

Laborem

Nº 13 / 2013

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



Año de las
Bodas de Plata
de la Sociedad



SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

Laborem Nº 13

**REVISTA DE LA SOCIEDAD PERUANA
DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

PRIMERA EDICIÓN

Diciembre 2013

Prohibida su reproducción total o parcial

Derechos Reservados

D.Leg. Nº 822

**HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ**

2013-19888

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

Diseño de carátula
y diagramación de interiores

Martha Hidalgo Rivero

Impreso en:

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LAS PERSISTENTES OBJECIONES AL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ

JAVIER NEVES MUJICA⁽¹⁾

JULIO GAMERO REQUEÑA⁽²⁾

I. PRIMERA PARTE: INTERVENCIÓN DE JULIO GAMERO REQUEÑA

Buenas noches con todos los presentes vamos a reiniciar el curso. En esta parte de la noche, el Dr. Javier Neves y mi persona vamos a compartir con ustedes algunas reflexiones en relación al título que nos convoca la clase: el crecimiento económico y las persistentes objeciones al Derecho del Trabajo en el Perú.

La exposición va a tener tres partes: i) vamos a situarnos en las teorías económicas que ayudan a explicar el funcionamiento del mercado laboral y cómo ellas conciben las instituciones laborales: leyes laborales, la existencia de sindicatos, la misma presencia de la OIT; ii) se va a pasar revista a las características estructurales del mercado de trabajo, particularmente al grado de asalariamiento y iii) compartir algunos datos respecto a la evolución de la economía, de la institucionalidad laboral y sobre todo, su vinculación con los aspectos distributivos.

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. ¿Qué nos dice la teoría económica?

En el campo de la economía laboral existe la categoría conceptual de mercado de trabajo. Supone la presencia de una oferta y una demanda. La oferta está determinada por las familias, las personas son las que ofrecen su trabajo. En términos de la estadística laboral, la oferta laboral es equivalente a la PEA (a la población económicamente activa). La configuración de esa oferta laboral está influída por factores demográficos y migratorios, básicamente.

Por su parte, las empresas demandan trabajo, contratan trabajadores. Y el independiente, el autoempleado, ¿él como actúa? En realidad él es oferta y demanda a la vez porque se autogenera su propio puesto de trabajo.

Una preocupación de la teoría económica está alrededor del equilibrio: cuál es el nivel salarial que equilibra la oferta con la demanda de trabajo y minimiza la presencia del desempleo abierto.

1.1. La corriente neoclásica

La corriente neoclásica parte de lo que es la economía clásica. Primero, considera que el mercado de trabajo es igual que cualquier otro mercado. Segundo, y como es igual que cualquier otro mercado, los precios son flexibles. Así, los salarios, las remuneraciones pueden ir para arriba como para abajo en términos nominales. Y ¿por qué se asume que los salarios en este caso son flexibles? porque el salario es el mecanismo que equilibra la oferta con la demanda. Y, por eso, para esta concepción no existe el desempleo salvo el de carácter voluntario, es decir el que es producto de la decisión de una persona.

Se asume que el equilibrio es inmediato y en ese sentido toma el nombre de equilibrio *walrasiano* ¿Qué significa? que siempre existirá un salario que hace que se equilibre la oferta con la demanda, que permita absorber toda la oferta de trabajo que esté disponible en el mercado.

¿Qué pasa cuando hay desempleo involuntario? lo que señala esta teoría es que ello obedece a que, por ejemplo, están actuando mecanismos extraeconómicos, exógenos al mercado –salarios mínimos o leyes laborales– que obstaculizan se alcance el nivel de equilibrio. Esa institucionalidad exógena eleva artificialmente el salario, alentando a las familias a vender más trabajo pero las empresas están dispuestas a contratar menos trabajo porque el salario está alejado del nivel de equilibrio. Y, esa diferencia entre oferta y demanda, se traduce en desempleo abierto.

Las recomendaciones de política laboral bajo esta concepción se orientan a la desregulación, a minimizar los elementos extraeconómicos para que el mercado tienda naturalmente al equilibrio entre oferta y demanda.

1.2. El enfoque keynesiano

Se relaciona con su contraparte estatal: el Estado de bienestar, con un rol del Estado regulador, con mayor capacidad de intervención en la economía. Para este enfoque, por ejemplo, el desempleo es de carácter involuntario Lo opuesto a lo que dice el enfoque neoclásico.

Se asume que hay un desempleo de carácter estructural. Eso tiene implicancias ya que el objetivo de la política va a ser minimizar la tasa de desempleo. El Estado debe impulsar la demanda y el gasto público a efectos de ayudar a que la oferta se iguale con la demanda de trabajo.

Otra consideración importante de la teoría keynesiana, es que los salarios no son flexibles a la baja, que hay rigidez en el mercado laboral. Otra diferencia, es que el mercado de trabajo es un mercado derivado, se ve influido por lo que ocurra en el mercado de bienes y servicios. Si hay recesión económica va a aumentar la tasa de desempleo.

1.3. Las economías con sobre población

Adolfo Figueroa, profesor de la PUCP, nos habla de las economías con sobre población. Se trata de un enfoque económico que está bastante asentado en lo que es el área andina. ¿Por qué le denomina economías con sobre población? Parte del siguiente razonamiento. En el sistema capitalista, ¿cómo se disciplina a la fuerza laboral?, ¿cuáles son los incentivos y sanciones que motivan que los trabajadores quieran mantener su puesto de trabajo? Responde, Figueroa, que el desempleo abierto es el elemento disciplinador del mercado laboral.

