

Principales Incumplimientos Laborales del Estado Peruano en el Marco del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos

Luis Enrique Mendoza Choque*

Resumen:

El siguiente artículo parte de antigua y cercana vinculación entre Derecho del Trabajo y el comercio internacional, relación que en los últimos años ha recobrado importancia debido a la aparición de nuevos instrumentos, mecanismos y sanciones. El contenido laboral del TLC con los Estados Unidos y su aplicación se pueden analizar desde distintos ángulos, en el siguiente trabajo nos limitaremos a estudiarlo a la luz de tres elementos: el Principio de Progresividad de los derechos sociales, la naturaleza jurídica del TLC y dos de los regímenes laborales promocionales vigentes en la legislación peruana. Los incumplimientos a los que haremos referencia son los referidos a las dos quejas presentadas por organizaciones sindicales peruanas en el marco de los mecanismos de cumplimiento del TLC. Finalmente, se presentan algunas conclusiones que pretenden contribuir al debate sobre la materia.

Palabras clave:

Principio de progresividad – Tratado de Libre Comercio – Regímenes laborales promocionales – Comercio internacional – Trabajadores textiles – Trabajadores de la agroindustria – Cláusulas sociales

Abstract:

The following article begins with the old and close relationship between labor rights and international trade, a relationship that has become more important given the creation of new instruments, mechanisms and sanctions. The labor chapter of the Peru-US Trade Promotion Agreement and its application can be analyzed from different perspectives. The following article sets its focus on three distinct facets: the principle of progressivity of social rights; the legal nature of free trade agreements; and two of the current promotional labor regimes in Peruvian legislation. The article references two complaints of non-compliance with the labor chapter presented by Peruvian unions during the period since the Free Trade Agreement entered into force. Finally, the report presents conclusions that aim to contribute to the debate on this subject.

Keywords:

Principle of progressivity – Free Trade Agreement – Promotional labor regimens – International trade – Textile workers – Export-oriented agriculture workers – Social clauses

Sumario:

1. Derecho del Trabajo y comercio internacional – 2. Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos – 3. Principales incumplimientos laborales: sector textil y agroindustria – 4. Conclusiones

* Adjunto de docencia del curso Derecho Colectivo del Trabajo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área de Regulación Laboral y Cumplimiento del Programa Laboral de Desarrollo, PLADES.

1. Derecho del Trabajo y comercio internacional

El Derecho del Trabajo y el comercio internacional han tenido siempre una relación cercana, el profesor Oscar Ermida afirmaba que el segundo está en el *código genético*¹ del primero. Los esfuerzos previos a la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dan cuenta que los trabajadores veían -en el establecimiento órganos y normas internacionales- un intento eficaz para lograr mejores condiciones de trabajo y atenuar los efectos desfavorables que el mercado podían proyectar al ámbito laboral. Por su parte, los empleadores estaban a favor de igualar las condiciones de trabajo en los países con el fin de facilitar la expansión del comercio con unas condiciones equivalentes para la competencia a escala internacional².

Desde las instancias gubernamentales, esta vinculación registra entre sus antecedentes más remotos la carta de Guillermo II a su canciller Otto Bismarck en 1890, donde expresa su voluntad de iniciar negociaciones con Francia, Inglaterra, Bélgica y Suiza para llegar a un acuerdo internacional que satisfaga las necesidades de sus obreros y permita la convivencia armónica de esos países en el mercado internacional³.

Este proceso de internacionalización de lo laboral también ha quedado plasmado en el preámbulo de la Constitución de la OIT que dispone: *“Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales”*⁴. Por lo que el Derecho Internacional del Trabajo además de salvaguardar la dignidad humana busca desde su origen regular la competencia nacional e internacional.

Son variados los ángulos de aproximación a la relación entre Derecho del Trabajo y comercio, en el presente apartado nos referiremos a la vinculación entre la globalización y los derechos sociales para luego comentar en qué consiste el Principio de Progresividad de los mismos. Finalmente, comentaremos dos de las principales formas de regulación de lo social en el comercio.

1.1 Globalización y derechos sociales

Preliminarmente, hacemos hincapié en dos aspectos introductorios que consideramos de suma relevancia para el análisis de los derechos sociales en el contexto de globalización. El primero consiste en resaltar la importancia de las normas internacionales que suelen estar como telón de fondo en los análisis sobre comercio y trabajo y a las que debemos devolverles su rol protagónico en el debate. Ello debido a que la eficacia jurídica de los derechos laborales consagrados en estas normas depende únicamente de su ratificación, la que siguiendo la teoría del *monismo*⁵ adoptada por nuestra Constitución, las incorpora automáticamente a nuestro ordenamiento jurídico nacional. En este sentido, haremos referencia transversal a lo largo del trabajo, a cinco compromisos internacionales: Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); Convenio N° 87 de la OIT⁶; Convenio N° 98 de la OIT⁷; Convenio N° 111 de la OIT⁸; Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); y, finalmente, el Protocolo de San Salvador de la Organización de los Estados Americanos (PSS).

Los tres primeros son instrumentos de alcance mundial que consagran, entre otros elementos, el Principio de Progresividad de los derechos económicos sociales y culturales (DESC), el derecho a la libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y la huelga) y el Principio de

1 Ello debido a que el comercio internacional fue una de las causas de su nacimiento del Derecho del Trabajo. ERMIDA URIARTE, Oscar “Derechos laborales y comercio internacional”. En: Globalización Económica y Relaciones Laborales. Salamanca, 2003, Pág.120.

2 OIT. La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009. Ginebra 2009. El documento da cuenta de los esfuerzos previos a la constitución de la OIT y los objetivos que se perseguían. Así, por ejemplo, en 1864 se creó la Asociación Internacional de los Trabajadores, conocida históricamente como la Primera Internacional recalzó la necesidad de plantear la problemática laboral a escala internacional; en 1889 con la Segunda Internacional, se reivindica la jornada de ocho horas sería finalmente contemplada en el primer convenio adoptado por la OIT; y, en 1889 surge el primer Secretariado Profesional Internacional con la creación de las federaciones internacionales de tipógrafos, impresores, sombrereros, cigarreros y trabajadores del tabaco, y operarios de las fábricas de calzado para plantear a nivel supranacional las demandas laborales de estos sectores. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_104680.pdf

3 ERMIDA URIARTE, Oscar. Derecho Internacional del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay, 2003. Pág. 13.

