ser ello así, los capitalistas se creen Teseo pero hace rato que se comportan como el propio Minotauro.

Tiempo atrás, en Internet encontramos el artículo titulado *APUNTES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DEL TRABAJO* del doctor Jeffrey M. Kihien, abogado de Global Recovery Group. De su nada original propuesta se desliza una serie de afirmaciones que representan la posición –radical- de cierto sector del empresariado peruano en relación a la reforma sustancial laboral y el tratamiento de las instituciones jurídico-laborales. Nos permitimos cuestionar aquel alegato, recurriendo a la paráfrasis dialéctica que desarrollamos a continuación de cada cita textual.

*“El nuevo proyecto de ley del trabajo que se esta discutiendo en el congreso de la republica no tiene sentido en absoluto, esta desconectado de la realidad cotidiana del país y del mundo, y si los legisladores que la están redactando opinan que ayudará a los trabajadores peruanos, la verdad es que están totalmente equivocados. Primero hay que dejar en claro que en el Perú y en general en toda Latinoamérica creemos en la fantasía de que entre el empresario/empresaria y el trabajador/trabajadora existe un conflicto imposible de ser resuelto, porque el primero explota al segundo, y el “empresario/empresaria vive del sudor de la frente del trabajador sacrificado y condenado a la pobreza mientras que el empresario/empresaria se enriquece.” Esta idea, sin sustento real se formó en jornadas de protesta cincuenta años atrás y, con el tiempo se ha convertido en una especie de dogma político que es parte de la cultura de un gran número de personas en Latinoamérica. Otra de las consecuencias de este tipo de idiosincrasia política es afirmar que ser rico es inmoral, resultado de la explotación del pobre obrero y que el estado tiene la obligación moral de intervenir y “proteger” a los trabajadores explotados. Esa es una de las razones por la cual Latinoamérica se ha quedado atrás en desarrollo en vez de estar a la par con los Estados Unidos el cual nos sacó ventaja a partir de su independencia mediante el fomento empresarial, la aventura privada de crear capital y empresa. En cambio Latinoamérica se fue rezagando lentamente y cuando el socialismo de los años sesentas empujó a los países a practicar políticas erróneas como proteccionismo, intervención estatal mediante regulaciones populistas, mercantilismos y expropiaciones extinguiendo el espíritu empresarial y creando conflictos imaginarios entre sus ciudadanos la historia del siglo XX estuvo cantada. Un siglo perdido en realidad”<sup>51</sup>.*

La antinomia existente entre capital y trabajo es una realidad que hasta los precursores del capitalismo liberal moderno -Friedman y Hayek- reconocen. La perspectiva diferenciada que mantienen estos sectores sociales respecto de la explotación de los medios de producción -y sus beneficios-<sup>52</sup>, no encuentra coincidencias en un mundo cada vez más hostil e inequitativo; por consiguiente, el enfrentamiento no se basa en meras posturas conceptuales o *huachafería ideológica*, sino que posee un grueso sedimento fáctico que sólo la realidad económica puede variar.

*“En el antagonismo de visiones entre capitalistas y proletarios se han forjado pensamientos de orden político; sin embargo el pensamiento económico es anterior o al menos debe serlo. En aquellos países europeos de prolífico pensamiento social demócrata, se ha comprendido que luego de la crisis del socialismo y de la eclosión política de las naciones que componían la Europa Oriental, surgió la necesidad de redefinir las doctrinas que desde su sustento filosófico, consideran la importancia prioritaria del trabajo, los trabajadores y sus derechos”<sup>53</sup>.*

<sup>51</sup> KIHIEEN, Jeffrey M., *APUNTES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DEL TRABAJO* [en línea], Disponible en Internet: [http://www.ileperu.org/contenido/articulos1/leytrabajo\\_ikihien.htm](http://www.ileperu.org/contenido/articulos1/leytrabajo_ikihien.htm) [Consulta: 19 de febrero del 2007].

<sup>52</sup> Lucro y retribución respectivamente.

<sup>53</sup> LEON CHARCA, A. Félix, *LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS TEORIAS ECONOMICAS SOBRE EL BIENESTAR SOCIAL EN LOS TIEMPOS DEL NEO LIBERALISMO*, artículo publicado en el informativo TRIBUNA JUDICIAL, Cajamarca 25 de octubre del 2006, Pág. 2.

*“Nadie puede negar el carácter socio-económico de los derechos laborales, sin embargo el escenario del enfrentamiento de ideas se hace más exquisito en lo político, hecho que en ocasiones lleva a la distracción del análisis económico”<sup>54</sup>.*

*“Volviendo al tema de la nueva ley laboral en Perú. La primera pregunta es ¿Por qué el centralista estado peruano quiere legislar en materia laboral en todo el Perú? Eso tampoco tiene sentido, las condiciones del mercado laboral no son iguales en todas las regiones. Lima no es igual que Arequipa, Loreto ni mucho menos Puno. En esta última región existe una ventaja competitiva de mano de obra la cual es más barata, lo que significa que si hubiera un mercado laboral sin restricciones Puno atraería la mayor cantidad de inversión local y foránea, agregándole las ventajas de tener fronteras con Bolivia y Chile y estar a solamente ocho horas del puerto de Ilo. Eso es lo que ocurrió con China, la ventaja competitiva de la mano de obra barata en ese país atrajo inversión extranjera y vemos ahora los resultados. En la época de los ochentas los productos chinos que entraban de contrabando por Tacna eran baratos y muy malos, la ropa se rompía y se encogía, las herramientas se doblaban, las radios distorsionaban el sonido, veinte años después China fabrica desde microchips hasta carros para todo el mundo, incluyendo artículos de lujo. Mientras que en Perú no podemos ensamblar ni una radio y seguimos esperanzados en las ganancias producidas por los recursos naturales que también son estatales. (...)”<sup>55</sup>.*

Sostenemos la invalidez del argumento descentralista como excusa para la no aprobación de dispositivos legales –o mínimos sociales- protectores de los intereses de los trabajadores. El ventajismo en los postulados de Kihien es evidente, para él, la norma jurídica sirve sólo cuando es *facilitadora* de elementos que favorezcan la inversión *cada vez menos gravada de obligaciones*. Le interesa Puno no porque se trate de una de las regiones más pobres del país y por tanto urgidas de proyectos integrales de desarrollo, sino porque la depresión económica que afrontan los puneños, les obliga a mal baratear el costo de sus servicios. Por otro lado, la creación de centros de trabajo impulsados por el sector privado, no puede estar condicionada al diseño de “*paraísos patronales*”. Ni siquiera en la India donde se han incrementado súbitamente las actividades empresariales de servicios -conllevando en algún momento a la hipo retribución de la mano de obra, los inversionistas recibieron un tratamiento con “costo cero” en responsabilidad patronal<sup>56</sup>.

El fenómeno chino no es el resultado de la fría aplicación de fórmulas liberales. En China la educación y la salud siguen siendo materia de responsabilidad y subsidio estatal al prestarse gratuitamente a toda la población sin costo alguno. La apertura comercial es exógena, mientras que la realidad interna sigue siendo materia de control estatal.

*“En los Estados Unidos en donde no existe la estabilidad laboral, y la estabilidad laboral absoluta es una cosa fantástica, metafísica, incomprensible, irreal, loca, se dice que la única forma de ser despedido de una entidad estatal es si el empleado mata a alguien dentro de la oficina, y estas instituciones tienen la reputación de ser lentas, con mal servicio y muy mala atención porque los trabajadores no están incentivados y al final el que paga las consecuencias es el usuario. Mientras que en Perú, con estabilidad laboral es imposible ser despedido así uno mate, e inclusive algunos años atrás era posible heredar el cargo, practica que todavía se realiza en algunas instituciones estatales de México”<sup>57</sup>.*

La ausencia de argumentos convincentes, obliga a Kihien a recurrir a la retórica propia de algún sector de la prensa republicana en los Estados Unidos, para la cual, todo lo que se relaciona con el Estado será siempre objeto de elegía; de allí que se permita graficar sus ideas acudiendo a un ejemplo absurdo que tendría lugar en relaciones laborales estatales, en las que seguramente la burocracia se constituiría en el primer valladar a salvar antes de la eventual destitución de un trabajador; pero no por eso el despido se convierte en una tarea imposible y susceptible de justificación sólo por el homicidio.