Pero en economías como la peruana el desempleo abierto no cumple ese rol disciplinador porque tenemos economías con sobre población. Si uno no encuentra trabajo asalariado se traslada al sector informal o al autoempleo, genera mi propio puesto de trabajo. Esta es una de las características que marca diferencia respecto de lo que acontece en el Cono Sur, en Europa o en EE. UU. donde el trabajo asalariado es el predominante.

Y ello tiene implicancias, porque a veces cuando se habla de la PEA ocupada, se cree que es un todo homogéneo, cuando no es así porque hay asalariados y no asalariados. Y las relaciones laborales son para el sector asalariado.

Como parte de este enfoque aparece la figura del salario equilibrio distributivo. Si hubiera solo dos agentes económicos, empresas y trabajadores, se realiza la producción, se genera un excedente económico que se reparte entre ellos dos, entre utilidades y remuneraciones. Si suben estas como porcentaje disminuye

la cuota de beneficios y viceversa. Para que haya inversión se requiere que haya ahorro y este proviene de la reinversión de utilidades.

Si bajan los salarios va a ver más cuota de beneficios y habría más inversión. Pero, según este enfoque, hay un punto a partir del cual si los salarios bajan la inversión también cae. ¿Cuál es ese punto de inflexión? En términos teóricos sería un punto, un umbral, por debajo del cual la baja salarial genera inestabilidad social, conflicto que acaba afectando la tasa de inversión, retrayéndola. Y eso lo podemos relacionar, guardando la distancia, con la crisis que se llama de subconsumo, cuando se está consumiendo menos de lo que se está produciendo.

Para el enfoque, las instituciones laborales son endógenas al mercado laboral, es decir, ayudan al equilibrio.

2. Características estructurales del mercado laboral

Estos son datos provenientes del censo económico de 2007.

2.1. Sector moderno y productividad laboral

Se encontró que el denominado sector moderno solo incluye al 3,2 % del número de empresas, aquellas con más de 10 trabajadores.

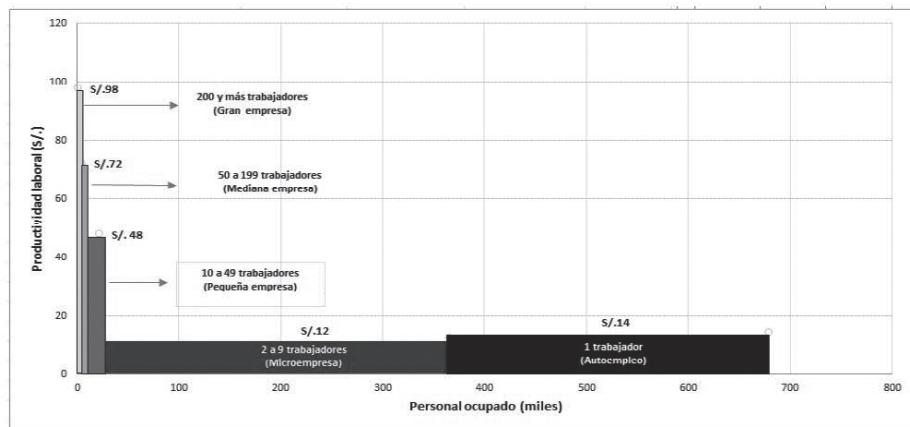
Tamaño del establecimiento y número de trabajadores (2007)

Tamaño del establecimiento	%
Total	100.0
1 trabajador	46.1
2 a 5 trabajadores	47.2
6 a 9 trabajadores	3.5
10 a 49 trabajadores	2.5
De 50 a 199 trabajadores	0.5
De 200 a más trabajadores	0.2

Fuente: GAMERO, Julio y CARRASCO, Gabriela. *Determinantes de la productividad laboral en el Perú: por tamaño de empresa*. INEI, 2012

Otro asunto, la productividad laboral. Hay una relación directa con el tamaño de empresa, mayor tamaño mayor productividad laboral. Ello va a tener implicancias. En el sector de más baja productividad tenemos la mayor cantidad de trabajadores Y, es en dicho sector donde se localiza la mayor cuantía de empleo en informalidad. ¿Cómo elevar la productividad? No es, precisamente, con un enfoque de “sobrecostos” sino con políticas promotoras del desarrollo productivo.

Perú: Productividad laboral por tamaño de establecimiento, 2007



Fuente: GAMERO, Julio y CARRASCO, Gabriela. *Determinantes de la productividad laboral en el Perú: por tamaño de empresa*. INEI, 2012

2.2. Asalariados y el empleo en regímenes laborales

En el Perú no ha habido una participación dominante del trabajo asalariado a diferencia de los países del cono sur. Hoy, en medio del ciclo expansivo, el asalariamiento supera la mitad de la PEA ocupada.

Si se analiza la distribución del empleo por la regulación laboral que la compete se encuentra lo siguiente. No hay una Ley General del Trabajo (LGT), hay leyes particulares que se agrupan en función de si se trata de asalariados públicos, privados, agrícolas, una Ley Mype que ahora se ha transmutado a una Ley Mipyme con lo que al final la LGT va a ser la menos general de las leyes porque los regímenes especiales la jaquean por todos lados.