4 Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. 1919. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/constitution.pdf>

5 La teoría monista consagra que la aprobación del convenio mediante los procedimientos legales establecidos lo hace formar parte del ordenamiento interno. La teoría del dualismo implica que, además de la ratificación, es necesario que una norma nacional recoja no consagrado en el tratado para que entre al ordenamiento.

6 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Entrada en vigor: 04 julio 1950. El Estado peruano lo ratificó el 02 de marzo de 1960.

7 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Entrada en vigor: 18 julio 1951. El Estado peruano lo ratificó el 13 de marzo de 1964.

8 Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Entrada en vigor: 15 de junio de 1960. El Estado peruano lo ratificó el 10 de agosto de 1970.

no discriminación en el trabajo. Los dos últimos de alcance regional, además de reconocer gran parte del catálogo de los DESC, también reconocen la aplicación del Principio de Progresividad para los mismos. Estos instrumentos, nos brindan el lente bajo el cual se debe analizar los compromisos internacionales laborales del Perú en el contexto de globalización.

Un segundo aspecto es la obligación constitucional consagrada en la cláusula del Estado Social en artículo 43⁹ y sus deberes primordiales en el artículo 44¹⁰. El Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que uno de los principios fundamentales e informantes de la Constitución es *"la fórmula social atribuida a la República Peruana por el artículo 43º de la Constitución, y de la que deriva su condición de Estado social y democrático de derecho"*¹¹. En el marco de la existencia de este tipo de Estado, ha sostenido que: *"La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. (...) A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso. b) Mercado libre (...) y c) Un Estado subsidiario y solidario (...)"*¹². Esta obligación constitucional, obliga al Estado a garantizar un trabajo digno y un reparto justo de los ingresos. Trabajo de calidad y redistribución serían los mandatos constitucionales establecidos en las citadas normas constitucionales. Consideramos útil introducir este elemento, pues el máximo intérprete de la Constitución lo sitúa al mismo nivel que el libre mercado que es, sin duda, uno de los fundamentos del comercio nacional e internacional.

Adhiriéndonos a la definición de Oscar Ermida, consideramos a la globalización como *"la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos, tales como libre competencia, mercado, libre cambio, incremento de exportaciones, etc., y al predominio del capital financiero"*¹³. El creciente protagonismo del mercado internacional ha recobrado la importancia de las normas internacionales en la agenda de los trabajadores ya que, a pesar de la globalización económica descrita, las instituciones y regulaciones laborales

siguen circunscritos principalmente a niveles nacionales. Surge la búsqueda de regulaciones laborales que eviten el *dumping social*, es decir la proscripción de las ventajas comerciales a costa de la inobservancia de normas de seguridad social y derechos laborales¹⁴.

La tendencia en las últimas décadas ha sido la disminución drástica de la capacidad normativa estatal para ceder el paso a la regulación mediante organismos internacionales y empresas multinacionales. Refiriéndose a estas últimas, señala Antonio Baylos que la *desterritorialización* de la empresa trasnacional, lleva consigo la emancipación de la empresa de la reglamentación estatal y se corresponde con la *deslocalización* como característica de la capacidad de actuación de las empresas¹⁵. El tránsito de los unilaterales códigos de conducta hacia los acuerdos marco en los que si hay participación sindical, ha sido un fenómeno inscrito en esta preferencia por regulaciones no provenientes de la voluntad estatal. Ello, sin duda, ha tenido entre sus causas la renuncia de muchos Estados a garantizar el cumplimiento de la normatividad existente en sus propios países y fomentar la aplicación efectiva de los compromisos internacionales suscritos por otros Estados.

En los tratados bilaterales como el TLC y en las cartas sociales multilaterales que consagran el respeto a los DESC, se presentan manifestaciones de signo contrario a la tendencia descrita ya que son los propios Estados los que *nuevamente* consagran los derechos. Cabe precisar que entre los Estados, las posiciones frente a la consagración de derechos sociales en los acuerdos comerciales, no han sido armónicas. Podemos señalar preliminarmente que los países en desarrollo han visto en esta consagración una forma de debilitar su ventaja comparativa –sustentada principalmente en bajos salarios– y, por tanto, la han acusado de proteccionismo.

Por tanto, los DESC en la era de la globalización, se han puesto nuevamente en el escenario internacional, demostrando que son plenamente vigentes los fundamentos que sustentaron su *primera internacionalización*, con la finalidad de

9 Artículo 43: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

10 Artículo 44: Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

11 Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0003-2006-PI/TC. Fundamento 6.

12 Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento 13.

13 ERMIDA URIARTE, Oscar. "Derechos laborales y comercio internacional". Op. Cit. Pág.120.

14 VAN DER LAAT ECHEVARRIA, Fernando. "Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado", en: Globalización económica y relaciones laborales. Salamanca, 2003, pp. 153 - 173.

15 BAYLOS GRAU, Antonio. "Códigos de Conducta y Acuerdos Marco de Empresas Globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica". En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1249370>

generar nuevas formas de regulación –estatales o no- nuevos mecanismo que garanticen su cumplimiento y sanciones que efectivamente disuadan son incumplimiento,

1.2 Principio de progresividad de los derechos sociales

Respecto a la eficacia de los DESC, durante muchos años la clasificación de los derechos en *generaciones* sirvió para justificar la menor eficacia de estos frente a los derechos civiles y políticos, sin embargo no existe sustento doctrinario ni jurisprudencial real que justifique la preferencia de unos derechos sobre otros¹⁶. Dentro de esta lógica, el desarrollo progresivo de los DESC tuvo por efecto postergar su aplicación inmediata, no es esa nuestra intención en el siguiente acápite sino, por el contrario, resaltar la irreversibilidad de los mismos.

