



Cuando el comercio avanza y el trabajo decente retrocede

Análisis de los decretos legislativos en el
TLC Perú - EE.UU. en materia laboral

Javier Mujica Petit

Red Peruana por una Globalización con Equidad - RedGE

Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE: Centro Peruano de Estudios Sociales - CEPES, Convención Nacional del Agro Peruano - CONVEAGRO, Acción Solidaria por el Desarrollo - CooperAcción, Grupo Propuesta Ciudadana - GPC, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo - DESCO, Acción Internacional para la Salud - AIS, Asociación Pro Derechos Humanos - APRODEH, Centro de Asesoría Laboral del Perú - CEDAL

**Cuando el comercio avanza y el trabajo decente retrocede
Análisis de los decretos legislativos en el TLC Perú - EE.UU. en materia
laboral**

Autor:

Javier Mujica Petit

Red Peruana por una Globalización con Equidad – RedGE:

Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES, Convención Nacional del Agro Peruano – CONVEAGRO, Acción Solidaria por el Desarrollo – CooperAcción, Grupo Propuesta Ciudadana – GPC, Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo – DESCO, Acción Internacional para la Salud – AIS, Asociación Pro Derechos Humanos – APRODEH, Centro de Asesoría Laboral – CEDAL.

© Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES

Av. Salaverry 818, Jesús María

Teléfono: (+511) 433 6610 / Fax: (+511) 445 0908

www.redge.org.pe / redge@cepes.org.pe

ISBN: 978-9972-722-11-0

Hecho el depósito legal en la biblioteca Nacional del Perú N° 2009 -06519

Primera edición

Tiraje: 1000 ejemplares

Junio de 2009

Diagramación e impresión:

Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio N° 110 COVIMA, La Molina

Teléfonos: 349 6636 / 348 5571

Índice

Resumen Ejecutivo	7
Presentación	11
Introducción	13
1. Un acuerdo laboral que empezó de una forma y terminó de otra	19
2. El Contenido del Capítulo Laboral	27
2.1 Los compromisos compartidos	27
2.2 El papel de los derechos laborales fundamentales en el Tratado	28
2.3 La relación entre aplicación de la legislación laboral y el comercio y la inversión	39
2.4 Las garantías procesales y mecanismos de información pública previstos por el Capítulo Laboral del TLC	41
2.5 La estructura institucional del Capítulo Laboral	44
2.6 Los mecanismos de cooperación laboral y desarrollo de capacidades	46
2.7 Consultas Laborales Cooperativas	51
2.8 Definiciones a tener en cuenta	54
3. Los decretos legislativos aprobados por el poder ejecutivo peruano en ejercicio de la delegación de facultades otorgadas por la Ley N° 29157: ¿avances o retrocesos en materia laboral?	57
3.1 La reforma del Estado y las condiciones de empleo en el sector público: más de lo mismo, más de lo peor.	57
3.1.1 Evaluaciones y despidos masivos: ¿otra vez?	60

3.1.2	El RECAS: menores beneficios, inestabilidad permanente y ninguna libertad sindical	63
3.2	El régimen de promoción de la micro y pequeña empresa	69
3.3	Las reformas en materia de tercerización e intermediación laboral	77
4.	Las reformas que el Gobierno se negó a implementar	83
4.1	El carácter discriminatorio del régimen laboral en el sector agrario	83
4.2	El uso y abuso de los contratos temporales en el sector exportador	91
4.3	Una Inspección del Trabajo con graves responsabilidades y pocos medios	95
4.4	La Ley General del Trabajo que el Congreso se niega a aprobar	103
5.	Conclusiones y recomendaciones	109
6.	Anexos	117
6.1	Anexo 1: Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EE.UU. Capítulo Diecisiete Laboral	117
6.2	Anexo 2: Protocolo de Enmienda al Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos (Aspectos laborales)	127
6.3	Anexo 3: Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo	133
	Bibliografía	141

Resumen Ejecutivo

El presente trabajo ha sido elaborado por Javier Mujica Petit, abogado, especialista en Derechos Humanos y actualmente Secretario Ejecutivo del Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú EQUIDAD.

El documento trabajado por Mujica repasa los antecedentes y forma como el Acuerdo de Promoción Comercial (APC) celebrado entre el Perú y los Estados Unidos (EE.UU.), comúnmente conocido como Tratado de Libre Comercio (TLC), fue concluido en abril de 2006, ratificado en junio de 2006, luego modificado en junio de 2007 y, finalmente, ratificado nuevamente en diciembre del mismo año.

El informe recuerda que la negociación del TLC se produjo en un contexto en el que el Perú ya venía gozando de los beneficios de la Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de Drogas (también conocida como ATPDEA), y se produce cuando era evidente que las negociaciones dirigidas a conformar un Área de Libre Comercio en las Américas (ALCA) – promovidas por los EE.UU. desde 1994 – no marchaban más, motivo por el cual los TLC pasaron a convertirse en la principal estrategia de este país para promover la protección de sus inversiones, o para incluir en tales acuerdos mecanismos que permitieran una solución conveniente de las controversias que puedan surgir entre sus inversionistas y los Estados receptores de sus inversiones, entre muchos otros aspectos.

El informe describe los alcances del Capítulo Laboral contenido en el TLC, tanto en su primera versión, como en la modificada más tarde por las enmiendas introducidas en junio de 2007, merced a la presión del partido Demócrata y los sindicatos peruanos y norteamericanos. En particular, los compromisos establecidos en el mismo y el papel que en estos cumplen los derechos laborales fundamentales, así como la relación que se establece entre aplicación de la legislación laboral en cada país y el comercio y la inversión entre las partes. También, las garantías procesales y mecanismos de información pública previstos

por el referido Capítulo, su estructura institucional, mecanismos de cooperación y desarrollo de capacidades, así como la institución de un mecanismo de Consultas Laborales Cooperativas.

Dichas enmiendas subrayan el reconocimiento expreso a los derechos fundamentales contemplados en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998), y establecen, entre otros aspectos, la imposibilidad de flexibilizar la legislación laboral en un sentido que conlleve el incumplimiento de tales derechos. Aspecto que, de ser el caso, puede ser ligado con la aplicación del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC frente a situaciones de incumplimiento del Capítulo Laboral (17) cuando este o cualesquiera otro acto u omisión del Estado Parte afecte el comercio o la inversión.

La importancia de las enmiendas introducidas en el Capítulo Laboral del TLC, dice Mujica, es doble: primero, porque fortalecen la posición de los trabajadores para evitar que el comercio y la inversión sean promovidos en base a un deterioro constante de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y la población en general. Y, en segundo lugar, y tan importante como lo anterior, porque pone en evidencia que si se hace lo correcto, en el lugar y momento apropiado, lo que parecía inamovible se puede modificar. Y si se modificó una vez, no hay razón para que no pueda volver a hacerse otra vez.

En ese contexto, el informe se interroga luego sobre si los decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo peruano en ejercicio de la delegación de facultades otorgadas por la Ley N° 29157 representaron o no un avance o retroceso en materia laboral. Y concluye, después de un pormenorizado examen de las mismas, que el gobierno desaprovechó la oportunidad generada por las facultades delegadas que le fueron concedidas por el Congreso para dictar normas que facilitaran la implementación del TLC y, a la vez, promover el trabajo decente en nuestro país: un trabajo que dignifique y permita al trabajador o trabajadora el desarrollo de sus propias capacidades; que se realice

con pleno respeto a los principios y derechos laborales fundamentales; que ofrezca a quien lo ejecuta un ingreso digno y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, con protección social y enmarcado en genuinas condiciones de dialogo social y tripartismo.

En vez de hacer lo que debía - dice Mujica, para referirse a la necesidad de corregir los regímenes laborales discriminatorios vigentes en el las micro y pequeñas empresas, así como en el sector exportador y agrario; terminar con el régimen de explotación predominante en el sector público a través del abuso de los contratos de servicios no personales, y en el sector privado a través del uso intensivo de contratos temporales y la subcontratación para evitar la sindicalización de los trabajadores; promover la aprobación de la Ley General del Trabajo y poner fin, así, al estatus quo heredado del período fujimorista; o reforzar sustancialmente la inspección del trabajo - el gobierno prefirió aprobar un conjunto de decretos legislativos relacionados con la función pública, las MYPEs y la tercerización laboral que, en vez de resolver los problemas acusados en cada uno de esos ámbitos, justificarán la demanda de una nueva revisión del TLC.

Mujica concluye señalando que la tarea de implementar una verdadera reforma laboral democrática sigue pues pendiente. Retomar la discusión de una Ley General del Trabajo, que comprenda a todas y todos los trabajadores (públicos y privados), que tenga en cuenta la vasta realidad del trabajo autónomo, y que no solo sea equilibrada y aprobada con el mayor consenso posible, sino que guarde conformidad con la función garantista que compete al derecho del trabajo y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que el Perú asumió voluntariamente y todos debemos honrar.

Presentación

El presente informe, elaborado por Javier Mujica, representa un aporte de primer orden a la crítica fundamentada de los efectos laborales del tratado de libre comercio con los Estados Unidos y a la controvertida legislación complementaria aprobada por el gobierno para la aplicación del TLC. Crítica que el autor formula desde la perspectiva del tan postergado derecho al trabajo digno y con un claro enfoque de defensa de los derechos humanos.

Javier Mujica nos ofrece el resultado de un trabajo sistemático y, por lo mismo, arduo, detallado y esmerado. Él ha revisado minuciosamente las fuentes, las ha puesto en orden y ha procedido a su análisis metódico, haciéndonos posible tener una visión de conjunto sin perjuicio de las necesarias y múltiples precisiones. De este modo, podemos apreciar, con una claridad que sólo cabe agradecer, qué es lo que verdaderamente se oculta, sobre todo para los trabajadores, tras toda aquella maraña de formulaciones técnicas aparentemente neutras.

Como sabemos, habitualmente se suelen subrayar únicamente los efectos positivos de los TLC, preferentemente de carácter comercial, y se soslayan u ocultan los efectos negativos, que sobre todo significan un enorme costo humano nunca suficientemente compensado. Esta publicación permite contrarrestar este desbalance informativo, alertándonos y premuniéndonos con información veraz y análisis a fondo sobre un tema que la mayor parte de los medios silencian interesadamente.

Estoy seguro de que este aporte de Javier Mujica será un instrumento muy útil en manos de la sociedad civil, en particular de las organizaciones de trabajadores y del movimiento de derechos humanos, en la pugna cotidiana por defender el conjunto de derechos económicos y sociales, especialmente los derechos laborales, tan menoscabados y hasta demonizados en los últimos veinte años por los mismos que, con

sus recetas, han llevado a la economía mundial a su actual situación de crisis, sin precedentes por la dimensión y el alcance global de sus efectos.

Ronald Gamarra

Secretario Ejecutivo

Coordinadora Nacional de Derechos Humanos

Introducción

En el marco de un proceso de negociación precipitado, con escasa participación ciudadana y sin fiscalización efectiva por parte del Congreso, el Perú firmó el 12 de abril de 2006 un Acuerdo de Promoción Comercial (APC) con los Estados Unidos, que hoy es conocido corrientemente como *Tratado de Libre Comercio* (al que llamaremos en adelante TLC).

Los términos del acuerdo que ambos países suscribieron originalmente a fines del año 2005, fueron modificados posteriormente, el 24 y 25 de junio de 2007, ratificándose el texto final del Tratado el 14 de diciembre de 2007. En ese momento se acordó que el TLC entraría en vigor el mes de enero de 2009, lo que en efecto ocurrió.

En términos prácticos, el TLC entre el Perú y los EE.UU. remplazará a la Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de Drogas (también conocida como ATPDEA)¹; la misma que fue adoptada unilateralmente por el Congreso de los Estados Unidos el mes de agosto de 2002.

Aunque fue previsto que sus beneficios tuvieran una duración limitada, en concreto hasta diciembre de 2006, el ATPDEA fue luego objeto de sucesivas prórrogas en el Congreso norteamericano. La última de estas fue adoptada a fines del año 2008, para extender su vigencia por un año en los casos de Perú y Colombia, y por seis meses para los de Ecuador y

¹ El ATPDEA fue precedido por el ATPA (por sus siglas en inglés) o Ley de Preferencias Arancelarias de los Países Andinos, que se inició el 4 de diciembre de 1991 y rigió hasta el 4 de diciembre de 2001, beneficiando a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú con facilidades de comercio para el ingreso de cerca de 5500 productos en el mercado de los EE.UU. El ATPDEA o Ley de Promoción Comercial Andina y Erradicación de Drogas, por su parte, fue promulgado por el presidente Bush hijo el 6 de agosto de 2002, remplazando el ATPA a su término, pero extendido y renovado. Además del régimen de excepción en el pago de aranceles previsto en el ATPDEA, se incluyeron en él temas de vital importancia para el Perú, como el ingreso libre de aranceles para las confecciones textiles elaboradas con insumos regionales y espárragos. El ATPDEA tenía vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006.

Bolivia². Con ello se aseguró el ingreso libre de aranceles de los productos peruanos a los Estados Unidos mientras se procesaba la implementación del TLC³.

La conclusión del TLC entre Perú y los EE.UU. tiene como antecedente y contexto un conjunto de TLC negociados previamente por los EE.UU. con otros países de la región⁴, desde mediados de los años 90, cuyo fin ha sido asegurar que la circulación de bienes, servicios y capitales entre los Estados Unidos y sus socios comerciales ocurra sin barreras, o con el menor número de estas. Sin importar si estas son de tipo económico o no.

Estos TLC fueron negociados, a su vez, en un contexto en el que, ante la imposibilidad de que culminaran felizmente las negociaciones dirigidas a conformar un Área de Libre Comercio en las Américas (ALCA)

² Esta nueva ampliación de la ATPDEA es la cuarta desde su creación en 1991; y se produjo en paralelo a la extensión por el Congreso de Estados Unidos del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP), creado en 1974 y ampliado en 2007, que también otorga beneficios arancelarios a 132 países en desarrollo, incluido Perú, en relación a productos no textiles.

³ Ver al respecto http://www.tvperu.gob.pe/index.php?option=com_content&task=view_notp&id=5112&Itemid=2&ncid=17

⁴ El 1º de enero de 1994 entró en vigor el primero de estos acuerdos, que fue el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (conocido como TLCAN por sus siglas en español y como NAFTA por sus siglas en inglés), el mismo que configuró una zona de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México. 10 años más tarde, en enero del año 2004, entró a su vez en vigor un TLC entre los EE.UU. y Chile. Y el 5 de agosto de 2004 concluyeron las negociaciones de un TLC entre los EE.UU., Centroamérica y la República Dominicana. Tratado corrientemente conocido como CAFTA por sus siglas en inglés. El CAFTA fue ratificado formalmente, primero por la república de El Salvador el mes de diciembre de 2004; siendo seguido por Honduras y Guatemala en marzo de 2005; por los Estados Unidos, Nicaragua y la República Dominicana en junio y septiembre de 2005, respectivamente; y en octubre de 2007 por Costa Rica. En este último caso, la ratificación fue decidida por un referéndum en el que la opción del «SÍ» al TLC ganó al «NO» por un estrecho margen de sólo 1.7%.

– promovidas por los EE.UU. desde 1994⁵ – los TLC pasaron a convertirse en su principal estrategia para promover la protección de sus inversiones, o para incluir en tales acuerdos mecanismos que permitieran una solución conveniente de las controversias que puedan surgir entre sus inversionistas y los Estados receptores de sus inversiones, entre muchos otros aspectos.

Cronológicamente hablando, el proceso de conclusión del acuerdo entre Perú y los EE.UU. se inició el año 2003, cuando el Gobierno del entonces Presidente Alejandro Toledo (2001-2006) decidió impulsar un proceso de negociación de un Tratado de Libre Comercio con los EE.UU. «*sí o sí*», en el que además de nuestro país participaron, también, dos de sus socios en la Comunidad Andina (CAN): Ecuador y Colombia.

Apenas iniciadas las negociaciones se vislumbró claramente, sin embargo, cuáles eran los temas más sensibles para la opinión pública y especialmente para las organizaciones sociales. Y esos temas tenían que ver con los criterios con los que los negociadores pretendían desarrollar en el acuerdo los temas de *propiedad intelectual, legislación laboral, agricultura y medio ambiente*.

⁵ Durante la I Cumbre de las Américas, celebrada en Miami (EE.UU.) en diciembre de 1994, y por iniciativa de los EE.UU., los mandatarios de 34 países de América acordaron establecer un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), comprometiéndose a iniciar el proceso de negociaciones respectivo en marzo de 1998, durante la II Cumbre de las Américas que se llevaría a cabo en Santiago de Chile. Se comprometieron también a concretar avances sustanciales para el año 2000 y concluir las negociaciones del acuerdo antes del año 2005. Los radicales cambios políticos y económicos ocurridos posteriormente en América Latina – primero en el Cono Sur y luego en otras partes de América – complicaron el proceso inaugurado en Miami, entrando las negociaciones en un período crítico, tras el cual se lo dio informalmente por concluido en noviembre de 2005, durante la IV Cumbre de las Américas celebrada ese año en Mar del Plata (Argentina). Para un análisis más exhaustivo de este proceso ver BORÓN, Atilio. «El ALCA y la culminación de un proyecto imperial», en revista OSAL No. 11, Buenos Aires, mayo-agosto de 2003. Ver también ZIBECCHI, Raúl. «La integración regional después del fracaso del ALCA», Programa de las Américas (Silver City, NM: International Relations Center, 7 de marzo de 2005) en http://www.americaspolicy.org/articles/2005/sp_0503integracion.html

En materia de propiedad intelectual, por ejemplo, la preocupación pública se centró en el hecho de que la protección de patentes perseguida por los EE.UU. encarecería los servicios de salud, limitando el acceso de la gente a medicamentos genéricos, que son siempre más baratos que los medicamentos de marca. En materia agrícola, tales preocupaciones giraron en torno a los efectos que la importación de alimentos provenientes de una agricultura masivamente subsidiada, como la norteamericana, tendría sobre nuestra propia agricultura. En materia ambiental, los Estados Unidos no sólo exigían fuertes estándares medioambientales, sino, además, mecanismos de solución de controversias que los gobiernos de la región parecían poco dispuestos a aceptar. Y finalmente, en materia laboral, aunque los requerimientos de los EE.UU. – conforme al formato de los TLC previamente celebrados con otros países y regiones en América (como México, Chile y Centroamérica) – sólo exigían el cumplimiento efectivo de la legislación *interna* de cada país, ello aparecía como un grave problema en contextos como el nuestro, en el que no sólo se verifica un masivo incumplimiento de la legislación laboral, sino – y esto es lo más grave – una notoria tolerancia de los poderes públicos con esta infortunada situación.

Tras meses de tensas negociaciones, en noviembre de 2005, Colombia y Ecuador anunciaron su retiro temporal de las mismas ante la inflexibilidad de los EE.UU. frente a las reservas planteadas por ambos países en materia de agricultura y propiedad intelectual⁶. Ecuador se apartaría luego, en forma definitiva, de las negociaciones. Y en el caso de Colombia, aunque este país deseaba fervorosamente concluir el Tratado, e incluso culminó la negociación de un acuerdo propio con los EE.UU., nunca pudo obtener el visto bueno del Congreso norteamericano para su ratificación.

El 7 de diciembre de 2005 Perú y los Estados Unidos llegaron a un acuerdo final sobre el TLC. El 12 de abril de 2006, el Tratado fue suscrito; y dos meses más tarde, el 27 de junio de 2006, con los votos del Partido

⁶ Programa Laboral para el Desarrollo - PLADES, «Derechos Laborales y Comercio en América Latina: Análisis de las Cláusulas Laborales en el TLC con los EE.UU. y en los Acuerdos Comerciales con la Unión Europea». Lima, noviembre de 2007, p. 10.

Aprista Peruano – que sorprendentemente, durante la campaña electoral del primer semestre de ese mismo año, había anunciado, a través de su candidato presidencial Alan García, que retiraría la firma del Presidente Toledo si se atrevía a aprobar el Tratado antes del cambio de gobierno en julio de ese año – el Congreso peruano ratificó el Tratado.

El TLC concluido cuenta con un Preámbulo, 23 capítulos y tres anexos (que en realidad son seis porque cada anexo se divide en «Medidas de EE.UU.» y «Medidas de Perú») y seis Cartas Adjuntas, tres Entendimientos (sobre Biodiversidad, Medidas de Servicios y Salud Pública).

El Preámbulo del Tratado enuncia los motivos por los cuales se celebró el TLC. Y entre otros, en cuanto concierne al ámbito laboral, destaca:

- el propósito de las dos partes de usar el Tratado para *«promover un desarrollo económico integral con el objeto de reducir la pobreza y generar oportunidades alternativas a la producción de cultivos de droga, que sean económicamente sostenibles»*;
- el objetivo de *«crear nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios»*; y
- el objetivo de *«proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores, fortalecer su cooperación en materia laboral y desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral»*.

El Preámbulo es importante porque fija el marco a partir del cual debe interpretarse lo que el Tratado pretende. Y, tan importante como ello, la orientación de las medidas que ambas partes se comprometen a implementar para cumplirlo y satisfacer los fines que se pretende alcanzar con el mismo.

Las obligaciones que ambas partes se asignaron para alcanzar los fines del Tratado quedaron consignadas en un total de 23 capítulos,

correspondiendo el 17 al ámbito laboral⁷. Así pues, el Capítulo 17 contiene los lineamientos de política laboral que deben servir de marco para las relaciones comerciales entre ambos países.

El propósito del presente documento es analizar la conformidad de la legislación y prácticas nacionales –en particular de las medidas adoptadas después de la ratificación del TLC– con las obligaciones que ambas partes contrajeron mediante el Tratado.

Para atender este cometido haremos previamente, en la siguiente sección, un resumen de lo que contiene tanto el acuerdo laboral incluido en el TLC, así como de las enmiendas introducidas posteriormente en el mismo, antes de su ratificación, el mes de diciembre de 2007.

⁷ Se puede consultar el texto íntegro del TLC en <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=215>

1. Un acuerdo laboral que empezó de una forma y terminó de otra

El Capítulo Laboral del TLC⁸ –negociado como parte del acuerdo comercial entre los EE.UU. y el Perú– fue estructurado en siete partes, correspondiendo a cada una de ellas un inciso en particular.

Mediante el Capítulo 17 del TLC ambas partes se comprometen, en primer término, a ceñir su comportamiento a las obligaciones que contrajeron como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Asimismo, definen los aspectos normativos relativos a los principios que inspiran el marco regulador del TLC; y hacen referencia a las garantías procesales y de información pública que deben rodear la implementación de este en cuanto refiere a sus aspectos laborales.

El Capítulo 17 define, asimismo, una estructura institucional destinada a presidir la implementación de los acuerdos contenidos en el mismo; así como los lineamientos de cooperación técnica y desarrollo de capacidades que ambas partes se proponen implementar en orden a mejorar su desempeño en materia laboral.

El Capítulo Laboral del TLC contiene, además, un sistema de consultas laborales cooperativas que las partes han previsto para facilitar tanto su implementación, como la resolución de las dificultades que se pudieran presentar durante esta. Y, por último, define los estándares laborales que deben ser tenidos en consideración al implementarse las acciones de monitoreo y cooperación previstas por las partes durante la conclusión del acuerdo.

Como se mencionó previamente, el TLC entre Perú y los EE.UU. fue ratificado por el Congreso peruano el mes de junio de 2006. Momento en el que muchos de sus promotores –particularmente empresariales y gubernamentales– imaginaron que el acuerdo había quedado definitivamente cerrado y concluido. Pero no fue así.

⁸ Ver el texto del Capítulo Laboral con las enmiendas aprobadas en el Anexo N° 1.

La presión y el cabildeo internacional de organizaciones no gubernamentales y sociales peruanas, que consideraban que el contenido del acuerdo suscrito era lesivo para los intereses del Perú –entre otros aspectos, en particular, en materia de derechos de los trabajadores– mostrarían que el acuerdo requería ser modificado, y que ese no era un objetivo irrealizable.

En efecto, la persistente presión de estos sectores y un oportuno cambio en el contexto político norteamericano lograron forzar la renegociación del acuerdo durante el primer semestre del 2007; lo que permitió, finalmente, introducir en el TLC un conjunto de enmiendas relacionadas, entre otros aspectos, con salvaguardas en materia laboral y ambiental.

La renegociación del TLC, tras haber sido solemnemente ratificado por una de las partes comprendidas en el Tratado (el Congreso del Perú), fue posible gracias al nuevo escenario surgido en los EE.UU. tras las elecciones parlamentarias que se llevaron a cabo en dicho país en noviembre de 2006.

En estas elecciones el pueblo norteamericano no sólo le dio al Partido Demócrata el control de ambas cámaras del legislativo norteamericano⁹, sino que agregó un renovado poder a sus demandas para adoptar un

⁹ En efecto, 12 años después de haber perdido la mayoría en ambas cámaras, los candidatos demócratas lograron finalmente vencer a los republicanos en las elecciones parciales que se llevaron a cabo el 7 de noviembre de 2006, en un contexto en el que la discusión sobre la guerra de agresión norteamericana en Iraq constituyó el tema dominante del debate electoral. Esas elecciones condujeron a la renovación total de la Cámara de Representantes y la tercera parte del Senado de los Estados Unidos; quedando el Senado integrado por 51 demócratas y 49 republicanos (incluyendo tres senadores de origen hispano: los demócratas Robert Menéndez de New Jersey y Ken Salazar de Colorado; y un republicano, Mel Martínez, de Florida), y la Cámara de Representantes por 229 demócratas y 196 republicanos. La 110ª sesión del legislativo estadounidense, que se llevó a cabo después de esta elección, marcó también un hito en la historia norteamericana pues fue la primera vez en la historia de los EE.UU. que una legisladora demócrata – Nancy Pelosi – se convirtió en la primera presidenta de la Cámara de Representantes, lo que puso de relieve el creciente poder que los norteamericanos de origen latino y las mujeres vienen adquiriendo en la política estadounidense.

enfoque que permitiera incluir en los acuerdos comerciales en negociación –o incluso ya concluidos por los EE.UU.– criterios de conducta más sensibles a las dimensiones sociales y ambientales afectadas por el comercio y la inversión internacionales.