Empleo y regímenes laborales (2006)

	% EMPLEO TOTAL	LEYES
Asalariados públicos	8	Ley del empleo público
Asalariados privados	30	
Agrícolas	6	Ley de la Promoción Agraria
No agrícolas	24	
Microempresa	10	Ley Mype
Empresa pequeña	3	Ley General del Trabajo
Empresa mediana	3	Ley General del Trabajo

Empresa grande	8	Ley General del Trabajo
Otros trabajadores		
Empleadores	5	No es trabajador
Independientes	32	Sin ley
Trabaja solo	18	Sin ley
Trabaja con familiares	17	Sin ley
TFNR	18	Sin ley
Trabajadores domésticos	4	Ley de Trabajadores del Hogar

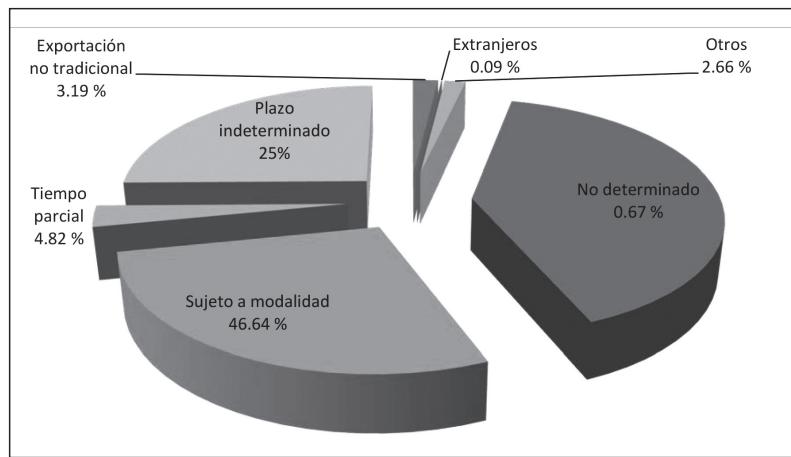
<<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Proyeccion-Institucional/Encuentro-de-Economistas/XXV-EE-2007/XXV-EE-2007-S24-Chacaltana.pdf>>.

Por otro lado, hay una gran cantidad de trabajo independiente y más aún hay trabajadores familiares no remunerados, que en realidad es el sector más vulnerable ya que trabaja pero no tiene ingreso.

2.3. Modalidades de contratación

Hacia el 2010, los contratos modales constituían la principal forma de contratación laboral, 47 %. El plazo indeterminado solo representaba el 42 %.

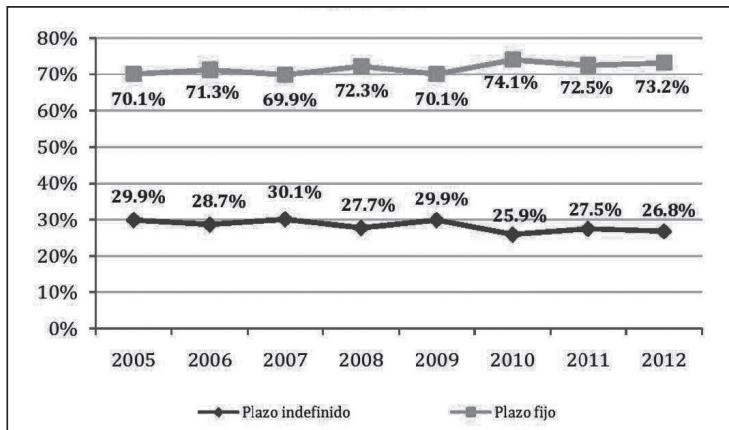
Modalidades contractuales en los asalariados del Sector Privado (2010)



Fuente: MTPE, Planilla Electrónica.

Pero, con información proveniente de las Encuestas Nacionales de Hogares (Enaho) que el trabajo a plazo indefinido ha alcanzado el 26,8 % en el 2012 mientras que el plazo fijo se consolida con un 73,2 %.

Perú: Evolución de la distribución de asalariados privados registrados en planilla según tipo de contrato 2005-2012

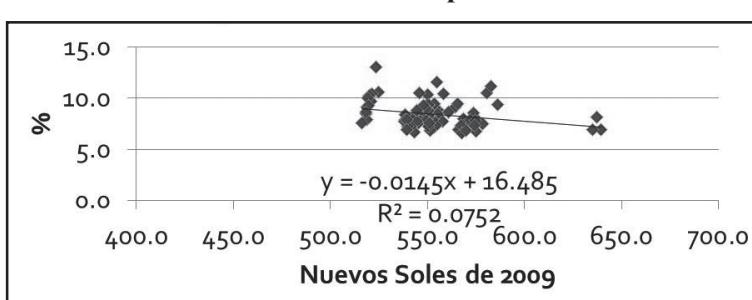


Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (Enaho), INEI/DISEL, MTPE.

3. El mercado de trabajo y la distribución

Una teoría se fortalece en la medida que ayude a explicar pero, también, en tanto ayude a predecir. Si la teoría ya no ayuda a nada de esto, ya no es relevante y pasa de ser referencia para políticas públicas a ser objeto de estudio como historia económica.

Por ejemplo, la teoría neoclásica nos indica que si sube el salario mínimo aumentará el desempleo abierto. En Lima metropolitana lo que ha ocurrido con el aumento a S/. 750 (ojo en el gráfico, el eje horizontal está expresado en soles de 2009) es que no ha ocurrido un cambio en la pendiente negativa de la asociación entre tasa de desempleo con salario mínimo real.



Fuente: INEI, EPE y MTPE.