Los instrumentos internacionales suscritos por el Perú que reconocen la progresividad de los derechos sociales son: el PIDESC¹⁷, la CADH¹⁸ y PSS¹⁹. Este principio tiene como correlato la prohibición de regresividad que viene a configurarse en un límite a las decisiones legislativas, las políticas públicas, los pronunciamientos administrativos y pronunciamientos judiciales. Al respecto, el TC –tomando en cuenta la Observación General 3 del Comité DESC- admite que en algunos supuestos exista la regresividad de la siguiente manera: “[...] *el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida en que ello quede plenamente justificado en atención a la totalidad de los recursos de los que disponga el Estado y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan*^{20/21}”.

Natalia Torres²², siguiendo los criterios establecidos por la Corte Constitucional de Colombia, señala que la regresividad tiene dos manifestaciones: el normativo, cuando una norma posterior modifica un derecho recortando su ámbito subjetivo o aumentándole los requisitos para su disfrute; y de resultado, cuando exista disminución de recursos públicos destinados a la satisfacción de cierto derecho o el deterioro de determinados servicios o prestaciones.

La citada autora²³ también hace referencia al criterio metodológico que se debe usar para el análisis de las medidas regresivas: el Test de Proporcionalidad. En base a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁴ y al consenso doctrinal, este instrumento implica analizar la legitimidad, adecuación, idoneidad y proporcionalidad de la medida adoptada. En sentido similar -haciendo referencia a uno de los regímenes laborales promocionales que consagra menos beneficios laborales que el régimen general- el TC²⁵ ha sostenido que: “*Tal como lo advirtiera este Tribunal, en el apartado inicial de esta sentencia al centrar su atención en el principio-derecho de igualdad, la herramienta metodológica constitucional que corresponde aplicar al caso de autos -a efectos de determinar si la Ley N° 27360 en lo referente al Régimen Laboral Agrario resulta vulneratoria o no a la Igualdad- es el Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad)*”. Respecto a los componentes del test, el TC sostiene que: idoneidad, implica que medida sea idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo; necesidad, conlleva a que la injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no existiendo ningún otro medio alternativo; y, proporcionalidad, refiere a que el grado de realización del objetivo de intervención debe ser,

16 Un texto muy ilustrativo sobre el tema es el de RABOSSO, Eduardo. Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/las-generaciones-de-derechos-humanos-la-teoria-y-el-cliche.pdf> Sobre el tema también se puede consultar: LÓPEZ MURCIA, Julián y otros. “La Garantía de los Derechos Sociales”. Cap.1 El debate de los Derechos Sociales en el Ámbito Internacional. Ed. Ibañez. Bogotá, 2009. pp. 33 - 51.

17 Artículo 2.1: (...) cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

18 Artículo 26: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

19 Artículo 1: Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

20 Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Expediente N° 0029-2004-AL/TC. Fundamento 53.

21 Para mayor abundamiento sobre los pronunciamientos del TC sobre los DESC se puede consultar: RUBIO, Patricio. Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista Derecho PUCP N° 71, Año 2013. Pp. 201-230.

22 TORRES ZUÑIGA, Natalia. Justiciaabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. En: Revista Derecho PUCP N° 75, Año 2015. Pág. 96.

23 TORRES ZUÑIGA, Natalia. Op. Cit. Pág. 014

24 Para mayor abundamiento se puede consultar el Manual de Legislación Europea contra la Discriminación, 2010. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf

25 Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Expediente N° 00027-2006-Pl. Fundamento 70.

por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

En efecto, si consideramos que discriminar es tratar de modo diferente -sin justificación objetiva ni razonable- a personas situadas en posiciones comparables, para evaluar si una medida regresiva tiene justificación –como es el caso de los regímenes laborales promocionales- no sólo veremos si el fin es legítimo sino también si existe una relación de razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

En la sentencia que hemos citado, si bien el TC consideró que el régimen promocional había superado el test, hizo hincapié en cuatro aspectos relevantes para garantizar los derechos laborales de los trabajadores: i.- Los derechos fundamentales del régimen laboral común establecidos en la Constitución, constituyen la base sobre la que se consagra el régimen laboral agrario y es tutelable mediante procesos constitucionales; ii.- El régimen debe tener una vocación de temporalidad; iii.- Existe la responsabilidad estatal – vía la inspección laboral – de asegurar la vigencia efectiva de las normas socio-laborales; y, iv.- Las condiciones mínimas establecidas en el régimen pueden mejorarse vía acuerdos colectivos negociados entre los empleadores agrarios y sus trabajadores.

Volveremos al análisis de las garantías mencionadas en el último penúltimo apartado del artículo, pero cabe resaltar que son elementos concurrentes con el test para analizar la validez de una medida regresiva. Finalmente, si bien escapa de los parámetros de nuestro trabajo, queremos dejar referido que a nivel doctrinal se ha planteado que la prohibición de regresividad podría generar *la presunción de inconstitucionalidad* sobre la medida que genera el retroceso, esta tendencia se sustenta en los pronunciamientos del Comité PIDESC²⁶.

1.3 Regulación de lo social en el comercio

El proceso de globalización ha venido de la mano con un retroceso de la actuación de los Estados en la vigilancia y cumplimiento de sus compromisos en materia de derechos sociales. Ello, entre otros factores, por el trasfondo ideológico que antagoniza el funcionamiento eficaz del mercado con el reconocimiento de derechos

fundamentales. Siguiendo la descripción de Oscar Ermida²⁷, la *re-regulación internacional*, se ha manifestado principalmente mediante dos técnicas: la regulación tradicional o directa y la regulación indirecta o alternativa. La primera, abarca normas jurídicas generales y abstractas, procura regular directa y sustantivamente relaciones y derechos laborales, tiene semejanza de ley, aunque adaptada al ámbito internacional²⁸. La segunda, en cambio, nace como complemento o en sustitución de la primera, ya sea por su insuficiencia o por sus dificultades de adopción y se caracteriza por una técnica convencional o unilateral destinada a establecer obligaciones entre las partes celebrantes, estímulos o compromisos éticos²⁹.