Ese nuevo escenario y la constante coordinación de los líderes de esta bancada –en especial los congresistas Charles Rangel¹⁰ y Sander Levin¹¹– y de los sindicatos y ONG norteamericanas con sus pares sindicales y organismos de derechos humanos en el Perú, lograron revertir la rígida e inflexible pauta previa de los acuerdos de libre comercio que fue impuesta durante el mandato de los dos presidentes Bush (padre e hijo).

Se dio pie, así, a un nuevo tipo de acuerdos –esta vez de factura *bipartidista* (republicano/demócrata)– que, aunque manteniendo las líneas generales que caracterizan el modelo de economía de mercado promovido desde los EE.UU., introducen en los mismos, sin embargo, un conjunto de compromisos que pueden ser empleados para promover la vigencia de algunos derechos fundamentales. En particular, en materia laboral, ambiental o relacionados con el derecho a la salud¹².

Es importante destacar que las objeciones que los legisladores demócratas oponían a los acuerdos negociados por la mayoría republicana durante el período en que este partido mantuvo el control del Congreso

¹⁰ El legislador demócrata Charles Rangel, lleva casi 40 años en el Congreso de los EE.UU. y representa principalmente a la zona de Harlem, en Manhattan, Nueva York.

¹¹ Elegido por primera vez el 2 de noviembre de 1982, y con 78 años en la actualidad, el congresista Sander Levin es natural de Detroit y representa al estado de Michigan en la Cámara Baja del Congreso norteamericano. Junto con su hermano Carl es senador por este mismo estado. Junto con Charles Rangel, constituyen los dos representantes con mayor influencia en el Comité de Medios y Arbitrios que orienta decisivamente el debate de los acuerdos comerciales en la Cámara de representantes de los EE.UU.

¹² Acuerdos que se reputan, en este campo, como *de tercera generación*: los de primera generación no incluían ninguna referencia a materias laborales o ambientales; los de segunda generación lo hicieron, incorporando estas materias en Acuerdos Paralelos; y los de tercera generación han hecho estos temas parte de los acuerdos como Capítulos inherentes a los mismos.

no se referían sólo al TLC negociado con el Perú, sino que ponían en cuestión *toda* la política comercial del gobierno de Bush y su afán de negociar más TLC de este corte con otros países, como Corea, Colombia y Panamá.

Esta oposición, por cierto, no era gratuita. Durante años, el Partido Demócrata hizo permanente hincapié en los efectos negativos que el «libre» comercio tenía sobre los salarios y condiciones de trabajo de los trabajadores cuando carecían de una regulación apropiada. No sólo en los Estados Unidos, sino en todo el mundo.

Los acuerdos de libre comercio, señalaban los legisladores demócratas, sólo sirvieron para ejercer una fuerte presión interna y hacia abajo contra los salarios y los derechos fundamentales de los trabajadores. Y sirvieron, además, para favorecer el traslado de aquella producción de los países ricos que no demanda alta tecnología, hacia países en los que las condiciones de trabajo eran o son más precarias.

Al amparo de este tipo de acuerdos, y durante demasiados años, los Estados Unidos se hicieron de la vista gorda frente al abuso laboral que predominaba en los países que comerciaban con ellos. Los trabajadores, por su parte, se vieron gravemente afectados como consecuencia de procesos de flexibilización laboral que terminaron por mellar considerablemente la presencia de los sindicatos y neutralizar los efectos equilibradores de la negociación colectiva.

Así, pues, bajo el imperio de las políticas económicas y laborales acunadas bajo el slogan del «Libre Comercio», los ingresos de los trabajadores disminuyeron progresivamente, o se estancaron, mientras que las ganancias de las empresas y las remuneraciones de sus altos ejecutivos crecieron exorbitante y desmesuradamente.

De allí el afán de los sectores norteamericanos, vinculados a las organizaciones de trabajadores de ese país y ONG de derechos humanos, para introducir enmiendas en los nuevos acuerdos negociados por los EE.UU. e incidir, mediante estos cambios, tanto en las condiciones de

funcionamiento de la inversión extranjera, los aspectos relacionados con el otorgamiento de patentes vinculadas a productos farmacéuticos y la protección del medio ambiente, como en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

En lo referido a los aspectos laborales, las enmiendas introducidas en el proceso de renegociación del TLC¹³ subrayaron el reconocimiento expreso a los derechos fundamentales contemplados en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998), también conocida como *Declaración de la OIT*. Declaración que versa sobre la protección y promoción de la libertad de asociación, el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

Subrayaron, asimismo, el deber de las partes de garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 17.2; tal como consta en el artículo 1º, en el que los Estados partes reafirmaron sus *obligaciones* como miembros de la OIT. A lo anterior se suma la ampliación del repertorio de derechos protegidos por el Acuerdo, que además del derecho a la igualdad y la eliminación de la discriminación en el empleo (artículo 17.2.e), precisa la obligación de *abolir efectivamente* el trabajo infantil como una meta y un derecho fundamental a garantizar en el marco del TLC (artículo 17.2.d).

La inclusión del artículo 17.2 en el Capítulo Laboral establece la *obligación* de adoptar, mantener y aplicar en las *leyes y reglamentos nacionales* referidos a cada uno de los derechos fundamentales contenidos en la *Declaración de la OIT*; lo que supone que las partes en el Tratado se obligan, subsecuentemente, a adecuar sus leyes internas a los estándares internacionales en materia de derechos humanos en el trabajo.

¹³ Ver el texto de las enmiendas en el Anexo N° 2.

Las enmiendas impusieron a las partes, asimismo, la prohibición de flexibilizar su legislación laboral en un sentido que conlleve el incumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos por la OIT, a los que nos hemos referido con anticipación; relacionando esto con la aplicación del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC frente a situaciones de incumplimiento del Capítulo respectivo (tema que no estaba contemplado en la versión anterior del acuerdo).

En este aspecto, cabe resaltar, además, que cuando el TLC modificado por las enmiendas hace referencia a la «*legislación laboral*», este concepto – además de los aspectos de la Declaración de la OIT antes mencionados – comprende también otros relacionados con lo que se denominan *condiciones aceptables de trabajo* relacionadas con el salario mínimo, las horas de trabajo y la salud y seguridad ocupacionales de las y los trabajadores.

En el texto original del TLC se indicaba que los Estados parte no podían dejar de aplicar su legislación laboral de una forma que supusiera el incumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo, afectando con ello el comercio entre las partes. Las enmiendas introducidas posteriormente precisaron que las partes no pueden dejar de aplicar su legislación laboral, «incluidas las leyes sobre los derechos fundamentales mencionados», de una manera que afecte no sólo al comercio sino también a «*la inversión*» (artículo 17.3). De este modo, si una de las partes en el Tratado aplica (u omite aplicar) su legislación laboral de una manera que afecte la inversión de la otra parte (por ejemplo, estableciendo mayores o menores beneficios para un determinado sector productivo, perjudicando por esta vía su competitividad), el caso podría ser llevado al mecanismo de solución de controversias previsto en el artículo 17.7 del TLC.

Otro aspecto relevante introducido por las enmiendas al TLC está referido a la ampliación de las situaciones por las que se puede llevar un reclamo al procedimiento de solución de controversias. En el texto original del Capítulo 17 se indicaba que los Estados parte sólo estaban autorizados a recurrir al procedimiento de solución de controversias cuando se tratara de un asunto relacionado con el artículo 17.2.1(a). Las enmiendas

introducidas al texto del Capítulo 17 precisan ahora que se puede recurrir a este procedimiento por cualquier asunto considerado en este Capítulo, incluyendo la violación de los derechos fundamentales. El único requisito para aplicar este procedimiento es que se trate preliminarmente la cuestión a través de los Puntos de Contacto contemplados en el mismo Capítulo.

La nueva redacción del Capítulo 17 ha considerado, asimismo, disposiciones en materia de contratación pública conforme a las cuales las entidades públicas deberán exigir a los postulantes a una licitación el cumplimiento de los principios y derechos fundamentales en el trabajo recogidos en la Declaración de la OIT de 1998 a que hace referencia el artículo 17.2. del Tratado.

La importancia de este conjunto de enmiendas en materia laboral (como en las demás materias finalmente incluidas en el Tratado) es doble: primero, porque fortalecen la posición de los trabajadores para evitar que el comercio y la inversión sean promovidos en base a un deterioro constante de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y la población en general. Y, en segundo lugar, y tan importante como lo anterior, porque pone en evidencia que si se hace lo correcto, en el lugar y momento apropiado, lo que parecía inamovible se puede modificar. Y si se modificó una vez, no hay razón para que no pueda volver a hacerse otra vez.

2. El contenido del Capítulo Laboral

2.1 Los compromisos compartidos

En la primera parte del Acuerdo Laboral, contenida en el numeral 1 del Capítulo 17 del Tratado (denominada «Declaración de Compromisos Compartidos»), ambas partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Y aunque se trata sólo de una declaración, es importante destacar el valor que tiene el que haya sido incluida en el acuerdo con el objeto de resaltar el valor que se atribuye a esta materia. En particular, porque ambos países sabían al negociar este texto que las obligaciones que les corresponden en su condición de miembros de la OIT, incluso para Estados Unidos – que no es parte de todas las convenciones que han sido adoptadas por esta organización internacional –, son vinculantes en sí mismas, aún si no hubieran sido mencionadas en el Tratado.

En efecto, los Estados miembros de la OIT, por su mera pertenencia a la organización, deben respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la constitución de la misma, los principios relativos a los derechos fundamentales de los trabajadores; los que han sido consignados en los convenios de la organización, aunque no hubieran ratificado los convenios que los expresan.

La consecuencia de esto es que, si se presentara una contradicción entre los contenidos de los convenios de la OIT, o de cualquiera de las obligaciones derivadas de su membresía en esta organización, con aquellas que han sido incluidas en el TLC concluido entre ambas partes, deberían primar las de la OIT, ya que es el sentir expresado formalmente por las partes en este acápite del Tratado.

2.2 El papel de los derechos laborales fundamentales en el Tratado

La segunda parte del Capítulo 17 del TLC (artículo 17.2.1), está consagrada a la protección de los derechos laborales fundamentales¹⁴; y en ella se señala que cada parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y en su correspondiente aplicación, determinados derechos, tal como se establece en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998).

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento va precedida de un Preámbulo, y el cuerpo de la declaración se expresa en cinco párrafos, dedicando un anexo a la definición de los aspectos relativos al seguimiento de la Declaración, el mismo que se considera parte integrante de esta.

El preámbulo de la declaración de 1998 reafirma los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución de la OIT como base para promover su aplicación universal, así como la competencia de la OIT para establecer y ocuparse de las normas internacionales de trabajo.

Hace referencia, también, a la creciente interdependencia económica, a la necesidad de que la política económica y la política social constituyan

¹⁴ La noción de derechos fundamentales de los trabajadores fue incorporada por la Cumbre Mundial para el Desarrollo Social que se llevó a cabo en Copenhague, Dinamarca, el mes de marzo de 1995, recogiendo las discusiones durante la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT de 1994 e incluyendo dentro de esta noción a la prohibición del trabajo forzado y del trabajo infantil, la libertad de asociación y de negociación colectiva, la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres y la prohibición de la discriminación en el empleo. El Programa de Acción, finalmente adoptado por la Cumbre, insta a los Estados a «proteger y promover los derechos fundamentales de los trabajadores [...] aplicar plenamente las convenciones de la OIT en el caso de los Estados que son parte y tener en cuenta los principios que están enunciados en el caso de los otros Estados, con el objetivo de alcanzar un crecimiento realmente sostenido y un desarrollo verdaderamente durable». Ver el texto completo de la Declaración y Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social en <http://www.un.org/documents/ga/conf166/aconf166-9sp.htm>

aspectos que se refuercen mutuamente a fin de crear un desarrollo sostenible con una base sólida, a la importancia de la creación de empleos, y a la especial atención que debe concederse a los problemas de las personas con necesidades sociales especiales.

La Declaración enfatiza en su primer párrafo la naturaleza voluntaria de la pertenencia a la OIT, así como el hecho de que esta pertenencia implica la aceptación de la Constitución por parte de un Estado miembro, lo que conlleva el respeto de los principios y derechos establecidos en los instrumentos adoptados por la OIT.

En su segundo párrafo, la Declaración establece la obligación de todos los Estados miembros, tanto si han ratificado como no el convenio o los convenios en cuestión, de «respetar, promover y hacer realidad de buena fe y conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios¹⁵, es decir: el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (Nº 87)¹⁶, el Convenio sobre el derecho de sindicación

¹⁵ Desde 1919, la OIT ha desarrollado 188 convenios; de los cuales ocho son considerados fundamentales porque permiten que los trabajadores puedan defender por sí solos mejores condiciones laborales de acuerdo con los estándares internacionales.

¹⁶ Los Estados miembros de la OIT que han ratificado el Convenio 87 se han obligado a respetar que los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes. Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho a redactar sus propios estatutos y reglamentos, elegir a sus representantes y establecer sus programas de acción, sin ser limitados por las autoridades públicas. Asimismo, tienen el derecho de constituir y afiliarse a federaciones y confederaciones, y a la vez éstas tienen el derecho a afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores. Ninguna organización está sujeta a suspensión o disolución administrativa. La legislación nacional determinará hasta qué punto se aplicará a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el Convenio.

de negociación colectiva, 1949 (Nº 98)¹⁷, el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1929 (Nº 29)¹⁸, el Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (Nº 105)¹⁹, el Convenio sobre la edad mínima, 1973 (Nº 138)²⁰, el Convenio sobre la igualdad de remuneración, 1951 (Nº 100)²¹,

¹⁷ Los Estados miembros de la OIT que han ratificado el Convenio 98 se han obligado a garantizar que los trabajadores gocen de una adecuada protección frente a cualquier acto de discriminación tendente a menoscabar su libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo del trabajador a la condición de no afiliarse o desafiliarse a un sindicato, así como despedir o perjudicar a un trabajador a causa de su afiliación o participación en actividades fuera o dentro de las horas de trabajo, en este último caso con el consentimiento del empleador. Asimismo, a que las organizaciones de trabajadores y de empleadores gocen de una adecuada protección contra todo acto de injerencia, directo o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración. Se han obligado, asimismo, a crear organismos que garanticen el respeto al derecho a la sindicación, y a adoptar medidas que estimulen y fomenten los procedimientos de negociación voluntaria con el objeto de reglamentar las condiciones de empleo.

¹⁸ Los Estados miembros de la OIT que han ratificado el Convenio 29 se han obligado a suprimir, lo más pronto posible, el trabajo forzoso u obligatorio; es decir, aquél que es exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y sin su ofrecimiento voluntario. No se consideran trabajos forzosos u obligatorios para efectos del Convenio aquéllos que se exigen en virtud de leyes de servicio militar obligatorio, los que formen parte de las obligaciones cívicas de un país, los que se exigen en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, los que se exigen en casos de fuerza mayor ni los pequeños trabajos comunales, realizados en las condiciones establecidas en el Convenio.

¹⁹ Los Estados miembros de la OIT que ratificaron el Convenio 105 se obligaron a suprimir y no hacer uso, inmediata y completamente, de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio, ya sea como medio de coerción o educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición al orden político, social o económico establecido, como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico, como medida de disciplina en el trabajo, como castigo por haber participado en huelgas; o, como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

²⁰ Los Estados miembros de la OIT que ratificaron el Convenio 138 se obligaron a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. Cada Estado debe fijar una edad mínima de admisión al empleo o trabajo, la que no debe ser inferior a la edad en la que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años. Los Estados cuyas economías y medios de educación estén insuficientemente desarrollados están autorizados a fijar una edad mínima de 14 años. En cualquier caso, la edad mínima de admisión al empleo o trabajo que por su naturaleza o condiciones resulten peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a 18.../

y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (Nº 111)²². Después se añadió el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (Nº 182)²³.

/... años. Los Estados puede autorizar la admisión a estos trabajos desde los 16 años siempre que se garanticen plenamente la salud, la seguridad, y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada en la rama de actividad correspondiente. Pueden también excluir de la aplicación del Convenio 138 a categorías limitadas de empleos o trabajos en los que se presenten problemas especiales e importantes de aplicación, salvo aquéllos peligrosos para la salud, la seguridad o la moralidad. Los Estados cuya economía y cuyos servicios administrativos estén insuficientemente desarrollados pueden limitar inicialmente el campo de aplicación del Convenio, pero deberán aplicarlo, como mínimo, a las actividades señaladas expresamente por el mismo.

²¹ Todo Estado miembro de la OIT que ratifique el Convenio 100 se obliga a promover y, en la medida en que sea acorde con los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre las trabajadoras y los trabajadores por un trabajo de igual valor. El Convenio se aplicará al salario o sueldo básicos y a cualquier otro emolumento pagado en dinero o en especie por el empleador para remunerar directa o indirectamente al trabajador en virtud de su empleo. A los efectos del Convenio, la expresión «igualdad de remuneración» por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo. El principio de igualdad de remuneración se aplicará sea por medio de: la legislación nacional, cualquier sistema de fijación de salarios establecido o reconocido por la legislación, convenios colectivos, o una combinación de estos diversos medios. El Convenio preconiza la evaluación objetiva de los distintos empleos, tomando como base los trabajos que éstos entrañan, como uno de los medios de facilitar la aplicación del citado principio. Los gobiernos deberán colaborar con las organizaciones de empleadores y de trabajadores para aplicar las disposiciones de este Convenio.

²² Todo Estado que ratifique el Convenio 111 ha de tener por objetivo fundamental, formular y llevar a cabo una política nacional que promueva la igualdad de oportunidades y de trato con objeto de eliminar todas las formas de discriminación tanto el empleo como en la ocupación. La discriminación definida por el Convenio es la que resulta de cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social (o en cualquier otro motivo especificado por el Estado en cuestión), y que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato. El Convenio se aplica al acceso a la formación profesional, el acceso al empleo y a diversas ocupaciones, así como a los términos y las condiciones de trabajo. Todo Estado miembro que lo haya ratificado se obliga a derogar las disposiciones legislativas y a modificar aquellas disposiciones o prácticas administrativas que sean incompatibles con la política de no discriminación, a promulgar leyes y a promover programas educativos que favorezcan la aceptación y el cumplimiento de esa política en cooperación con las organizaciones de empleadores y de trabajadores. Además, se compromete a aplicar dicha política en los.../

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo²⁴ y su Seguimiento prevé el deber de la Organización de ayudar a sus miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado, a alcanzar esos objetivos haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios...»²⁵; en particular, mediante tres formas específicas de apoyo: a) ofreciendo cooperación técnica y servicios de asesoramiento destinados a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales; b) asistiendo a los miembros que todavía no están en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios

/... empleos y servicios sometidos al control directo de una autoridad nacional, así como en la orientación y formación profesionales, y los servicios de colocación dependientes de dicha autoridad. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación; y para efectos de este Convenio, los términos de «empleo y ocupación» incluyen tanto el acceso a la formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo. Los Estados pueden, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, definir como no discriminatorias medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. Las medidas similares adoptadas por la Conferencia de la OIT no se consideran discriminatorias.

²³ Todo miembro de la OIT que ratifique el Convenio 182 se obliga a tomar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia; tales como todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas, la condición de siervo, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados y todo trabajo forzoso u obligatorio, la prostitución, la pornografía, las actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, y el trabajo que por su naturaleza o condiciones en que se lleva a cabo es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. Para efectos del Convenio se consideran niños a todas las personas menores de 18 años.

²⁴ Cabe señalar que estos derechos son fundamentales no sólo porque son reconocidos como en el seno de la OIT, sino porque condicionan el ejercicio de otros derechos; en la medida en que es sólo desde el disfrute de estos, que las y los trabajadores pueden reivindicar libremente su justa participación en la riqueza que ellos contribuyen a crear, así como a realizar plenamente su potencial humano.

²⁵ Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, párrafo N° 3.

en sus esfuerzos por respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, y c) ayudando a los miembros en sus esfuerzos por crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.

La Declaración precisa que el «seguimiento» de la misma tiene que ser «creíble y eficaz» y, haciéndose eco de las conclusiones adoptadas por la Conferencia Ministerial de la OMC (Singapur, 1997), subraya, asimismo, no sólo que «las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines», sino que no debe, en modo alguno, «ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento»²⁶.

El artículo 17.2.1 del TLC establece en su numeral 2º que ninguna de las partes en el TLC dejará de aplicar, o de otra forma dejará sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar, o de otra forma dejar sin efecto, las leyes y/o reglamentos que sirven para implementar los derechos consignados en el párrafo anterior de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes, en los casos en que dejar de aplicar, o de otra forma dejar sin efecto, dichos instrumentos sería incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo.

El marco de protección establecido en este artículo del Tratado, sin embargo, consigna un estándar en principio restringido y de complicada probanza. Esto es así porque los cambios introducidos al TLC no afectan el eje del Tratado, que es el de ser un acuerdo comercial, motivo por el cual si la afectación de derechos laborales no afecta la inversión o comercio, no pasa nada; y el problema no es demostrar que se violan los derechos laborales, sino que mediante estas violaciones se afecta el comercio a través de un patrón sistemático de conducta.

²⁶ *Ibid.*, párrafos núms. 4º y 5º.

En efecto, tal como se consigna en dos notas que son incluidas en el mismo artículo²⁷, sólo se puede imputar el incumplimiento de una obligación en virtud del artículo 17.2.1, si una parte puede demostrar que el incumplimiento de la otra en la adopción o el mantenimiento de una norma, reglamento o práctica, se produce de una manera que afecte al comercio o la inversión entre las partes. Y, además, tales incumplimientos sólo pueden estar referidos, en lo que se relaciona con la OIT, cuando se refieran a la Declaración de esta sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998.

Empero, aunque el artículo indicado no se hace mención expresa a los tratados de la OIT relacionados con esta materia; y, aún más, hace énfasis mediante su segunda nota en que *las obligaciones contraídas por las partes a este respecto serían solamente las señaladas en la Declaración*, es evidente que los convenios de la OIT respecto a estos derechos resultan fundamentales para interpretar esta sección del TLC.

Dicho de otra manera, la interpretación de los tratados de la OIT concernidos por la *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento* (1998)²⁸, llevada a cabo por los órganos de supervisión regular²⁹ y especial³⁰ de la misma OIT, resultan fundamentales para contrastar la conformidad de las actuaciones de Perú y de los Estados Unidos en esta materia.

²⁷ Ver las mismas en el Anexo N° 2.

²⁸ Ver en el Anexo N° 3.

²⁹ El sistema de control regular se basa en el examen de las memorias que los Estados miembros tienen la obligación de enviar periódica y regularmente a la OIT a través de la Oficina Internacional del Trabajo informando las medidas tomadas para hacer efectivas las disposiciones de los convenios que han ratificado y cuya ratificación ha sido notificada al Director General (artículo 22 de la Constitución de la OIT), o de los Convenios no ratificados y las Recomendaciones (artículo 19 de la Constitución de la OIT).

³⁰ El sistema de control especial se basa en los mecanismos de control establecidos en la Constitución de la OIT, como las reclamaciones (artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT) y las quejas (artículos 26 a 29 y 31 a 34 de la Constitución de la OIT).

Este señalamiento es relevante, en particular, porque a diferencia del Perú, que sí lo es, como ya se dijo antes, los Estados Unidos no son parte de todos los convenios de la OIT aludidos por la Declaración. Lo cual no impide, sin embargo, para que dicho país no se encuentre obligado por ésta.

En particular porque, como refieren las voces más autorizadas de la doctrina³¹, la Declaración de la OIT reafirma la obligación de los Estados que integran esta organización de respetar los principios relativos a los derechos fundamentales; principalmente cuando, como se subrayó repetidamente en el curso de los debates sobre la misma, esta no tiene por objeto imponer obligaciones nuevas a los Estados miembros de la OIT.

Este criterio se basa en el hecho de que, al incorporarse libremente a la OIT, todos sus miembros aceptan por voluntad propia los principios y derechos enunciados en su Constitución³² y en la Declaración de los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar la política de sus miembros (conocida como «Declaración de Filadelfia»)³³ que, de manera expresa o implícitamente, como en el caso de la abolición del trabajo forzoso, reconocen los derechos consagrados en la Declaración de 1998.

La Declaración de Filadelfia fue adoptada el 10 de mayo de 1944 en la Conferencia Internacional del Trabajo reunida para estos efectos en Filadelfia (Estados Unidos), y mediante ella se redefinieron nuevamente los fines y objetivos de la OIT, que había sido creada en 1919.

³¹ Ver por ejemplo KELLERSON, Hilary. «La Declaración de la OIT de 1998 sobre los principios y derechos fundamentales: Un reto para el futuro». *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 117 (1998), núm. 2. Ver en http://training.itcilo.it/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/kellerson_es.html

³² La Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia pueden consultarse en <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/about/iloconst.htm>

³³ Ver el texto de la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia en <http://www-ilo-mirror.cornell.edu/public/spanish/about/iloconst.htm#annex>

La Declaración de Filadelfia comprende los siguientes principios: (a) El trabajo no es una mercancía; (b) La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; (c) La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; (e) Todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad y de seguridad económica y en igualdad de oportunidades.

Dado que estos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en los convenios fundamentales de la OIT, todos sus Estados miembros, incluso aquellos que no han ratificado tales convenios, tienen el compromiso, en su condición de miembros de la organización, de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales. Su reconocimiento, además, confirma el carácter de normas fundamentales del trabajo de los convenios que los materializan.

La razón de que dichos principios y derechos se interpreten como *fundamentales* figura en el preámbulo de la Declaración, en el que se subraya que «con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano».

Se trata entonces de una verdadera piedra angular en un mundo de creciente interdependencia económica, en el que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza.