Lo que sí se encontró es que para el caso de mujeres y jóvenes menos calificados la situación es más tenue e, incluso, en el segundo la tendencia es ligeramente positiva. Dado un aumento en el salario mínimo, a la empresa le resulta más ventajoso contratar trabajo más calificado y por ello puede inducir a un efecto sustitución respecto el trabajo menos calificado.

Hay otro elemento que está, también, vinculado al mercado laboral, es el de las rondas distributivas. En economía se produce y se genera un excedente económico, se configura una primera ronda distributiva. Es la distribución del excedente, el cómo se reparte entre empresa, trabajadores y Estado. Y, ese proceso no es técnico, esa repartición es enteramente política. El Estado buscando tener mayor presión tributaria, los trabajadores más sueldos a través de la negociación colectiva o con aumentos del salario mínimo y las empresas buscando retener mayores beneficios. Esta es la ronda que cuenta al final en términos de la distribución del ingreso.

La segunda ronda distributiva es la que todos conocemos a través del gasto social, mayor pensión 65, Juntos y similares. Pero esa segunda ronda es marginal en términos de distribución del ingreso ya que no afecta directamente al excedente económico.

Para culminar. En el siguiente gráfico, extraído de la CADE 2012. La evolución de la productividad y la evolución de las remuneraciones. Mientras la productividad crece más, las remuneraciones, no. Se encuentran atrasadas.



Fuente: *El Comercio*, Suplemento Portafolio, primer domingo de diciembre de 2012.

Es decir, las remuneraciones pueden crecer sin afectar la reinversión en la economía ¿Por qué no ocurre ello?

II. SEGUNDA PARTE: INTERVENCIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA

Cambiamos el orden de las intervenciones, porque siguiendo un poco al marxismo más clásico primero hay que hablar de la infraestructura y luego de la súper estructura. Yo voy a ocuparme de algunos hitos en la historia reciente de la legislación laboral peruana, digamos en estos últimos 40 años, pero no se asusten que va a ser un análisis global y no año por año. Creo que ha habido en el siglo pasado solo dos grandes modelos de relaciones laborales: el de Velasco y el de Fujimori. El modelo de Velasco va de 1968 a 1989 y el modelo de Fujimori va de 1990 hasta hoy. No se han mantenido intactos en los períodos que he señalado, han sufrido algunos ajustes importantes, pero pienso que lo sustancial de ellos se ha mantenido. A su vez quisiera dividir al interior de cada uno de estos períodos la situación del régimen laboral de la actividad privada y del Sector Público, porque me parece que tienen lógicas distintas.

En lo que respecta al primer modelo, el de Velasco, yo lo calificaría como un autoritarismo social, porque creo que es protector en lo individual y controlista en lo colectivo, pienso que tiene desconfianza de los sindicatos pero tiene un espíritu de tutela de los trabajadores individuales. Vamos a hablar primero del régimen privado y luego del régimen público. ¿Cuáles fueron los cimientos de la protección individual? Fueron básicamente dos, la estabilidad laboral absoluta y la participación integral en la empresa. El Decreto Ley N° 18471 de 1970 fue la primera ley que en la actividad privada estableció la estabilidad laboral absoluta. A los tres meses de servicios el trabajador solo podía ser despedido por causa justificada, que debía estar debidamente comprobada y, en caso de ser despedido injustificadamente, tenía derecho a su elección a ser repuesto o a ser indemnizado. La indemnización en ese momento era de apenas tres remuneraciones, es decir muy baja. La participación integral en la empresa se daba en la propiedad, en la gestión y en las utilidades, en los sectores en los que existía ese mecanismo, por ejemplo, industria, telecomunicaciones, minería, etc. A tal punto que los trabajadores que iban accediendo año a año a la propiedad, podían en algún momento llegar a tener el 50% de la propiedad de la empresa, para pasar supuestamente de una lógica de conflicto a otra de colaboración. En lo colectivo, el régimen de Velasco no modificó las normas precedentes en materia de sindicación ni de huelga pero sí las de negociación colectiva, que es finalmente el eje de derecho colectivo,

porque el sindicato se constituye para negociar y la huelga comúnmente apoya al sindicato durante la negociación. ¿Y qué características tenía esta negociación, regulada por el Decreto Supremo N° 006-71-TR? Era una negociación organizada en etapas rígidas de tránsito obligatorio, se entraba a una etapa de trato directo, se pasaba a la siguiente de conciliación y, por último, a la de resolución administrativa, todo ello con plazos y formas estrictas. Si había acuerdo entre las partes en alguna de las dos primeras fases se celebraba un convenio colectivo, que debía ser aprobado por la autoridad de Trabajo, y si no había acuerdo dicha autoridad resolvía el conflicto, o sea que por un lado o por otro llegábamos a una solución aprobada o dictada por la autoridad de Trabajo. Había, pues, un marcado intervencionismo estatal. Tengamos en cuenta que en ese momento, los sindicatos de los años 70 eran numerosos y fuertes. En los tiempos en que los sindicatos tenían poder, el Estado los controlaba a través de una negociación colectiva rígida.