Nos interesa llamar la atención de dos manifestaciones: las cartas sociales y las cláusulas sociales. Ambas, conforme la descripción realizada, obedecen a distintas técnicas de regulación. Las cartas, son declaraciones genéricas en las que los Estados proclaman ciertos derechos o reconocen determinadas metas laborales o sociales comunes, dos ejemplos claros de esta técnica viene dado por las normas emitidas por la Unión Europea y el Mercosur. Las cláusulas sociales, en cambio, no pertenecen a los sistemas tradicionales de regulación laboral y tienen a una lógica más contractual. Conforme ha reseñado la doctrina la inserción de las cláusulas no ha sido pacífica, figurando entre sus principales detractores los representantes de los países en desarrollo quienes veían en ellas un medio de proteccionismo³⁰. Las cláusulas fijan normas mínimas o equitativas de trabajo como condición previa para beneficiarse de las ventajas que surgen de dichos convenios, el estímulo puede ser negativo cuando prevé la posibilidad de aplicar sanciones al país infractor o positivo, cuando se beneficia al país que cumple. Es precisamente este segundo aspecto el que nos interesa resaltar, ya que en el TLC existe un *"condicionamiento de las preferencias arancelarias u otras ventajas comerciales, sujetas al cumplimiento de los derechos establecidos"*³¹.

2. Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

El 12 de abril de 2006, Perú y los Estados Unidos firmaron el TLC que entró en vigor el 1 de febrero

26 TORRES ZUÑIGA, Natalia. Op. Cit. Pág.103

27 ERMIDA URIARTE, Oscar "Derechos laborales y comercio internacional". Op. Cit. Pág.122.

28 En esta técnica se encuentran los convenios internacionales del trabajo aprobados en el marco de la OIT, las normas supranacionales regionales de Europa y América Latina, los Pactos y Declaraciones universales de derechos humanos y las Cartas Sociales.

29 En esta segunda técnica se ubicarían: las cláusulas sociales en los tratados de comercio, los sistemas nacionales o regionales de preferencias arancelarias, los códigos de conducta, los sellos o marcas distintivas de buena práctica laboral y las denominadas "inversiones socialmente responsables" o "fondos éticos" y "solidarios".

30 Al respecto: VAN DER LAAT ECHEVERRÍA, Fernando, "Cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado", en: Globalización económica y relaciones laborales. Salamanca, 2003, pp. 153 - 173.

31 AZERRAD URRUTIA, Cecilia. Eficacia de los derechos laborales Establecidos en el tratado de libre Comercio entre Perú y Estados Unidos. Lima, 2007. Pág. 52. Disponible en: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/788>

de 2009. El referido acuerdo comercial consagró en el capítulo 17 -capítulo laboral- las obligaciones en materia de derechos fundamentales, las garantías procesales, la estructura institucional y el mecanismo de cooperación. Nos interesa referirnos a dos componentes: la regulación de los derechos fundamentales y la obligación de cumplimiento de la legislación laboral. Respecto al primero, el artículo 17.2 señala:

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 de 1998 de la OIT³².

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.

Respecto al segundo, el artículo 17.3.1 señala:

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.

La primera de las disposiciones garantiza el cumplimiento de las normas fundamentales de la OIT, las mismas que si bien encuentran respaldo en su sola ratificación³³ son mencionadas nuevamente con la finalidad de evitar su modificación peyorativa. Tomando en cuenta que Estados Unidos no ha ratificado algunos convenios fundamentales de la OIT, consideramos que el sometimiento la Declaración de 1998 no podría ser considerada declarativa sino, una manifestación de voluntad que implica respetar dichos preceptos en el marco del TLC. Por ello, el artículo 17.2.1 señala que cada parte *adoptará* y mantendrá en sus leyes y reglamentos los derechos consagrados en la Declaración.

La segunda disposición, obliga a los Estados cumplan y vigilen el respeto de su ordenamiento

laboral. Consideramos que es válido afirmar que en la segunda disposición- aunque no de manera expresa- se encuentra consagrado el Principio de Progresividad de los derechos sociales. Señalamos ello porque, el referido precepto, busca garantizar el mantenimiento del piso de derechos que existían como obligaciones del Estado al momento de la suscripción del TLC.

2.1 Naturaleza jurídica de los TLC

Los tratados, siguiendo la clasificación de Javier Neves³⁴, pueden agruparse en: tratados entre Estados; entre organizaciones internacionales; tratados entre Estados y organizaciones internacionales; y, tratados adoptados en el seno de una organización internacional. En el primer grupo se ubica los TLCs que están regulados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Dentro de los tratados suscritos por Estados, son varios los criterios de clasificación: universales, regionales, genéricos, específicos, bilaterales, multilaterales, etc. Siguiendo la clasificación establecida en el punto II.3, resulta apropiado mantener el TLC dentro la técnica de regulación indirecta o alternativa.

El TLC es un tratado internacional que incluye una cláusula laboral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Convención de Viena, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Este es un principio fundamental, que sustenta obligatoriedad de los tratados internacionales. Por su parte, el artículo 55 de la Constitución establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional, lo que implica una clara adscripción a la *teoría monista*, que establece que las normas nacionales e internacionales forman un único cuerpo normativo una vez que se produce su entrada en vigor.

Respecto a la jerarquía del TLC, queremos comenzar comentando la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos. Siguiendo el criterio de clasificación de las fuentes del derecho, los tratados pueden tener valor primario o constitucional. En el primer caso, se podrían colocar al mismo nivel de la ley (valor legal) o sobre ella (supra legal). El nivel constitucional está reservado para los tratados que versen sobre derechos humanos. En varios pronunciamientos la jurisprudencia constitucional ha sido categórica al afirmar que: *"Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento*

32 Esta declaración consagra los convenios fundamentales referidos a los siguientes derechos: 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 del Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y, e.- la eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación.

33 Recordemos que el Perú ha ratificado todos los convenios fundamentales, mientras que Estados Unidos no ha ratificado los convenios N° 29, N° 87, N° 98, N° 100, N° 111 y N° 138.

34 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial PUCP. Lima, 2012. Pág. 74.

sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas de rango constitucional” se encuentran los tratados de derechos humanos³⁵. En clave laboral y haciendo referencia al Bloque de Constitucionalidad, algunos expertos laboristas sostienen que el mismo no sólo abarca a las normas internacionales sino también a las interpretaciones que de ellas hagan los órganos internacionales creados para tal fin, por ejemplo el Comité de Libertad Sindical³⁶.