En lo que sigue, y a guisa de ilustración, se presenta un cuadro con los tratados OIT y la legislación pertinente vigente, obligatorios para el

Perú, relacionados con los cinco derechos fundamentales aludidos en el TLC celebrado con los EE.UU.³⁴:

Un segundo aspecto a tener en consideración al analizar este acápite, tiene que ver con las limitaciones que, en general, tienen este tipo de cláusulas en los TLC celebrados por los EE.UU. y es que claramente se busca establecer una distancia con los tratados de derechos humanos.

En efecto, como se ha mencionado previamente, de acuerdo con la redacción adoptada en el artículo 17.2, sólo se considerará vulnerado el TLC si los derechos laborales fundamentales se ven afectados y, *al mismo tiempo*, se afectan las normas respecto al comercio o la inversión.

³⁴ Elaborado tomando como base el cuadro de FERNÁNDEZ-MALDONADO, Enrique. En «Derechos Laborales y Acuerdos de Libre Comercio», Red Globalización con Equidad, Lima, p. 24.

Tratado de Libre Comercio entre Perú y los EE.UU., Artículo 17.2.1.	Los Derechos Fundamentales en el trabajo en los Convenios de la OIT	Los Derechos Fundamentales en el trabajo en la legislación laboral peruana
Libertad de Asociación <hr/> Derecho a la negociación colectiva	Libertad Sindical (Convenio 87 ³⁵) y negociación colectiva (Convenio 98 ³⁶)	Ley N° 25593 (Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) LRCT). Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la LRCT.
Eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio	Eliminación del Trabajo forzoso u obligatorio (Convenios 29 ³⁷ y 105 ³⁸)	Ley N° 27178 (Ley del Servicio Militar) Ley N° 26859 (Ley de obligaciones cívicas en períodos electorales y trabajo penitenciario)
Abolición efectiva del trabajo infantil y, prohibición de las peores formas de trabajo infantil	Eliminación de las peores formas de Trabajo infantil (Convenios 138 ³⁹ y 182 ⁴⁰)	Ley N° 27337 (Código del Niño y Adolescente) D.S. N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competividad Laboral Resolución Ministerial N° 128-94-TR (Aprueba la Directiva Nacional N° 007-94-DNRT sobre autorización de trabajo del adolescente).
Eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación	Igualdad de trato y no discriminación en el trabajo (Convenios 100 ⁴¹ y 111 ⁴²)	Ley N° 26772, (Oferta de empleo y acceso a educación) Ley N° 27270 (Ley contra actos de discriminación) Ley N° 27050 (Ley general de la Personas con Discapacidad) Ley N° 26626 (Ley de Lucha contra el VIH/Sida/ETS) Ley N° 27942 (Ley contra el Acoso Sexual en el trabajo)

³⁵ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C087>

³⁶ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C098>

³⁷ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C029>

³⁸ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C105>

³⁹ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C138>

⁴⁰ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182>

⁴¹ Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C100>

⁴² Ver en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>

En contraste, el doble condicionamiento señalado en el párrafo anterior no rige cuando se examina el cumplimiento de las obligaciones de un Estado respecto de cualquier Tratado que verse sobre derechos humanos en materia laboral⁴³.

Dicho de otra forma, para las partes contratantes, el TLC sólo se entenderá vulnerado si se afecta el comercio o las inversiones entre ambos países; y, para hacerlo, se deja de cumplir con los derechos laborales ya mencionados.

Una protección limitada de los derechos laborales que, sin embargo, no resulta congruente con uno de los objetivos que se consignan en el Preámbulo del Tratado, conforme al cual, entre los propósitos principales de este se encuentra, precisamente, el de «proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores, fortalecer su cooperación en materia laboral y desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral [...]». Por ello, se trata de uno de los aspectos que deberían ser considerados en una eventual revisión del acuerdo.

2.3 La relación entre aplicación de la legislación laboral y el comercio y la inversión

El numeral 3.1.a del artículo 17º está referido a las condiciones de aplicación de la legislación laboral y señala el compromiso de ambas partes de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, «incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el Artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, *después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo*».

⁴³ Véase, por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 6º, 7º y 8º, y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), también artículos 6º, 7º y 8º.

En otras palabras, lo que el acuerdo prevé es que el estándar de verificación de lo que las partes hagan o dejen de hacer para asegurar que su legislación laboral se cumple se hará más estricto una vez que el Tratado entre en vigor. Y, aunque el numeral 3.1.b del artículo 17º reserva a cada parte el derecho a lo que denomina «un ejercicio razonable de discrecionalidad y [...] la adopción de decisiones de buena fe con respecto a la asignación de recursos entre las actividades de aplicación de las leyes laborales con respecto a los derechos laborales fundamentales enumerados en el Artículo 17.2.1», el artículo claramente señala que esta permisividad sólo operará en la medida en que *«el ejercicio de dicha discrecionalidad y dichas decisiones no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo»*.

Que esa discrecionalidad es amplia no puede discutirse. Este acápite del Capítulo Laboral del TLC se encarga de ponerlo de relieve cuando establece que las decisiones que adopten las partes en relación con la asignación de recursos para la aplicación de sus leyes y reglamentos no sólo no serán consideradas motivo de incumplimiento de las disposiciones del Tratado, sino que nada de lo dispuesto en el mismo puede ser interpretado en el sentido de que faculta a las autoridades de una de las dos partes para realizar actividades orientadas al cumplimiento de la legislación laboral en el territorio de la otra.

Y para que no queden dudas, una nota anexa al artículo 17.3 se encarga de precisar que «Para mayor certeza, una Parte conserva el derecho de ejercer una discrecionalidad razonable en la aplicación de sus leyes y de tomar decisiones de buena fe en relación con la asignación de recursos para la aplicación de la ley con respecto a otros asuntos laborales distintos de los asuntos relacionados con los derechos fundamentales mencionados en el Artículo 17.2.1».

Nada de ello, sin embargo, altera el hecho de que todo aquello que se haga o deje de hacer tendrá como límite el requisito de ser compatible con las demás disposiciones del Capítulo. Por ejemplo, con las disposiciones de sus numerales 1 y 2 a las que nos hemos referido ampliamente en los puntos 39 a 67.

2.4 Las garantías procesales y mecanismos de información pública previstos por el Capítulo Laboral del TLC

El artículo 17.4 del TLC se refiere a las Garantías Procesales y de Información Pública que las partes se comprometen a asegurar en orden a salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores.

Su inciso 1) señala que cada parte se compromete a garantizar que *toda persona con un interés jurídicamente reconocido en un determinado asunto*, tenga adecuado acceso a los tribunales para el cumplimiento de la legislación laboral correspondiente.

La expresión «tribunal» en este artículo comprende a los tribunales administrativos, a los órganos judiciales, cuasi-judiciales o especializados en materia de trabajo o laboral, «según esté previsto en la legislación interna de la Parte».

Las partes se comprometen en el inciso 2), asimismo, a garantizar que los procedimientos que se lleven a cabo ante dichos tribunales para el cumplimiento de su legislación laboral sean justos, equitativos y transparentes. Con este fin, se han obligado a asegurar que dichos procedimientos cumplan con el debido proceso legal; que las audiencias en dichos procedimientos sean abiertas al público, excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario; a que las partes que intervengan en dichos procedimientos tengan el derecho de apoyar o defender sus posiciones respectivas, incluyendo la presentación de información o pruebas; y a que dichos procedimientos no impliquen costos o plazos irrazonables, o demoras injustificadas.

Asimismo, las dos partes se comprometen, por virtud del inciso 3) del artículo 17.4, a garantizar que los procedimientos en que se ventilen conflictos relacionados con los derechos de los trabajadores respeten las garantías del debido proceso legal. Esto es, que las resoluciones finales que se profieran sobre el fondo de los casos que se ventilen en tales procedimientos se formulen por escrito, y que señalen las razones en las que se basan las resoluciones. Ello incluye, también, que tales

resoluciones sean disponibles para las partes en los procedimientos, sin demora indebida; y que, de acuerdo con su legislación, también sean disponibles para el público. Las dos partes se comprometen, igualmente, a que tales decisiones se basen en la información o pruebas respecto de las cuales – en los procedimientos – se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas.

Mediante el inciso 4) del mismo artículo, Perú y los EE.UU. se obligan, igualmente y «según corresponda», a que las partes que intervengan en tales procedimientos tengan el derecho de solicitar la revisión y, cuando proceda, la modificación de las resoluciones finales emitidas en tales procedimientos.

Los incisos 5) y 6) del artículo 17.4 obligan a las partes en el TLC a garantizar que los tribunales que realicen o revisen tales procedimientos no sólo sean imparciales e independientes, sino que no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto; y a que las partes en tales procedimientos puedan ejercer acciones para hacer efectivos sus derechos según su legislación laboral, comprendiendo dentro de tales acciones medidas tales como «órdenes, multas, sanciones, o cierres temporales de los lugares de trabajo».

Por último, en el inciso 7) del mismo artículo se acuerda que cada parte promueva «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.

Este acápite del Tratado es importante por dos motivos. Primero, porque la redacción adoptada denota o abre un espacio de intervención directa sobre el TLC para los ciudadanos. En otras palabras, porque crea derechos para que las personas que puedan ver afectados sus derechos respecto al comercio o inversiones, por causa de la no implementación de los derechos laborales, puedan reclamar que estos se cumplan de modo que no se afecten el comercio o las inversiones. Algo que, en principio,

debería permitir frenar lo que se conoce como el imperio de un modelo de *dumping laboral* en el Perú⁴⁴.

El segundo aspecto tratado en el artículo comentado, por su parte, refuerza las garantías vinculadas al derecho humano al debido proceso legal por parte de los individuos; ya que su implementación autoriza a cualquier ciudadano que se considere afectado en el ejercicio de sus derechos laborales a disponer de un sistema de justicia y administrativo que le permitan proteger efectivamente estos derechos.

Aunque esta afirmación corre el riesgo de que las autoridades la consignen apenas como un ideal sin mayor efecto práctico, la misma debe ser examinada con más cuidado en la medida en que, bien utilizada, puede constituir un parámetro o estándar válido para monitorear y evaluar, desde las organizaciones sindicales o de derechos humanos, lo

⁴⁴ Durante mucho tiempo los temas laborales fueron ignorados por los acuerdos y tratados de libre comercio; o, a lo mucho, apenas se los mencionaban marginalmente. En tiempos recientes, por el contrario, y gracias a la presión de los sindicatos, este ha comenzado a ser un tema de interés a incluir en las negociaciones y se ha expresado en su interés de combatir el «*dumping laboral*». La expresión *dumping* corresponde a un vocablo inglés empleado usualmente para identificar una forma distorsionada e indebida de competencia de precios entre las producciones homólogas de dos o más países. Según la Organización Mundial del Comercio (OMC), el *dumping comercial* consiste en «la introducción de productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal y es condenable cuando causa o amenaza causar un perjuicio importante a una producción existente o si retrasa sensiblemente la creación de una producción nueva» (artículo VI del GATT, 1994). El *dumping laboral*, por su parte, se presenta cuando la producción comercializada está basada en la imposición de condiciones que determinan que la mano de obra resulte de muy bajo costo (en un contexto nacional/internacional), lo que permite a los productores locales obtener indebidamente precios por debajo de lo que se consideraría algo *normal*. Una legislación que menoscaba el ejercicio de las libertades sindicales, por ejemplo, aunque formalmente no explicita ese propósito, impedirá en la práctica que los trabajadores cuenten con medios (sindicatos y negociación colectiva) que les resultan imprescindibles para mejorar la retribución de su trabajo. Y ello, a su vez, permitirá que los empleadores se beneficien indebidamente con menores costos; lo que, su vez, les permitirá ofrecer sus productos a menores precios que los de sus competidores comerciales, lo que no ocurriría si respetaran las libertades sindicales de sus trabajadores. Esto es, en definitiva, lo que se conoce como *dumping laboral*.

que está sucediendo con el funcionamiento de nuestros sistemas administrativos (procedimientos de inspecciones, por ejemplo) o judiciales, empleados en la defensa y protección e los derechos laborales en el Perú. Y, con ello, la relación que su eventual idoneidad o eficacia tiene en relación con el concepto antes mencionado de *dumping laboral*.

2.5 La estructura institucional del Capítulo Laboral

El numeral 5) del artículo 17° formaliza el compromiso de las partes en el TLC de establecer un Consejo de Asuntos Laborales (CAL), 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. El Consejo debe reunirse dentro del primer año luego de la entrada en vigor del TLC y, desde entonces, tan seguido como lo considere necesario.

El CAL previsto en el Tratado tendrá cinco funciones. La primera es supervisar la implementación y revisar los avances que se produzcan en relación con el artículo 17° o Capítulo Laboral del TLC, incluyendo las actividades del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades establecidos en este. La segunda será desarrollar lineamientos generales relacionados con las comunicaciones que las partes intercambien en torno a la implementación del Tratado en sus aspectos laborales. En tercer lugar, preparar informes, si se considerara apropiado, en torno a asuntos relacionados con la implementación del Capítulo Laboral del TLC, poniéndolos a disposición del público. En cuarto lugar, esforzarse por resolver los asuntos que se planten a través de lo que se denominan Consultas Laborales Cooperativas. Finalmente, y en quinto lugar, realizar cualquier otra función que las partes puedan acordar.

Las decisiones del Consejo deberán adoptarse por consenso. Serán públicas, a menos que el mismo Consejo decida algo distinto; y, a menos que el mismo acuerde lo contrario, todas sus reuniones incluirán una sesión en la que sus miembros puedan tener la oportunidad de reunirse con el público para discutir asuntos relacionados con la implementación

del Capítulo Laboral del TLC. Ventana de oportunidad que, bien aprovechada, y no sólo por las organizaciones de trabajadores, refuerza las posibilidades de llevar a cabo una exigente labor de monitoreo de los diversos aspectos que están implicados por la implementación del acuerdo.

A efectos de asegurar los compromisos que acabamos de resumir, cada parte se compromete a designar una unidad dentro de su Ministerio de Trabajo que sirva de punto de contacto con la otra parte y con el público; debiendo estas reunirse tan seguido como lo consideren necesario o a petición del Consejo.

Los Puntos de Contacto tienen como objeto asistir al CAL en el cumplimiento de sus labores, incluyendo la coordinación del Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades; cooperar con los Puntos de Contacto de las otras partes y con las organizaciones y agencias relevantes de su respectivo gobierno para establecer prioridades en materia de actividades de cooperación en asuntos laborales, desarrollar actividades específicas de cooperación y fortalecimiento de capacidades de acuerdo con dichas prioridades, intercambiar información con respecto a las leyes y prácticas laborales de cada parte, incluyendo buenas prácticas, así como maneras para fortalecerlas, y buscar el apoyo 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.

Los Puntos de Contacto tienen la función, asimismo, de encargarse de la presentación, recepción y consideración de las comunicaciones que personas de una parte planteen sobre asuntos relacionados con las disposiciones del Capítulo Laboral, poniendo tales comunicaciones a disposición de la otra parte y, según corresponda, del público. Asimismo, de recibir las solicitudes de consultas cooperativas que sean presentadas por las partes de acuerdo con las disposiciones del Capítulo, las mismas que serán revisadas de conformidad con sus procedimientos internos.

Siguiendo la pauta relativa a favorecer la participación de actores no gubernamentales en el seguimiento del acuerdo, la parte final del artículo 5) del Capítulo 17 (inciso 7) establece que cada parte tiene la facultad de convocar a un Comité Nacional de Trabajo (CNT), con carácter consultivo o asesor, o consultar uno ya existente, en el que participen representantes de sus organizaciones de trabajadores y de empresarios, y de otros miembros de su sociedad⁴⁵, para que presenten sus puntos de vista sobre cualquier asunto relacionado con el Capítulo Laboral del TLC. Aspecto que, como hemos venido señalando previamente en diversas oportunidades, debe ser asumido como una ventana de oportunidad para hacer un seguimiento estricto de lo pactado y su contraste con la realidad.

2.6 Los mecanismos de cooperación laboral y desarrollo de capacidades

El artículo 17.6 del TLC está dedicado a definir el marco de las medidas de cooperación que se entienden como necesarias para asegurar una adecuada implementación del Acuerdo, y por ello ha sido denominado «Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades».

Las partes parten por reconocer «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)».

Con base a este reconocimiento, se establece en el TLC un «Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades» que operará «en una forma en que se respete la legislación y soberanía de cada Parte».

⁴⁵ Léase ONG, organismos de derechos humanos, iglesias, universidades, gremios empresariales, colegios profesionales y cualquiera otra parte interesada o concernida por la problemática laboral.

Con este objeto, se comprometen a 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».

El elenco de medidas de cooperación previstas es reseñado en el Capítulo 17 del Tratado a través de un anexo (denominado «Anexo artículo 17.6»), que está dedicado a desarrollar los distintos aspectos que tienen que ver con el Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades y se divide en cuatro partes.

La primera está dedicada a los aspectos de *Coordinación y Supervisión*, e indica que el Consejo de Asuntos Laborales es quien tiene el encargo de supervisar la implementación del Mecanismo Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades y, a la vez, coordinar sus actividades a través del punto de contacto que cada parte haya designado.

La segunda parte está dedicada a definir las prioridades de cooperación y desarrollo de capacidades. Conforme a la misma, los puntos de contacto son los encargados de llevar a cabo el trabajo del Mecanismo promoviendo actividades de cooperación bilateral o regional en temas laborales; que podrán incluir, pero no se limitarán a:

- (a) *Los derechos fundamentales en el trabajo y su aplicación efectiva*. En particular, mediante actividades de 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) *Las peores formas de trabajo infantil.* En particular, mediante el desarrollo de 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) *La administración laboral.* De manera específica, mediante actividades dirigidas al fortalecimiento de la capacidad institucional de las administraciones laborales y tribunales laborales; especialmente mediante la profesionalización de sus recursos humanos y capacitación, incluyendo el desarrollo en materia de capacidad tecnológica.
- (d) *Inspección laboral.* Por medio de actividades dirigidas a mejorar la aplicación y el cumplimiento de la legislación laboral, incluyendo actividades de capacitación e iniciativas para fortalecer y mejorar la eficiencia de los sistemas de inspección laboral.
- (e) *Solución alternativa de conflictos.* Mediante iniciativas dirigidas a establecer y fortalecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos por controversias laborales.
- (f) *Relaciones laborales.* Implementando 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.* Mediante formas de cooperación que contribuyan a mejorar las medidas preventivas y reducir las condiciones de riesgo en el lugar de empleo; así como a través de medidas para promover buenas prácticas y el cumplimiento de las leyes y regulaciones existentes en la materia.

- (h) *Condiciones de trabajo.* Mediante formas de cooperación dirigidas a 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) *La asistencia social y capacitación.* Mediante la implementación de programas de asistencia social, el desarrollo de los recursos humanos, la capacitación y reconversión laboral, así como otros programas relevantes.
- (k) *El intercambio de tecnología e información.* Mediante 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.* A través del desarrollo de métodos para que las partes en el Tratado generen estadísticas comparables del mercado laboral en forma oportuna, incluyendo el mejoramiento de sus sistemas de recolección de datos.
- (m) *Oportunidades de empleo.* Mediante el desarrollo de programas para la promoción de nuevas oportunidades de empleo y modernización de la mano de obra, incluyendo servicios de empleo.
- (n) *Género.* Mediante el desarrollo de programas sobre cuestiones de género, incluyendo la eliminación de la discriminación respecto del empleo y ocupación.

- (o) *Buenas prácticas laborales.* Mediante la difusión de información y promoción de buenas prácticas laborales, incluyendo la responsabilidad social empresarial, a través de actividades que contribuyan a la competitividad y mejoren el bienestar del trabajador.
- (p) *Asuntos relativos a la pequeña, mediana y micro empresa, y artesanos.* En particular, mediante la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el mejoramiento de las condiciones de trabajo, la competitividad y los niveles de productividad, e información pública de la legislación relevante.

La tercera parte del anexo está referido a la implementación de Actividades de Cooperación, e indica que las partes emplearán los medios que estimen más apropiados para llevar a cabo las actividades señaladas anteriormente, lo que incluirá:

- (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 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.
- (h) Intercambio sobre cuestiones de tecnología, incluyendo sistemas informáticos.

La última parte de este artículo está referida a los aspectos de Participación Pública, y establece que, tanto en el momento de identificación de las áreas de cooperación en materia laboral y desarrollo de capacidades, como al desarrollar las mismas, las dos partes deben considerar no sólo los puntos de vista de los representantes de los trabajadores y empleadores, sino, además, los puntos de vista de *los demás miembros del público*.

El anexo abre, pues, una oportunidad para la participación de los trabajadores y la sociedad civil organizada con el fin de impulsar un tratamiento de estos tópicos acorde con las obligaciones que ambas partes tienen respecto de los derechos laborales respectivos.

2.7 Consultas Laborales Cooperativas

El último artículo del Capítulo 17 del TLC, el séptimo, está dedicado a describir la secuencia de pasos que se deben seguir en caso de incumplimiento del Capítulo sobre los derechos laborales. Esos pasos han sido previstos para aplicarse de una manera escalonada; es decir, como una secuencia que antepone el mecanismo de solución de controversias (léase negociaciones previas) antes de que el caso pueda ser consignado al conocimiento de un Tribunal Arbitral Internacional que determine si se ha violado el TLC o no.

La secuencia de pasos prevista por el Tratado para resolver las cuestiones que se planteen respecto del cumplimiento de los diversos aspectos contenidos en el Capítulo Laboral operará de la siguiente manera:

- (a) Cuando una de las partes del Tratado tenga interés en solicitar la realización de una consulta laboral cooperativa respecto de cualquier

asunto relacionado con el Capítulo 17, deberá entregar al punto de contacto que la otra parte hubiera designado conforme al artículo 17.5.5 una solicitud escrita con este objeto; la misma que deberá contener información específica y suficiente que permita a la otra parte estar en condiciones de responder a la misma.

- (b) Una vez satisfecho este requisito, las consultas laborales cooperativas se iniciarán sin demora; y las partes consultantes deberán realizar todos los esfuerzos que se requieran para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto, tomando en cuenta las oportunidades de cooperación relacionadas con este. Con este fin, las partes están facultadas para requerir asesoría o asistencia de cualquier persona u organismo que estimen apropiado con el fin de examinar plenamente el asunto que se trate.
- (c) Si las partes consultantes no logran resolver el asunto, cualquiera de éstas podrá solicitar que se convoque al Consejo de Asuntos Laborales para que considere el asunto, y para ello deberá entregar una solicitud escrita a los puntos de contacto de cada una de las partes.
- (d) 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.
- (e) Si las partes consultantes no logran resolver la cuestión en un lapso de 60 días desde la entrega de la solicitud de consultas, la parte reclamante estará autorizada a solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 21.4 (Consultas)⁴⁶, o una reunión de la Comisión en virtud del artículo 21.5 (Intervención de la

⁴⁶ Tratado de Libre Comercio Perú-EE.UU., artículo 21.4 (Consultas): «1. Cualquier Parte podrá solicitar por escrito a cualquier otra Parte la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto, o respecto de cualquier otro asunto que considere pudiese afectar el funcionamiento de este Acuerdo. Si una Parte solicita dichas consultas, la otra Parte responderá prontamente a la solicitud de consultas y.../»

Comisión)⁴⁷ y, según lo dispuesto en el Capítulo 21 (Solución de Controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo para arreglar el diferendo.

/...entablará consultas de buena fe. 2. La Parte solicitante entregará la solicitud a las otras Partes y explicará las razones de su solicitud, incluyendo la identificación de la medida vigente o en proyecto u otro asunto en cuestión, y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación. 3. Una Parte que considere tener un interés comercial sustancial en el asunto podrá participar en las consultas si lo notifica por escrito a las otras Partes dentro de los siete días siguientes a la fecha en que se entregó la solicitud de consultas. La Parte deberá incluir en su notificación una explicación sobre su interés comercial sustancial en el asunto. 4. Las consultas podrán realizarse de manera presencial o por cualquier medio tecnológico disponible para las Partes. Si son en persona, las consultas deberán realizarse en la capital de la Parte consultada, a menos que se acuerde algo distinto. 5. En las consultas cada Parte deberá: (a) aportar la información suficiente que permita un examen completo de la manera en que la medida vigente o en proyecto, o cualquier otro asunto, pueda afectar el funcionamiento y la aplicación de este Acuerdo; y (b) dar a la información confidencial que se intercambie en las consultas el mismo trato que el otorgado por la Parte que la haya proporcionado. 6. En las consultas bajo este Artículo, una Parte consultante puede pedir a otra Parte consultante que ponga a su disposición personal de sus agencias gubernamentales o de otras entidades reguladoras que tengan conocimiento del asunto objeto de las consultas».

⁴⁷ *Ibíd.* Artículo 21.5 (Intervención de la Comisión): «1. Si las Partes consultante no logran resolver un asunto conforme al Artículo 21.4 dentro de: (a) 60 días después de la entrega de la solicitud de consultas; (b) 15 días después de la entrega de una solicitud de consultas en asuntos relativos a bienes perecederos; u (c) otro plazo que acuerden las Partes, cualquiera de estas Partes podrá solicitar por escrito una reunión de la Comisión. 2. Una Parte consultante también podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión cuando se hayan realizado consultas conforme al Artículo 17.7 (Consultas Laborales Cooperativas), Artículo 18.12 (Consultas Ambientales y Procedimiento del Panel) o el Artículo 7.7 (Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio). 3. La Parte solicitante entregará la solicitud a las otras Partes y explicará las razones para la solicitud, incluyendo la identificación de la medida u otro asunto en cuestión, y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación. 4. Salvo que decida otra cosa, la Comisión se reunirá en los diez días siguientes a la entrega de la solicitud, y se avocará sin demora a la solución de la controversia. Con el fin de ayudar a las Partes a alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de la controversia, la Comisión podrá: (a) convocar asesores técnicos o crear los grupos de trabajo o de expertos que considere necesarios; (b) recurrir a los buenos oficios, la conciliación o la mediación; o (c) formular recomendaciones. 5. Salvo que decida otra cosa, la Comisión acumulará dos o más procedimientos que conozca según este Artículo relativos a una misma medida o asunto. La Comisión podrá acumular dos o más procedimientos referentes a otros asuntos de los que conozca conforme a este Artículo, cuando considere conveniente examinarlos conjuntamente. 6. La Comisión se podrá reunir de manera presencial o a través de cualquier medio tecnológico que se encuentre a disposición de las Partes que les permita cumplir con esta etapa del procedimiento».