<sup>54</sup> LEON CHARCA, A. Félix. Ob. Cit.

<sup>55</sup> KIHLEN, Jeffrey M., Ob. Cit.

<sup>56</sup> O responsabilidad social patronal = pago de salarios y derechos sociales.

<sup>57</sup> KIHLEN, Jeffrey M., Ob. Cit.

No es cierto que en los Estados Unidos no exista estabilidad laboral, probablemente no existan disposiciones legales que se ocupen de ella -producto de la vigencia del sistema jurídico del *Common Law*-, sin embargo no puede negarse los millones de dólares que anualmente el empresariado norteamericano tiene que cancelar producto de sendas indemnizaciones laborales – laudadas o sentencias- a raíz de despidos inmotivados o abusos patronales varios. Ello implica la existencia de un rebotante sistema de estabilidad laboral relativa.

Será bueno que aquellos que piensan como Kihien se enteren de que en el Perú están vigentes tres causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador<sup>58</sup>, tres causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador<sup>59</sup>, y ocho faltas graves perfectamente tipificadas incluyendo cada una de ellas de 2 a 4 subtipos específicos<sup>60</sup>, desmintiendo así la peregrina idea de que *en nuestro país no se puede despedir al trabajador*; en sentido contrario y producto de la experiencia que nos dan los más de doce años dedicados al ejercicio profesional en materia laboral, podemos afirmar que: **“EN EL PERÚ PIERDEN LOS PROCESOS LABORALES, SÓLO AQUELLOS EMPLEADORES QUE NO SABEN DESPEDIR”**. Con el juicio anterior, pretendemos radiografiar la verdadera orientación que las leyes laborales peruanas han adoptado desde hace ya varios años, ello a pesar de los intentos de algunos empleadores por mostrarse siempre como víctimas de un sistema abusivo e intolerante con el capitalista.

*“En los Estados Unidos, la economía más grande y dinámica del mundo, nueve de cada diez empresas fracasan en los dos primeros años, y las pérdidas de capital son enormes. Imagínense el Perú, con esa nueva ley **al empresario que le va mal tendrá que pagar beneficios laborales a sus empleados**, pero de donde si la empresa esta quebrada, por eso para iniciar un negocio en Perú hay que pensarlo mil veces porque el estado en vez de fomentar el empleo mediante la creación de nuevos negocios desanima a los inversionistas con leyes sin sentido. Entonces a los jóvenes profesionales con deseos de hacer empresa les resulta más rentable irse del país a forjarse un futuro mejor en el primer mundo”<sup>61</sup>.*

La cita precedente contiene no sólo una falacia sino además un inmenso sofisma. Si La economía norteamericana es la más grande y dinámica del mundo, ¿cómo es posible que en ella sobreviva sólo una de cada diez empresas durante los primeros dos años de actividad?, o la economía norteamericana se encuentra afrontando una crisis similar a “la gran depresión” de los años 30’ o simplemente los norteamericanos no saben hacer empresa. Por otro lado, la opinión de Jeffrey M. Kihien resulta del todo reveladora, pues evidencia que los sectores y/o intereses que representa **NO TIENEN EL MAS MINIMO INTERES EN PAGAR LOS BENEFICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES, PUES LOS CONSIDERAN SOBRECOSTOS DE LA PRODUCCIÓN**. En materia de derechos y de OBLIGACIONES no hay más opción que honrar los compromisos, en ello radica la médula espinal de la seguridad jurídica y uno de los soportes imprescindibles del Estado Democrático de Derecho, el cual los empresarios y el propio doctor Kihien seguramente defienden.

<sup>58</sup> Decreto Supremo 03-97-TR - **Artículo 23°**.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

<sup>59</sup> Decreto Supremo 03-97-TR - **Artículo 24°**.- Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

<sup>60</sup> Decreto Supremo 03-97-TR - **Artículo 25°** (literales de “a” a la “h”).

<sup>61</sup> KIHLEN, Jeffrey M., Ob. Cit.

El riesgo es consustancial a cualquier actividad económica; la eventualidad de triunfar o fracasar en una empresa no puede ser óbice para incumplir con las obligaciones patronales más elementales como el pago de los beneficios sociales, -concepto que naturalmente no involucra a la indemnización por despido pues se trata de un derecho diferente-. Más allá de cualquier prejuicio teórico, resulta patético el esfuerzo de algunos empleadores peruanos –y su abanderados- por buscar *el tercer pie al gato*, resulta entonces que ya no sólo están en contra de la estabilidad laboral absoluta (reposición en el empleo) sino que adversan –sin mucho sustento por cierto- incluso a la estabilidad laboral relativa (pago de indemnizaciones), pues consideran desalentador que el Estado apruebe disposiciones legales que sancionen pecuniariamente a *los pobres empleadores que despiden injustificadamente a sus majaderos trabajadores*.

El también sofisticado enunciado final de Kihien, pinta de cuerpo entero la inconsistencia de su propuesta, pues si en la primera economía mundial las opciones para lograr éxito empresarial son *de una en diez* –y entendiendo que las economías mundiales siguientes revelan cifras similares- ¿cómo se puede sugerir a los jóvenes profesionales deseosos de hacer empresa que intenten forjar destino por allá?; por su parte ¿si en el Perú se aprueban leyes sin sentido, excesivamente proteccionistas y atentatorias a la iniciativa empresarial –nacional y extranjera- cómo se explica la sólida presencia de empresas norteamericanas afincadas y avocadas a la entusiasta explotación de recursos varios como el oro de Cajamarca o el cobre de Ancash?.

## **EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO, NOVÍSIMO FACTOR DE LA ECONOMÍA SUDAMERICANA**

La crítica situación del mercado ocupacional producto de las abundantes cifras de incumplimiento patronal y la flagrante precariedad de los derechos laborales caracterizan la realidad socioeconómica sudamericana de las últimas décadas.

Los respectivos *Tratados de Libre Comercio* -negociados con Perú y Colombia-, son el resultado de la gestión directa del Ejecutivo Norteamericano<sup>62</sup>, una vez sometidos a deliberación en el Capitolio, los senadores demócratas –mayoría parlamentaria- acogieron la preocupación de las organizaciones sindicales de ese país y *pusieron en salmuera* su ratificación.

Siguiendo las ideas del profesor de la Universidad de California Doctor Gilbert González, expresadas en su artículo *EL “LIBRE COMERCIO” Y LOS TRABAJADORES NORTEAMERICANOS*<sup>63</sup>, podemos afirmar que las bajas remuneraciones en países como Perú y Colombia son un irresistible atractivo para que la industria estadounidense se desplace en busca de mano de obra más barata, ocasionando con ello la pérdida de puestos de trabajo en territorio norteamericano como la registrada en California donde más de 200,000 empleos manufactureros han desaparecido desde la suscripción del Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos con México y Canadá.

Pasando por la perspectiva descrita se han expresado múltiples opiniones, destacando la del Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores del Perú C.U.T., para quien: “(...) los congresistas norteamericanos no ratificarán el Tratado de Libre Comercio con nuestro país a pesar de los costosos “lobbies” y el cambio de representante del gobierno para las negociaciones de este acuerdo comercial. Según la CUT Perú, los representantes demócratas se dan cuenta que en el Perú no se respetan los derechos laborales, y optarían por una renegociación para exigir mayores compromisos laborales. (...) los demócratas se han ratificado en que los empresarios en el Perú no cumplen los derechos laborales, por lo cual, el TLC debe revisarse de manera exhaustiva. (...) Es evidente que la estrategia de invertir grandes sumas de dinero en contratar a una empresa de lobbies para hacer creer a los demócratas que en el Perú se cumplen los derechos laborales es un

<sup>62</sup> En virtud del “Trade Promotion Authority (TPA)” que facultó a Bush para su cometido exclusivo.