Resulta relevante determinar la naturaleza del TLC, pues dependiendo de ello se determinará su lugar en la jerarquía de fuentes. Coincidimos con Cecilia Azerrad, en la medida que “(...) si bien el capítulo laboral del TLC entre el Perú y Estados Unidos no forma un tratado independiente a éste (...) no debe desconocerse la naturaleza de estas estipulaciones y la trascendencia de las mismas dentro del TLC, las que se ubican en un lugar preferencial y generan obligaciones de derechos humanos entre las Partes contratantes” lo que implica que “(...) si reconocemos que, por lo menos, el capítulo laboral del TLC corresponde a un acuerdo de derechos humanos, entonces, se le estaría reconociendo una jerarquía constitucional que condicionaría la interpretación de las normas relativas a derechos laborales en nuestro ordenamiento³⁷.”

2.2 Contenido laboral del TLC: principales obligaciones del Estado Peruano

Son varios los estudios que han analizado el impacto laboral del TLC del Perú con EEUU³⁸, desde su aprobación hasta sus cinco años de vigencia por lo que el artículo busca agregar nuevos elementos de análisis a esta problemática. De los vista hasta acá, queremos sintetizar en dos grupos el contenido laboral del TLC, el primero establecido en el artículo 17.2.1 y 17.2.2 y el otro en el artículo 17.3.1. Como ya hemos adelantado, en el primero se ubican aquellas obligaciones emanadas de los convenios fundamentales de la OIT, estas normas son tratados internacionales en materia de derechos humanos por lo que, además de formar parte del ordenamiento nacional -en aplicación de la teoría monista- ostentan el máximo rango normativo, el constitucional. El TLC, agrega

a ello que su incumplimiento o modificación peyorativa podrá acarrear -además de las sanciones establecidas en los propios documentos internacionales y el los pronunciamientos de los órganos de control- sanciones comerciales en el marco del TLC. Este sería el *valor agregado* que adquieren al ser *re regulados* en el TLC, es decir estaríamos ante una tutela reforzada de los derechos fundamentales consagrado en el seno de la OIT. Decimos ello porque con las sanciones comerciales que puede traer el incumplimiento de estas disposiciones el rol disuasivo se incrementa. El segundo grupo, viene dado por la obligación gubernamental de garantizar y fiscalizar el cumplimiento de la legislación laboral mediante mecanismos legislativos, judiciales, administrativos, inspectivos y constitucionales que correspondan. Adicionalmente, consideramos que esta disposición, reconoce también el Principio de Progresividad de DESC -obligación que emana primigeniamente del PIDESC, CADH y el PSS- ya que impide la remoción peyorativa de las condiciones laborales existentes. Este segundo supuesto permitiría que, por ejemplo, una medida regresiva que no supera el test de proporcionalidad, sea considerada una infracción al TLC y por tanto pueda generar las sanciones comerciales consiguientes. Esta obligación, en el caso peruano se ve reforzada por la consagración de la cláusula del Estado Social, que consagra la obligación del Estado por garantizar un trabajo digno y la distribución justa de los ingresos.

2.3. Mecanismos de cumplimiento de los derechos laborales establecidos en el TLC

A continuación haremos referencia a tres aspectos relacionados con el cumplimiento de los derechos laborales en el marco del TLC (estructura institucional, cooperación laboral y consultas laborales) y a la primera queja³⁹ presentada por una organización sindical peruana.

La estructura institucional, establecida en el artículo 17.5 del TLC, crea el Consejo de Asuntos Laborales integrado por representantes de los Ministerios de Trabajo de ambas partes para la supervisión de la implementación y revisión del avance del capítulo laboral. Además, se establece un punto de contacto para prestar asistencia al

35 Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Expediente N° 0025-2005-PI. Fundamento 26.

36 Para mayor abundamiento se puede consultar: VILLVICENCIO RÍOS, Alfredo. Los - Los tratados de derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad. En: AA.VV. Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI. ARA Editores. Lima, 2009.

37 AZERRAD URRUTIA, Cecilia. Op. Cit. Pág. 224.

38 Algunos de ellos: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Previsiones laborales en los tratados de libre comercio. En CEPAL, Agosto 2011; Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. La agenda laboral pendiente del TLC Perú - Estados Unidos. IESI, PLADES, EQUIDAD, CEDAL. Octubre 2014; RedGe. A cinco años del TLC con los Estados Unidos: ¿Quién va ganando?. ALARCO, German y otros. Mayo 2015; y, RedGe. Informe: Impacto de los acuerdos comerciales internacionales adoptados por el Estado Peruano en el cumplimiento y promoción de los Derechos Humanos en el Perú. Agosto, 2015.

39 Queja presentada por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SINAUT).

Consejo, establecer prioridades de cooperación, intercambiar información sobre leyes y prácticas laborales, etc. Hasta la fecha el Consejo ha sesionado únicamente dos veces, en 2010 y en 2014, en ambos casos han sido las organizaciones sindicales peruanas las que han manifestado su descontento debido a la persistencia de los incumplimientos laborales.

Además, el TLC crea en -el artículo 17.6- un mecanismo de cooperación laboral y desarrollo de capacidades para buscar actividades de cooperación bilaterales o regionales en temas laborales tales como derechos fundamentales en el trabajo, administración e inspección del trabajo, solución alternativa de conflictos y relaciones laborales.

El tercer aspecto es el de las consultas laborales y la solución de controversias, que crea mecanismo especial de consultas laborales de carácter cooperativo respecto de cualquier asunto que surja del capítulo laboral. Únicamente cuando se concluya con la etapa de consultas laborales podrá recurrirse al capítulo de solución de controversias a fin de crear un panel que emita un informe sobre un supuesto incumplimiento reiterado. De no corregirse el incumplimiento, las partes negociaran el establecimiento de una compensación y de no acordarse o no cumplirse la parte demandante podrá suspender la aplicación de los beneficios acordados en el TLC.

Estos tres elementos articulan el mecanismo de supervisión y tratamiento de controversias en el marco del TLC como complemento a los mecanismos ya existentes en vistas de la suscripción de normas internacionales que consagran los DESC.