El Consejo podrá informar a la Comisión sobre cómo ha abordado el asunto por medio de las consultas.

Los dos numerales finales del artículo 7° del Capítulo 17 (esto es, los numerales 7 y 8) consignan la prohibición de recurrir al mecanismo general de solución de controversias previsto por el Tratado si antes no se apela a los pasos previos que se acaban de enunciar. Así, el numeral 7° establece que «ninguna de las Partes podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo por un asunto que surja en relación con el presente Capítulo sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo»; y el 8° que «Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo, por un asunto que surja en relación con el Artículo 17.3.1(a)⁴⁸, relacionado con la aplicación de la legislación laboral, sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo».

2.8 Definiciones a tener en cuenta

Para atender adecuadamente los diversos aspectos que se han referido previamente, el artículo 17.8 incluye un conjunto de *Definiciones* que las partes deberán tener en cuenta durante la aplicación del mismo. Así, para los propósitos del Capítulo 17 del TLC, la expresión «legislación laboral» significa «leyes y reglamentos de una Parte», o «disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- (a) a libertad de asociación;
- (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

⁴⁸ Artículo 17.3.1(a): «Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el Artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo».

- (c) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para niños y menores;
- (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación; y
- (f) condiciones aceptables de trabajo respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales».

Aunque el artículo 17.8 precisa – «para mayor certeza» – que «el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto al salario mínimo no estará sujeto a obligaciones en virtud de este Capítulo»; y, asimismo, que «las obligaciones contraídas por cada Parte conforme a este Capítulo se refieren a la aplicación del nivel de salario mínimo general establecido por esa Parte» – de lo que se deduce que no se pretende que ambas compartan un nivel de salario mínimo común – es claro que, al mismo tiempo, y como dice la primera parte del artículo al precisar lo que debe entenderse por «legislación laboral», el salario mínimo de cada parte sí deberá garantizar «*condiciones aceptables de trabajo*».

Una interpretación del enunciado de este artículo a la luz de las demás disposiciones del Tratado, y en particular de la obligación que ambas partes contratantes contrajeron a la luz del artículo 17.1⁴⁹, debería integrar en este ejercicio lo que la OIT, y de modo especial sus órganos de control, entienden como «*condiciones aceptables de trabajo*».

⁴⁹ Artículo 17.1 (Declaración de Compromisos Compartidos): «Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)».

Por su parte, las palabras «leyes y regulaciones» y «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», y, para fines del Capítulo 17, ello incluye la Constitución de los Estados Unidos.

3. Los Decretos Legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo peruano en ejercicio de la delegación de facultades otorgadas por Ley N° 29157: ¿avances o retrocesos en materia laboral?

3.1 La reforma del Estado y las condiciones de empleo en el sector público: más de lo mismo, más de lo peor

Estudios de la OIT – como el de Alfredo Villavicencio⁵⁰ – revelan que uno de los rasgos más saltantes de la desprotección de los servidores de la administración pública está relacionado con creciente «laboralización» de la prestación civil de servicios ocurrida desde los años 90 para aprovechar intensivamente la flexibilidad introducida en el régimen de contratación privada.

Así, según estas investigaciones⁵¹, el empleo público estuvo cruzado en los años 90 por dos tendencias pronunciadas: por una parte, su volumen se ha reducido constantemente y, por otra, es cada vez mayor el número de entidades públicas que opera bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada. Tendencia, esta última, que – como señala Villavicencio – «no responde a una especial vitalidad del Derecho del Trabajo en el Perú que lo estaría llevando a penetrar briosamente en un terreno que antes estaba reservado para el Derecho Administrativo; sino que la «laboralización» se está produciendo, entre otras razones, por los rangos de mayor desprotección que tiene el estatuto jurídico del trabajador frente a los del servidor público».

⁵⁰ VILLAVICENCIO, Alfredo y VIEIRA, Marta. «La protección de los trabajadores en el Perú», Oficina Internacional del Trabajo (OIT), Ginebra, 1999, ver en: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/wpnr/peru.pdf>

⁵¹ Véase también PUNTRIANO ROSAS, César. «Reflexiones sobre la precariedad laboral en el Estado: Los servicios no personales». En LEGAL EXPRESS N° 89, Ed. Gaceta Jurídica, noviembre de 2007, p. 16. Puntriano refiere que esta forma de contratación estatal es de larga data, encontrándose ya regulada en el año 1985 – durante el primer gobierno del presidente Alan García – mediante el «Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de Bienes y Prestación de Servicios No Personales» para el Sector Público (RUA), mediante Decreto Supremo N° 065-85-PCM.

Ello ha abierto las puertas, siempre según este mismo estudio, para que se puedan utilizar en el sector público un amplio abanico de modalidades de prestación de servicios: sin contrato, servicios no personales, locación de servicios, contratos de capacitación para el trabajo, contratos de trabajo a tiempo parcial inferior a cuatro horas, empleo de la intermediación laboral, etc. Situación concordante con la política de prohibición de contratación de personal por mandato de diversas y recurrentemente aprobadas normas de austeridad⁵².

El uso abusivo del régimen de contratación de servidores públicos a través de la fórmula contractual de la locación de servicios no personales, a veces durante décadas, ha conllevado, como consecuencia de ello, a una violación masiva de derechos fundamentales de los trabajadores de la administración pública peruana⁵³; un ámbito en el que, además, el ejercicio de las libertades sindicales, incluyendo la negociación colectiva, tiene muy poco desarrollo.

En efecto, desde 1991, apenas iniciado el gobierno del hoy procesado ex Presidente Fujimori, se impusieron en el Estado peruano modalidades

⁵² Villavicencio cita, a guisa de ejemplo, la Directiva N° 002-98-OIOE65 de 1988 que, tras prohibir la celebración de contratos de trabajo de carácter indefinido (punto 2.3.1) establece que se podrán celebrar contratos de locación de servicios «siempre que se trate de labores de limpieza, transporte, procesamiento de datos, comunicación, capacitación, impresos gráficos, instalación, mantenimiento, seguridad, servicios judiciales, legales, notariales y similares» (punto 2.4.1). A lo que se agrega que se pueden celebrar contratos de servicios no personales (también civiles) cuando «estén orientados al ejercicio de labores de carácter estrictamente eventual o accidental» (punto 2.4.2). En ambos casos, no se toma en cuenta para nada el carácter subordinado o no de los servicios, por lo que se impulsa que se acuda a alguna modalidad de intermediación laboral (cooperativa o empresa de servicios) para que se encargue de los mismos. Y ello no sólo en labores de carácter complementario (limpieza, seguridad, etc.) sino también en otras que forman parte de la actividad ordinaria de las entidades.

⁵³ Según Puntriano Rosas, en el estudio referido en la cita 38 supra, un estudio elaborado por una Comisión Especial formada para estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, creada mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR, determinó que existían a principios de la presente década más de 50,000 trabajadores en esta situación. Según datos del Ministerio de Economía y Finanzas, y según también Puntriano, el año 2004 esa cifra habría ascendido a 61,357 personas. Y durante la presentación de los decretos legislativos referidos a la función pública dictados al amparo de las facultades legislativas delegadas por la Ley N° 29157 se ha llegado a mencionar una cifra de más de 80 mil personas.

contractuales contrarias al marco legal vigente, generalizándose los contratos de locación por *Servicios No Personales* (SNP) allí donde la prestación laboral era de carácter manifiestamente personal y subordinada; llegándose, incluso, al extremo de contratar por SNP a los inspectores laborales encargados de resguardar la legalidad en materia laboral.

Tras la firma y ratificación del TLC con los EE.UU. – un Tratado que obligaba a las partes a respetar estándares laborales básicos – la expectativa por cambios sustantivos en esta situación era muy grande. Sin embargo, los avances producidos a la luz de los desarrollos legislativos más recientes, son – como se verá a continuación – más bien decepcionantes.

Aprovechando las facultades delegadas por el Congreso mediante la Ley N° 29157 para dictar normas que faciliten la implementación del Tratado de Libre Comercio con los EE.UU.⁵⁴, el 21 de junio de 2008 el Gobierno promulgó un conjunto de decretos legislativos (D.L.) relacionados con la función pública. Entre los más destacados cabe citar el D.L. N° 1023 (que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil)⁵⁵, el D.L. N° 1024 (que crea y regula al Cuerpo General de Gerentes Públicos)⁵⁶, el D.L. N° 1025 (que aprueba las Normas de Capacitación y Rendimiento para el Sector Público)⁵⁷, el D.L. N° 1026 (que faculta a los

⁵⁴ Materias dentro de las que se incluía «la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado».

⁵⁵ Ver en <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1023.pdf>

⁵⁶ El Cuerpo de Gerentes Públicos, según lo estipulado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1024, se plantea como objetivos: convocar profesionales capaces para altos puestos de dirección y gerencias de mando medio, a través de procesos transparentes y competitivos; desarrollar capacidades de dirección y gerencia en la Administración Pública y asegurar su continuidad; profesionalizar gradualmente los niveles más altos de la Administración Pública; así como impulsar la reforma del Servicio Civil, que es el conjunto de medidas institucionales por la cuales se articula y gestiona el personal al servicio del Estado, que debe armonizar los intereses de la sociedad y los derechos de las personas al servicio del Estado.

⁵⁷ Ver en <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1025.pdf>

gobiernos regionales y municipales a implementar procesos de *modernización*)⁵⁸ y el D.L. N° 1057 (que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de servicios)⁵⁹.

Mediante el D.L. N° 1023 se instituyó la Autoridad Nacional del Servicio Civil (ANSC) como organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos (SAGRH) del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado mediante el fortalecimiento del servicio civil.

Como su nombre lo indica, el SAGRH gestiona la política de Estado respecto del servicio civil; y comprende a todas las entidades de la administración pública señaladas en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público⁶⁰.

3.1.1 Evaluaciones y despidos masivos: ¿otra vez?

Los DD.LL. N° 1023 y 1025, están interrelacionados en la medida en que ambos tienen directa relación con las posibilidades de continuidad en la carrera administrativa pública. Así, de acuerdo con estos decretos, tras aplicarse una capacitación a los empleados del sector público, en el sector y lugar en donde estos se desenvuelven, los mismos serán sometidos a una evaluación para catalogarlos en cuatro categorías: la categoría de «*personal distinguido*», la «*de buen rendimiento*», la «*sujeto a observación*» y la «*de ineficiencia comprobada*». En este último supuesto, se entenderá que existe causal de despido⁶¹.

De acuerdo con el artículo 12° del D.L. N° 1023, se estimulará a quienes superen los niveles exigidos por las evaluaciones mediante políticas de ascenso, promociones económicas y reconocimiento moral; y se capacitará a quienes no alcancen un grado de suficiencia compatible

⁵⁸ Ver en http://www.sunat.gob.pe/legislacion/nor_graf/2008/junio/nl20080621.pdf

⁵⁹ Ver en <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/ogaj/archivos/DL-1057.pdf>

⁶⁰ Decreto Legislativo N° 1023, artículos 1°, 2° y 3°.

⁶¹ Decreto Legislativo N° 1025, artículo 20°.

con las obligaciones y responsabilidades del cargo. Sin embargo, la misma norma prevé el despido de quienes se estime no alcanzaron un rendimiento compatible con lo que se estimen los estándares exigibles en la entidad pública a la que pertenezca el trabajador.

El D.L. N° 1025, por otra parte, hace referencia a la evaluación del desempeño de los servidores públicos y señala que esta constituye un proceso obligatorio, integral, sistemático y continuo. Entre sus reglas figuran las siguientes: debe ser aplicado en función de factores mensurables, cuantificables y verificables; abarcar a todo el personal al servicio del Estado; y realizarse con una periodicidad no mayor de dos años⁶².

En este contexto, es importante recordar que según el artículo 40° de la Constitución en vigor «la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos», y sólo excluye de dicha carrera a «los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza».

Según esta misma norma, tampoco «están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta». No existe ninguna otra excepción; de modo que todos los demás trabajadores o funcionarios que trabajan para el Estado y no desempeñan cargos políticos o de confianza, o trabajan en una empresa del Estado o sociedad de economía mixta, tienen derecho a que se les integre en la carrera administrativa.

El artículo 24° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, establece que son derechos de los servidores públicos de carrera, entre otros: «Hacer carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole (inciso a) y «Gozar de estabilidad. Ningún servidor puede ser cesado ni destituido

⁶² *Ibid.*, artículo 18°.

sino por causa prevista en la Ley de acuerdo al procedimiento establecido» (inciso b).

La Confederación Nacional de Trabajadores Estatales (CNTE), afiliada a la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), ha denunciado mediante su Comunicado N° 053-08/SGC que, tras el D.L. N° 1025, lo que en realidad parece haberse impuesto es una lógica punitiva, dirigida a despedir a los trabajadores del Estado que no aprueben las evaluaciones. Una lógica mediante la cual no sólo se amenaza el derecho constitucional de los servidores del Estado a la carrera administrativa, sino que el manejo gubernamental de este ámbito hace suyas las mismas orientaciones que se aplicaron bajo el gobierno del ex Presidente Fujimori, quien – como se recordará – a través de metodologías similares, ocasionó ceses masivos e irregulares que afectaron a casi medio millón de personas, lo que generó graves problemas sociales que hasta el momento el Estado no puede resolver.

Llegados a este punto es necesario recordar que, aunque el propio Tribunal Constitucional ha establecido en diversas de sus sentencias⁶³ que las instituciones públicas tienen el derecho de establecer los mecanismos de evaluación, control y disciplina que consideren pertinentes para garantizar un adecuado servicio público, a la vez, ha dejado claramente establecido que este régimen y su aplicación no pueden contradecir lo establecido en la Constitución.

Por ello, al mismo tiempo que la CGTP ha precisado que no se opone a las evaluaciones previstas por el D.L. N° 1025, exige que estas se den en el marco de una Ley del Trabajo Público (LTP) y no como consecuencia de decisiones unilaterales, cuyo objetivo no es mejorar la capacidad de los trabajadores estatales sino despedirlos para contratar más personal con menos derechos.

La CGTP ha señalado, también, esta vez en relación al D.L. N° 1026, que dicho dispositivo puede conllevar un cese masivo en los gobiernos

⁶³ Véase Sentencia recaída en el Expediente Núm. 1391-2007-PA o en el Expediente Núm. 00025-2007-PJ.

municipales y regionales, ya que otorga a estos amplias facultades para aprobar expedientes de reorganización dirigidos a «suprimir áreas, dependencias y servicios»; lo que, a su vez, implica la supresión de plazas y el despido de trabajadores. Y todo ello, por cierto, sin que la norma prevea, en modo alguno, la participación activa en el proceso de los propios trabajadores involucrados o la de sus representantes.

Por los motivos antes indicados, y si los temores de los trabajadores se consuman, va a resultar difícil compatibilizar los efectos de los DD.LL. N° 1023 y 1025 con los propósitos enunciados en el Preámbulo del TLC en el sentido de que ambas partes se comprometen a «crear nuevas oportunidades de empleo y mejorar las condiciones laborales y los niveles de vida en sus respectivos territorios»; así como a «proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores».

3.1.2 El RECAS: menores beneficios, inestabilidad permanente y ninguna libertad sindical

El D.L. N° 1057⁶⁴, que complementa los anteriores, pone en cuestión, asimismo, el derecho a la estabilidad en sus empleos de los más de 80,000 trabajadores del Estado que actualmente laboran bajo la figura contractual civil de los *Servicios No Personales*⁶⁵. Estabilidad que, de

⁶⁴ Reglamentado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM del 25 de noviembre de 2008.

⁶⁵ Código Civil, Locación de servicios, artículo 1764° (Definición): «Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución». Artículo 1765° (Objeto): «Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales». Artículo 1766° (Carácter personal del servicio): «El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación».

acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, les correspondía en aplicación de la Ley N° 24041⁶⁶.

Aunque es verdad que este decreto reconoce a estos trabajadores algunas prestaciones de las que antes no gozaban –un seguro médico y 15 días de vacaciones remuneradas al año– los obliga, al mismo tiempo, a renunciar a todo lo que ya habían logrado en términos legales, y somete el reconocimiento de estos derechos a variables aleatorias, relacionadas con las necesidades de la dependencia pública y su disponibilidad presupuestaria.

En efecto, el D.L. N° 1057 instituye el Régimen *Especial de Contratación Administrativa de Servicios* (RECAS), a través del cual se dispone el otorgamiento de algunos beneficios a quienes laboran para el sector público bajo la modalidad de Servicios No Personales (SNP)⁶⁷. Personal que, a pesar de efectuar idénticas labores a las del personal contratado

⁶⁶ En el caso sobre la Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.º 0008-2005-PI/TC (Fundamentos 17 a 42), el Tribunal Constitucional precisó una serie de criterios jurisprudenciales relativos a los principios laborales constitucionales, tales como el *in dubio pro operario*, la igualdad de oportunidades, la no discriminación en materia laboral y la irrenunciabilidad de derechos. Igualmente, en el citado caso, se hizo referencia a los derechos colectivos de los trabajadores que reconoce la Constitución, entre los que destacan los de libertad sindical, de sindicación, de negociación colectiva y de huelga. Al respecto, se sostuvo que tales disposiciones, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen laboral privado como al público. Con relación al principio de *primacía de la realidad*, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional precisó en la STC N.º 1944-2002-AA/TC, que mediante este principio «(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos» (fundamento 3).

⁶⁷ Código Civil, artículo 1764° (Definición/Locación de servicios): «Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución»; artículo 1765° (Objeto): «Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales»; artículo 1766° (Carácter personal del servicio): «El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación».

en el sector público a través del régimen laboral público o privado, sólo percibía –hasta entonces– su sueldo como contraprestación y no gozaban de ningún otro beneficio laboral.

El RECAS otorga a estos trabajadores un seguro médico, además de la *posibilidad* de que aporten a un régimen de pensiones (lo que es opcional para quienes se encuentran ya laborando, pero obligatorio para quienes se incorporen al sector público a partir del 22 de junio de 2008), además de un descanso vacacional de 15 días al año⁶⁸. Es decir, que concede a dichos trabajadores beneficios similares, pero no iguales, a los que son reconocidos a otros trabajadores al servicio del Estado que probablemente efectúan similares o, incluso, idénticas labores a las que estos vienen prestando al servicio del mismo. Con este fin, el D.L. N° 1057 define al nuevo régimen de contratación como *administrativo* y no *laboral*⁶⁹; y señala que está sujeto a la disponibilidad presupuestal.

Cabe señalar que el RECAS tampoco reconoce los años de servicios previos a la nueva contratación⁷⁰; es decir, que el trabajador incorporado a esta nueva y sui generis modalidad de contratación pierde todos los derechos que hubiera alcanzado antes, reputándose como trabajador nuevo.

Al privarlo de condición laboral, al mismo tiempo, el nuevo régimen niega a sus titulares la posibilidad de ejercer los derechos de

⁶⁸ Los trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral común (Decreto Legislativo N° 728) son asegurados obligatorios del Seguro Social de Salud (ESSALUD), deben afiliarse obligatoriamente a un régimen de pensiones, perciben dos gratificaciones de un sueldo cada una al año, una remuneración mensual como Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y tienen derecho a un mes anual de vacaciones remuneradas.

⁶⁹ La segunda parte del primer párrafo del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1057 establece que «El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. *Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales*». [Énfasis agregado.]

⁷⁰ El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1057, establece que «Son requisitos para la celebración del contrato administrativo de servicios: «4.1 [El r]equerimiento realizado por la dependencia usuaria; 4.2 [La e]xistencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces».

sindicalización, negociación colectiva y huelga, que son derechos colectivos reconocidos sólo a quienes se encuentran dentro de los alcances de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (D.L. N° 276) o del régimen laboral privado (D.L. N° 728). Algo que es especialmente grave, pues ahonda el nivel de desprotección y la falta de garantías colectivas que prevalece en el sector público peruano.

Cabe recordar que, con anterioridad a la vigencia de esta norma, si un servidor público contratado bajo la modalidad de SNP era despedido y accionaba judicialmente contra su empleador público para reivindicar sus derechos, lo usual era que el Poder Judicial lo repusiera en su puesto de trabajo aplicando el principio de *Primacía de la Realidad* y la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (D.L. N° 276⁷¹), conforme a la cual los servidores públicos sólo pueden ser cesados por falta grave, pero no con base a criterios de disponibilidad presupuestal⁷².

⁷¹ Decreto Legislativo N° 276, Artículo 24°: «Son derechos de los servidores públicos de carrera: a) Hacer carrera pública en base al mérito, sin discriminación política, religiosa, económica, de raza o de sexo, ni de ninguna otra índole; b) Gozar de estabilidad: Ningún servidor puede ser cesado ni destituido sino por causa prevista en la Ley y de acuerdo al procedimiento establecido».

⁷² Entre muchas sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha invocado el principio de primacía de la realidad para amparar los derechos de estos trabajadores cabe citar las recaídas en los Expedientes Núms. 04814-2005-PA/TC, 1372-2005-PA/TC, 03589-2005-PA/TC, 03710-2005-PA/TC y 04611-2006-PA/TC, entre otras. En su sentencia N° 008-2005-PI/TC (Parte VI, concerniente a los Fundamentos, Pto. 2) el Tribunal Constitucional ha señalado que «[...] la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho».

Dichos trabajadores habían adquirido entonces una serie de derechos laborales que se sustentaban en las normas vigentes⁷³. En efecto, todas las y los trabajadores que reunían las características descritas tenían ya ganado su derecho a 30 días de vacaciones anuales remuneradas, a no ser despedidos arbitrariamente, a su seguridad social y previsional, jubilación etc. Beneficios que, en gran medida, perderán bajo la nueva modalidad de contratación (RECA) que desconoce la aplicación de estas normas *laborales* para dichos trabajadores.

El D.L. N° 1057 señala que el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) será aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276 y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Asimismo, será aplicable en todas las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado⁷⁴. Pero, a renglón seguido, define al CAS como una figura propia del derecho administrativo y *exclusiva del Estado*, excluyéndola de las regulaciones contenidas tanto en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa como en las normas del régimen laboral de la actividad privada.

Técnicamente hablando, si embargo, es evidente que el *contrato administrativo de servicios* es un contrato laboral, pues en el confluyen los elementos esenciales de una relación de trabajo: prestación personal y subordinada de servicios a cambio de una remuneración. La exclusión impuesta por el D.L. N° 1057 tendría así el objeto de evitar generar un precedente que pudiera ser usado en futuras reclamaciones judiciales por los trabajadores que el Estado ha mantenido hasta el presente en el cuestionado régimen de servicios no personales.

El D.L. N° 1057 señala, asimismo, que las entidades públicas tienen la facultad de sustituir los SNP por CAS con arreglo al régimen especial,

⁷³ Constitución artículo 26° («En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación; 2. [El] carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y 3. [la] interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma»), el Decreto Ley N° 276 y las Leyes N° 24041 y 28175.

⁷⁴ *Ibíd.*, artículo 2° (Ámbito de aplicación).

siempre que lo hagan antes de su vencimiento, de acuerdo con la cuarta disposición complementaria del Decreto Legislativo N° 1057, respecto a la formalización laboral del Estado.

Con arreglo a lo anterior, a partir de la entrada en vigor de esta norma, toda referencia normativa a los contratos de SNP se entenderá realizada a la contratación administrativa de servicios, prohibiéndose a las entidades públicas, a partir de su vigencia, suscribir o prorrogar contratos de SNP o de cualquier otra modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Es decir, que deberán renovar o contratar al personal sujeto a los SNP, usando las nuevas reglas, siempre que lo permita la disponibilidad presupuestal y/o el requerimiento del área o usuario.

Es importante señalar, asimismo, que, dado que durante la elaboración del D.L. N° 1057 tampoco se llevó a cabo consulta alguna con el sindicalismo confederado del sector público, dicho decreto habría violado también los estándares establecidos en el Convenio 151 OIT sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, conforme a cuyo artículo 7º: «Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones»⁷⁵. Algo que no fue considerado en absoluto por el gobierno al dictar el DL N° 1057, en la medida en que tales organizaciones fueron ignoradas cuando se definió el nuevo estatuto de contratación de trabajadores en este sector.

Por todo ello, es evidente que el nuevo régimen de contratación instituido para los servidores de la administración pública – y en particular sus efectos sobre el ejercicio de los derechos colectivos de los mismos – no va en línea con los propósitos asumidos por las partes en el TLC. En

⁷⁵ Ver en <http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/convoit-c151.htm>

especial, su compromiso de salvaguardar derechos fundamentales en el trabajo recogidos en la Declaración de la OIT de 1998; tales como el derecho a la libertad de asociación, el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva y la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

3.2 El régimen de promoción de la micro y pequeña empresa

En este sector ocurre algo parecido. Para entender lo que está sucediendo en el mismo, hay que remontarse primero al 3 de julio de 2003, cuando fue promulgada la Ley N° 28015, a la que se denominó «*Ley de promoción y formalización de la Micro y Pequeña Empresa (MYPE)*». Ley del Congreso que fue aprobada con el objeto de promover la competitividad, formalización y desarrollo de las MYPE, así como incrementar el empleo sostenible, su productividad, rentabilidad y contribución al Producto Bruto Interno (PBI), mediante la ampliación del mercado interno y externo y su contribución tributaria.

La Ley N° 28015 definió de manera general a las MYPE como aquellas personas naturales y/o jurídicas dedicadas a actividades extractivas, de transformación, producción o comercialización de bienes y prestación de servicios. De manera más específica, señaló que deberían entenderse como *Microempresas* a aquellas que contaran con entre uno y 10 trabajadores, siempre que sus ventas anuales no superaran las 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT); y como *Pequeñas Empresas*, a aquellas que contaran con entre uno y 50 trabajadores, y cuyas ventas anuales oscilaran entre las 151 y las 850 UIT.