<sup>63</sup> GONZÁLEZ Gilbert, *EL “LIBRE COMERCIO” Y LOS TRABAJADORES NORTEAMERICANOS*. Artículo de opinión, sin fecha y lugar de publicación.

desperdicio. (...), para convencer a los demócratas, el gobierno debe cumplir real y efectivamente los derechos laborales<sup>64</sup>.

Según Javier Mujica Petit, la “línea base” desde la cual se desarrolló la negociación tendente a la suscripción de un *acuerdo laboral en el marco del TLC Perú – EE.UU. se caracteriza por:*

- *Elevados y persistentes índices de desempleo (+ - 8% de la PEA).*
- *Creciente informalización de la economía: 85 de cada 100 nuevos puestos de trabajo se generan y subsisten fuera de todo tipo de regulación laboral o protección social.*
- *Altos niveles de sub-empleo, especialmente por bajo ingreso (45%).*
- *Se ha impuesto un enfoque flexibilizador de la legislación laboral que considera que el derecho del Trabajo y la protección de los trabajadores constituyen un obstáculo para el crecimiento económico, la mejora de la competitividad empresarial, la inversión y la generación de empleo<sup>65</sup>.*

En los tiempos de la informalidad y la precarización constante de los derechos laborales, la vigencia de políticas estatales contemplativas no puede dar lugar a resultados auspiciosos, según Mujica Petit como consecuencia del panorama descrito:

- *Se ha deteriorado radicalmente el nivel de ingreso de los trabajadores.*
- *Se ha acentuado la inequidad salarial. (...).*
- *Se cedió al veto empresarial y se frustró la posibilidad de efectuar una reforma concentrada de la Constitución en materia laboral.*
- *Se cedió al veto empresarial y no se aprobó la Ley General del Trabajo.*
- *Se aprobó un régimen laboral especial para las PYMEs (Ley 28015) instituyendo una protección laboral de segunda clase (50% para vacaciones, gratificaciones, protección contra el despido arbitrario, etc) (...)<sup>66</sup>.*

En relación a las *principales variables contenidas en el acuerdo laboral incluido en el TLC PERU – EE.UU.*, a decir de Mujica es posible identificar las siguientes:

- *Conforme a la Ley de Comercio N°. 2002 de los EEUU, así como el texto del TLC, formalmente las leyes laborales vigentes sólo podrán ser modificadas (hacia abajo) en caso de que su cambio no busque incrementar la competencia de las empresas. El que invoque lo contrario tendrá que probarlo.*
- *Las disposiciones laborales deberán respetar la legislación nacional relativa a los Principios y Derechos fundamentales en el Trabajo incluidos en la Declaración correspondiente de la OIT; aun cuando al especificarse tales principios y derechos se omite la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación y se incluye sólo una vaga referencia a los salarios mínimos, la duración del trabajo y la salud, higiene y seguridad ocupacional.*
- *La omisión acotada es un problema mayor, pues afecta la salvaguarda de los derechos humanos de nuestros connacionales que sean víctimas de violaciones graves en materia de discriminación, en particular las mujeres, pueblos indígenas y afrodescendientes, así como nuestros migrantes en los EEUU.*
- *El acuerdo laboral no exige la ratificación de los convenios de la OIT correspondientes a los Principios fundamentales en el Trabajo (EEUU sólo ha ratificado 2 de los 8 pertinentes).*

<sup>64</sup> BAZAN FIGUEROA Julio Cesar, *Entrevista periodística de Radio Programas del Perú RPP* [en línea]. Disponible en Internet: [http://www.rpp.com.pe/portada/economia/61518\\_1.php](http://www.rpp.com.pe/portada/economia/61518_1.php) [Consulta: 8 de marzo del 2007].

<sup>65</sup> MUJICA PETIT Javier, *LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MATERIA LABORAL Y EL ACUERDO LABORAL DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO* [en línea]. Presentación “power point” disponible en Internet: [http://www.congreso.gob.pe/cip/tlc/2\\_TERMINOS\\_DEL\\_TRATADO/2\\_5/11.pdf](http://www.congreso.gob.pe/cip/tlc/2_TERMINOS_DEL_TRATADO/2_5/11.pdf) [Consulta: 8 de marzo del 2007].

<sup>66</sup> MUJICA PETIT Javier, Ob. Cit.

- *El acuerdo hace énfasis en el cumplimiento de las disposiciones nacionales y no de las internacionales, que son de mayor nivel y parten de principios bastante más amplios que los que se circunscriben a la noción de trabajo digno o decente de la OIT.*
- *El acuerdo laboral excluye tanto a los órganos de control de la OIT (que son entes especializados y políticamente neutros, cuya intervención hoy puede ser solicitada por las organizaciones sindicales y empresariales), como a los del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.*
- *Se excluyen del acuerdo laboral todos los demás convenios de la OIT y tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y derechos de los trabajadores (en particular la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias) . Convenio no ratificado por los EE.UU.*
- *Tras la firma del TLC, todo intento de modificar el estatus quo vigente en orden a mejorar la regulación ambiental y laboral, enfrentará el argumento de que todo cambio positivo irá en contra de nuestra competitividad. En la misma línea, se pedirá la denuncia de los convenios internacionales cuya protección vaya más allá de lo exigido por el TLC, que es muy poco.*
- *El acuerdo remite a tribunales arbitrales toda controversia ambiental, laboral o tributaria que los inversionistas norteamericanos consideren contrarias a las disposiciones relativas a inversión.*
- *La iniciativa de los reclamos en materia laboral la tienen los Estados y no los trabajadores.*
- *La consecuencia de los reclamos es el pago de una multa, no la reparación del derecho lesionado.*
- *Las sanciones previstas operan como un candado contra la intención de los futuros gobiernos de modificar la (débil) normativa nacional<sup>67</sup>.*

## REFORMA LABORAL SUSTANTIVA Y ESTABILIDAD LABORAL EN EL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO

*“Cox-Edwards (1997)<sup>68</sup> y Lora y Pagés (1996)<sup>69</sup> mencionan a Perú como uno de los pocos países de América Latina donde se ha llevado a cabo una reforma laboral profunda, e investigaciones recientes lo ubican como uno de los países que más ha avanzado en materia de liberalización del mercado laboral”<sup>70</sup>.*

El agudo debate parlamentario que ha generado el proyecto de la *Ley General del Trabajo*, aparte del novedoso intento de sistematización de la aún dispersa legislación laboral, ha consolidado las apreciaciones sobre la *reforma sustantiva laboral* que -de aprobarse- significará la entrada en vigencia de un renovado *ius propium* tanto individual como colectivo.

En el ojo de la tormenta, no podía estar ausente la siempre imbricada discusión entorno a la estabilidad laboral. Congresistas, empresarios y trabajadores ya han emitido sus pareceres pero

<sup>67</sup> MUJICA PETIT Javier, Ob. Cit.

<sup>68</sup> COX-EDWARDS A., *Labor MARKET REGULATIONS IN LATIN AMÉRICA: AN OVERVIEW*, en Edwards, Sebastián y Nora Lustig, eds., 1997. En SAAVEDRA Jaime y MARUYAMA Eduardo, *ESTABILIDAD LABORAL E INDEMNIZACION: EFECTOS DE LOS COSTOS DE DESPIDO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO LABORAL PERUANO* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.grade.org.pe/download/pubs/dt28-despido.pdf> [Consulta: 14 de marzo del 2007], Pág. 10.

<sup>69</sup> LORA E.; PAGES, *LA LEGISLACION LABORAL EN EL PROCESO DE REFORMAS ESTRUCTURALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE*. Mimeo, Banco Interamericano de Desarrollo, 1996. En SAAVEDRA Jaime y MARUYAMA Eduardo, *ESTABILIDAD LABORAL E INDEMNIZACION: EFECTOS DE LOS COSTOS DE DESPIDO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO LABORAL PERUANO* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.grade.org.pe/download/pubs/dt28-despido.pdf> [Consulta: 14 de marzo del 2007], Pág. 10.