En el caso de la primera queja, en setiembre de 2010, se presentó la comunicación de denuncia al punto de contacto peruano para que le dé el trámite correspondiente por el incumplimiento de derecho de negociación colectiva. La organización sindical argumentó que *"la suerte de las negociaciones colectivas era, entonces, la de la voluntad del empleador y, en la gran mayoría la voluntad del empleador era no negociar ni*

*seriamente ni de buena fe"*⁴⁰. Luego de seis meses fue aceptada la revisión y se realizaron las consultas respectivas. El 17 de setiembre, se aprobó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR que consagró el arbitraje potestativo causal para los casos en que: a.- Las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y, b.- Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. El 21 de setiembre re reunión la misión de EE.UU. con los representantes del Ministerio de Trabajo de Perú⁴¹. En base a la modificación legislativa citada, en febrero de 2012 se instaló el Tribunal Arbitral para tratar la negociación colectiva entre SINAUT y SUNAT por el período 2008-2009. En marzo de dicho año se emitió el Laudo que optó por la propuesta sindical y resolvió el conflicto⁴².

3. Principales incumplimientos laborales: sector textil y agroindustria⁴³

En julio del presente año, la coordinadora de centrales sindicales⁴⁴, las federaciones sectoriales⁴⁵ y el Foro Internacional de Derechos Laborales presentaron una segunda queja en el marco del TLC con EEUU. La queja fue presentada ante Oficina para Asuntos Comerciales y Laborales (punto de contacto), órgano que tiene jurisdicción para revisarla de conformidad con el artículo 17.5.5 del TLC. El sustento principal de la queja es la violación del Gobierno de Perú de artículos 17.2 y 17.3 del TLC al mantener las leyes y regulaciones incompatibles con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y para dejar de aplicar su legislación laboral de una manera que afecta el comercio y la inversión entre los Estados Unidos y Perú.

En esta oportunidad los incumplimientos están referidos a dos sectores de directa trascendencia en el comercio internacional: la agroexportación y la industria textil y de confecciones. A continuación, describiremos brevemente los principales incumplimientos laborales registrados en estos sectores. Para ello, comenzaremos en cada caso, señalando los cuestionamientos a la subsistencia de los regímenes laborales promocionales relacionados

40 PAREDES PALACIOS, Paul. El TLC Perú-EEUU como motivo (real) de reconocimiento del arbitraje potestativo en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Disponible en: <https://paulgonzaloparedes.wordpress.com/2011/09/20/el-tlc-peru-eeuu-como-motivo-real-de-reconocimiento-del-arbitraje-potestativo-en-el-ds-014-2011-tr/>

41 Para mayor detalle, consultar el Informe N° 030-2011-MTPE/2/14. Disponible en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/INFORME_030_2011_DGT.pdf

42 La SUNAT, siguiendo el criterio de varias instituciones públicas, impugnó judicialmente el Laudo e incumplió con la entrega de algunos beneficios a los términos establecidos en el Laudo.

43 Queremos dejar constancia que los casos reseñados a continuación han sido extraídos de la Queja presentada por las coordinadora de Centrales Sindicales y el Foro Internacional de Derechos Laborales. La autoría en la redacción corresponde a la referida organización no gubernamental, a Javier Mujica y al autor. En muchos casos se hace una referencia literal al contenido de la queja.

44 Coordinadora de las Centrales Sindicales del Perú, agrupa a la Central General de Trabajadores del Perú, la Central Autónoma de Trabajadores del Perú, Centran de trabajadores del Perú y la Central Unitaria de Trabajadores).

45 Las federaciones sectoriales que suscriben las quejas con Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú, Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú y la Federación Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y Afines.

con la no superación del test de proporcionalidad, para luego analizar un par de casos emblemáticos relacionados con el incumplimiento de los deberes gubernamentales de cumplimiento y fiscalización de la legislación laboral.

3.1 El Decreto Ley N° 22342: Régimen de promoción de exportación de productos no tradicionales

Aunque en sentido escrito no nos encontramos ante un régimen laboral especial sino frente a un contrato especial, nos referiremos a este como régimen laboral promocional⁴⁶. El Decreto Ley N° 22342 de 1978, buscó fomentar la inversión en estas industrias, proporcionando a los empleadores un régimen laboral especial que les permite contratar trabajadores mediante una serie indefinida de contratos a corto plazo, aunque fuera por un trabajo que no tuviera naturaleza temporal^{47/48}.

Este régimen, rompe el principio de causalidad en la contratación temporal⁴⁹ que rige para los trabajadores de las demás actividades económicas del Perú⁵⁰, y permite que la mayoría de los trabajadores del sector textil y de la confección se encuentren vinculados a sus empleos mediante contratos de corta duración (15 días, 3 o 6 meses)⁵¹. Esta medida regresiva no supera actualmente

el test de proporcionalidad en la medida que ha generado efectos desproporcionadamente desfavorables para los trabajadores.

La constante amenaza de la no renovación de sus contratos ha tenido un efecto negativo sobre el derecho de los trabajadores del rubro de prendas de vestir y textiles peruanos a ejercer su libertad sindical, lo que ha llevado a la predominancia en este sector de una de las más bajas tasas de sindicalización entre la mano de obra nacional⁵². Incluso el propio el propio órgano especializado del Estado Peruano –el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)- ha reconocido la clara relación que existe entre el Decreto Ley N° 22342 y las bajas tasas de sindicalización en la industria de prendas de vestir y el sector textil. En su informe N° 111-2008-MTPE/5 el MTPE⁵³ encontró que *“a la luz de los datos estadísticos (...) se ha evidenciado que la contratación temporal habría sido utilizada repetitivamente como un elemento disuasivo contra la afiliación sindical de los trabajadores y habría generado efectos perjudiciales como el bajo nivel de la remuneración promedio mensual del sector textil-confecciones (...)”*. Y en otro informe, el MTPE constató que *“existe el imperiosa necesidad de reformar el régimen”* porque afecta (entre otros) el derecho constitucional de libertad sindical de los trabajadores quienes se encuentran bajo la ley⁵⁴.