La Ley de promoción y formalización de la Micro y Pequeña Empresa estableció, además, un Régimen Laboral Especial (RLE) para los trabajadores de las Microempresas, conforme al cual estos últimos sólo accederían a una versión disminuida de los derechos reconocidos a los demás trabajadores por el Régimen Laboral Común (RLC), mientras que los trabajadores de las pequeñas empresas seguirían rigiéndose por el RLC.

La duración del RLE, entendido como un régimen promocional de carácter excepcional, quedó cifrada en cinco años. Durante ese lapso, los trabajadores de las Micro Empresas:

- (a) no debían ganar menos que una Remuneración Mínima Vital o RMV (equivalente a S/. 550 o aproximadamente US\$ 6 diarios);
- (b) su jornada y horario de trabajo no debía superar las 8 horas diarias;
- (c) no se les aplicaría la regla del RLC por la que el trabajo en horario nocturno es remunerado con un 35% de incremento;
- (d) tendrían derecho a un descanso semanal obligatorio de un día a la semana, y a la mitad del descanso vacacional anual previsto en el RLC (es decir 15 días al año); así como,
- (e) a percibir una indemnización en caso de despido injustificado equivalente a 1/3 de lo que se abona normalmente en el RLC; es decir, en este caso, de hasta 15 remuneraciones diarias por año hasta un máximo de 180 (en el RLC se abonan 45 remuneraciones diarias por año laborado y hasta 365 días o 12 meses en total).

Días antes de vencerse el plazo de cinco años establecido en la Ley N° 28015, no obstante, el Gobierno promulgó, el 28 de junio de 2008, el Decreto Legislativo N° 1086, denominado «*Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la MYPE y del Acceso al Empleo Decente*». A través de este decreto⁷⁶ se modificaron un conjunto de aspectos tributarios, en materia de pensiones, salud, régimen laboral y orientaciones de políticas para las MYPE contenidos en la Ley N° 28015.

En materia laboral se dejó sin efecto el régimen *transitorio* que caracterizaba al RLE creado para la Microempresa, convirtiéndolo en *permanente*. Se modificó, al mismo tiempo, la categorización de lo que

⁷⁶ El Decreto Legislativo N° 1086 ha sido reglamentado luego por los Decretos Supremos N° 007-2008-TR y 008-2008-TR (Texto Único Ordenado de la Ley y Reglamento, respectivamente).

debe entenderse como Pequeña Empresa; de modo que actualmente se entiende por estas a aquellas empresas que cuenten con entre uno y 100 trabajadores (antes 50), y cuyas ventas anuales no superen las 1700 UIT, lo que equivale a aproximadamente US\$ 2'000.000 (antes 850 UIT o US\$ 1'000,000). Y, se dispuso, asimismo, que este nivel de ventas anuales fuera actualizado cada dos años por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

EL D.L. N° 1086 señaló, además, que en la Micro y Pequeña Empresa los trabajadores deberían percibir la Remuneración Mínima Vital; aunque dicha remuneración podría reducirse si así lo decidiera el Consejo Nacional del Trabajo (CNT).

El decreto redujo, asimismo, las indemnizaciones por despido injustificado en las Microempresas a 10 remuneraciones diarias con un tope de 90 (antes 15 remuneraciones diarias por año con un tope de 180) y, en las Pequeñas Empresas, a 20 remuneraciones diarias con un tope de 120 (antes 45 remuneraciones diarias con un tope de 240).

Debido a lo anterior, aunque el D.L. N° 1086 declara que los derechos fundamentales en el trabajo deben respetarse en las empresas «*de toda dimensión*» (artículo 3°), incluyendo el derecho de sindicalización, la reducción de estas indemnizaciones refleja que su lógica camina en otra dirección. Fundamentalmente, porque son precisamente los despidos injustificados la forma como los empleadores impiden usualmente el ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores; y, en especial, el derecho de sindicalización. La disminución de los costos del despido refuerza, por ello, la capacidad de los empleadores para ejercer este tipo de prácticas antisindicales.

El Régimen Laboral Especial introducido primero por la ley N° 28015, y ampliado recientemente por el D.L. N° 1086, responde a la lógica general de promover la competitividad de las MYPE mediante una reducción sustancial de sus costos de operación, especialmente en materia laboral.

El RLE de las MYPE, establecido temporalmente por la Ley N° 28015 «hasta que las Microempresas alcanzaran condiciones para su crecimiento sostenible», tiene ahora carácter permanente por efecto de lo dispuesto por el D.L. N° 1086. Y no sólo carácter permanente, sino que sus efectos en materia laboral han sido extendidos enormemente a partir de la elevación sustantiva de los topes que deben ser usados para clasificar lo que es una Pequeña Empresa; de modo que constituye un incentivo para que las empresas contraten nuevo personal bajo condiciones que implican beneficios laborales menores a los que reconoce el RLC.

Del total de empresas peruanas, se estima que el 98% son microempresas que justifican el 42% del Producto Bruto Interno y comprenden al 55% de los trabajadores. Solamente el 9% tiene acceso a los derechos laborales y a la seguridad social. Las pequeñas empresas, por su parte, comprenden el 27% del empleo y el acceso a derechos sociolaborales llega al 25%⁷⁷. Lo que significa que más del 80% de los trabajadores están comprendidos en estas categorías.

Como consecuencia de lo anterior, el D.L. N° 1086 pone también en entredicho los compromisos asumidos en el TLC suscrito con los EE.UU., originalmente el 12 de abril de 2006, y modificado luego mediante Protocolo de Enmienda del 24 de junio de 2007, cuyo artículo 17.2.2 indica claramente que «*Ninguna de las partes dejará de aplicar o de otra forma dejará sin efecto [...] sus leyes o reglamentos que implementan el*

⁷⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge e IRUJO PAREDES, Claudia. «La nueva reforma de las microempresas. Comentarios al régimen laboral establecido por el D.S. N° 007-2008-TR». En Actualidad Jurídica, Tomo 181, diciembre de 2008, p. 312.

párrafo 1⁷⁸ de manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes en los casos en que dejar de aplicar, o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sea incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo»⁷⁹.

Conforme a esta norma del TLC, el Estado peruano se comprometió a no dejar sin efecto la regulación laboral referida a los derechos fundamentales en el Trabajo, siendo que las normas contempladas en el DL N° 1086 afectan severamente los derechos a la igualdad de trato y no discriminación, al establecerse un régimen laboral especial en el que se ven disminuidos los derechos laborales para un vasto colectivo laboral, que queda relegado a la condición de trabajadores de segunda categoría.

El hecho anterior se suma a la subsiguiente afectación de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva de los trabajadores de este sector, en la medida en que se ha reducido sustancialmente el marco de protección contra los despidos arbitrarios de que puedan ser objeto. Un mecanismo fundamental para asegurar que los trabajadores puedan afiliarse a los sindicatos y negociar colectivamente sin temor a represalias.

Es importante destacar, asimismo, que el D.L. N° 1086 afecta también otros compromisos internacionales en materia de derechos humanos que obligan al Perú. En efecto, las diferencias de trato establecidas por

⁷⁸ El TLC entre el Perú y los EE.UU. fue suscrito originalmente el 12 de abril de 2006. Modificado posteriormente por el Protocolo de Enmienda suscrito por ambas partes el 24 de junio de 2007, fue finalmente aprobado por el Congreso norteamericano el 13 de diciembre de 2007. Su artículo 17.2.1 (Derechos laborales fundamentales) establece que: «Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT): (a) la libertad de asociación; (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; (c) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio; (d) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.» [Énfasis agregado.]

⁷⁹ Ver el texto íntegro de los compromisos laborales asumidos por las partes en el TLC en http://www.tlperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/17_Laboral_limpio.pdf

el referido decreto legislativo no se fundan en las exigencias reales del trabajo en la micro y pequeña empresa, ni en las destrezas o intensidad del esfuerzo exigido por este, sino que se sustentan en el único y exclusivo hecho de que sus destinatarios se encuentran ocupados en actividades productivas llevadas a cabo a cabo por empresas de un determinado tamaño. Escapa por ello (y, en realidad, va en contra) de lo que la OIT pudiera considerar una medida de acción afirmativa (o discriminación positiva) para promover la igualdad.

No son los únicos principios de la normativa de la OIT que han sido violados. El D.L. N° 1086 viola también las prescripciones del Convenio 122 de esta organización, conforme a las cuales la elaboración y contenido de la ley tenían que haber sido consultados con los trabajadores.

El Convenio 122 de la OIT «Sobre la Política del Empleo» (1964) entró en vigor el 15 de julio de 1966 y fue ratificado por el Perú el 27 de julio de 1967. Su artículo 1.1 señala explícitamente que «Con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económicos, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y de resolver el problema del desempleo y del subempleo, todo Miembro deberá formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido».

Con el fin descrito – señala su artículo 3° – en la aplicación del Convenio se debe consultar a «los representantes de las personas interesadas en las medidas que se hayan de adoptar y, *en relación con la política del empleo, se consultará sobre todo a los representantes de los empleadores y de los trabajadores con el objeto de tener plenamente en cuenta sus experiencias y opiniones y, además, de lograr su plena cooperación en la labor de formular la citada política y de obtener el apoyo necesario para su ejecución*».

En el presente caso, es evidente que ello no ocurrió. Ni los trabajadores ni sus representantes fueron consultados sobre una reforma que incidía

directa y sustancialmente en la política de empleo; y, lo que es peor, que incidía negativamente sobre el acceso y goce de uno de los derechos laborales fundamentales, como es el derecho de igualdad de trato y no discriminación.

En su Observación General N° 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005 y relativa al artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo dedicado al derecho al Trabajo), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas – que es el órgano de supervisión del cumplimiento de dicho Tratado, del que el Perú es parte – ha expresado que «Entre las infracciones de la obligación de respetar el derecho al trabajo están las leyes, políticas y actos que sean contrarios a las normas enunciadas en el artículo 6° del Pacto. *En particular, constituye una violación del Pacto toda discriminación en materia de acceso al mercado de trabajo o a los medios y prestaciones que permiten conseguir trabajo, obedezca esa discriminación a motivos de raza, color, sexo, idioma, edad, religión, opinión política o a motivos de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o a cualquier otra condición social, con el fin de obstaculizar el disfrute o el ejercicio, en plena igualdad, de derechos económicos, sociales y culturales. La prohibición de no discriminación que establece el párrafo 2 del artículo 2° del Pacto es de aplicación inmediata y no está sujeta a una aplicación progresiva ni se supedita a los recursos disponibles. Se aplica directamente a todos los aspectos del derecho al trabajo. Constituye un incumplimiento de su obligación de respetar el derecho al trabajo el hecho de que el Estado no tenga en cuenta las obligaciones jurídicas derivadas del derecho al trabajo a la hora de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades como las sociedades multinacionales*»⁸⁰. [*Énfasis agregado.*]

⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 35° período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, Observación General N° 18 (artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 33.

Ha señalado, además, que «En cuanto a los demás derechos del Pacto, existe la intuición generalizada de que *las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho al trabajo no son permisibles*. Estas medidas regresivas son, entre otras, la denegación del acceso al trabajo a ciertos individuos o grupos, se base tal discriminación en la legislación o en la práctica, la suspensión de la legislación necesaria para el ejercicio del derecho al trabajo, o la aprobación de leyes o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas internacionales relacionadas con el derecho al trabajo. Un ejemplo de ello sería la instauración del trabajo forzado o la revocación de una legislación que proteja al asalariado contra el despido improcedente. Dichas medidas constituirían una violación de la obligación de los Estados Partes de respetar el derecho al trabajo»⁸¹. [Énfasis agregado.] Y ha precisado, en este contexto, que «Las medidas específicas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador». Es decir, todo lo contrario de lo que representa la puesta en vigor de un decreto como el D.L. N° 1057⁸².

El Estado peruano ha tenido siempre la obligación de asegurar la efectiva aplicación de los beneficios laborales reconocidos por su RLC; de hecho, bastante flexibilizado luego de las drásticas reformas laborales impuestas por Fujimori en los años 90.

Un deber que, sin embargo, siempre ha evadido, escamoteando recursos al órgano de la administración encargado de garantizarlos: el Ministerio de Trabajo. Así, pues, los menores costos en materia laboral promovidos por el D.L. N° 1086 representan una consumación de los peores aspectos de la reforma fujimorista y la abdicación de su deber de asegurar la aplicación de la ley laboral.

Carente de otras fuentes de financiamiento, que el D.L. N° 1086 no prevé, estos menores costos laborales acabarán operando como un *subsidio* de los bolsillos de la mayoría de los trabajadores del Perú a las

⁸¹ *Ibíd.*, párr. 34.

⁸² *Ídem*, párr. 25.

ganancias de sus empleadores, con el fin de promover su *competitividad* empresarial. Una forma de competencia, fundada en *dumping social*, que no está autorizada por las reglas de la competencia comercial internacional y, si se hiciera una lectura objetiva de lo que el Tratado impone a las partes, probablemente nos llevaría a la misma conclusión.

En particular, a la luz de lo que prescribe el artículo 17.2.1 del TLC, cuyo numeral 2° establece que ninguna de las partes en el TLC dejará de aplicar, o de otra forma dejará sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar, o de otra forma dejar sin efecto, las leyes y/o reglamentos que sirven para implementar los derechos fundamentales consignados en el párrafo 1, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes, en los casos en que dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sería incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo.

3.3 Las reformas en materia de tercerización e intermediación laboral

El 28 de mayo de 2008, el pleno del Congreso de la República aprobó con 49 votos a favor, 40 en contra y cero abstenciones, la ley que regula los servicios de tercerización laboral. Mediante esta norma, oficializada como la Ley N° 29245, se regularon los casos en los que procede la *tercerización*; los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalicen el uso del referido método de vinculación empresarial. La iniciativa fue respaldada por las bancadas parlamentarias aprista y nacionalista, y se dictó con el objeto de poner fin a una generalizada y ampliamente cuestionada situación de abuso en el sector.

En efecto, como es de dominio público, el uso de la intermediación laboral (o tercerización) se generalizó en la década de los 90, cuando la reforma flexibilizadora del régimen fujimorista propició el uso intensivo de modalidades de contratación intermediadas a través de «*services*», «*contratistas*», «*subcontratistas*» y «*subsubcontratistas*». La flexibilización

laboral contribuyó, así, a precarizar el empleo existente, dificultando, a su vez, el ejercicio de derechos fundamentales como la sindicalización y la no discriminación en el empleo.

Primó, desde entonces, una amplia permisividad para que los trabajadores fueran contratados a través de terceros, que aparecían como sus empleadores, aunque en realidad no fueran sus verdaderos empleadores. Y, todo ello, con el deliberado objeto de liberar a estos de sus responsabilidades más elementales.

El resultado fue que a los trabajadores que se sindicalizaban o reclamaban por sus derechos los despedían, no se les renovaba el contrato y/o se los consignaba en una lista negra para que nadie los contratara nunca más. El efecto sobre los sindicatos fue devastador.

De acuerdo con el artículo 2° de la Ley N° 29245, aprobada tras un largo y complicado debate, no exento de intensas presiones por parte de un sector empresarial contrario a la modificación de un statu quo que los había beneficiado ampliamente, la tercerización pasó a definirse como la situación en la que una empresa o particular «[...] contrata a] empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación».

La norma delimitó las empresas autorizadas a prestar servicios de tercerización y resaltó que estas no podían dedicarse exclusivamente a proveer personal para terceros. En el supuesto de que esto ocurriera – es decir, que la empresa sólo proveyera personal – se consideraría que existía una relación de trabajo directa e inmediata entre él o los trabajadores implicados y la empresa en la que éstos vinieran prestando sus servicios.

La Ley N° 29245 dispuso, además, que el sistema de contratación tercerizada no podía restringir el ejercicio de los derechos individuales

y colectivos de los trabajadores; subrayando que, respecto de su empleador, «los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado»⁸³.

En el supuesto de que los trabajadores fueran desplazados de una empresa a otra, la Ley estableció un vínculo de responsabilidad solidaria por parte de las empresas *terciarizadora*⁸⁴ y *principal*⁸⁵ en cuanto al pago de los derechos y beneficios laborales, así como de las obligaciones referidas a la seguridad social de los trabajadores contratados bajo esta modalidad, siempre y cuando se hubieran establecido por norma legal y no por normas de origen convencional o unilateral⁸⁶. En caso de cobrarse el monto de estos derechos a la empresa principal, esta tendría derecho a repetir contra la terciarizadora.

Las regulaciones establecidas por la Ley N° 29245 introdujeron una luz de esperanza en relación con la largamente postergada demanda de poner coto a los abusos de este tipo de empresas. Demanda que había llevado al candidato presidencial, y hoy Presidente Alan García, a prometer, durante su campaña electoral el primer semestre de 2006, que se eliminaría esta modalidad de contratación laboral.

No obstante, el entusiasmo duró muy poco. Por medio del Decreto Legislativo N° 1038, aprobado apenas un día después de promulgada la Ley N° 29245⁸⁷, el Gobierno hizo suyos los reclamos empresariales al respecto y flexibilizó los alcances de la Ley acabada de aprobar para regular los servicios de tercerización laboral.

⁸³ Ley N° 29245, artículo 7°.

⁸⁴ Aquellas que brindan el servicio u obra a través de sus propios trabajadores. De acuerdo con el artículo 1° del Reglamento de la Ley (DS N° 006-2008-TR).

⁸⁵ Aquella que encarga el servicio. De acuerdo con el artículo 1° del Reglamento de la Ley.

⁸⁶ De acuerdo con la modificación realizada en el artículo 3° del DL N° 1038, adoptado para compatibilizar la legislación interna al TLC. Los derechos en especial han sido desarrollados en el Reglamento de la Ley.

⁸⁷ La Ley fue promulgada el 23 de junio, mientras que el Decreto Legislativo lo fue el 24 de junio de 2008.

Mediante dicho decreto legislativo se estableció que el régimen establecido por la ley sólo se aplicaría cuando existiera «desplazamiento continuo» de trabajadores y no en situaciones de desplazamiento esporádico o eventual⁸⁸.

Con fecha 11 de setiembre de 2008, además, el Poder Ejecutivo aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, reafirmando la flexibilización del alcance de estos, indicando que las normas por ellos establecidas sólo comprenderían a las empresas que tercerizaran su actividad principal y *«siempre que se produzca un desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas»*.

El reglamento señaló, además, que se entenderá por «desplazamiento continuo», sólo cuando este: «a) [...] ocurra, cuando menos, durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre» (Artículo 6°).

De acuerdo con el reglamento, asimismo, las pequeñas empresas dedicadas a tercerizar mano de obra ya no tendrían que demostrar disponer de una pluralidad de clientes, tal como lo establecía en forma genérica la Ley N° 29245⁸⁹.

El reglamento aprobado dispuso, igualmente, que la tercerización se desnaturalizaría si se verificara la ausencia de autonomía empresarial de la tercerizadora, o cuando los trabajadores se encontraran bajo la supervisión de la empresa principal, o en caso de que se continuara con la prestación de los servicios luego de transcurrido el plazo establecido por el reglamento (30 días), momento a partir del cual se producirá la cancelación del registro de la empresa tercerizadora. Sólo cuando esto ocurra –es decir, cuando se produzca la desnaturalización del vínculo establecido –la empresa principal será entendida como la empleadora del trabajador desplazado.

⁸⁸ Decreto Legislativo N° 1038, artículo 2°.

⁸⁹ Ley N° 29245, artículo 2°.

La reforma legal introducida a la Ley N° 29245 y su posterior y evidente relajamiento mostró que el Gobierno del Presidente García no sólo estaba dispuesto a ceder a las presiones empresariales que le urgían a mantener el statu quo heredado del fujimorismo, sino que es poco lo que puede esperarse ahora de la aplicación de la norma aprobada, incluso como finalmente quedó.

Lo que es particularmente grave, en la medida en que, precisamente, la tercerización laboral constituye una de las herramientas más recurridamente empleadas por algunos sectores del empresariado para burlar los derechos de los trabajadores y, en particular, para impedir su acceso a la organización sindical. Lo que, una vez más, no parece ir en sintonía con las obligaciones contraídas en el Capítulo Laboral del TLC.

4. Las reformas que el Gobierno se negó a implementar

4.1 El carácter discriminatorio del régimen laboral en el sector agrario

Como se dijo antes, mediante la Ley N° 29157 el gobierno recibió amplias facultades para dictar normas que facilitarían la implementación del TLC con los EE.UU., por lo que hubiera sido dable que aprovechara las mismas para rectificar algunos de los aspectos vigentes en nuestra legislación y prácticas laborales que menos se condicen con los compromisos asumidos en el TLC. Lamentablemente, ello no ocurrió respecto de temas tan delicados como el de los regímenes discriminatorios en materia laboral que aún subsisten en el sector agrario y exportador⁹⁰.

⁹⁰ Para analizar esta problemática es menester ubicar los parámetros que al efecto emplea la OIT y, en particular, la clasificación que emplea al distinguir esencialmente tres tipos de discriminación en el trabajo: por distinción, exclusión o preferencia; las que pueden darse con respecto a las condiciones laborales, el salario, los beneficios sociales o las opciones de promoción y formación. En nuestro ámbito normativo, el artículo 2° inciso 2) de la Constitución reconoce dicho derecho de la siguiente manera: «Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». El Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, se ha encargado de conceptualizar la igualdad, delimitando así el contenido esencial o núcleo inderogable del derecho a la no discriminación. Así, en su Sentencia N° 0261-2003-AA/TC, sentencio que la igualdad es un principio/derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Por esta vía, el Tribunal Constitucional reconoció la doble dimensión de la igualdad; esto es, la igualdad como principio y la igualdad como derecho. Lo cual implica, de acuerdo con el mismo órgano colegiado, lo siguiente: a) la abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y b) la existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogas. A partir de esto, el Tribunal Constitucional entiende que la igualdad se comporta como una garantía institucional; la cual, además de garantizar el ejercicio de un derecho relacional, se constituye simultáneamente: a) como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios.../

En cuanto a lo primero, es importante retrotraernos al 30 de octubre del año 2000 – en pleno desplome del régimen del ex Presidente Alberto Fujimori – cuando se aprobó la Ley N° 27360, que incluyó un amplio conjunto de medidas para la promoción del sector agrario.

Mediante el artículo 7° de dicha ley se estableció un régimen laboral, *de carácter especial y transitorio*⁹¹, aplicable tanto a las personas naturales

/...prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); d) como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad entre los hombres. Mediante su Sentencia N° 0261-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional complementó el reconocimiento del plano formal de la igualdad que se hace en el artículo 2° numeral 2° de la Constitución, al hacer expreso reconocimiento de su dimensión material tal como sigue: «El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos.» Y en base a estos criterios estableció que la diferenciación no atentará contra el principio de igualdad y, en consecuencia, con el derecho a la no discriminación; siempre y cuando se den las siguientes condiciones: a) la existencia de una norma diferenciadora; b) la existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación; c) una finalidad específica; d) razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; e) racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho y la finalidad que se persigue; y f) proporcionalidad; es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad.

⁹¹ Ley N° 27360, artículo 7° (Contratación Laboral): 7.1 Los empleadores de la actividad agraria comprendidos en el artículo 2° de la presente Ley podrán contratar a su personal por período indeterminado o determinado. En este último caso, la duración de los contratos dependerá de la actividad agraria por desarrollar, pudiendo establecerse jornadas de trabajo acumulativas en razón de la naturaleza especial de las labores, siempre que el número de horas trabajadas durante el plazo del contrato no exceda en promedio los límites máximos previstos por la Ley. Los pagos por sobretiempo procederán sólo cuando se supere el referido promedio. 7.2 Los trabajadores a que se refiere el presente artículo se sujetarán a un régimen que tendrá las siguientes características especiales: a) Tendrán derecho a percibir una remuneración diaria (RD) no menor a S/. 16.00 (dieciséis y 00/100 Nuevos Soles), siempre y cuando laboren más de 4 (cuatro) horas diarias en promedio. Dicha remuneración incluye a la Compensación por Tiempo de Servicios y las gratificaciones de Fiestas Patrias y Navidad y se actualizará en el mismo porcentaje que los incrementos de la Remuneración Mínima Vital. b) El descanso vacacional será de 15 (quince) días calendario remunerados por año de servicio o la fracción que corresponda, salvo acuerdo entre trabajador y empleador para un período mayor. c) En caso de despido arbitrario, la indemnización es equivalente a 15 (quince) RD por cada año completo de servicios con un máximo de 180 (ciento ochenta) RD. Las fracciones de años se abonan por dozavos.

o jurídicas que desarrollaran cultivos y/o crianzas en el ámbito rural, con excepción de la industria forestal; como a las personas naturales o jurídicas que realizaran actividad agroindustrial, siempre que utilizaran principalmente productos agropecuarios, producidos directamente o adquiridos de las personas que desarrollaran cultivo y/o crianzas.

Fueron excluidas de la Ley, además, las actividades agroindustriales relacionadas con el trigo, el tabaco, las semillas oleaginosas, los aceites y la cerveza. Asimismo, la Ley estableció una serie de medidas tributarias orientadas a la promoción y desarrollo del sector agrario⁹².

La Ley N° 27360 estableció para el trabajo remunerado por cuenta ajena en el sector agrario un trato distinto al que la legislación laboral común reconocía en el Perú, en general, al trabajo remunerado por cuenta ajena en otros sectores. Distinción que se refleja en los siguientes aspectos:

- i) Jornada de trabajo: En el régimen común, máximo 8 horas diarias ó 48 horas semanales. En el régimen de la Ley N° 27360 se permiten jornadas acumulativas y sólo se paga el sobretiempo cuando exceda *en promedio* los límites máximos permitidos por la ley; lo que se traduce, con no poca frecuencia, en agotadoras y extensas jornadas diarias de trabajo que sólo son retribuidas extraordinariamente.
- ii) Remuneraciones: En el régimen común, un salario no inferior a la Remuneración Mínima Vital. A la fecha de dación de la Ley esta equivalía a S/. 16.66 diarios. Si se incluyera en éste otros beneficios sociales del trabajador, previstos por la ley laboral peruana, tales como la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS) y las

⁹² Dentro de estas medidas se encontraba la aplicación de una tasa menor para el cálculo del impuesto a la renta (15%), la posibilidad de depreciar un 20% anual el monto de las inversiones en obras de infraestructura hidráulica y obras de riego y la posibilidad de recuperar anticipadamente el Impuesto General a las Ventas pagado por la adquisición de bienes de capital, insumos, servicios y contratos de construcción.