<sup>70</sup> SAAVEDRA Jaime y MARUYAMA Eduardo, *ESTABILIDAD LABORAL E INDEMNIZACION: EFECTOS DE LOS COSTOS DE DESPIDO SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO LABORAL PERUANO* [en línea]. Disponible en Internet: <http://www.grade.org.pe/download/pubs/dt28-despido.pdf> [Consulta: 14 de marzo del 2007], Pág. 10.

más allá de las dimensiones que ha alcanzado la prolífica cuestión, consideramos que siempre hay espacio para una opinión adicional.

Luego de más de quince años de sistemática retracción normativa-laboral, el proyecto de la *Ley General del Trabajo* ha replanteado el antiguo debate sobre el modelo de estabilidad laboral que la legislación peruana debe adoptar, proponiéndose el reestablecimiento alternativo de la estabilidad laboral absoluta (reposición y pago de derechos accesorios), al cual el trabajador podría acogerse luego de haber demostrado la injustificación de su despido al cabo de correspondiente proceso judicial de *calificación*; en su defecto –o en caso lo prefiera- se entenderá que el trabajador optó por el pago de una indemnización, la cual responde a una formula innovativa en su planteamiento temporal (aplicación de topes y sus nuevas variables), pero muy parecida -en contenido- a la que actualmente está vigente al sustituirse su enunciación equivalente a remuneraciones mensuales y fracciones para períodos anuales por un diseño diario que toma en cuenta el número de días laborados y su equivalencia proporcional en términos remunerativos, es decir:

1 remuneración mensual	=	<u>1</u> remuneración x <b>30 días</b> de trabajo
½ remuneración mensual	=	<u>½</u> remuneración x <b>15 días</b> de trabajo
Factor indemnizable vigente	=	<u>1½</u> remuneración x año laborado
Factor indemnizable proyectado	=	<b>45 días</b> de remuneración ordinaria x año laborado

En relación al denominado “retorno a la estabilidad laboral absoluta” el artículo 166° el Texto consolidado (versión preliminar u original) de la Ley General del Trabajo sancionaba lo siguiente:

**Artículo 166°.- Impugnación del despido injustificado.**

*El despido es calificado como injustificado cuando el trabajador lo impugna como tal y el empleador no prueba en juicio, la existencia de la causa justa invocada en la carta de despido. En este caso el trabajador tiene derecho, en ejecución de sentencia, a optar como única reparación entre el pago de la indemnización establecida en el artículo 167° (indemnización por despido injustificado) o la reposición en el trabajo con los derechos y beneficios a que se refiere el artículo 170°. La opción es ejercida dentro de los (3) días de notificada la sentencia. Si en dicho plazo no opta por la reposición, el Juez ordena el pago de la indemnización.*

*En caso que el trabajador opte por la reposición, el empleador esta facultado para ofrecer mejores condiciones de indemnización o beneficios alternativos a fin de que este desista de la reposición.*

El diseño normativo que originalmente aportaba *el proyecto* resultaba plausible, pues era el trabajador quien luego de ventilar una calificación del despido y vencer judicialmente a su contrario, debía elegir entre la reposición en el empleo o le pago de una indemnización. Este panorama se ha visto seriamente enturbiado luego de la sesión de la comisión del Trabajo del Congreso de la República desarrollada el **7 de mayo del 2007** se aprobaron las siguientes modificaciones:

**Artículo 167°.- Impugnación del despido injustificado.**

*El despido es calificado como injustificado cuando el trabajador lo impugna como tal y el empleador no prueba, en juicio, la existencia de la causa justa invocada en la carta de despido. El juez en sentencia motivada determina la reparación correspondiente entre el pago de la indemnización establecida en el artículo 168 o la reposición en el trabajo con los derechos y beneficios a que se refiere el artículo 171.*

Sin ningún sustento objetivo y revelando el desenfrenado propósito “consensuador” con el cual ha actuado la Comisión de Trabajo, “han vestido un santo desvistiendo a otro”. Ya que los sectores empresariales habían desatado un ataque frontal en contra de la Ley General del Trabajo por el inminente retorno a la *estabilidad laboral absoluta*, no podía incurrirse en los errores del

pasado y a fin de evitar el ejercicio abusivo del derecho por parte de los trabajadores, no se les ocurrió mejor idea que “soplar la pluma” al Poder Judicial para que sean los jueces laborales quienes determinen el efecto del proceso judicial en el cual se califique el despido, o sea sería el juez laboral quien luego de la evaluación de los actuados en el proceso determine si el trabajador retorna al empleo o cobra una indemnización.

El proceso laboral en el Perú tiene profunda inspiración privatista y hasta compatible con la justicia común y sus normas (Código Procesal Civil) por tanto el principio rector de su dinámica es el DISPOSITIVO, es por ello que la parte actora termina siendo la impulsora y determinadora del alcance mismo de la pretensión; siendo ello así el juzgador carece de toda facultad moduladora del petitorio así nos encontremos en la etapa de ejecución de sentencia.

Por su parte y desde siempre, la justicia laboral ha sido únicamente declarativa es así que los acontecimientos objetivos que se suscitan en el conflicto laboral sustantivo, son los determinantes del pronunciamiento judicial A LA LUZ DE LA PRETENSIÓN DEL ACTOR o sea conforme a lo solicitado por el demandante. Bajo este razonamiento ¿cómo podría el juez laboral extraer sólo de lo actuado en un proceso, el fundamento de la reposición del trabajador sin al menos habérselo preguntado?, ahora bien ¿cómo podría el juez laboral saber si al trabajador le conviene –o finalmente le interesa- reponerse en el empleo o cobrar una indemnización sin al menos tomarle el parecer?

Las respuestas a estas interrogantes son evidentes tanto como el desatino del legislativo al haber consolidado tan absurda fórmula normativa.

Atendiendo al texto original de la Ley General del Trabajo enjuiciábamos lo siguiente: “por más estabilidad laboral absoluta que se legisle, los empleadores nunca dejarán de ser *los principales* en la relación laboral y el despido racional y motivado será siempre la herramienta disciplinaria a la que podrán acudir en caso de inconductas laborales, entonces *¿por qué tanto brinco si el suelo está parejo?*”.

Frente a la singular ocurrencia de la Comisión de Trabajo NO PODEMOS DECIR LO MISMO, la propuesta legislativa contenida en el texto que actualmente se debate en el Pleno del Congreso es deleznable por donde se la aprecie. Sería una verdadera lástima que el desatino flagrante en esto último termine frustrando una vez más la aprobación de una norma –que más allá de la novedad sistematizadora- se hace indispensable por su contenido, el cual debe ser adecuado y prudente.

## LEGISLACION:

### “TRATADO DE LIBRE COMERCIO”

Acuerdo de Promoción Comercial Perú - EE.UU.  
(firmado el 12 de abril de 2006)<sup>71</sup>

#### Capítulo Diecisiete

## Laboral

### Artículo 17.1: Declaración de Compromisos Compartidos

1. Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos asumidos en virtud de la *Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)* (Declaración de la OIT)<sup>72</sup>. Cada Parte procurará asegurar que tales principios laborales y los derechos laborales internacionalmente reconocidos establecidos en el Artículo 17.7, sean reconocidos y protegidos por su legislación.

2. Las Partes reafirman su pleno respeto por sus Constituciones y reconocen el derecho de cada Parte de adoptar o modificar sus leyes y normas laborales. Cada Parte procurará garantizar que sus normas laborales sean consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el Artículo 17.7, y procurará mejorar dichas normas en tal sentido.

### Artículo 17.2: Aplicación de la Legislación Laboral

1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

(b) Cada Parte mantiene el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios, acciones ante tribunales, de regulación y observancia de las normas, y de tomar decisiones relativas a la asignación de recursos destinados al cumplimiento con respecto de otros asuntos laborales a los que se haya asignado una mayor prioridad. En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a), cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos.

2. Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna. En consecuencia, cada Parte procurará asegurar que no dejará de aplicar o de otra forma dejar sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la observancia de los derechos laborales internacionalmente reconocidos señalados en el Artículo 17.7, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

3. Ninguna disposición en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.

### Artículo 17.3: Garantías Procesales e Información Pública

1. Cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido en un determinado asunto, tengan adecuado acceso a los tribunales para el cumplimiento de la

<sup>71</sup> Tomado de: <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe>

<sup>72</sup> Las Partes reconocen que el párrafo quinto de la Declaración de la OIT establece que los estándares laborales no deberán utilizarse para fines comerciales proteccionistas.

legislación laboral de la Parte. Dichos tribunales podrían incluir tribunales administrativos, judiciales, cuasi-judiciales o de trabajo, según esté previsto en la legislación interna de la Parte.

2. Cada Parte garantizará que los procedimientos ante dichos tribunales para el cumplimiento de su legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes, y con este fin, cada Parte asegurará que:

- (a) dichos procedimientos cumplan con el debido proceso legal;
- (b) cualquier audiencia en dichos procedimientos sea abierta al público, excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario;
- (c) las partes que intervienen en dichos procedimientos tengan el derecho de apoyar o defender sus posiciones respectivas, incluyendo la presentación de información o pruebas; y
- (d) dichos procedimientos no impliquen costos o plazos irrazonables, o demoras injustificadas.

3. Cada Parte dispondrá que las resoluciones finales sobre el fondo del caso en tales procedimientos:

- (a) se formulen por escrito, y señalen las razones en las que se basan las resoluciones;
- (b) se hagan disponibles, sin demora indebida, a las partes en los procedimientos y, de acuerdo con su legislación, al público; y
- (c) se basen en información o pruebas respecto de las cuales se haya dado a las partes en los procedimientos la oportunidad de ser oídas.

4. Cada Parte dispondrá, según corresponda, que las partes que intervienen en tales procedimientos tengan el derecho de solicitar la revisión y, cuando proceda, la modificación de las resoluciones finales emitidas en tales procedimientos.

5. Cada Parte garantizará que los tribunales que realizan o revisan tales procedimientos sean imparciales e independientes, y que no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto.

6. Cada Parte dispondrá que las partes en tales procedimientos puedan ejercer acciones para hacer efectivos sus derechos según su legislación laboral. Tales acciones podrán comprender medidas como órdenes, multas, sanciones, o cierres temporales de los lugares de trabajo.

7. Cada Parte promoverá el conocimiento público de su legislación laboral, incluso mediante:

- (a) la garantía de la disponibilidad de la información pública con respecto a su legislación laboral y los procedimientos para su aplicación y cumplimiento; y
- (b) la promoción de la educación al público con respecto a su legislación laboral.

#### **Artículo 17.4: Estructura Institucional**

1. Las Partes establecen un Consejo de Asuntos Laborales (Consejo), integrado por los representantes de las Partes de nivel Ministerial, o su equivalente, quienes podrán hacerse representar en el Consejo por sus segundos o delegados de alto nivel.

2. El Consejo se reunirá dentro del primer año desde la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo y, a partir de entonces, tan seguido como lo considere necesario. El Consejo deberá:

- (a) supervisar la implementación y revisar el avance de este Capítulo, incluyendo las actividades del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades establecido en el Artículo 17.5;
- (b) desarrollar lineamientos generales para considerar las comunicaciones señaladas en el párrafo 5(c);
- (c) preparar informes, si es apropiado, sobre asuntos relacionados con la implementación de este Capítulo, y ponerlos a disposición del público;
- (d) esforzarse por resolver los asuntos de que trata el Artículo 17.6.4.; y (e) realizar cualquier otra función que las Partes puedan acordar.

3. Todas las decisiones del Consejo se adoptarán por consenso y se harán públicas, a menos que el Consejo decida algo distinto.

4. A menos que el Consejo acuerde lo contrario, todas las reuniones incluirán una sesión en la que los miembros del Consejo tengan la oportunidad de reunirse con el público para discutir asuntos relacionados con la implementación de este Capítulo.

5. Cada Parte designará una unidad dentro de su Ministerio de Trabajo, o entidad equivalente, que servirá de punto de contacto con las otras Partes y con el público. Los puntos de contacto de cada Parte se reunirán tan seguido como lo consideren necesario o a petición del Consejo. El Punto de Contacto de cada Parte deberá:

- (a) asistir al Consejo para el cumplimiento de sus labores, incluyendo la coordinación del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades;

(b) cooperar con los Puntos de Contacto de las otras Partes y con las organizaciones y agencias relevantes del gobierno, para:

(i) establecer prioridades, con un particular énfasis en los temas identificados en el párrafo 2 del Anexo 17.5, en relación con las actividades de cooperación en asuntos laborales,

(ii) desarrollar actividades específicas de cooperación y fortalecimiento de capacidades de acuerdo con dichas prioridades,

(iii) intercambiar información con respecto a las leyes y prácticas laborales de cada Parte, incluyendo buenas prácticas, así como maneras para fortalecerlas, y

(iv) buscar el apoyo, según corresponda, de organizaciones internacionales, tales como la OIT, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y la Organización de los Estados Americanos para avanzar en los compromisos comunes sobre asuntos laborales,

(c) encargarse de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones de personas de una Parte sobre asuntos relacionados con las disposiciones de este Capítulo y poner tales comunicaciones a disposición de la otra Parte y, según corresponda, del público.

(d) recibir las solicitudes de consultas cooperativas presentadas por las Partes, señaladas en los Artículos 17.6.1 y 17.6.4.

6. Cada Parte revisará las comunicaciones recibidas según párrafo 5(c), de conformidad con sus procedimientos internos.

7. Cada Parte podrá convocar un comité nacional de trabajo consultivo o asesor, o consultar uno ya existente, integrado por representantes de sus organizaciones de trabajadores y de empresarios, y de otros miembros de su sociedad, para que presenten sus puntos de vista sobre cualquier asunto relacionado con este Capítulo.

#### **Artículo 17.5: Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades**

1. Reconociendo que la cooperación en materia laboral juega un papel importante en la promoción del desarrollo en el territorio de las Partes y en el aumento de oportunidades para mejorar las normas laborales, y en el avance en los compromisos comunes en asuntos laborales, incluyendo los principios contenidos en la Declaración de la OIT y el *Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999)*, las Partes por este medio establecen un Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades, conforme está establecido en el Anexo 17.5. Este Mecanismo operará en una forma en que se respete la legislación y soberanía de cada Parte.

2. Las Partes procurarán asegurar que las actividades que se llevarán a cabo a través de dicho Mecanismo:

(a) sean consistentes con los programas, estrategias de desarrollo y prioridades nacionales de cada Parte;

(b) generen oportunidades para la participación pública en el desarrollo e implementación de dichas actividades; y,

(c) tomen en consideración la economía, cultura y sistema legal de cada Parte.

#### **Artículo 17.6: Consultas Laborales Cooperativas**

1. Una Parte podrá solicitar la realización de consultas laborales cooperativas con otra Parte, respecto de cualquier asunto que surja de este Capítulo, mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra Parte haya designado conforme al Artículo 17.4.5.

2. Las consultas laborales cooperativas se iniciarán sin demora una vez entregada la solicitud. La solicitud deberá contener información que sea específica y suficiente para permitir que la Parte que recibe la solicitud responda.

3. Las Partes consultantes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto, tomando en cuenta las oportunidades de cooperación relacionadas con el asunto, y podrán requerir asesoría o asistencia de cualquier persona u organismo que estimen apropiado con el fin de examinar plenamente el asunto que se trate.

4. Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto de conformidad con el párrafo 3, una Parte consultante podrá solicitar la convocatoria del Consejo para considerar el asunto, para lo cual entregará una solicitud escrita a los puntos de contacto de cada una de las partes<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Para efectos de los párrafos 4, 5 y 6, el Consejo estará compuesto por representantes de nivel ministerial de las Partes consultantes o sus designados de alto nivel.