Este proyecto de Velasco de alguna manera se desmonta en sus principales bases en el gobierno de Morales Bermúdez, en la llamada segunda fase del gobierno militar. Allí aparece una primera crisis económica, la del 75 en adelante. ¿En qué consistió dicho desmontaje? Primero, en materia de estabilidad laboral, se modifica el Decreto Ley N° 18471 por el Decreto Ley N° 22126 de 1978 y se difiere la adquisición de la estabilidad laboral absoluta a los tres años. A un periodo de prueba de tres meses, se le adiciona un periodo de dos años y nueve meses, hasta cumplir los tres años de inestabilidad laboral absoluta, en los cuales simplemente mediante un preaviso se puede despedar al trabajador. La indemnización por despido a partir de los tres años se eleva de 3 a 12 remuneraciones, que es una cifra que más o menos se ha mantenido, pero se le pone el mismo tope de la compensación por tiempo de servicios y como ese tope se queda estancado, termina siendo diminuto. Digamos que esta reforma introduce una primera gran flexibilización en la evolución de las normas laborales recientes en el país. Compensatoriamente, es justo decirlo, el Decreto Ley N° 22126 establece por primera vez la estabilidad laboral absoluta para los dirigentes sindicales, en un antecedente interesante del despido nulo que aparece luego por la Ley de Fomento del Empleo. El Decreto Ley N° 22126 también crea los actos de hostilidad, que no estaban regulados hasta ese momento. Solo las faltas de los trabajadores estaban tipificadas en las normas.

En ese periodo también, en un contexto de crisis se dicta el Decreto Ley N° 22342 de 1978, que está inexplicablemente todavía vigente para las empresas de exportación no tradicional, que establece la ventaja de que se pueden contratar trabajadores mediante vínculos de duración determinada, sin límite de renovación.

Luego se reduce la participación de la empresa, se elimina la participación de la propiedad y se mantiene un tiempo en la gestión y las utilidades.

Por último, en el gobierno de Morales Bermúdez –y en parte también en el de Velasco– se dictan importantes normas que facilitan los despidos de dirigentes y militantes sindicales. Hubo paros nacionales en 1976 y 1977, luego de los cuales se autorizó retroactivamente el despido de los trabajadores que habían participado en ellos. En ese momento estaba vigente entre comillas la Constitución de 1933, que se encontraba suspendida por el Estatuto del gobierno de las Fuerzas Armadas. Es una evidente atrocidad que se disponga retroactivamente una autorización para despedir a los que participaron de un acto que al momento de producirse no estaba calificado como falta.

Después, en este mismo modelo, viene el primer gobierno de García, en el que se configura un péndulo en la protección. Morales Bermúdez retrocede en la tutela y García regresa a ella. Y regresa con Ley N° 24514, que restablece la estabilidad laboral absoluta a los tres meses, es decir, igual que con el Decreto Ley N° 18471. Cuando ya estaba de salida, García dictó una serie de normas, en un proceder muy típico de gobiernos nacionales y municipales, que le dejan al sucesor un paquete de medidas quizás positivas, pero inoportunas, que bien pudieron haberse expedido antes. Por ejemplo, una ley de amnistía para los despedidos durante el gobierno militar, a los que hemos hecho referencia. Me parece fundamental que restablecida la democracia se reparen los perjuicios derivados de los abusos de las dictaduras, pero eso debe hacerse bien y pronto. Belaunde tuvo cinco años para efectuarlo (como lo hizo con los medios de comunicación) y García casi cinco más. Sin embargo, esperó a estar yéndose para hacerlo. Que se expida una ley en 1989 para reponer a trabajadores despedidos catorce años antes, cuando ya podrían no estar en condiciones de laborar o haber desaparecido las entidades, no parece lo más sensato. También se dictaron leyes de efímera vida, para la negociación por rama de actividad en todos los sectores (y no solo en la minería, que se había anticipado) y para la bolsa de trabajo en construcción civil (contratación obligatoria del 25 % del personal de un registro). La primera fue paralizada por un conjunto de demandas de amparo presentadas por los gremios empresariales y la segunda fue primero convalidada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, para ser luego vaciada de contenido por Fujimori y posteriormente derogada. Hasta aquí lo que toca al Sector Privado.

En lo que atañe al Sector Público, lo que resalta del modelo de Velasco es la estatización generalizada en todos los sectores económicos. Esta medida fue acompañada de intensos procesos de despido, encubiertos bajo fórmulas de

“racionalización de personal”. Algo así como lo que ocurre ahora en que en vez de hablar de despido se habla de desvinculación.

Pasamos al segundo modelo, el de Fujimori, que se mantiene vigente, con algunos pocos pero importantes ajustes, producidos sobre todo por el Tribunal Constitucional. Por contraste con el anterior, aquí tenemos un autoritarismo liberal, consistente en una desprotección individual y una desconfianza en lo colectivo. Se produce una radical desregulación y flexibilización. Allí donde había regulación estatal ahora hay desregulación, de modo que el Estado se retira y su espacio lo cubre la autonomía privada. Pero no la autonomía colectiva, como sería ideal, porque se sustituiría el garantismo estatal por el colectivo, sino la autonomía individual. Del equilibrio al desequilibrio.