Gratificaciones, este jornal equivaldría a S/. 20.83 diarios. En el régimen de la Ley N° 27360: Una remuneración no inferior a la Remuneración Mínima Legal (S/. 19.51 al día en el momento de promulgación de la ley), pero dentro del mismo se incluyen las Gratificaciones legales y la Compensación por Tiempo de Servicios.

Dada la disminución de la cuantía de las gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios que el régimen laboral agrario impone (ver más adelante), el trabajador agrario que percibía el salario mínimo legal del sector en el momento en que se promulgó la prórroga de la Ley recibió al año S/. 476.640 menos que lo que percibió por su labor un trabajador sujeto al régimen laboral común⁹³.

- iii) Vacaciones: En el régimen común, un descanso vacacional remunerado de treinta (30) días calendarios remunerados por cada año de servicios; en el régimen de la Ley N° 27360: un descanso vacacional de quince (15) días calendario remunerados, por cada año de servicios. Dada la restricción al número de días de vacación al año de que disponen los trabajadores del sector agrario, estos disponen de sólo la mitad del tiempo que los trabajadores sujetos al régimen laboral común tienen para descansar, recrearse, compartir tiempo con sus familias o prevenir el estrés y otras patologías propias del trabajo.
- iv) Gratificaciones legales: En el régimen común, dos (2) gratificaciones al año: una en julio y otra en diciembre, con un monto, en cada caso, equivalente a la remuneración mensual que perciba el trabajador en la oportunidad en que corresponda su pago. En el régimen de la Ley N° 27360: Se incluyen ambas gratificaciones en el salario diario del trabajador.

⁹³ En la fecha de aprobación de la Ley N° 27360: Régimen Común: S/. 500.00 (Salario Mínimo Legal) x 15 meses (12 remuneraciones mensuales, más una gratificación pagadera en julio, más una gratificación pagadera en diciembre, más un haber mensual anual por CTS, descompuesto en dos partes a pagar en mayo y noviembre de cada año: S/. 7,500.00). Régimen de la Ley N° 27360: S/. 19.51 (Salario Mínimo Legal del régimen laboral agrario) x 12 meses: S/. 7,023.00. S/. 7,500 – S/. 7,023: S/. 477.64.

- v) **Compensación por tiempo de servicios:** En el régimen común, los empleadores depositarán en los meses de mayo y noviembre de cada año, tantos dozavos de la remuneración computable percibida por el trabajador en los meses de abril y octubre respectivamente, como meses completo haya laborado en el semestre respectivo. En el régimen de la Ley N° 27360: Se subsume en el salario diario. Al hacerlo, como en el caso de las gratificaciones, se incrementa el monto de las mismas permitiendo que estas superen la cuantía de la Remuneración Mínima Legal.
- vi) **Indemnización por despido arbitrario:** En el régimen común se pagan 45 días (1 ½ remuneración) por cada año efectivo de servicios hasta un tope de 360 días. En el régimen de la Ley N° 27360 se paga sólo 15 días (1/2 remuneración) por cada año efectivo de servicios con un tope de 180 días. La Ley N° 27360 redujo a la tercera parte, en el caso de los trabajadores agrarios, la indemnización especial que el régimen común otorga a los trabajadores como medio de protección contra el despido arbitrario, limitando así el alcance de la doble finalidad que dicha indemnización persigue: (i) como instrumento de disuasión de inconductas patronales en este campo, y (ii) como medio de reparación al trabajador por los perjuicios que un cese arbitrario indudablemente provoca.

La comparación entre ambos regímenes laborales pone de manifiesto que los trabajadores del sector agrario gozan de menos derechos respecto de los trabajadores cuyas relaciones laborales son reguladas por el régimen general o común.

No se trata de derechos *adicionales* o *diferentes*, como ocurre en la legislación comparada relativa al régimen laboral del sector agrario en otras realidades de América y el mundo, donde a los derechos propios del régimen laboral común se suman prestaciones adicionales por cuenta del empleador, (vg. la obligatoriedad de proporcionar al trabajador agrario alojamiento, cuidados médicos, transporte o escuelas para sus hijos), sino de derechos *análogos* o *similares* pero inferiores en cuanto a su contenido.

Cuando casi había transcurrido el plazo originalmente previsto por la ley, el 22 de julio del año 2006, el Congreso de la República publicó la Ley N° 28810, que en su artículo 1° dispuso la ampliación del régimen laboral especial impuesto por la Ley N° 27360 hasta el 31 de diciembre de 2021. Así, un régimen «*transitorio*» que fue previsto para regir por sólo 10 años, fue extendido (por ahora) para durar 21 años.

En respuesta a esta situación, el 30 de octubre de 2006, el Colegio de Abogados de la Región Ica – zona del país con una significativa presencia de trabajo agrario – interpuso ante el Tribunal Constitucional una acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 27360, señalando que esta norma afecta el principio de igualdad y no discriminación consagrado en los artículos 1° y 2.2 de la Constitución Política del Perú y, además, en un conjunto de tratados internacionales de los que el Perú es parte; ya que imponía a los trabajadores agrarios – sin una justificación adecuada – una serie de beneficios laborales *inferiores* a los reconocidos en favor de los trabajadores sujetos al régimen laboral común.

La Ley N° 27360, dijo el demandante, constituye una *norma diferenciadora* que impone para el trabajo remunerado por cuenta ajena en el sector agrario un trato peyorativo y distinto al que la legislación laboral reconoce al régimen general.

Es importante hacer notar – como lo hizo en su oportunidad el Colegio de Abogados de Ica – que, si bien es posible que el Estado promueva un trato diferenciado en relación a un determinado grupo social, para otorgarle un tratamiento favorable (lo que se conoce como «*discriminación positiva*» o «*acción afirmativa*»), no era el caso de la cuestionada norma; ya que las características del régimen especial agrario conducen a que los ingresos y condiciones de trabajo de estos trabajadores resulten *inferiores* y no superiores a los del régimen laboral general.

Asimismo, en su demanda, el referido Colegio de Abogados cuestionó que las medidas impuestas por la Ley N° 27360 fueran apropiadas y necesarias, señalando que, por el contrario, carecían de una justificación objetiva y razonable. Ello, porque si bien el sector agrario posee

características propias, no resulta claro que las medidas adoptadas respondan a dichas diferencias, sino que por el contrario, sin una justificación objetiva se ha afectado peyorativamente derechos laborales mínimos consagrados en el derecho interno e internacional.

El Colegio de Abogados de Ica señaló, por último, que en la medida en que el derecho a la igualdad es un derecho relacional, mediante la creación del nuevo régimen laboral especial para los trabajadores del campo en el Perú, se vulneraron también otros derechos, como son el acceso a mejores condiciones de vida, el disfrute del derecho a la salud, la educación, una vivienda digna y una alimentación adecuada, entre otros aspectos.

El 21 de noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional falló mediante sentencia 00027-2006-AI/TC declarando *infundada* la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica. Sentencia que fue publicada oficialmente el 2 de febrero de 2008.

En su fallo el Tribunal sostuvo que no existía incompatibilidad entre la Constitución y la norma cuestionada debido a que la intensidad de la intervención en la igualdad era *leve*, pues el artículo 103° de la Constitución peruana permite legislar de manera especial y excepcional, *cuando la naturaleza de las cosas lo amerita*. Asimismo, señaló que el trato diferencial que proscribió la Ley N° 27360 no se sustenta en ninguno de los motivos expresos prosritos por la Constitución, como son el origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, etc. Y, de igual modo, que la norma superaba el *test de igualdad* (que analiza los principios de idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad), en la medida en que la regulación especial del sector agrario fue establecida con un fin constitucionalmente legítimo (promover el acceso al trabajo); era la medida menos gravosa; y el fin que perseguía resultó proporcional a la medida adoptada.

La decisión final adoptada por el Tribunal Constitucional no sólo confirmó la vigencia de una norma que afecta los derechos humanos de las y los trabajadores del campo en el Perú, sino que ignoró que el régimen

laboral de los trabajadores agrarios en la mayor parte de Latinoamérica y del mundo no los excluye de los mismos derechos o garantías que rigen en el régimen laboral común.

Por el contrario, cuando dichos regímenes laborales hacen alguna diferencia es, en general, para otorgar un *plus* de protección al trabajador, a través de medidas relacionadas con aspectos tales como la duración de la jornada y el valor de los sobretiempos, la remuneración del trabajo nocturno, la protección especial del trabajo de los menores, la provisión de alojamiento y alimentación por los empleadores, escuelas para los hijos de los trabajadores, etc.

La acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley N° 27360 no cuestionó la potestad del Estado peruano para expedir leyes especiales con el objeto de plasmar medidas que, mediante regímenes especiales, promuevan o protejan el ejercicio de sus derechos por parte de personas, grupos o colectivos sociales cuya particular condición o situación de vulnerabilidad así lo justifique⁹⁴. Lo que cuestionó fue que se estableciera un régimen especial que afecta claramente el principio de igualdad y no discriminación. Un valor cuya protección el TLC se encarga de subrayar.

El régimen de precarización laboral en el sector agrario – y el subsidio laboral de las utilidades empresariales del sector agroexportador que deriva de él – confronta directamente los propósitos que sostienen los compromisos del Capítulo 17 del TLC. Y al hecho de no haber resuelto esa contradicción, se suman ahora las restricciones que se acaban de imponer respecto de la micro y pequeña empresa vía el Decreto Legislativo N° 1086, así como al régimen especial de contratación de trabajadores en el sector público generado por el Decreto Legislativo N° 1057; todos los cuales configuran el escenario de una extensa

⁹⁴ De hecho, una amplísima variedad de este tipo de medidas han sido consideradas por el Plan Nacional de Derechos Humanos aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-2005-JUS del 10 de diciembre de 2005; la mayor parte de las cuales, sin embargo, hasta hoy, han sido ignoradas por el Estado.

reforma laboral dirigida a imponer un grave retroceso en materia de acceso a condiciones de trabajo dignas.

Un hecho notorio, además, en un país en el que la debilidad de las instituciones laborales continúa desempeñando un papel crucial en la redistribución negativa de los ingresos; sobre todo, dada la condición disminuida que predomina en el ejercicio de las libertades sindicales en el Perú.

4.2 El uso y abuso de los contratos temporales en el sector exportador

Como se dijo antes, otro de los graves problemas que confronta la institucionalidad laboral del país es el predominio de una modalidad de contratación especial en el sector exportador, regulada por el Decreto Ley N° 22342⁹⁵, por cuyo mérito, decenas de miles de trabajadores no sólo se ven privados de su derecho a la estabilidad en sus empleos, sino al ejercicio de las más elementales libertades sindicales.

Para revertir esta situación, el 9 de octubre de 2008⁹⁶ se discutió en el Congreso un dictamen de la Comisión de Trabajo, aprobado durante la legislatura pasada, por la que se eliminaban los contratos temporales en el sector de las exportaciones no tradicionales.

La iniciativa buscaba frenar los abusos laborales (sobre todo antisindicales) que se cometen a través de un uso abusivo de este tipo de contratación. Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo pues, se adujo, faltaba el Dictamen de la Comisión de Comercio Exterior.

⁹⁵Ver el texto del DL N° 22342 en: http://www.viso.plades.org.pe/contenido/alertas/pdf/Alerta255_DecretoLey%2022342.pdf

⁹⁶ http://www.congreso.gob.pe/I_comunicados/AGENDA-9-OCTUBRE-2008.pdf

Esta, sin embargo, debatió el tema el 13 de octubre de 2008⁹⁷ aprobando, por unanimidad, un dictamen desfavorable y envió el proyecto al Archivo⁹⁸. Como quiera que esta opinión se contraponen a la aprobación por parte de la Comisión de Trabajo del mismo Congreso del dictamen al que nos habíamos referido antes, corresponde al pleno del Congreso dirimir la controversia.

Un debate cuya resolución el país espera, y en el que la Comisión de Trabajo del Congreso ha estado comprometido desde hace meses. En particular, durante el debate de los Proyectos de Ley 2241/2007 del 26 de marzo de 2008 y 2272/2007-CR del 2 de abril de 2008, cuyo cometido es derogar el régimen de contratación temporal de promoción de las exportaciones no tradicionales regulado por el Decreto Ley N° 22342⁹⁹. Las principales modificaciones que proponen los proyectos de ley mencionados son las siguientes¹⁰⁰:

Materia	Propuesta
Régimen de Contratación Temporal	El régimen de contratación temporal de promoción de exportaciones temporales se deroga.
Contrataciones por períodos de más de cinco años	Los trabajadores contratados bajo el régimen de contratación temporal de promoción de las exportaciones no tradicionales por más de cinco años, serán considerados trabajadores con contrato a plazo indeterminado.
Contrataciones por períodos menores de cinco años	La contratación de los trabajadores contratados bajo el régimen de contratación temporal de promoción de exportaciones no tradicionales por menos de cinco años, deberá adecuarse a las modalidades de contratación temporal reguladas por el régimen laboral general de la actividad privada.

Fuente: Miranda y Amado Abogados.

⁹⁷[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/sintesiscomisiones.nsf/93ba53c9369e2a0005256d55007736a3/15a3af50ef62a5b6052574de0056e81e/\\$FILE/COMERCIO13-10-2008.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/sintesiscomisiones.nsf/93ba53c9369e2a0005256d55007736a3/15a3af50ef62a5b6052574de0056e81e/$FILE/COMERCIO13-10-2008.pdf)

⁹⁸ <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/sintesiscomisiones.nsf/Sicr/ApoyComisiones/sintesiscomisiones.nsf/SintesisAcuerdosTodas/D9935D92AA0CEE8052574E10079F9F1?opendocument>

⁹⁹ Miranda y Amado Abogados. Informativo laboral. Segunda quincena, junio de 2008. No. 14. Recuperado el 17 de octubre de 2008, en: <http://www.mafirma.com.pe/pub/laborales/08/junio2/il01408.pdf>

¹⁰⁰ Ibidem.

El Ministerio de Trabajo, por su parte, ha presentado una propuesta alternativa que, en su afán de modificar y no derogar la norma, propone que los contratos temporales no sobrepasen los cinco años y que, en caso de que se desnaturalicen y con ello se afecten los derechos de los trabajadores – ya sea individual o colectivamente –, éstos sean considerados contratos a plazo indeterminado¹⁰¹.

El debate en torno a la aprobación de los proyectos de Ley ha sido intenso y áspero, girando alrededor de dos posiciones encontradas. Por un lado, la de los trabajadores y grupos parlamentarios que respaldan sus posiciones, para quienes el régimen de contratación temporal en el sector exportador ha sido desnaturalizado, porque fue ideado como un aliciente temporal para la promoción de las exportaciones y ha acabado convirtiéndose en un régimen de contratación precaria y permanente, en el que existen graves impedimentos para ejercer las libertades sindicales. Por otro, la de los que estiman que este régimen ha resultado beneficioso para la economía nacional y para los propios trabajadores, que han accedido por esta vía a fuentes de trabajo que de otro modo no tendrían.

Los argumentos a favor y en contra de estos proyectos de ley reproducen los que, en un plano más general, se han dado en relación a si tornar más equilibrada la legislación laboral, modificando los extremos más radicales heredados de la flexibilización extrema impuesta bajo el Gobierno de Fujimori o si, por el contrario, esta debe mantenerse.

«Si se eliminan los contratos de exportación no tradicional, las empresas de sector textil ya no podrán adecuar sus necesidades de contratación a los pedidos de compra en el exterior. Todas se verán obligadas a incorporar a sus trabajadores en planilla, así no los necesiten, lo cual, además de elevar costos, las hará perder competitividad», ha señalado, por ejemplo, el presidente de la Asociación de Exportadores, José Luis Silva¹⁰².

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Diarios EL COMERCIO y GESTIÓN, 30 de septiembre de 2008.

Los trabajadores, por su parte, acusan que dentro de este régimen, un trabajador puede tener 10 ó 15 años continuos de trabajo para un mismo empleador, pero siempre estará sujeto a la renovación permanente de sus contratos. Y laboralistas como Germán Lora creen, por su parte, que «los empleadores no entienden que la temporalidad es del puesto de trabajo y no del trabajador»¹⁰³.

La discusión de estos proyectos ha quedado indefinidamente aplazada desde agosto de 2008, debido a la presión de sectores vinculados al sector exportador que invocan como principal motivo la crisis económica del principal receptor de nuestras exportaciones, Estados Unidos¹⁰⁴. Destacado papel en este aspecto han cumplido la Cámara de Comercio Peruano Norteamericana (AMCHAM)¹⁰⁵ y el ex Ministro de Trabajo Mario Pasco¹⁰⁶, quienes públicamente expresaron no estar de acuerdo con la derogación de la norma que creó el régimen. Posición que contrasta con la de la OIT que, también de forma pública, expreso su disconformidad con regímenes especiales comoeste¹⁰⁷, que hoy en el Perú abarca a un inmenso número de trabajadores.

En efecto, como mencionó en octubre de 2008 uno de los diarios más cercanos al sector empresarial¹⁰⁸, en los últimos nueve años el uso de este tipo de contratos se ha incrementado de manera exponencial, pasando de 91,000 contratos en el año 2000 a 250,695 el año 2007 y 166,071, sólo a julio de 2008 (últimas cifras disponibles). Según los números mencionados por dicho diario, es el sector textil el que más

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Diario EL COMERCIO, 2 de octubre de 2008. Recuperado el 17 de octubre de: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2008-10-02/aplazan-Congreso-debate-final-sobre-contratos-temporales.html>

¹⁰⁵ http://www.amcham.org.pe/publicidad/amchamnews/2008/AmChamNews_abril_2008.pdf

¹⁰⁶ http://www.mintra.gob.pe/mostrar_noticia.php?id_actividades=2238

¹⁰⁷ Diario LA REPÚBLICA, 10 de octubre de 2008.

http://www.larepublica.com.pe/component/option,com_contentant/task,view/id,248984/Itemid,0/

¹⁰⁸ Diario GESTIÓN, 9 de octubre de 2008.

uso hace de esta modalidad contractual¹⁰⁹. Un sector en el que no sólo el movimiento sindical se ha reducido masivamente, sino en el que ha desaparecido la negociación colectiva por rama de actividad; de la que sus trabajadores gozaron por décadas.

4.3 Una Inspección del Trabajo con graves responsabilidades y pocos medios

El TLC celebrado entre el Perú y los EE.UU. incluye un conjunto de previsiones que tienen como finalidad que las partes respeten la legislación que rige en cada país, tanto en los tratados de los que son parte, como en las leyes nacionales. Así, como hemos visto antes, en el artículo 17.1.a del TLC las «Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la organización Internacional del Trabajo (OIT)»; y en el artículo 17.2.1 del TLC declaran que «Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT): (a) la libertad de asociación; (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva; (c) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio; (d) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.»

El Capítulo Laboral del TLC establece, además, la obligación de no dejar de aplicar las leyes y reglamentos por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente. Y en las normas referidas a la contratación pública, no sólo se exige que se practique la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, sino que los proveedores del Estado cumplan con las leyes laborales y, esencialmente, los derechos

¹⁰⁹ La nota sobre este tema publicada por el diario GESTION el 9 de octubre de 2008 señala que «el primer semestre de este año, el sector textil ha firmado más de 100,000 contratos por exportación no tradicional».

fundamentales en el trabajo, condiciones de trabajo aceptables, salario mínimo y con las normas de salud y seguridad ocupacional.

Estas disposiciones hacen especialmente relevante las inspecciones de Trabajo; un rubro en el que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha debido lidiar durante los últimos años con la carencia de recursos económicos y de personal especializado.

En el Perú, la inspección del cumplimiento de los derechos laborales está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo (MTPE), y se encuentra regulada por la Ley N° 28806 (que regula el sistema de Inspección del Trabajo) y su reglamento.

Complementa esta norma el Reglamento de la Carrera del Inspector del Trabajo, que es un indicador importante de la voluntad del Estado para que efectivamente se cumplan con las inspecciones. Si los inspectores no cuentan con condiciones apropiadas para desplegar sus funciones, la implementación de la Ley N° 28806 puede convertirse en una quimera.

La Ley N° 28806, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de julio de 2006, fue promulgada con el objeto de implementar los compromisos asumidos por el Perú al ratificar el Convenio 81 de la OIT sobre la Inspección del Trabajo¹¹⁰, conforme al cual los gobiernos se comprometen a mantener un sistema de inspección del trabajo en los establecimientos industriales y comerciales¹¹¹. Su ámbito de aplicación, no obstante, no se restringe a lo mencionado en el mencionado Convenio.

En efecto, de acuerdo con su artículo 4°, el alcance de la ley se extiende a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que estén obligadas a cumplir las normas «sociolaborales», en cualquier lugar

¹¹⁰ Ver el texto del Convenio OIT 81 en <http://www.cesdepu.com/instint/oit81.htm>

¹¹¹ Perú no ha ratificado, sin embargo, el Protocolo de 1995 que amplía la inspección de trabajo a otro tipo de organizaciones.

donde se ejecute la prestación laboral sujeta al régimen de la actividad privada: así, ésta puede abarcar las actividades prestadas en los vehículos, medios de transporte en general e instalaciones y explotaciones auxiliares o complementarias que brindan servicios a estos; los puntos de salida, escala y destino (puertos, aeropuertos, vehículos) en el caso de viajes relacionados con migraciones laborales; en las entidades que brinden servicios de intermediación laboral; en los domicilios en el caso de las o los trabajadores del hogar, y los lugares donde se preste trabajo infantil, por ejemplo.

La materia en torno a la cual puede llevarse a cabo las inspecciones de trabajo se contrae al cumplimiento de la normativa laboral, la prevención de riesgos laborales, aspectos relacionados con la colocación de trabajadores, el empleo, trabajo infantil, promoción del empleo y/o formación para el trabajo, la seguridad social, la migración y el trabajo de extranjeros, así como otras materias que le sean atribuidas legalmente¹¹².

El artículo 3º de la Ley N° 28806 enumera los derechos que se persigue asegurar con la Inspección de Trabajo; y estos son los derechos fundamentales en el trabajo, en especial en materia de relaciones individuales y colectivas; la protección de los representantes de los trabajadores; la prevención de riesgos laborales; el Empleo y las Migraciones; la promoción del empleo y la formación para el trabajo; el trabajo infantil; el trabajo de las personas con discapacidad; y otras que se encomiende a la Inspección del Trabajo.

Es importante, por ello, contrastarlas con respecto a las normas que se comprometió Perú a cumplir para la implementación del TLC celebrado con los EE.UU.: la libertad de asociación y la libertad sindical; el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la

¹¹² Preámbulo de la norma.

abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, Decreto Supremo N° 19-2006-TR¹¹³, definió con detalle las infracciones que pueden ser sancionadas por los inspectores de trabajo, dividiéndolas en infracciones en materia de relaciones laborales, de seguridad y salud en el trabajo, de empleo y colocación, de empresas de intermediación laboral y empresas usuarias, en materia de promoción y formación para el trabajo (e infracciones a la labor inspectiva), de seguridad social (e infracciones a la labor inspectiva) y en materia de contratación de trabajadores extranjeros.

Por su parte, el Reglamento de la Carrera del Inspector del Trabajo (Decreto Supremo N° 21-2007-TR), organizó la carrera de los inspectores de trabajo en tres niveles: los Supervisores Inspectores (mayor nivel), los Inspectores del Trabajo e Inspectores Auxiliares (nivel menor). De acuerdo con la página web del MTPE, en la actualidad existen 100 Inspectores Auxiliares, 108 Inspectores y 18 Supervisores¹¹⁴.

Esta situación se ve agravada además por dos motivos: por un lado, la permanente inestabilidad a la que están expuestas las reglas de juego a las que deben someterse los inspectores de trabajo; y, por otro, la falta de recursos económicos asignados para esta función, que desdice de la voluntad política del gobierno para implementar una inspección de trabajo digna de ese nombre.

El 1° de septiembre de 2007 el Gobierno expidió el DS N° 019-2007-TR incorporando, un vez más, precisiones a las facultades de control a cargo de los inspectores del MTPE. Y ello ocurrió en un contexto en el que, a pesar de la sistemática y profusa modificación de las normas en materia de inspección del trabajo ocurridas durante los últimos años, el sufrimiento de los trabajadores a la hora de ejercer sus más elementales

¹¹³ Modificado por el Decreto Supremo N° 19-2007-TR.

¹¹⁴ <http://www.mintra.gob.pe/inspecciones.php>. Visitada el 16 de octubre de 2008.

derechos laborales y sindicales ha continuado navegando, viento en popa.

Un resumen de las normas sobre inspección del trabajo dictadas durante los ocho años que ya lleva el período post Fujimori puede darnos una idea de como discurre este proceso. En marzo de 2001 se dictó la «Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador» (DL 910) y luego, mediante la Resolución Ministerial N° 027-2001-TR, también de marzo de 2001, los «lineamientos adicionales» expedidos para la aplicación de la ley anterior.

En junio de 2001 se aprobó el reglamento de la Ley mediante el Decreto Supremo N° 010-2001-TR. Apenas cinco años después, por Ley N° 28806, se aprobó en julio de 2006 una nueva Ley General de Inspección General del Trabajo. Poco después, sería aprobado su reglamento original mediante el Decreto Supremo N° 016-2006-TR, al que luego se sumó el Decreto Supremo N° 019-2007-TR antes mencionado.

La sexta modificación ocurrida en el régimen de inspecciones aprobada apenas un año después de la anterior; por casualidad, justo en el momento en que el Congreso de los EE.UU. se empezaba a debatir de la ratificación del TLC negociado con dicho país.