5. El Consejo será convocado sin demora y procurará resolver el asunto incluyendo, cuando corresponda, consultas con expertos externos y procedimientos tales como buenos oficios, conciliación o mediación.

6. Si el asunto se refiere a si una Parte está cumpliendo con sus obligaciones de conformidad con el Artículo 17.2.1(a), y las Partes consultantes no han logrado resolverlo dentro de los 60 días siguientes a la entrega de una solicitud de consultas conforme al párrafo 1, la Parte reclamante podrá solicitar la realización de consultas en virtud del Artículo 21.4 (Consultas), o una reunión de la Comisión en virtud del Artículo 21.5 (Intervención de la Comisión) y, según lo dispuesto en el Capítulo Vigésimo Primero (Solución de Controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo. El Consejo podrá informar a la Comisión sobre como ha abordado el asunto por medio de las consultas.

7. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al Artículo 17.2.1(a).

8. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo, por un asunto que surja en relación con el Artículo 17.2.1(a) sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo.

### **Artículo 17.7: Definiciones**

Para los propósitos de este Capítulo:

**Legislación laboral** significa leyes o regulaciones de una Parte, o disposiciones de la misma, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- (a) el derecho de asociación;
- (b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente;
- (c) la prohibición del uso de cualquier forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) protecciones laborales para niños y menores, incluyendo una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y
- (e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacional.

Para mayor certeza, el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto de salarios mínimos no estará sujeto a obligaciones en virtud de este Capítulo.

Las obligaciones contraídas por cada Parte conforme a este Capítulo se refieren a la aplicación efectiva del nivel del salario mínimo general establecido por esa Parte.

**Leyes o regulaciones** significa: para los Estados Unidos, leyes del Congreso o regulaciones promulgadas conforme a leyes del Congreso que se pueden hacer cumplir mediante acción del nivel central del gobierno.

### **Anexo 17.5**

#### **Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades**

##### *1. Coordinación y Supervisión*

El Consejo supervisará la implementación del Mecanismo y coordinará sus actividades a través del punto de contacto de cada Parte, designado de conformidad con el Artículo 17.4.5.

##### *2. Prioridades de Cooperación y Desarrollo de Capacidades*

Los puntos de contacto de las Partes llevará a cabo el trabajo del Mecanismo a través del desarrollo y búsqueda de actividades de cooperación bilaterales o regionales en temas laborales, que podrán incluir, pero no se limitarán a:

- (a) *derechos fundamentales en el trabajo y su aplicación efectiva:*  
cooperación en legislación y prácticas relacionadas a la implementación e información pública de los principios y derechos contenidos en la Declaración de la OIT:
  - (i) libertad de asociación y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva,
  - (ii) 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.
- (b) *peores formas de trabajo infantil:* programas u otras formas de cooperación para promover el cumplimiento del Convenio 182 de la OIT sobre la Prohibición y Acción Inmediata para la Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil;

- (c) *administración laboral*: actividades dirigidas al fortalecimiento de la capacidad institucional de las administraciones laborales y tribunales laborales, especialmente profesionalización de los recursos humanos y capacitación, incluyendo en materia de capacidad tecnológica;
- (d) *inspección laboral*: actividades para mejorar la aplicación y cumplimiento de la legislación laboral, incluyendo capacitación e iniciativas para fortalecer y mejorar la eficiencia de los sistemas de inspección laboral;
- (e) *solución alternativa de conflictos*: iniciativas dirigidas a establecer y fortalecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos por controversias laborales;
- (f) *relaciones laborales*: formas de cooperación para mejorar el diálogo social entre trabajadores, empleadores y gobiernos, para asegurar relaciones laborales productivas y contribuir a la eficiencia y productividad en el lugar de empleo;
- (g) *salud y seguridad ocupacional*: formas de cooperación para mejorar las medidas preventivas y reducir condiciones de riesgo en el lugar de empleo, y medidas para promover buenas prácticas y el cumplimiento de leyes y regulaciones;
- (h) *condiciones de trabajo*: formas de cooperación para aumentar la difusión de información pública y para desarrollar métodos innovadores de vigilancia del cumplimiento de leyes y reglamentos relativos a horas de trabajo, salarios mínimos, jornadas extraordinarias y otras condiciones del empleo;
- (i) *trabajadores migrantes*: mecanismos y mejores prácticas para proteger y promover los derechos y bienestar de los trabajadores migrantes de las Partes, incluyendo esfuerzos conjuntos con organizaciones relevantes, y difusión de información respecto a los derechos laborales de los trabajadores migrantes en el territorio de cada una de las Partes;
- (j) *asistencia social y capacitación*: programas de asistencia social, desarrollo de recursos humanos, capacitación y reconversión laboral, así como otros programas relevantes;
- (k) *intercambio de tecnología e información*: programas para intercambiar información y compartir experiencias sobre métodos para mejorar la productividad, sobre la promoción de buenas prácticas laborales y sobre el uso efectivo de tecnologías, incluyendo aquellas que se basan en la Internet;
- (l) *estadísticas laborales*: desarrollo de métodos para que las Partes generen estadísticas comparables del mercado laboral en forma oportuna, incluyendo el mejoramiento de los sistemas de recolección de datos;
- (m) *oportunidades de empleo*: desarrollo de programas para la promoción de nuevas oportunidades de empleo y modernización de la mano de obra, incluyendo servicios de empleo;
- (n) *género*: desarrollo de programas sobre cuestiones de género, incluyendo la eliminación de la discriminación respecto del empleo y ocupación;
- (o) *buenas prácticas laborales*: difusión de información y promoción de buenas prácticas laborales, incluyendo la responsabilidad social empresarial, que contribuyan a la competitividad y mejoren el bienestar del trabajador; y
- (p) *asuntos relativos a la pequeña, mediana y micro empresa, y artesanos*: promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, mejoramiento de las condiciones de trabajo, competitividad y niveles de productividad, e información pública de la legislación relevante.

### 3. Implementación de Actividades de Cooperación

Las Partes utilizarán cualesquiera medios que estimen apropiados para llevar a cabo las actividades señaladas en el párrafo 2, incluyendo:

- (a) programas de asistencia técnica incluyendo el otorgamiento de recursos humanos, técnicos y materiales, según corresponda;
- (b) intercambio de delegaciones oficiales, profesionales y especialistas, incluyendo a través de visitas de estudio y otros intercambios técnicos;
- (c) intercambio de información sobre normas, regulaciones, procedimientos y buenas prácticas;
- (d) intercambio o desarrollo de estudios, publicaciones y monografías pertinentes;
- (e) conferencias conjuntas, seminarios, talleres, reuniones, sesiones de capacitación y programas de divulgación y educación;
- (f) desarrollo de proyectos de investigación, estudios e informes conjuntos, mediante los cuales es posible contratar especialistas independientes;
- (g) intercambio sobre asuntos laborales técnicos, incluyendo la experiencia de instituciones académicas y otras entidades similares; e
- (h) intercambio sobre cuestiones de tecnología, incluyendo sistemas informáticos.

### 4. Participación Pública

Al identificar las áreas de cooperación en materia laboral y desarrollo de capacidades, y al desarrollar estas actividades de cooperación, cada Parte considerará los puntos de vista de sus respectivos representantes de trabajadores y empleadores, así como los puntos de vista de los demás miembros del público.

## INTERNACIONAL:

### ¿QUE ES LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO?<sup>74</sup>

© ANGEL GUILLERMO RUIZ MORENO<sup>75</sup>

---

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es un organismo especializado de las Naciones Unidas dedicado específicamente a la cooperación social entre los países del planeta en el rubro del trabajo formal y sus esquemas de protección para la clase obrera, siendo una organización independiente que fue creada por el *Tratado de Versalles* en el año de 1919, justo al concluir la Primera Guerra Mundial, fundándose concomitantemente a la “Sociedad de Naciones” que luego se transformaría en la Organización de la Naciones Unidas (ONU).

La creación de la OIT respondió a una toma de conciencia sobre la necesidad de llevar a cabo reformas sociales y estructurales profundas, en un mundo de posguerra que debía levantarse de años aciagos; se tenía la convicción de que dichas reformas sólo podían realizarse con éxito en el plano internacional, mediante un orden jurídico que realmente fuera respetado en todo el orbe.