46 Según Antonio Ojeda la diferencia entre un régimen laboral y un contrato especial radica en que en el primero se regulan labores globalmente anómalas y por tanto se concede un abanico/catálogo de derechos diferentes mientras que en el segundo, únicamente se regula uno de los aspectos (duración del contrato) de manera diferente. En: OJEDA AVILÉS, Antonio. La Deconstrucción del Derecho del Trabajo. Ed. La Ley. 2010. Pág. 522.

47 En materia laboral el artículo 32 de la norma establece que las empresas “podrán contratar personal eventual, en el número que requieran (...) para atender operaciones de producción para la exportación”. En sentido estricto no se trata de un *régimen laboral especial* sino de un *contrato especial* ya que el primero se caracteriza por otorgar un conjunto de derechos laborales diferentes o adicionales a los otorgados en el régimen laboral común, mientras que el segundo lo que permite es contratar temporalmente trabajadores con prescindencia de la labor que efectúen, sin límite cuantitativo ni temporal, pues no se aplica el límite de 5 años aplicable en el régimen común.

48 Entre 1991 y 2011, el uso de contratos a corto plazo emitidos conforme al citado decreto ley se expandió rápidamente, con un promedio del 10 % de crecimiento anual. Las empresas de prendas de vestir y textiles más grandes son las mayores beneficiarias de la norma. Entre 1991 y 2006 el número de sindicatos en el sector textil y del vestido cayó de 85 a 16. Sin una presencia sindical significativa, los empleadores han fijado unilateralmente los términos y condiciones de empleo.

49 El propósito del principio de causalidad es asegurar que el vínculo laboral dure tanto como la fuente que le dio origen, siempre que el trabajador cumpla con sus obligaciones laborales. Conforme a este principio las necesidades empresariales de carácter permanente deben ser cubiertas a través de contratos a plazo indeterminado, mientras que las necesidades de carácter temporal deben ser cubiertas a través de contratos a plazo fijo.

50 Los contratos a plazo fijo o de duración determinada que rigen para el resto de las actividades productivas en el Perú es regulado por el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo N° 003-97-TR, denominado “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.

51 El artículo 32° del Decreto Ley N° 22342 indica que la contratación dependerá de: (i) un contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina y (ii) Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación. Las empresas podrán contratar personal eventual en el número que requieran y los contratos se celebrarán para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario.

52 Durante una encuesta de los trabajadores textiles, el 88 % informó que conocía casos en los que el contrato de un compañero empleado no fue renovado debido a su afiliación a un sindicato, haber elevado una queja legítima, tener edad avanzada o quedar embarazada. De acuerdo con la queja, varios de los últimos informes del Departamento de Estado de EEUU han expresado su preocupación acerca de cómo los trabajadores del sector textil y del vestido se impide efectivamente a afiliarse a un sindicato por el temor de no tener su contrato a corto plazo renovado. PLADES. Situación de las condiciones laborales del sector confecciones de prendas de vestir en el Perú. 2009.

53 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Informe N° 111-2008- MTPE/5 del 13 de octubre de 2008, emitido por la Oficina de Asesoría Técnica de la Alta Dirección, ratificado por la Oficina de Asesoría Jurídica del MTPE mediante el Informe N° 232-2009-MTPE/9.110 de 21 de abril de 2009.

54 Informe del Ministerio de Trabajo N° 23-2011-MTPE/2/14. pp. 6-7.

La queja da cuenta que en 2010, el Comité de Libertad Sindical de la OIT⁵⁵ indicó que no podía *“dejar de observar en este sentido que en la práctica, como señala el Gobierno, las inspecciones de trabajo realizadas en alguna de las empresas mencionadas por el querellante han dado lugar a multas por prácticas antisindicales; asimismo, el Gobierno afirma de manera general en el sector en cuestión que “la contratación temporal había sido utilizada repetitivamente como un elemento disuasivo de la afiliación de los trabajadores” y había generado “efectos negativos a nivel de protección social”*⁵⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, el Comité invitó al Gobierno a examinar “con las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas la manera de asegurar que el recurso sistemático a los contratos temporales de corta duración en el sector de la exportación no tradicional no obstaculice en la práctica el ejercicio de los derechos sindicales”⁵⁷. El Comité reiteró esta postura en marzo y junio de 2015, declarando que, con referencia al sistema de contratación en Perú, “el empleo de trabajadores con sucesivas renovaciones de contratos de duración determinada durante varios años puede ser un obstáculo al ejercicio de los derechos sindicales”⁵⁸.

El papel pernicioso del Decreto Ley N° 22342 en la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores ha sido reconocido por las principales marcas y minoristas que se surten de las prendas de vestir con origen en Perú. El 3 de marzo de 2013, Nike, New Balance, PVH, VF, Life is Good y 47 Brand enviaron una carta conjunta al presidente Ollanta Humala expresando su preocupación por que el uso de contratos a corto plazo -fundados en el Decreto Ley N° 22342- violaba sus códigos de conducta empresariales al negar a los trabajadores implicados sus derechos laborales fundamentales⁵⁹. En sentido similar, después de realizar su propia investigación, la Fair

Labor Association (FLA) encontró, igualmente, que el uso repetido de contratos de corta duración en la ropa y la industria textil del Perú violó el Código de Conducta Laboral FLA al negar a los trabajadores sus derechos fundamentales⁶⁰.

El 2007, antes de la entrada en vigor del TLC, el Gobierno peruano se comprometió a tomar medidas para abordar las preocupaciones planteadas por los miembros del Congreso de Estados Unidos⁶¹ acerca de que los empleadores peruanos utilizaban contratos de corta duración para discriminar a los sindicalistas y menoscabar el derecho de organizarse. Sin embargo, según los sindicatos peruanos, el Gobierno nunca cumplió con su promesa a crear un programa nacional para vigilar el uso de contratos de empleo temporal en aquellos sectores en los que el abuso ha sido más común, incluyendo textiles, confecciones y agricultura⁶².