La nueva normativa aprobada encara, sin embargo, varios problemas. Primero, el hecho de que la nueva norma aprobada restringe la labor de inspección del trabajo exclusivamente a la fiscalización de incumplimientos ligados a las disposiciones laborales *que forman parte de nuestro derecho interno* (artículo 22° del D.S. N° 019-2007-TR); y, simultáneamente, que omite mencionar los *estándares internacionales en materia de derechos fundamentales en el trabajo*, ratificados por el Perú, cuyo margen de protección es notoriamente más amplio.

Preocupa, asimismo, que la norma aprobada incluyera un conjunto de definiciones – por ejemplo, en sus artículos 25°, 33° y 34° – que, en general, dejan un amplio margen de interpretación al Inspector de Trabajo para definir, discrecionalmente, su concreción en cada caso concreto.

Ello podría parecer bueno, pero lo hace al mismo tiempo controversial, ya que, por tratarse de decisiones administrativas, permite que esas interpretaciones puedan ser impugnadas judicialmente a través de procesos contencioso-administrativos¹¹⁵.

Mientras todo ello ocurre, no sólo el Presupuesto General de la República 2008 no alteró sustancialmente la ínfima cantidad de recursos asignados al MTPE para cumplir con su labor de garante de la ley laboral, sin que la situación empeorara respecto a la previsión de recursos para el año 2009.

En efecto, durante la sustentación de su Pliego Presupuestario ante la Comisión de Economía del Congreso de la República, el pasado 30 de septiembre, el ahora ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Mario Pasco Cosmópolis, señaló que el presupuesto previsto para el próximo ejercicio 2009 ascendería a S/. 79.6 millones (172 millones menos que el año 2008), monto que representa el 0.11% del presupuesto total del sector público¹¹⁶.

El ex ministro Pasco consideró que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) debería «modular el recorte presupuestal» previsto para el presente ejercicio debido a que si este se consumaba afectaría gravemente las inspecciones laborales. La consecuencia de ello es que, aunque los inspectores del MTPE cuentan formalmente con mayores y más precisas funciones de fiscalización, siguen sin disponer de medios adecuados para ejecutar la función que les es asignada¹¹⁷.

Así pues, las modificaciones formales introducidas en el sistema de inspección de trabajo en el Perú, lamentablemente, no han ido

¹¹⁵ Constitución, artículo 148º: «Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa».

¹¹⁶ Declaraciones del ex Ministro Mario Pasco consignadas en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.mtpe.gob), consultada el 30 de septiembre de 2008.

¹¹⁷ Ver más información y comentario al respecto en <http://aeperu.blogspot.com/2007/09/inspecciones-del-trabajo.html>

acompañadas de evidencias que demuestren la existencia de una verdadera voluntad política al más alto nivel que permita poner fin a la masiva violación de derechos laborales y sindicales que ocurre todos los días en el Perú.

Aún más, incluso los recursos presupuestales previstos por el MEF para el último trimestre del año 2008 resultarían insuficientes para realizar las inspecciones programadas, puesto que afectarían no sólo el pago de los sueldos de los inspectores, sino también el de los viáticos, pasajes y otros gastos que se requieren para que las inspecciones programadas puedan llevarse a cabo¹¹⁸.

Es obvio entonces que no basta con contratar más inspectores. Para demostrar que existe una real voluntad de asegurar el cumplimiento de la ley laboral es indispensable que estos cuenten con todas las facilidades necesarias para realizar sus inspecciones; y estas no se llevarán a cabo si el costo de la movilidad debe ser asumida por los propios inspectores con cargo a devolución por el Ministerio tres meses después, tal como ocurre actualmente¹¹⁹.

Otro tema importante tiene que ver con la efectividad de las sanciones que se imponen como consecuencia del incumplimiento de las disposiciones laborales: Según el Anuario Estadístico 2007 del MTPE¹²⁰, ese año se impuso multas por S/.10'897,934 que, después de las apelaciones interpuestas por los empleadores disconformes con éstas se redujeron a S/. 2'883,319, de las que, a su vez, se cobró al final del año sólo S/. 985,744. Es decir, menos del 10% del total.

Los efectos disuasivos de esta forma de encarar las sanciones que se requiere para evitar la impunidad de las violaciones a los derechos de los trabajadores son claramente menoscabados por esta situación.

¹¹⁸ Ex ministro Pasco ante la Comisión del Congreso. En: <http://www.elcomercio.com.pe/ediciononline/HTML/2008-09-30/advienten-que-inspecciones-laborales-podrian-afectarse-falta-recursos.html>

¹¹⁹ <http://www.larepublica.com.pe/content/view/251630/484/>

¹²⁰ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuario Estadístico 2007, p. 191.

De la misma forma, se hace necesaria la institución de un sistema de control – que hoy no existe – que limite los excesos en que puedan incurrir los inspectores; en particular en aquellos casos en los que es posible que, por medio de sobornos, se intente frustrar la efectividad de los derechos de los trabajadores.

De acuerdo con las declaraciones del entonces Viceministro y hoy Ministro de Trabajo, Jorge Villasante, las inspecciones efectuadas para verificar el cumplimiento de las normas laborales en el Perú durante el año 2007, superaron las 100,000 actuaciones. De estas, el 40% se realizó en empresas de los sectores Comercio y Servicios; y en segundo lugar se ubicó el sector industrial, con aproximadamente el 20 % del total de inspecciones. Respecto al sector minería, un sector con alta conflictividad dada la extensión de las empresas contratistas y subcontratistas que allí operan, el actual Ministro indicó que a pesar de haberse llevado a cabo «muchas inspecciones», estas no significaron mucho en el volumen total de inspecciones realizadas¹²¹.

Así, según las cifras oficiales del MTPE, durante el año 2008 las inspecciones de trabajo completaron las siguientes metas: en el primer trimestre 28,735¹²²; en el segundo trimestre 29,572¹²³; y en el tercer trimestre 31,924¹²⁴.

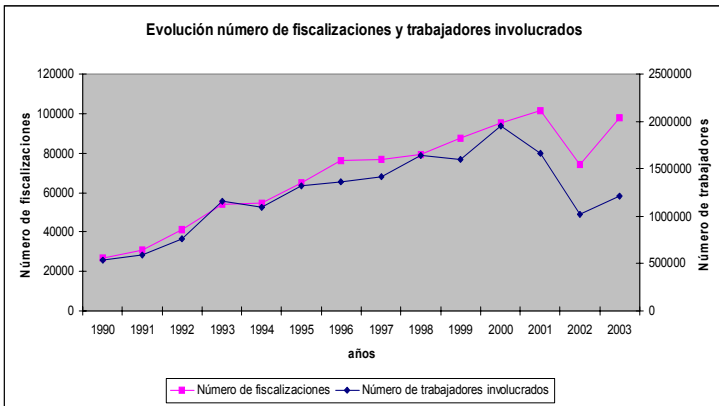
¹²¹ RPP. http://cms.rpp.com.pe/portada/economia/109042_1.php (visitada el 29 de octubre de 2008). Igualmente, MTPE. Leyendo Números: http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2007/triptico_primer_Trimestre_2007.pdf, http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2007/triptico_segundo_Trimestre_2007.pdf http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2007/triptico_tercer_Trimestre_2007.pdf http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2007/triptico_cuarto_Trimestre_2007.pdf

¹²² http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2008/triptico_primer_Trimestre_2008.pdf

¹²³ http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2008/triptico_segundo_Trimestre_2008.pdf

¹²⁴ http://www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/2008/triptico_tercer_Trimestre_2008.pdf

De ser real el número de inspecciones que se afirma haber llevado a cabo, esta situación nos equipararía con nuestro vecino Chile. Sin embargo, al mirar las cifras estadísticas de dicho país, lo que éstas reflejan es que su Ministerio de Trabajo sólo logró ese número de inspecciones tras casi 10 años de continuo ascenso, y cuando su Dirección de Trabajo llegó a contar con 1,500 funcionarios (ver siguiente Cuadro). Visto lo anterior, es evidente que las autoridades peruanas encargadas de la aplicación de la ley laboral son más eficientes; o que el Ministerio infló sus cifras.



Fuente: Rodrigo Figueroa¹²⁵

4.4 La Ley General del Trabajo que el Congreso se niega a aprobar

Según el diagnóstico empleado por la OIT al elaborar su propuesta de Programa de Promoción del Trabajo Decente en el Perú 2004-2006¹²⁶, en nuestro país escasean los empleos adecuados y proliferan las ocupaciones de bajos ingresos.

¹²⁵ Figueroa, Rodrigo. Inspección del trabajo y regulación de los mercados de trabajo en Chile: Tendencias y procesos. En: www.trabajo.gov.ar/seminarios/2006/files/281105/Figueroa.ppt (visitada el 20 de octubre de 2008).

¹²⁶ Ver el Programa de Promoción del Trabajo Decente en el Perú 2004-2006 en http://www.mintra.gob.pe/contenidos/institucional/consejo_nacional_del_trabajo/logros/inf_trab_dec.pdf

Nuestro desempleo es inferior al 10% de la PEA, pero eso no es motivo de alegría porque el subempleo ha escalado hasta niveles cercanos al 60%. La economía peruana no cesa de crecer desde hace siete años, pero se concentra en ámbitos productivos vinculados a exportaciones primarias (particularmente minería metálica), servicios personales o actividades intensivas en capital, pero no en trabajo.

La gente se ve forzada a emplearse en ocupaciones de bajos ingresos o muy baja productividad, porque no existen oportunidades de empleo adecuadas. Y eso ocurre, entre otras razones, porque los bajos ingresos que perciben los trabajadores condicionan negativamente el tamaño del mercado interno. Eso reduce los incentivos a la inversión para atender ese mercado; y todo ello ocurre en un contexto de incremento constante de la oferta de mano de obra. Como corolario, los que no pueden irse al extranjero en búsqueda de oportunidades, se ven forzados a ocuparse en empleos precarios e inseguros, además de mal remunerados.

Nuestro país, asimismo, ha ratificado el 100% de los convenios fundamentales de la OIT, un 50% de sus convenios prioritarios y un 35.4% de los llamados convenios generales. Esto hace un total ratificado de 62 de los 159 convenios vigentes de esta organización internacional. Pero, a la vez, según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la misma OIT, el Perú viola el 59.7 % de los convenios que ha ratificado.

Todo lo anterior tiene que ver con el impacto que produjeron las reformas laborales implementadas durante la década de los 90 en el ejercicio de los derechos laborales. Pero, en especial, respecto a las posibilidades de ejercicio de esa libertad de organización sindical que es imprescindible para promover una elevación de los ingresos de los trabajadores vía la negociación colectiva o ley.

El alma de esa reforma tiene que ver con las relaciones individuales de Trabajo. Es decir, todo lo que tiene que ver con el tiempo y modalidades de contratación, las formas de despido y las remuneraciones y condiciones de empleo. La ley fue modificada para privar al trabajador de casi cualquier protección frente a una contingencia de abuso de

poder. Y, así, hoy se puede contratar temporalmente a un trabajador casi ilimitadamente, aunque se desempeñe en actividades propias del giro permanente de la empresa. Se lo puede despedir legalmente de mil formas, todas muy simples e, incluso, sin necesidad de invocar una justificación.

Ha existido, además, una amplia permisividad para que los trabajadores sean contratados a través de terceros (*services*, cooperativas, contratas, sub-contratas, sub-sub-contratas, etc.), que aparecen como sus empleadores, aunque no sean sus verdaderos empleadores, con el objeto de liberar a éste de sus responsabilidades más elementales.

Los efectos de esta conjunción de factores (una reforma laboral claramente hostil a los derechos de los trabajadores y sucesivos gobiernos que han tendido a tolerar los abusos cometidos contra estos y a mantener un *statu quo* que claramente representa un subsidio a las actividades de determinados sectores del empresariado), han sido devastadores para el movimiento sindical.

Las cifras del último Anuario Estadístico publicado por el Ministerio de Trabajo (2007) así lo expresan: Entre 1997 y el año 2007, el número de pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados ha descendido de 846 a 641¹²⁷; y el porcentaje de trabajadores sindicalizados en el sector privado ha descendido del 8.63% el año 2005 al 7.06% el 2007¹²⁸.

Como se dijo inicialmente, el año 2003 el gobierno peruano negoció un acuerdo con la OIT para implementar lo que entonces se denominó un «Programa para la Promoción del Trabajo Decente¹²⁹ en el Perú». Uno de los ejes del indicado Programa era promover la libertad sindical en nuestro país, bajo el supuesto de que «al garantizar la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva se creará el poder de negociación

¹²⁷ Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁸ *Ibíd.* p. 167.

¹²⁹ Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la categoría *trabajo decente* abarca, simultáneamente, el cumplimiento y aplicación de normas, la promoción del empleo, la extensión de la protección social y el impulso del diálogo social.

necesario para eliminar el gran número de prácticas inaceptables existente, ya sea en las industrias de exportación o en cualquier otro sector de la economía».

En el Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010 que el Perú adoptó oficialmente el 10 de diciembre de 2005¹³⁰, el Estado peruano se comprometió a implementar dicho programa, pero hasta hoy eso no ha ocurrido.

Perú es, además, uno de los cuatro países de América que carece de una Ley General o Código del Trabajo. Así, en la actualidad, las normas que rigen las relaciones entre empleadores y trabajadores están contenidas en cerca de 50 leyes y sus reglamentos. Buscando integrarlas para hacerlas más accesibles a sus beneficiarios, y para completar los vacíos o inconvenientes en materia laboral detectados por la OIT, a pedido del Congreso de la República, el Consejo Nacional de Trabajo (CNT) inició el 2002 los esfuerzos para aprobar una Ley General del Trabajo. Así, en el seno del CNT, durante más de seis años, se reunieron representantes de los trabajadores y de los empresarios a fin de llegar a un consenso sobre la norma; y vencido el plazo para lograr consensos, se envió el proyecto final (con casi un 80% de sus artículos consensuados) al Congreso de la República para su discusión y aprobación final¹³¹.

¹³⁰ El Plan Nacional de Derechos Humanos 2006-2010 fue aprobado por Decreto Supremo N° 017-2005-JUS del 10 de diciembre de 2005.

¹³¹ Según la Memoria del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo «Siete años de Diálogo Socio-Laboral», Lima, enero de 2008, p. 77: «En el año 2002, el Congreso de la República remitió al Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo el Anteproyecto de Ley General del Trabajo (LGT) para la revisión y formulación de propuestas. El pleno del Consejo derivó este análisis a la Comisión Técnica de Trabajo. La Comisión inició la revisión y discusión del referido proyecto, destinando 152 sesiones (132 ordinarias y 20 sesiones extraordinarias) para tal efecto, logrando la aprobación de 335 artículos en consenso (72%), quedando pendiente de aprobación 133 artículos (28%) para el año 2005». [...] «Durante el período comprendido entre el 20 de septiembre y el 26 de octubre de 2006 y a lo largo de 21 sesiones de trabajo, la Comisión Ad Hoc dispuso la aprobación en consenso, de 71 artículos y parcialmente, 13 disposiciones, los mismos que en el seno del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo fueron ratificados en la sesión ordinaria N° 71 del 27 de octubre de 2006». Esto quiere decir que, a la fecha, están aprobados por consenso un total de 406 de 468 artículos (87%).

Aunque, hasta donde fue consensuado, el proyecto de Ley General del Trabajo integró importantes avances respecto de varios de los aspectos claves en materia laboral contenidos en el TLC acordado con los EE.UU. En la actualidad, sin embargo, no sólo el debate sobre esta norma se encuentra paralizado en el Congreso, sino que con la aprobación de la nueva Ley sobre las Micro y Pequeñas Empresas a través del Decreto Legislativo N° 1086, que reduce el nivel de protección de los derechos de los trabajadores para las 9/10 partes de la PEA asalariada del país, dicha discusión ha perdido todo interés en el Congreso. Es más, los propios empresarios han juzgado pertinente desconocer los acuerdos que habían sido previamente adoptados ante el CNT. La situación no pinta bien.

5. Conclusiones y recomendaciones

Tras varios años de negociaciones, el Perú concluyó el año 2005 la negociación de un TLC con los Estados Unidos. Acuerdo en el que se incluyó y negoció un conjunto de temas sensibles para importantes sectores de nuestra ciudadanía, en la medida que comprometen el ejercicio de varios derechos humanos fundamentales en materia de salud, empleo, derechos laborales, medio ambiente y propiedad intelectual, entre varios otros aspectos.

En general, las observaciones críticas que fueron planteadas por los diversos sectores de nuestra sociedad para anular o limitar los impactos negativos del acuerdo en la forma en que el TLC venía negociándose fueron desestimadas por los negociadores. Y estos se condujeron, en general, como si respondieran a un libreto predeterminado que había que ejecutar sin importar mayormente las consecuencias que ello pudiera generar en el desarrollo nacional o en la vida concreta de los sectores que – como ellos incluso reconocían – se verían de todas formas afectados por la implantación el acuerdo.

El TLC con los EE.UU. fue originalmente aprobado por ambos gobiernos en diciembre de 2005, y tras ser ratificado por el Congreso del Perú el 27 de junio de 2006, fue modificado posteriormente por el Protocolo de Enmiendas suscrito por ambas partes el 24 de junio de 2007, luego de lo cual – y tras negociarse varias reformas de orden legal a ser implementadas durante 2008 – fue finalmente ratificado por el Congreso norteamericano el 14 de diciembre de 2007.

Aunque para entonces muchos de los promotores del Tratado ratificado en junio de 2006 creían que este había quedado definitivamente cerrado y concluido, la presión y el cabildeo internacional de organizaciones no gubernamentales y sociales peruanas, que consideraban que el contenido del acuerdo suscrito era lesivo para los intereses del Perú – entre otros aspectos, en particular, en materia de derechos de los trabajadores – mostrarían que las cosas no eran así.

En efecto, la presión de estos sectores logró forzar una renegociación del acuerdo que conduciría, finalmente, a introducir en el TLC un conjunto de enmiendas relacionadas con salvaguardas en materia laboral y ambiental¹³².

Las enmiendas introducidas en el TLC subrayan el reconocimiento expreso a los derechos fundamentales contemplados en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998), también conocida como *Declaración de la OIT*; la misma que versa sobre la libertad de asociación, el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

Las enmiendas establecen, asimismo, y entre otros aspectos, la imposibilidad de flexibilizar la legislación laboral en un sentido que conlleve el incumplimiento de los derechos fundamentales reconocidos por la OIT. Aspecto que, de ser el caso, puede ser ligado con la aplicación del mecanismo de solución de controversias previsto en el TLC frente a situaciones de incumplimiento del Capítulo Laboral (17) cuando este o cualquier otro acto u omisión del Estado parte afecte el comercio o la inversión.

La importancia de las enmiendas introducidas en el Capítulo Laboral del TLC (como en las demás materias finalmente incluidas en el Tratado) es doble: primero, porque fortalecen la posición de los trabajadores para evitar que el comercio y la inversión sean promovidos en base a un deterioro constante de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y la población en general. Y, en segundo lugar, y tan importante como lo anterior, porque pone en evidencia que si se hace lo correcto, en el lugar y momento apropiado, lo que parecía inamovible

¹³² Ver Protocolo de Enmiendas al Acuerdo Comercial celebrado entre el Perú y los EE.UU. en <http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/Protocolo%20de%20enmienda%20al%20Acuerdo%20de%20Promocion%20Comercial%20Peru%20-%20EEUU.pdf>

se puede modificar. Y si se modificó una vez, no hay razón para que no pueda volver a hacerse otra vez.

El Capítulo Laboral del TLC refiere las condiciones en que debe ser aplicada la legislación laboral de las dos partes contratantes; y señala, al mismo tiempo, el compromiso de estas de no dejar de aplicar efectivamente su legislación laboral, «incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el Artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, *después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo*».

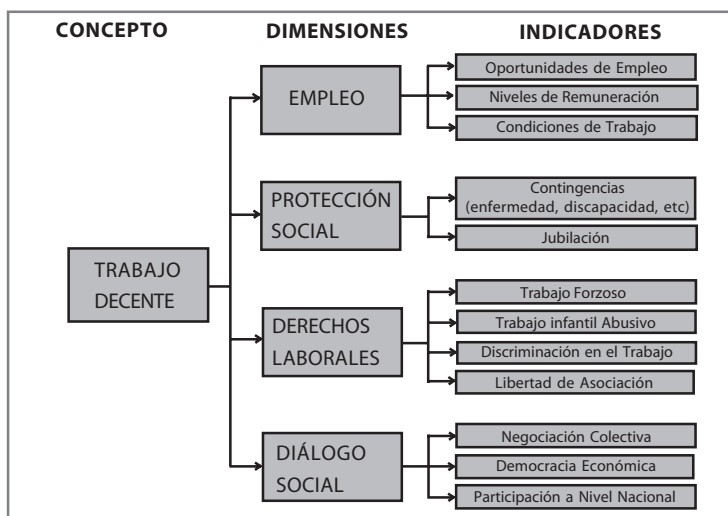
Así pues, lo que el acuerdo prevé es que el estándar de verificación de lo que las partes hagan o dejen de hacer para asegurar que su legislación laboral se cumple se hará más estricto una vez que el Tratado entre en vigor. Y, aunque el numeral 3.1.b del artículo 17º reserva a cada parte el derecho a lo que denomina «un ejercicio razonable de discrecionalidad y [...] la adopción de decisiones de buena fe con respecto a la asignación de recursos entre las actividades de aplicación de las leyes laborales con respecto a los derechos laborales fundamentales enumerados en el Artículo 17.2.1», el artículo claramente señala que esta permisividad sólo operará en la medida en que *«el ejercicio de dicha discrecionalidad y dichas decisiones no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo»*.

La situación de los derechos laborales en el Perú es extremadamente delicada y así lo ha hecho notar la OIT mediante los informes de sus órganos de control, encargados de verificar el cumplimiento de los convenios de la organización ratificados por el Perú, sino en el diagnóstico que preparó para fundamentar el Programa de Promoción de Trabajo Decente en el Perú que el país se obligó a implementar durante el período 2004-2006.

Tras la firma y ratificación del TLC con los EE.UU. – un Tratado que obligaba a las partes a respetar estándares laborales básicos – la expectativa por cambios sustantivos en esta situación era muy grande.

Sin embargo, los avances producidos a la luz de los desarrollos legislativos más recientes, no sólo resultaron decepcionantes, sino que ponen en cuestión los mismos compromisos adoptados en el TLC, como se han encargado de hacer notar varios legisladores demócratas, así como importantes organizaciones sindicales y no gubernamentales de ambos países.

El gobierno desaprovechó la oportunidad generada por las facultades delegadas por el Congreso mediante la Ley N° 29157 para dictar normas que facilitaran la implementación del TLC con los EE.UU.¹³³, y a la vez promover el trabajo decente en nuestro país: un trabajo que dignifique y permita al trabajador o trabajadora el desarrollo de sus propias capacidades; que se realice con pleno respeto a los principios y derechos laborales fundamentales; que ofrezca a quien lo ejecuta un ingreso digno y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, con protección social y enmarcado en genuinas condiciones de diálogo social y tripartismo.



¹³³ Materias dentro de las que se incluía «la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, y modernización del Estado».

En vez de hacer lo que debía (léase corregir los regímenes laborales discriminatorios vigentes en el las micro y pequeñas empresas, así como en el sector exportador y agrario; terminar con el régimen de explotación predominante en el sector público a través del abuso de los contratos de servicios no personales, y en el sector privado a través del uso intensivo de contratos temporales y la subcontratación para evitar la sindicalización de los trabajadores; promover la aprobación de la Ley General del Trabajo y poner fin, así, al statu quo heredado del período fujimorista; o reforzar sustancialmente la inspección del trabajo), el gobierno prefirió aprobar en junio del 2007 un conjunto de decretos legislativos relacionados con la función pública, las MYPE y la tercerización laboral que, en vez de resolver los problemas acusados en cada uno de esos ámbitos, justificarán la demanda de una nueva revisión del TLC.

Los decretos legislativos relacionados con la función pública – el D.L. N° 1023 que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el DL N° 1024 que crea y regula al Cuerpo General de Gerentes Públicos, el DL N° 1025 que aprueba las Normas de Capacitación y Rendimiento para el Sector Público, el D.L. N° 1026 que faculta a los gobiernos regionales y municipales a implementar procesos de *modernización* y el D.L. N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de servicios – y especialmente este último, afectan derechos fundamentales de los trabajadores del sector y, en particular, amenazan su estabilidad, derechos adquiridos y libertad de asociación y negociación colectiva. En algunos aspectos, como ha sido reseñado en este informe, pueden ser materia de objeción constitucional; y, en general, puede decirse que no guardan correspondencia con los propósitos que animan al Capítulo Laboral del TLC.

Conforme al Capítulo Laboral del TLC, el Estado peruano se comprometió a no dejar sin efecto la regulación laboral referida a los derechos fundamentales en el Trabajo, pero a través de las normas contempladas en el DL N° 1086 ha afectado severamente los derechos a la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores de la Micro y Pequeña Empresa, ampliando y perennizando un régimen laboral especial en el

que se ven disminuidos los derechos laborales para un vasto colectivo laboral, que queda relegado a la condición de trabajadores de segunda categoría. Hecho al que se suma la subsiguiente afectación de los derechos de asociación sindical y negociación colectiva de los trabajadores de este sector, en la medida en que se ha reducido sustancialmente el marco de protección contra los despidos arbitrarios de que puedan ser objeto. Un mecanismo fundamental para asegurar que los trabajadores puedan afiliarse a los sindicatos y negociar colectivamente sin temor a represalias.

La tarea de implementar una verdadera reforma laboral democrática sigue pues pendiente. Retomar la discusión de una Ley General del Trabajo, que comprenda a todos los trabajadores (públicos y privados), que tenga en cuenta la vasta realidad del trabajo autónomo, y que no sólo sea equilibrada y aprobada con el mayor consenso posible, sino que guarde conformidad con la función garantista que compete al derecho del trabajo y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que el Perú asumió voluntariamente y todos debemos honrar.

Sigue igualmente en pie la necesidad de rediscutir todo el Tratado de nuevo. Para asegurar que este no sólo cuente con un Acuerdo Laboral que garantice efectivamente los derechos fundamentales de los trabajadores, brindando a estos y a los órganos de control regular y especial de la OIT un mayor protagonismo, o a través del establecimiento de mecanismos de rendición de cuentas más transparentes, rigurosos y participativos, sino para que – sobre la base de un intercambio justo – el comercio y la inversión sirvan a la Nación en su conjunto y no sólo a una minoría, a la que poco o nada parecen importarles los derechos de los demás.