Para llevar a cabo sus fines, dicha organización de presencia mundial e indudable peso específico en materia de empleo, reúne a representantes de los gobiernos, de los patronos y los trabajadores, con el objeto de recomendar normas internacionales y adoptar los convenios necesarios sobre temas básicos en una relación laboral, tales como: salarios, horarios de trabajo, edades mínimas para laboral, indemnizaciones por riesgos laborales, libertad sindical, vacaciones pagadas, así como la estructura y desarrollo de los esquemas de protección social para la clase trabajadora, destacando entre ellos la previsión social y, hoy en día, la seguridad social.

Los inicios de la OIT, como puede suponerse, no fueron fáciles, pero a base de mucho esfuerzo fue ganando credibilidad en sus decisiones. No fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, en 1944, cuando la OIT adoptó la llamada “Declaración de Filadelfia”, una especie de evento refundante que reafirmaba con vigor sus principios fundamentales que a la vez ampliaban los fines y objetivos que permearan en su concepción y creación formal; a través de ella se anticipaba el acceso a la independencia de numerosos países tras esa sangrienta conflagración bélica internacional, y anunciaba a la par el inicio de un importante esfuerzo de cooperación técnica con los países en vía de desarrollo bajo los siguientes 4 principios básicos:

1. *El trabajo no es una mercancía susceptible de ser vendida* (derecho al trabajo y abolición de sistemas de trabajo esclavistas);
2. *La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante de las sociedades y de las naciones* (derecho de sindicación y de la negociación colectiva);
3. *La pobreza constituye un peligro real para la prosperidad de todos* (derecho a un trabajo justo y equitativo en aras de abolir la explotación obrera);
4. *Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo o credo, tienen el inalienable derecho de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades* (derecho de igualdad básica entre los seres humanos laborantes, y derecho a un trato digno como personas que son).

A comienzos del siglo XXI, y ante los enormes desafíos que presenta el llamado *trabajo formal o regulado* –al cual la propia OIT ha insistido en tildarle como : “trabajo decente”, al

---

<sup>74</sup> Texto tomado del libro “*Los sistemas pensionarios de las Universidades Públicas en México*”. Editorial Porrúa, México, 2005.

<sup>75</sup> Doctor en Derecho y Presidente Internacional de la Asociación Iberoamericana de Juristas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social “Dr. Guillermo Cabanellas”.

reconocer que lamentablemente no todo trabajo lo es-, queda perfectamente claro que dichos principios laborales, continúan siendo básicos e inmutables en toda relación de trabajo, más allá de cualquier tendencia política, ideológica e incluso del marco legal que rijan en cualquier país del planeta.

En una rápida mirada sobre la trascendencia e importancia de la OIT en el contexto mundial, señalaremos a manera de ejemplo 3 puntos que demuestran la confiabilidad de las decisiones que ella asume:

- En el año de 1946 se convirtió en el primer *organismo especializado* asociado de la ONU;
- En 1969 y con motivo de su quincuagésimo aniversario, la OIT fue galardonada con el *Premio Nobel de la Paz* por su trascendente labor social desarrollada durante medio siglo de fructífera existencia;
- En 1998 se adoptó por la OIT la *“Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”*, en la que se reafirma el compromiso de la comunidad internacional de respetar, promover y hacer realidad de toda buena fe la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva de los trabajadores y empleadores; aquí, el principio de la buena fe resulta medular. Con esto los Estados Miembros de la OIT se comprometieron a colaborar en la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de todo tipo de discriminación sobre empleo y ocupación.

Sobre esto último, una nota adicional resultará aleccionante. Dada la fuerza regulatoria mundial de la OIT en cuestiones que atañen a las relaciones del trabajo, se puso de relieve en la aludida *Declaración* que todos los países del mundo –sin distinción de ninguna especie-, están obligados a respetar estos derechos fundamentales, tanto si han ratificado los Convenios correspondientes, como si no lo han hecho.

Porque en este orden de ideas y para que a todos nos quede perfectamente claro el punto, sin ningún tipo de confusiones: existe más allá de la normatividad interna propia de *cada Estado Miembro* –en el caso particular de México, el legendario artículo 123 Constitucional, la Ley Federal del Trabajo y la Legislación burocrática vigente, al igual que otro tipo de normas federales o locales que resulten aplicables en el ámbito laboral-, una *normatividad internacional del trabajo que rige efectivamente y que es, sin duda alguna, indispensable en un mundo globalizado como el que habitamos*.

Estas normas fundamentales del trabajo –tal y como se definen en la prealudida Declaración de la OIT-, representan sólo una parte de la actividad normativa efectuada desde su creación, en el año 1919, bien sea adoptando la forma de *“Convenios”* o de *“Recomendaciones Internacionales del Trabajo”*.

Así, los Convenios de la OIT son verdaderos Tratados Internacionales que, a la par, son objeto de ratificación por parte de los Estados Miembros de la OIT – en el caso concreto de México, firmados por el Presidente de la República con la aprobación del Senado-; en tanto que las Recomendaciones en realidad no son instrumentos obligatorios (aunque muy a menudo tratan de los mismos temas que los Convenios), los que establecen una especie de orientaciones no coercitivas pero de suyo obligatorias para la política y la acción nacional de cualquier país; por lo tanto, esas tendencias laborales son de plano imposibles de soslayar en el orden mundial.

En ese mismo hilo de ideas, ambas formas de dar “lineamientos”, pretenden lograr un impacto concreto y útil sobre las condiciones de trabajo y las prácticas utilizadas por cualquier país del mundo. De suyo, estadísticamente hasta finales del mes de junio de 2003, la OIT había adoptado nada menos que 185 Convenios y 194 Recomendaciones Internacionales, referidos ellos a una amplia gama de temas.

Tampoco resulta ocioso afirmar que las medidas adoptadas en el ámbito nacional para poner en marcha los Convenios de la OIT son un factor decisivo en su observancia.

Las normas internacionales del trabajo desempeñan pues un papel importante en la elaboración de la legislación nacional, incluso en aquellos países, que no han ratificado un determinado Convenio –a manera de ejemplo, debido a un variada gama de razones políticas o económicas, México no ha ratificado alguno de ellos-. No obstante, las disposiciones de las normas de la OIT son utilizadas como base para el establecimiento de leyes nacionales y, precisamente por ello, los Convenios Internacionales del Trabajo emanados de dicho organismo tienen un impacto que no pocas veces supera las obligaciones legales que ellos engendran.

Todavía más cabría añadir para dejar en claro la trascendencia de su actuación natural. La propia OIT ha calificado –a través de su Consejo de Administración- a ocho de sus Convenios como “*fundamentales*” para los derechos laborales de quienes trabajan subordinadamente, con independencia del nivel de desarrollo de cada Estado Miembro; estos *derechos básicos o fundamentales* se anteponen a los demás porque proporcionan los instrumentos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo tanto individuales como colectivas. Para fines meramente ilustrativos, esos ocho *Convenios Fundamentales de la OIT* son los siguientes:

- I. Convenio N° 29, sobre la eliminación del trabajo forzoso, que data de 1930;
- II. Convenio N° 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, que es del año 1948;
- III. Convenio N° 98, sobre garantías contra los actos de discriminación antisindical y de negociación colectiva, que data de 1949;
- IV. Convenio N° 100, sobre igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, que fue dictado en 1951.
- V. Convenio N° 105, sobre abolición del trabajo forzoso, que data de 1957;
- VI. Convenio N° 111, sobre el discrimen en materia de empleo y ocupación por raza, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que es de 1958;
- VII. Convenio N° 138, sobre edad mínima para ser sujeto de hémelo, que data de 1973; y,
- VIII. Convenio N° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil que son ilícitas y perjudican la salud, la seguridad y la moralidad de la niñez, el que fue fechado recientemente en el año 1999.