En el plano individual del régimen privado, el principal hito es la Ley de Fomento del Empleo de 1991, aprobada por Decreto Legislativo N° 728, modificada y transformada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En materia de estabilidad laboral se adoptó la modalidad relativa, esto es, en caso de despido injustificado, habrá derecho a una indemnización, pero no a la reposición, salvo en el despido nulo. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el despido incausado y creó el despido fraudulento. De ese modo, nuestro sistema mixto de estabilidad laboral incrementó de uno (despido nulo) a tres los supuestos de estabilidad laboral absoluta (despido incausado y fraudulento) y redujo solo a uno (despido injustificado) los de estabilidad relativa. Por decisiones como esta –y la sentencia sobre jornadas atípicas en la minería– fue objeto de grandes presiones de parte de los gremios empresariales y sus medios de comunicación, que lo obligaron a rectificarse por vía de aclaraciones. También precisó el Tribunal Constitucional las reclamaciones que deben tramitarse en vía laboral y las que pueden acudir a la vía constitucional. Hubo, asimismo, una indebida generalización de la contratación temporal, que resulta contradictoria en la propia ley, porque, de un lado, se prefiere la contratación indefinida y, del otro, se tipifican confusamente algunos de los nueve tipos de contratos temporales, favoreciendo la elusión. Finalmente, la participación en la empresa fue reducida a un solo rubro: utilidades, con lo que se volvió a un esquema anterior incluso al modelo de Velasco.

En el periodo de Fujimori, a contracorriente de lo sucedido en el de Velasco, se practicó una extensa privatización. En ese escenario se dictan disposiciones drásticas para reducir personal de las empresas del Estado y rebajarles derechos a los trabajadores. Las normas sobre racionalización de personal en los procesos de privatización, desprovistas de toda garantía, así como la revisión integral de los convenios colectivos, que genera enorme inestabilidad, van en esa dirección. ¿De qué se trataba? De vender al inversionista privado, empresas o entidades con

menos trabajadores y con trabajadores con menos derechos, para que fueran más atractivas y eso efectivamente es lo que se logra.

Los derechos colectivos fueron regulados conjuntamente en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada por Decreto Ley N° 25593. Si bien en cuestión de sindicación y negociación colectiva, estamos ante un esquema más abierto, no ocurre lo mismo en el caso de la huelga, restringida en sus fines, modalidades, efectos, etc. Lamentablemente, dicha apertura ocurre en un momento de tremenda debilidad sindical, cuando era necesaria una legislación de sostén. De modo que cuando los sindicatos son fuertes el Estado interviene para controlarlos, pero cuando los sindicatos son débiles el Estado los deja librados al mercado. El Tribunal Constitucional ha tenido nuevamente una importante intervención en establecer criterios sobre la determinación del nivel, en los casos de construcción civil y portuarios, y definición del arbitraje como potestaivo.

En este modelo se insertan también los gobiernos de Toledo y el segundo de García. La lógica de ambos sigue siendo la misma que la de Fujimori. En el ámbito individual se produjo la regulación de las principales formas de contratación a través de terceros: intermediación y tercerización, no exenta de graves confusiones, fenómenos que se han extendido desmesuradamente. En cuestión colectiva, solo cabría rescatar del gobierno de Toledo la adaptación parcial a las observaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo sobre nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Se recogieron 12 de las 16 observaciones, excluyéndose casi todas las relativas al derecho de huelga.

Una iniciativa importante, que no ha tenido voluntad política de materializarse por ninguno de los tres gobiernos desde el de Toledo en adelante, es el proyecto de Ley General del Trabajo. Surgió por impulso de la Comisión de Trabajo del Congreso, cuando estuvo presidida por el parlamentario Negreiros. Pese a que atravesó el diálogo en el Consejo Nacional del Trabajo, donde obtuvo un apreciable consenso y pasó luego a la Comisión de Trabajo del Congreso, nunca fue aprobada.

En el régimen público, en el gobierno de Fujimori, ante el despido masivo de trabajadores y la prohibición presupuestaria de reemplazarlos, se generalizó la contratación a través de los servicios no personales. Estamos ante una ventaja que se otorga el Estado a sí mismo en su doble condición de legislador y empleador, y que los empleadores de la actividad privada no tienen: contratar trabajadores deslaboralizados. Más adelante, en el gobierno de García, estos se convierten en contratos administrativos de servicios, primero excluidos del régimen laboral y con muy pocos derechos y después, debido a una sentencia del Tribunal Constitucional, recogida en una ley, reconocidos como parte de un régimen laboral especial y con mayores beneficios.

Otra cuestión relevante ocurrida durante el gobierno de Toledo fue el intento de unificar los regímenes laborales del Estado, a través de la Ley Marco del Empleo Público. Se trataba que los trabajadores sujetos al régimen privado, al régimen público y, en ese momento, al de servicios no personales, formaran parte de un único régimen público. Esta ley necesitaba cinco leyes de desarrollo que nunca se expidieron. Luego se pretendió fusionar todo en una Ley General del Empleo Público que no se debatió y terminó archivándose. Recientemente, se ha retomado el debate y se ha aprobado la Ley del Servicio Civil. Esta contiene dramáticas restricciones a la negociación colectiva, al restringirla a peticiones no económicas. Habría que reconocer que no son una novedad. Ya el Decreto Legislativo N° 276, que está vigente desde 1984, establece la misma prohibición. En igual dirección van las leyes de presupuesto. Entonces como decía Mafalda: “Cómo se puede ser miserable y ni siquiera original”. Esta restricción, por ser tan absurda, está desbordada por la realidad. Díganme ustedes, ¿los médicos y los maestros no negocian colectivamente remuneraciones todos los años y terminan celebrando actas, que lamentablemente después el Poder Ejecutivo incumple? Lo mismo va a ocurrir con la Ley del Servicio Civil.