Para ello, es imprescindible efectuar un adecuado balance del nuevo escenario abierto en los EE.UU. tras la asunción de la nueva administración presidida por Barack Hussein Obama a principios de 2009, la nueva correlación de fuerzas imperante en el legislativo norteamericano y la visión que vienen adoptando, en el actual contexto de crisis y recesión internacional, los distintos actores que incidieron de

una forma u otra en la aprobación de las enmiendas de junio de 2008. Un contexto en el que, además, se agregarán nuevos actores y dinámicas políticas y sociales, especialmente en nuestro ámbito nacional, a la luz del impacto que esta nueva coyuntura impone: crecimiento económico en declive y probable recesión a partir del 2010; pérdida de empleos; incremento de la conflictividad social y período preelectoral.

Se hace necesario llevar a cabo un examen más fino y consistente del impacto que esta creciente apertura comercial viene imponiendo en ciertos sectores de nuestra economía (industria, comercio y servicios), lo mismo que el relevamiento sistemático de casos que ilustren como los cambios producidos en material laboral impactan en el comercio y la inversión.

Finalmente, y no por ello menos importante, la dinámica aleatoria que ha guiado la introducción de capítulos laborales y/o ambientales en los procesos de negociación comercial llevados a cabo por el Perú hasta la fecha – con tratados que sí los incluyen, como es el caso de los TLC con los EE.UU. y Canadá; y tratados que los ignoran, como los TLC con Chile, Singapur o China – se debe esencialmente a la inexistencia de un claro y delimitado mandato negociador por parte del Congreso.

Si los EE.UU., Canadá o la Unión Europea consideran el tema en sus variables de negociación, es porque sus respectivos poderes legislativos así lo han ordenado mediante leyes que definen qué es lo que pueden negociar y qué no.

Urge por ello la promoción y aprobación de una ley que defina cuáles son los parámetros a los que deben sujetarse quienes negocian acuerdos comerciales a nombre del Perú; e incluir entre ellos los estándares laborales – o en su caso ambientales, o en materia de salud, o propiedad intelectual o sobre conocimiento tradicional indígena – que deben ser garantizados «sí o sí».

6. Anexos

Anexo N° 1

Acuerdo de Promoción Comercial Perú - EE.UU.

Capítulo Diecisiete Laboral

Artículo 17.1: Declaración de Compromisos Compartidos

Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Artículo 17.2: Derechos laborales fundamentales¹

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)* (Declaración de la OIT):¹

- (a) la libertad de asociación;
- (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- (c) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y
- (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

2. Ninguna de las Partes dejará de aplicar o de otra forma dejará sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto, sus leyes o reglamentos que implementan el párrafo 1 de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, en los casos en que dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sería incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo.

Artículo 17.3: Aplicación de la Legislación Laboral

1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el Artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

¹ A fin de establecer el incumplimiento de una obligación en virtud del Artículo 17.2.1, una Parte deberá demostrar que la otra Parte ha incumplido, en la adopción o el mantenimiento de una norma, reglamento o práctica, de una manera que afecta al comercio o la inversión entre las Partes.

¹ Las obligaciones que se consignan en el Artículo 17.2, en lo que se relaciona con la OIT, se refieren únicamente a la Declaración de la OIT.

- (b) Una decisión que tome una Parte acerca de la asignación de los recursos para la aplicación no será motivo de incumplimiento de las disposiciones de este Capítulo. Cada Parte conserva el derecho al ejercicio razonable de discrecionalidad y a la adopción de decisiones de buena fe con respecto a la asignación de recursos entre las actividades de aplicación de las leyes laborales con respecto a los derechos laborales fundamentales enumerados en el Artículo 17.2.1, siempre que el ejercicio de dicha discrecionalidad y dichas decisiones no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo.²

2. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas al cumplimiento de la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.

Artículo 17.4: 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 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;

² Para mayor certeza, una Parte conserva el derecho de ejercer una discrecionalidad razonable en la aplicación de sus leyes y de tomar decisiones de buena fe en relación con la asignación de recursos para la aplicación de la ley con respecto a otros asuntos laborales distintos de los asuntos relacionados con los derechos fundamentales mencionados en el Artículo 17.2.1.

- (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 17.5: 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 17.6;
 - (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 17.7.4.; 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 17.6, 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 17.7.1 y 17.7.4.
 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 17.6: 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 17.6. 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 17.7: 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 17.5.5.

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.³

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 las Partes consultantes no han logrado resolver la cuestión 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 Veintiuno (Solución de Controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo. El Consejo podrá informar a la Comisión sobre cómo ha abordado el asunto por medio de las consultas.

7. Ninguna de las Partes podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo por un asunto que surja en relación con el presente Capítulo sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo.

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 17.3.1(a) sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo.

Artículo 17.8: Definiciones

Para los propósitos de este Capítulo:

legislación laboral significa leyes y reglamentos de una Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- (a) la libertad de asociación;
- (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- (c) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para niños y menores;
- (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación; y
- (f) condiciones aceptables de trabajo respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales.

³ 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.

Para mayor certeza, el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto al salario mínimo 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 del nivel de salario mínimo general establecido por esa Parte; y

leyes y regulaciones y 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, y, para fines del presente Capítulo, incluye la Constitución de los Estados Unidos.

Anexo 17.6

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 17.5.5.

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.

Anexo N° 2

PROTOCOLO DE ENMIENDA AL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL PERÚ - ESTADOS UNIDOS

(Aspectos laborales)

El Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América;

Con el deseo de enmendar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, firmado en Washington, DC, el 12 de abril de 2006, en adelante «el Acuerdo»,

HAN ACORDADO enmendar el Acuerdo de la siguiente manera:

[...]

3. *En el Capítulo Nueve (Contratación Pública):*

A. El párrafo 7 del Artículo 9.6 se revisará de la siguiente manera:

«7. Para mayor certeza, este Artículo no pretende impedir que una entidad contratante prepare, adopte o aplique especificaciones técnicas:

- (a) para promover la conservación de los recursos naturales y el medio ambiente; o
- (b) para exigir que un proveedor cumpla con las leyes generalmente aplicables relativas a:
 - (i) principios y derechos fundamentales en el trabajo; o
 - (ii) condiciones de trabajo aceptables con respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales, en el territorio donde se produzca la mercancía o se preste el servicio.»

[...]

8. En el Capítulo Diecisiete (Laboral):

A. El Artículo 17.1 se modificará de la siguiente manera:

«Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).»

B. Después del Artículo 17.1, insertar un nuevo artículo según se indica a continuación y modificar la numeración de los restantes artículos y notas al pie de página y referencias a los artículos según corresponda:

«**Artículo 17.2: Derechos laborales fundamentales**»¹³⁴

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)* (Declaración de la OIT):¹³⁵

- (a) la libertad de asociación;
- (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- (c) la eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) la abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y
- (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

2. Ninguna de las Partes dejará de aplicar o de otra forma dejará sin efecto, ni ofrecerá dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto, sus

¹³⁴ A fin de establecer el incumplimiento de una obligación en virtud del Artículo 17.2.1, una Parte deberá demostrar que la otra Parte ha incumplido, en la adopción o el mantenimiento de una norma, reglamento o práctica, de una manera que afecta al comercio o la inversión entre las Partes.

¹³⁵ Las obligaciones que se consignan en el Artículo 17.2, en lo que se relaciona con la OIT, se refieren únicamente a la Declaración de la OIT.

leyes o reglamentos que implementan el párrafo 1 de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, en los casos en que dejar de aplicar o de otra forma dejar sin efecto dichos instrumentos sería incompatible con un derecho fundamental estipulado en dicho párrafo.»

C. El Artículo 17.3 con la nueva numeración se modificará de la siguiente manera:

«1. (a) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, incluidas las leyes que adopte o mantenga de conformidad con el Artículo 17.2.1, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Acuerdo.

(b) Una decisión que tome una Parte acerca de la asignación de los recursos para la aplicación no será motivo de incumplimiento de las disposiciones de este Capítulo. Cada Parte conserva el derecho al ejercicio razonable de discrecionalidad y a la adopción de decisiones de buena fe con respecto a la asignación de recursos entre las actividades de aplicación de las leyes laborales con respecto a los derechos laborales fundamentales enumerados en el Artículo 17.2.1, siempre que el ejercicio de dicha discrecionalidad y dichas decisiones no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo.¹³⁶

2. Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas al cumplimiento de la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.»

¹³⁶ Para mayor certeza, una Parte conserva el derecho de ejercer una discrecionalidad razonable en la aplicación de sus leyes y de tomar decisiones de buena fe en relación con la asignación de recursos para la aplicación de la ley con respecto a otros asuntos laborales distintos de los asuntos relacionados con los derechos fundamentales mencionados en el Artículo 17.2.1.

D. *Los párrafos 6 y 7 del Artículo 17.7 con la nueva numeración se modificarán de la siguiente manera:*

«6. Si las Partes consultantes no han logrado resolver la cuestión 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 Veintiuno (Solución de Controversias), recurrir en lo sucesivo a las otras disposiciones de ese Capítulo. El Consejo podrá informar a la Comisión sobre cómo ha abordado el asunto por medio de las consultas.

7. Ninguna de las Partes podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Acuerdo por un asunto que surja en relación con el presente Capítulo sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo.»

E. *El Artículo 17.8 con la nueva numeración se modificará de la siguiente manera:*

«Para los propósitos de este Capítulo:

legislación laboral significa leyes y reglamentos de una Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- (a) la libertad de asociación;
- (b) el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
- (c) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- (d) la abolición efectiva del trabajo infantil, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y otras protecciones laborales para niños y menores;
- (e) la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación;
- y
- (f) condiciones aceptables de trabajo respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales.

Para mayor certeza, el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto al salario mínimo 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 del nivel de salario mínimo general establecido por esa Parte; y

leyes y regulaciones y 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, y, para fines del presente Capítulo, incluye la Constitución de los Estados Unidos.»

[...]

A. El párrafo 2 del Artículo 21.5 se modificará de la siguiente manera:

«2. Una Parte consultante también podrá solicitar por escrito que se reúna la Comisión cuando se hayan realizado consultas conforme al Artículo 17.7 (Consultas Laborales Cooperativas), Artículo 18.12 (Consultas Ambientales y Procedimiento del Panel) o el Artículo 7.7 (Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio).»

B. El subpárrafo (d) del párrafo 1 del Artículo 21.9 se modificará de la siguiente manera:

«(d) cada Parte contendiente se esforzará por seleccionar panelistas que tengan conocimientos o experiencia pertinente al tema motivo de controversia. Además, en cualquier disputa que surja bajo el Capítulo Diecisiete (Laboral) o el Capítulo Dieciocho (Medio Ambiente), los panelistas que no sean los seleccionados por sorteo deberán tener conocimientos o experiencia en el tema motivo de controversia.»

[...]

Esta Enmienda entrará en vigor en la fecha en que el Acuerdo entre en vigor.

Los textos en inglés y español de esta Enmienda son igualmente auténticos.

EN FE DE LO CUAL, los suscritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado esta Enmienda.

SUSCRITO en duplicado en Washington, Distrito de Columbia, el 24 de junio de 2007.

Lima, el 25 de junio de 2007.

POR EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

POR EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Anexo N° 3

DECLARACIÓN DE LA OIT RELATIVA A LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL TRABAJO

Considerando que la creación de la OIT procedía de la convicción de que la justicia social es esencial para garantizar una paz universal y permanente;

Considerando que el crecimiento económico es esencial, pero no suficiente, para asegurar la equidad, el progreso social y la erradicación de la pobreza, lo que confirma la necesidad de que la OIT promueva políticas sociales sólidas, la justicia e instituciones democráticas;

Considerando que, por lo tanto, la OIT debe hoy más que nunca movilizar el conjunto de sus medios de acción normativa, de cooperación técnica y de investigación en todos los ámbitos de su competencia, y en particular en los del empleo, la formación profesional y las condiciones de trabajo, a fin de que en el marco de una estrategia global de desarrollo económico y social, las políticas económicas y sociales se refuercen mutuamente con miras a la creación de un desarrollo sostenible de base amplia;

Considerando que la OIT debería prestar especial atención a los problemas de personas con necesidades sociales especiales, en particular los desempleados y los trabajadores migrantes, movilizar y alentar los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales encaminados a la solución de sus problemas, y promover políticas eficaces destinadas a la creación de empleo;

Considerando que, con el objeto de mantener el vínculo entre progreso social y crecimiento económico, la garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo reviste una importancia y un significado especiales al asegurar a los propios interesados la posibilidad de reivindicar libremente y en igualdad de oportunidades una participación justa en las riquezas a cuya creación han contribuido, así como la de desarrollar plenamente su potencial humano;

Considerando que la OIT es la organización internacional con mandato constitucional y el órgano competente para establecer Normas Internacionales del Trabajo y ocuparse de ellas, y que goza de apoyo y reconocimiento universales en la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo como expresión de sus principios constitucionales;

Considerando que en una situación de creciente interdependencia económica urge reafirmar la permanencia de los principios y derechos fundamentales inscritos en la Constitución de la Organización, así como promover su aplicación universal;

La Conferencia Internacional del Trabajo,

1. Recuerda:

- a) que al incorporarse libremente a la OIT, todos los Miembros han aceptado los principios y derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia, y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos generales de la Organización en toda la medida de sus posibilidades y atendiendo a sus condiciones específicas;
- b) que esos principios y derechos han sido expresados y desarrollados en forma de derechos y obligaciones específicos en convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la Organización.

2. Declara que todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
 - b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
 - c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
 - d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.
3. Reconoce la obligación de la Organización de ayudar a sus Miembros, en respuesta a las necesidades que hayan establecido y expresado, a alcanzar esos objetivos haciendo pleno uso de sus recursos constitucionales, de funcionamiento y presupuestarios, incluida la movilización de recursos y apoyo externos, así como alentando a otras organizaciones internacionales con las que la OIT ha establecido relaciones, de conformidad con el artículo 12 de su Constitución, a respaldar esos esfuerzos:
- a) ofreciendo cooperación técnica y servicios de asesoramiento destinados a promover la ratificación y aplicación de los convenios fundamentales;
 - b) asistiendo a los Miembros que todavía no están en condiciones de ratificar todos o algunos de esos convenios en sus esfuerzos por respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios; y
 - c) ayudando a los Miembros en sus esfuerzos por crear un entorno favorable de desarrollo económico y social.
4. Decide que, para hacer plenamente efectiva la presente Declaración, se pondrá en marcha un seguimiento promocional, que sea creíble y eficaz, con arreglo a las modalidades que se establecen en el anexo que se considerará parte integrante de la Declaración.

5. Subraya que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento.

ANEXO

Seguimiento de la Declaración

I. Objetivo general

1. El objetivo del seguimiento descrito a continuación es alentar los esfuerzos desplegados por los Miembros de la Organización con vistas a promover los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, que la Declaración reitera.
2. De conformidad con este objetivo estrictamente promocional, el presente seguimiento deberá contribuir a identificar los ámbitos en que la asistencia de la Organización, por medio de sus actividades de cooperación técnica, pueda resultar útil a sus Miembros con el fin de ayudarlos a hacer efectivos esos principios y derechos fundamentales. No podrá sustituir los mecanismos de control establecidos ni obstaculizar su funcionamiento; por consiguiente, las situaciones particulares propias al ámbito de esos mecanismos no podrán discutirse o volver a discutirse en el marco de dicho seguimiento.
3. Los dos aspectos del presente seguimiento, descritos a continuación, recurrirán a los procedimientos ya existentes; el seguimiento anual relativo a los convenios no ratificados sólo supondrá ciertos ajustes a las actuales modalidades de aplicación del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución, y el informe global permitirá optimizar los resultados de los procedimientos llevados a cabo en cumplimiento de la Constitución.

II. Seguimiento anual relativo a los convenios fundamentales no ratificados

A. Objeto y ámbito de aplicación

1. Su objeto es proporcionar una oportunidad de seguir cada año, mediante un procedimiento simplificado que sustituirá el procedimiento cuatrienal introducido en 1995 por el Consejo de Administración, los esfuerzos desplegados con arreglo a la Declaración por los Miembros que no han ratificado aún todos los convenios fundamentales.
2. El seguimiento abarcará cada año las cuatro áreas de principios y derechos fundamentales enumerados en la Declaración.

B. Modalidades

1. El seguimiento se basará en memorias solicitadas a los Miembros en virtud del artículo 19, párrafo 5, e) de la Constitución. Los formularios de memoria se establecerán con el fin de obtener de los gobiernos que no hayan ratificado alguno de los convenios fundamentales información acerca de los cambios que hayan ocurrido en su legislación o su práctica, teniendo debidamente en cuenta el artículo 23 de la Constitución y la práctica establecida.
2. Esas memorias, recopiladas por la Oficina, serán examinadas por el Consejo de Administración.
3. Con el fin de preparar una introducción a la compilación de las memorias así establecida, que permita llamar la atención sobre los aspectos que merezcan en su caso una discusión más detallada, la Oficina podrá recurrir a un grupo de expertos nombrados con este fin por el Consejo de Administración.
4. Deberá ajustarse el procedimiento en vigor del Consejo de Administración para que los Miembros que no estén representados

en el mismo puedan proporcionar, del modo más adecuado, las aclaraciones que en el curso de sus discusiones pudieren resultar necesarias o útiles para completar la información contenida en sus memorias.

III. Informe global

A. Objeto y ámbito de aplicación

1. El objeto de este informe es facilitar una imagen global y dinámica de cada una de las categorías de principios y derechos fundamentales observada en el período cuatrienal anterior, servir de base a la evaluación de la eficacia de la asistencia prestada por la Organización y establecer las prioridades para el período siguiente mediante programas de acción en materia de cooperación técnica destinados a movilizar los recursos internos y externos necesarios al respecto.
2. El informe tratará sucesivamente cada año de una de las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales.

B. Modalidades

1. El informe se elaborará bajo la responsabilidad del Director General sobre la base de informaciones oficiales o reunidas y evaluadas con arreglo a procedimientos establecidos. Respecto de los países que no han ratificado los convenios fundamentales, dichas informaciones reposarán, en particular, en el resultado del seguimiento anual antes mencionado. En el caso de los Miembros que han ratificado los convenios correspondientes, estas informaciones reposarán, en particular, en las memorias tal como han sido presentadas y tratadas en virtud del artículo 22 de la Constitución.
2. Este informe será presentado a la Conferencia como un informe del Director General para ser objeto de una discusión tripartita. La Conferencia podrá tratarlo de un modo distinto al previsto para los informes a los que se refiere el artículo 12 de su Reglamento, y

podrá hacerlo en una sesión separada dedicada exclusivamente a dicho informe o de cualquier otro modo apropiado. Posteriormente, corresponderá al Consejo de Administración, en el curso de una de sus reuniones subsiguientes más próximas, sacar las conclusiones de dicho debate en lo relativo a las prioridades y a los programas de acción en materia de cooperación técnica que haya que poner en aplicación durante el período cuatrienal correspondiente.

IV. Queda entendido que:

1. El Consejo de Administración y la Conferencia deberán examinar las enmiendas que resulten necesarias a sus reglamentos respectivos para poner en ejecución las disposiciones anteriores.
2. La Conferencia deberá, llegado el momento, volver a examinar el funcionamiento del presente seguimiento habida cuenta de la experiencia adquirida, con el fin de comprobar si éste se ha ajustado convenientemente al objetivo enunciado en la Parte I.

Bibliografía

Acción Internacional para la Salud; La Salud Pública en Riesgo. Los medicamentos en el TLC. Lima, Perú. Abril del 2005.

Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Lima, Perú; Washington DC: Abril, 2006.

Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Protocolo de Enmienda. Lima, Perú; Washington DC: Junio, 2007.

Angel M., Relman A.; Recetas y Negocios. The Washington Post. June 20th 2001. Aparecido en Boletines Fármacos. Set 2001, vol 4(4).

Comunidad Andina de Naciones; Decisión 486: Régimen Común de Propiedad Industrial. Setiembre 2000.

Comunidad Andina de Naciones; Manual para el Examen de Solicitudes de Patentes de Invención en la Oficinas de Propiedad Industrial de los Países de la Comunidad Andina. Segunda Edición. 2004.

Comunidad Andina de Naciones; Decisión 632: Aclaración del segundo párrafo del artículo 266 de la Decisión 486 de 2000. Lima, Perú. Abril 2006.

Comunidad Andina de Naciones; Decisión 689: Adecuación de determinados artículos de la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial, para permitir el desarrollo y profundización de Derechos de Propiedad Industrial a través de la normativa interna de los Países Miembros. Agosto del 2008.

Congreso de los Estados Unidos; Carta remitida a la Señora Embajadora Susan Schwab, Representante de la Oficina Comercial de los EE.UU. por un grupo de senadores de los EE.UU. acerca de los términos de los

tratados de libre comercio suscritos con Colombia, Panamá y Perú. Marzo 2007.

Congreso de la República del Perú; Ley 26842, Ley General de Salud. Lima, Perú. Julio 1997.

Congreso de la República del Perú; Ley N° 29316, Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América. Enero 2009.

Correa C., Protecting Test data for Pharmaceutical and Agrochemical products under free trade agreement. Nov 2004

Díaz A.; América Latina y el Caribe: La propiedad intelectual después de los tratados de libre comercio. CEPAL, Febrero 2008.

Ellen F.M. 't Hoen; The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power. Drugs patents, access, innovation and the application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health. The Netherlands: 2009.

Fabiana M.; Trade agreements and public health: Are US trade negotiators building and intellectual property platform against the generic industry? Are they raising the standards to go beyond the US law? *Journal of Generic Medicines*, April 2007, vol. 4(3), pp. 169 – 79.

Fabiana M.; New US Trade policy: A turning point? *Journal of Generic Medicines*, October 2007, vol. 5(1), pp. 5 – 8.

<http://finance.senate.gov/hearings/testimony/2009test/031109QFRs%20for%20SubmissionRK.pdf>. Tomado el 09 de marzo del 2009.

Gobierno Británico; Departamento para el Desarrollo Internacional del Reino Unido (DFID). Integrando los Derechos de Propiedad Intelectual y la Política de Desarrollo. Resumen Ejecutivo. 2003.

Gobierno del Perú; Decreto Legislativo N° 823 – Ley de Propiedad Industrial. Abril de 1996.

Gobierno del Perú; Propuesta de modificación de la Decisión 486 presentada por el Gobierno peruano el 29 de enero del 2008.

Gobierno del Perú; Propuesta de modificación de la Decisión 486 presentada por el Gobierno peruano el 11 de abril del 2008.

Gobierno del Perú; Decreto Legislativo N° 1072 – Decreto Legislativo Protección de Datos de Prueba u otros no divulgados de Productos Farmacéuticos. Junio del 2008.

Gobierno del Perú; Decreto Legislativo N° 1075 – Decreto Legislativo que Aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. Junio del 2008.

Gobierno del Perú; Decreto Legislativo N° 1092 – Decreto Legislativo que Aprueba Medidas en Frontera para la Protección de los Derechos de Autor o Derechos Conexos y los Derechos de Marca. Junio del 2008.

Inside US Trade; Peru Faces Complaints Over FTA Implementation On Drugs, Logging. August 2008.

Madrid Luis Ángel; Importaciones paralelas: Agotamiento de los Derechos de Propiedad Intelectual. Universidad Sergio Arboleda. Colombia: Octubre, 2005.

Ministerio de Salud del Perú; D.S. 010 – 97 – SA, Decreto Supremo Reglamento para el Registro, Control, Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines. Lima, Perú. Diciembre 1997.

Ministerio de Salud del Perú; Política Nacional de Medicamentos. Lima, Perú. Diciembre del 2004

Ministerio de Salud del Perú; D.S. 001 – 2009 – SA, Decreto Supremo Reglamento del Art. ° 50 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud. Lima, Perú. Enero 2009.

Ministerio de Salud del Perú; DS 002 – 2009 – SA, Decreto Supremo Reglamento del D.L. N° 1072, Protección de Datos de Prueba u otros datos no divulgados de Productos Farmacéuticos. Lima, Perú. Enero del 2009.

Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PHARMA); Special 301 Submission 2007.

Office of the United States Trade Representative; 2008 Special 301 Report.

Office of the United States Trade Representative; 2007 Special 301 Report.

Office of the United States Trade Representative; 2006 Special 301 Report.

Office of the United States Trade Representative; 2005 Special 301 Report.

Office of the United States Trade Representative; 2004 Special 301 Report.

Organización Mundial de Comercio; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. Marrakech, Marruecos. Abril 1994

Organización Mundial de Comercio; Declaración Ministerial Relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública – Declaración de DOHA. Noviembre del 2001.

Organización Panamericana de la Salud; Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio (ADPIC) y Acceso a Medicamentos. Enfoque del Análisis de las Américas. Managua, Nicaragua. Abril 2004.

RED peruana por una Globalización con Equidad - RED GE; Acción Internacional para la Salud. Seguimiento de la implementación del TLC Perú – Estados Unidos en el Capítulo de Propiedad Intelectual relacionado con productos farmacéuticos. Informe de Actividades. Lima, Perú. Setiembre del 2008.

Text of Kennedy – Feintsein Amendment to the TPA Bill. February 2005.

Waxman H.; Trade Agreements and Access to medications under the Bush Administration. United States House of Representatives. Committee on Government Reform – Minority Staff. Special Investigations Division. June, 2005.

World Health Organization (WHO), International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD); Guidelines for the Examination of Pharmaceutical Patents: Developing public health perspective. January 2007.

World Trade Organization (WTO), World Health Organization (WHO); WTO Agreements and Public Health. A joint study by the WHO and the WTO Secretariat. Geneva, Switzerland. 2003

www.comunidadandina.org/normativa/res

www.euskadi.net/sanidad/cevime/datos/desloratadina.pdf

www.mincetur.gob.pe

www.ustr.gov