Además de lo anterior, por su importancia es conveniente establecer aquí algunos datos que ilustren sobre la manera en como está integrada y cómo opera en la práctica la OIT.

Para comenzar, dicha Organización tiene una estructura tripartita –única en el sistema de la ONU-, en virtud de la cual los representantes de los empleadores y de los trabajadores (llamados coloquialmente al seno de dicha Organización Internacional como “los interlocutores sociales”), participan en igualdad de condiciones, con los propios gobiernos, en la adecuada formulación de las políticas y programas en el ámbito laboral.

Es obvio entonces que la OIT fomenta el “tripartismo” dentro de cada Estado Miembro, promoviendo en permanente diálogo social en el que las organizaciones sindicales y las de empleadores participan activamente en la formulación, diseño o aplicación de las políticas nacionales en los ámbitos social, económico y productivo.

La estructura de la OIT, así las cosas, se halla conformada básicamente por 3 órganos internos directivos que realizan una actividad específica, cada uno respetando el nivel jerárquico y competencial que les corresponde:

1. *La Conferencia Internacional del Trabajo*, que es su órgano supremo y se reúne una vez al año, en el mes de junio, en la sede permanente de la OIT –ubicada en Ginebra, Suiza-, y se compone de delegaciones nacionales integrada cada una por 4 miembros, a saber: 2 delegados del gobierno, 1 delegado de los empresarios y 1

de los trabajadores, siendo su tarea principal la redacción de normas internacionales sobre formas de convención.

2. *El Consejo de Administración*, que es su órgano ejecutivo y que se reúne 3 veces al año en la sede a fin de adoptar decisiones acerca de la política general de la OIT, conformado por 48 miembros de los cuales 24 son representantes de los gobiernos (12 de ellos provenientes de las principales potencias industriales), 12 de los empresarios, y 12 de los trabajadores. Este órgano dirige a la Oficina Internacional del Trabajo, así como a los diversos comités y comisiones de la OIT, estableciendo también el programa de actividades anual y el presupuesto que luego elevará a la consideración de la Conferencia Internacional del Trabajo para su formal adopción.

Interesa mucho resaltar que allí se elige al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo; y,

3. *La Oficina Internacional del Trabajo*, que es en realidad el secretariado técnico de la OIT y que ejerce una serie de funciones de carácter permanente tales como la difusión de toda información referente al régimen de trabajo y las condiciones del mismo, al igual que tiene a su cargo la edición de publicaciones a escala mundial y en especial la vigilancia del cumplimiento de los Convenios que aprueba la OIT.

Entonces, es fácil concluir en el sentido de que *la OIT es un organismo internacional asociado a la ONU, especializado en asuntos laborales y de seguridad social.*

Recordemos que ese tipo de organismos son relativamente frecuentes en razón de la especialidad que algunos asuntos del orden internacional requieren. Por ejemplo: la UNICEF se dedica primordialmente a la atención de la niñez; la FAO se dirige a cuestiones agrícolas y alimentarias; en tanto que la UNESCO asume directrices sobre asuntos culturales y de educación. Invariablemente todas ellas se encuentran adheridas a la ONU, el organismo cúpula mundial de antonomasia.

De lo anterior puede deducirse que la OIT se conduce siempre bajo el inmutable principio de la buena fe, y a ello se debe que su normatividad adoptada no requiera del uso de la fuerza o ejercicio de imperio legal para ser adoptada u obedecida en un país, ni tampoco se necesita ejercer coercitividad ni la existencia de tribunales de plena jurisdicción para obligar a su cabal obsequio y cumplimiento.

Para decirlo de otra manera: siempre quedará intocada la soberanía de todos y cada uno de los Estados Miembros y hasta de quienes no lo son, pues a fin de cuentas se trata de Convenios y/o recomendaciones de estricta índole declarativa, que se dan por, entre y para las naciones en general, y no para los individuos en particular; no obstante lo cual, por simples razones del orden jurídico internacional, influyen decisiva e ineluctablemente en el derecho positivo vigente de cada país, al grado que es imposible soslayar su existencia. Lo que me lleva a afirmar que aún si el derecho fuera moda, la moda mundial la dictaría la OIT en materia laboral y de seguridad social.

La OIT es –confío haber podido demostrarlo- una singular organización internacional que reviste una importancia enorme en el ámbito del mundo laboral y de la seguridad social en todo el orbe, a grado tal que ningún país, sea éste un Estado Miembro o no, puede sustraerse de su decisiva influencia, de tal suerte que por más soberana que sea una nación le resultará prácticamente imposible violentar e inobservar dicha normatividad internacional, situación que se aprecia aún en los países más totalitarios del planeta; eso es algo que resulta aconsejable tener siempre en cuenta y no perder jamás de vista cuando abordemos la temática total de este ensayo.

Razones estas que provocaron la decisión de voltear la mirada hacia las recomendaciones de la OIT en las vitales reformas de los esquemas pensionarios, en aras de

observar las tendencias mundiales y, a la par, evitando que las opiniones se encuentren teñidas de ideologías e influencias externas y extrañas.

Por último, para darnos una idea de su envergadura, señalamos que en el año 2004 la OIT está integrada por 173 Estados Miembros, a saber:

**CUADRO DE PAÍSES MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)<sup>76</sup>**

Afganistán	Albania	Alemania	Angola	Antigua República Yugoslava de Macedonia
Antigua y Barbuda	Arabia Saudita	Argelia	Argentina	Armenia
Australia	Austria	Azerbaijón	Bahamas	Bahrain
Bangladesh	Barbados	Bélgica	Belice	Benin
Bielorrusia	Bolivia	Bosnia y Herzegovina	Botswana	Brasil
Bulgaria	Burkina Faso	Burundi	Cabo Verde	Camboya
Camerún	Canadá	Colombia	Comores	Congo
Costa de Marfil	Costa Rica	Croacia	Cuba	Chad
Chile	China	Chipre	Dinamarca	Djibouti
Dominica	Ecuador	Egipto	El Salvador	Emiratos Árabes Unidos
Eritrea	Eslovaquia	Eslovenia	España	Estados Unidos de América
Estonia	Etiopía	Federación Rusa	Filipinas	Finlandia

<sup>76</sup> Información recabada de la International Labour Office (ILO), CH – 1211, Ginebra 22, Suiza. Dirección Internet (<http://www.uniccc.org/ilo>).

Francia	Gabón	Gambia	Georgia	Ghana
Granada	Grecia	Guatemala	Guinea	Guinea - Bissau
Guinea Ecuatorial	Guyana	Haití	Holanda – Países Bajos	Honduras
Hungría	India	Indonesia	Irak	Irlanda
Islandia	Islas Fiji	Islas Salomón	Israel	Italia

Jamaica	Japón	Jordania	Kazajstán	Kenya
Kuwait	Kyrgystán	Latvia	Lesotho	Líbano
Liberia	Libia	Lituania	Luxemburgo	Madagascar
Malasia	Malawi	Mali	Malta	Marruecos
Mauricio	Mauritania	México	Moldavia	Mongolia
Mozambique	Myanmar	Namibia	Nepal	Nicaragua
Níger	Nigeria	Noruega	Nueva Zelanda	Omán
Pakistán	Panamá	Papua Nueva Guinea	Paraguay	Perú
Polonia	Potugal	Qatar	Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	República Árabe de Siria de
República Central Africana	República Checa	República de Corea	República Democrática Popular de Laos	República Dominicana

República Islámica de Irán	Ruanda	Rumania	San Marino	San Tomás y Príncipe
San Vicente y Las Granadinas	Santa Lucía	Senegal	Seychelles	Sierra Leona
Singapúr	Somalia	Sri Lanka	Sudáfrica	Sudán
Suecia	Suiza	Surinam	Swazilandia	Tailandia
Tanzania	Tayikistán	Togo	Trinidad y Tobago	Túnez
Turkmenistán	Turquía	Ucrania	Uganda	Uruguay
Uzbekistán	Venezuela	Vietnam	Yemen	Yugoslavia (Serbia y Montenegro)
Zaire	Zambia	Zimbabwe		

--- \* ---