A modo de conclusión, quisiera resaltar, primero que casi las todas las reformas, en los diferentes modelos, con pocas excepciones –entre ellas la de la Ley del Servicio Civil– han sido producidas por el Poder Ejecutivo, a través de decretos leyes, en periodos de interrupción de la institucionalidad democrática (Velasco, Morales Bermúdez y Fujimori entre abril y diciembre de 1992), o por decretos legislativos, en virtud de facultades delegadas por el Congreso (el mismo Fujimori en 1991). Por lo tanto, han sido producidas sin diálogo y sin difusión, porque no han emanado de un órgano que tiene pluralidad y publicidad en la toma de sus decisiones como es el Congreso sino del Poder Ejecutivo, y encima en períodos dictatoriales o autocráticos, donde no ha habido consulta por lo menos con el sector laboral, aunque pueda haberla habido consulta con el sector empresarial. Es curioso, pero el proyecto de Ley General del Trabajo, que tuvo amplísimo debate durante ocho años en el Consejo Nacional del trabajo, quedó en nada; en cambio, la Ley Mype y su reforma fueron dictadas de manera sorpresiva. Entonces, es el Poder Ejecutivo el que reforma la legislación laboral y no el Congreso y el diálogo social y político carece de concreción si el Poder Ejecutivo no tiene interés de convertir los proyectos en ley.

Para terminar, voy a hacer una referencia al plano procesal. Hay un cambio importante entre el primer modelo y el segundo. En el modelo de Velasco, los trabajadores interponían sus reclamaciones cuando eran despedidos o cuando se les desconocían derechos ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, y cuando eran despedidos y reclamaban no su reposición, sino una indemnización, ante el

Fuero Privativo de Trabajo. Ese régimen era incompatible con la Constitución de 1979 y, sin embargo, duró diez años. ¿Por qué era incompatible? Porque la Constitución establecía, como la actual, los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. La autoridad administrativa no puede ejercer jurisdicción y la autoridad judicial no puede ejercer jurisdicción privativamente. O sea, la autoridad administrativa debería dejar de conocer conflictos laborales, los que debían pasárselos a los jueces laborales, que a su vez tenían que estar integrados al Poder Judicial. Ello se produjo recién en 1990, mediante la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Creo que debo resaltar que desde Fujimori en adelante, y especialmente con la recuperación de la democracia, se produce un uso intensivo de las vías jurisdiccionales nacionales e internacionales jurisdiccionales. En el caso del proceso de amparo, en un momento fue extremo. Ya el Tribunal Constitucional, como vimos, ha ordenado esta cuestión basado en el Código Procesal Constitucional, que configura el proceso de amparo como residual. Y sobre la vía internacional, hay que señalar que el Perú debe ser el país más activo en acudir a los órganos internacionales, especialmente al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Si ustedes revisan el compendio de resoluciones de dicho órgano, verán la cantidad de casos peruanos que hay cada año comparados con los de otros países de América Latina. Sería interesante, yo no tengo una estadística sobre esto, saber cuántos de esos casos se acogen, no sea que vayamos a estar inundando a los órganos internacionales como a veces lo hicimos con los nacionales, con reclamaciones que no tienen sustento y que nos producen des prestigio.

Finalmente voy a hacerles una brevíssima mención a la Ley Mype, porque creo que estamos yendo en el Perú aceleradamente a un debilitamiento del ordenamiento laboral y a una sustitución o evasión por lo menos en el régimen general. Es verdad que un trabajador que tiene un contrato de duración determinada finalmente es tan trabajador como el que tiene un contrato de duración indefinida. ¿Pero tiene los mismos derechos realmente? La Ley de Productividad y Competitividad Laboral dice que sí, ¿Pero se cumple? Un trabajador de una intermediaaria o de una tercerizadora también es trabajador, pero no de la empresa usuaria o principal, por lo que está segregado de los derechos reconocidos en estas, especialmente queda fuera de la negociación colectiva. Hay casos en los que de manera más grave, se fuga del régimen general del Derecho del trabajo, como es el de la Ley Mype. Con la ley modificatoria las vallas se han ampliado y el régimen especial abarca hasta las medianas empresas. Antes se determinaba cuándo una empresa era micro o pequeña según dos factores, que eran las ventas anuales y el número de trabajadores; ahora el factor número de trabajadores se ha eliminado y nos queda solo el factor ventas anuales, de manera que una pequeña empresa va de

150 a 1,700 UIT, como es hoy y una mediana empresa va de 1,700 a 3,000. ¿Cuál es la diferencia entonces? Que el régimen especial es solo hoy para la micro y la pequeña y en adelante también va a ser para la mediana, es decir, empresas que tienen hasta 3,000 UIT de ventas. De este modo se degradan los derechos laborales.

PREGUNTA N° 1

Dr. Javier Neves quería hacerle una pregunta básicamente sobre el derecho de negociación colectiva en el Sector Público que usted sabemos que los inspectores estamos afectados, lo que pasa siempre se ha solucionado en años anteriores este tema en los lados arbitrarios principalmente con el derecho constitucional de negociación colectiva pero ahora con el tema de la disposición complementaria, la ley del presupuesto, en realidad los lados arbitrales han disminuido notoriamente, o sea, creo que este año solamente ha habido el de registros públicos porque previamente convinieron la entidad y en este caso el sindicato no acudir a la vía judicial, es más ahora hay una iniciativa legislativa donde existe el decano para derogar esa disposición reglamentaria y una acción de garantía que ya se interpuso por medio de un colegio de abogados, contra esta restricción presupuestaria, entonces qué otras medidas se podrían hacer porque finalmente también salió un decreto supremo en donde obligaba a la entidad respectiva comunicar al MEF este lado arbitral si se fallaba más allá de las condiciones de trabajo. Vemos que la realidad es que finalmente los logros han disminuido notoriamente, entonces qué soluciones plantea el tema más allá que el derecho constitucional y la negociación colectiva debería ser respetado.

RESPUESTA PROFESOR N° 1

Yo quisiera decir dos cosas muy puntuales:

La primera, yo creo que el Decreto Supremo N° 014 que establece el arbitraje potestativo en vez de ser un avance es un retroceso. Tengo muchos amigos en el Ministerio de Trabajo pero no puedo dejar de dar mi opinión, porque el tribunal constitucional en la aclaración de la sentencia de los portuarios dijo que el artículo 61 de la Ley de relaciones colectivas de trabajo establece el arbitraje potestativo y en el artículo 47 del reglamento es clarísimo, entonces, yo creo que lo que debió hacer el Ministerio de Trabajo sustentándose la aclaración de la sentencia que forma parte de la sentencia decir;

dado que el artículo 61 establece el arbitraje potestativo, entonces de ahora en adelante el arbitraje es potestativo para cualquier entidad privada o pública y no necesita invocar una causa. Creo que cuando el Decreto Supremo N° 014-2011 dijo que si necesita y que solo hay dos causas lo empobreció y ahora curiosamente los empresarios están cuestionando el Decreto Supremo N° 014 en una acción popular para que no haya arbitraje potestativo y ni siquiera tienen esas dos causales cuando en verdad debería haber arbitraje potestativo sin causa en cualquier caso.

Lo segundo creo que hay una pugna entre el Ministerio de Economía y los tribunales arbitrarios. El Ministerio de Economía cree que imponiendo disposiciones draconianas de que no se puede negociar remuneraciones y se negocia el convenio es nulo y los árbitros se van a la cárcel, creen que haciendo eso los árbitros se van a intimidar; lo único que provocan es que los árbitros digan, los árbitros decentes, porque hay árbitros decentes, y árbitros indecentes, digan que eso es inconstitucional y declaren inconstitucionales la norma que dicta el MEF por más intimidantes que sean, y eso es lo que va a seguir pasando, es una lástima que el Estado sea el principal infractor de la legislación laboral en el Perú, se ha dado a sí mismo y en su doble condición de legislador y de empleador un régimen inferior al régimen privado y ese régimen inferior lo incumple, como puede ser posible no solo en el Estado sino en la actividad privada que la principal causa de huelgas sean que se cumplan los convenios colectivos que se han celebrado, es decir, nosotros en un país respetable, para emplear una palabra amable, nosotros supondríamos que el principal motivo de huelga es apoyar al sindicato durante la negociación para que se celebre un mejor convenio. En el Perú el principal motivo de huelgas no es ese, que se cumpla el convenio que ya se celebró y eso ocurre en el Estado y ocurre en la actividad privada, es una vergüenza. Yo creo que con respecto a tu pregunta que lo que va a seguir ocurriendo es que los tribunales arbitrales van a considerar inconstitucionales las normas restrictivas, y van a seguir disponiendo aumentos de remuneraciones.

PREGUNTA N° 2

Dr. Neves quería hacer una consulta y enmarcar mi pregunta en el empleo público, el denominado servicio civil, es con relación a la procedencia o la admisión a trámite de las demandas de amparo

específicamente en cuanto a los trabajadores del Estado, actualmente se cuenta con un tribunal de servicio civil y se dice que se ha proceduralizado, administrabilizado las relaciones de empleo público, porque necesariamente tiene que recurrir luego de un despido de una institución pasar por el procedimiento administrativo correspondiente en una segunda instancia administrativa para luego podrá acceder al Poder Judicial. Qué pasa cuando se salta esta vía previa actualmente regulada y el trabajador recurre al proceso de amparo que es algo que viene sucediendo actualmente. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Dónde radica ahora la necesidad de proceso de amparo?, teniendo un procedimiento pre establecido y como se dice se administrabilizado si es que se quiere las relaciones laborales al menos en el ámbito estatal en el ámbito del servicio civil.

RESPUESTA PROFESOR N° 2

El Tribunal Constitucional cuando distinguió la vía ordinaria de la vía constitucional lo hizo tanto para trabajadores de la actividad privada como para trabajadores del sector público. La vía previa en el caso del trabajador público es el tribunal del servicio civil con eso se agota la vía administrativa y se puede acudir en vía ordinaria al proceso contencioso administrativo o en vía de amparo en algunos casos. El tribunal señala que la sentencia del caso Bailón, allí el tribunal señala que sin embargo en ciertos casos de urgencia que son similares a lo que la entidad privada se denomina despido nulo, se puede acudir al proceso de amparo, entonces supongamos que un dirigente sindical en el sector público es despedido por su posición sindical tendría que ir al proceso contencioso administrativo, creo que no, tendría que agotar la vía previa, yo creo que depende allí del código procesal constitucional que señala que si transitar la vía previa va a ser irreparable la medida, entonces puede no agotar la vía previa e ir directamente a la vía jurisdiccional. En el caso de un dirigente podría ocurrir eso, pero imaginense ustedes que el dirigente ha sido elegido por un año y está ya en el quinto mes, le quedan siete y lo despiden y si va a tramitar su caso primero en el tribunal del servicio civil seguramente se le venció su periodo, entonces él podría ir a la vía constitucional incluso solicitar una medida cautelar para que sea repuesto de manera preventiva mientras se resuelve el asunto de fondo.