A lo anterior se suma que, mediante un paquete de reformas reciente -aprobado para estimular la economía peruana -se obliga a los inspectores laborales de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) a centrar sus esfuerzos en la prevención de violaciones, en lugar de sancionar las que ocurren con amplia habitualidad. La Ley N° 30222 (del 11 de julio de 2014) estableció que en un plazo de 3 años contados desde el 12 de julio de 2014 – es decir hasta el 11 de julio de 2017 – la SUNAFIL deberá circunscribirse principalmente a intervenciones orientadas a la prevención y no corrección de conductas infractoras. Para mermar aún más sus capacidades de fiscalización, el gobierno propuso al Congreso un proyecto de Ley N° 4008-2014-PE⁶³, que limita el alcance de las inspecciones de trabajo, dado estas ya no serán posibles ante incumplimientos y controversias que se estén ventilando en el Poder Judicial⁶⁴.

55 Caso 2675 - Queja contra el Gobierno peruano del 16 de octubre de 2008, presentada por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) alegando consecuencias perjudiciales de los contratos de corta duración en los derechos sindicales en las empresas industriales sujetas a exportación no tradicional.

56 357° Informe del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, junio de 2010, pp. 213-222. Ver en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms_142023.pdf

57 Ibid.

58 374° Informe del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, marzo de 2015, p. 69. Ver en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms_357170.pdf; 375° Informe del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, junio de 2015, p. 118. Ver en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—relconf/documents/meetingdocument/wcms_375794.pdf.

59 Carta de Crean, Kevin (47 Brand), Christine Kelley (The Life is Good Company), Monica Gorman (New Balance), Sharla Settlemier (Nike), Melanie Steiner (PVH Corp) y Phil Marsom (VF Corporation) a Presidente Ollanta Humala Tasso, 4 de Marzo, 2013, ver en: <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2013/03/carta-presidente-ollanta-humala-4-marzo-20131.pdf>

60 Fair Labor Association, Reporte Final: *Queja de Terceros* – HIALPESA (Perú), octubre de 2014, ver en: http://www.fairlabor.org/sites/default/files/documents/reports/hialpesa_final_report_october_2014_spanish.pdf

61 Programa Laboral de Desarrollo. PLADES. “Derechos Laborales y Comercio en América Latina: Análisis de las Cláusulas Laborales en el TLC con EE.UU. y en los Acuerdos Comerciales con la Unión Europea”, noviembre de 2007, p. 79-82.

62 A través de este programa el Ministerio de Trabajo se suponía que revisaba anualmente todos los contratos temporales para asegurar el cumplimiento de la ley y publicaba un informe anual, pero nunca lo hizo. También fracasó en establecer vías administrativas y judiciales expeditas y especiales para los trabajadores con contratos a corto plazo de modo que pudieran impugnar los despidos antisindicales.

63 Ver en [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf8e305256f2e006d1cf0/0997d265c1fbd21105257da4000253c3/\\$FILE/04008DC09MAY031214.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf8e305256f2e006d1cf0/0997d265c1fbd21105257da4000253c3/$FILE/04008DC09MAY031214.pdf)

64 Además, la queja da cuenta que, el Estado peruano no asigna prioridad al sostenimiento presupuestal de la SUNAFIL, y las restricciones presupuestarias como ellas que prohíben generar nuevas plazas de inspectores en virtud de la Ley Anual de Presupuesto han provocado huelgas frecuentes de los propios inspectores para defender sus salarios y beneficios .

La queja concluye afirmando, sobre este punto, que las debilidades del sistema de vigilancia en Perú no solo han demostrado que el Gobierno de Perú carece de mecanismos eficaces para abordar las violaciones de la libertad de asociación bajo el Decreto Ley N° 22342, sino también han resaltado la imposibilidad de usar el sistema de vigilancia para reparar lo que realmente es un defecto inherente del régimen de contratación que la Ley se establece. Además, para proteger y respetar la libertad de asociación en virtud del Artículo 17.2.1 del TLC, es necesario reemplazar el sistema extremo de trabajo precario que ahora se rige en el sector de textiles con uno que permite a los trabajadores ejercer mejor sus derechos fundamentales.

3.1.1 Caso Topy Top

El 5 de marzo de 2007, en sindicato de Topy Top (SINTOTTSA) se registró oficialmente ante el Ministerio de Trabajo (MTPE) y comenzó a afiliarse miembros, pero la empresa en vez de reconocer el sindicato e iniciar la negociación colectiva como lo requiere la ley, inició una campaña agresiva para acabar con éste⁶⁵.

En 2009, SINTOTTSA advirtió que la empresa incumplía los requisitos del Decreto Ley N° 22342. Y en febrero de 2012, después de una queja sometida por SINTOTTSA, los Inspectores del MTPE verificaron que estas advertencias eran ciertas y ordenaron a la empresa convertir a 740 trabajadores (100 de los cuales eran miembros de SINTOTTSA) en empleados permanentes⁶⁶. Lamentablemente, TOPY TOP se negó a cumplir las órdenes del Ministerio de Trabajo y siguió obligando a los trabajadores a firmar contratos temporales, por lo que hasta la fecha ninguno de los 740 trabajadores mencionados ha sido convertido en empleado permanente de acuerdo con la legislación peruana.

El 3 de septiembre de 2012, la empresa anunció el despido de 44 miembros de SINTOTTSA, entre ellos su Secretario General y solo volvió a contratar a los trabajadores despedidos cuando Under Armour y otros grandes compradores le informaron que esos despidos eran incompatibles con sus códigos de conducta social. A pesar de ello, solo pocos meses después, el 15 de enero de 2013, TOPY TOP S.A. despidió a 18 miembros del sindicato, violando un acuerdo que había firmado con SINTOTTSA. En junio de 2014 TOPY TOP S.A. fue multada con S/.

33,858 (US \$ 11,286) por la Inspección del Trabajo al constatar que venía llevando a cabo manifiestos actos contra la libertad sindical⁶⁷. Ese mismo mes volvió a despedir a 27 miembros del sindicato sin justificación. Esta acción ocurrió en medio de la negociación de su contrato colectivo 2013-2014 que se había iniciado con la presentación del pliego de reclamos del sindicato en noviembre de 2013. Finalmente, el pasado 23 de marzo del 2015, TOPY TOP S.A. despidió al Secretario General del SINTOTTSA y Secretario de Prensa y Difusión de la Federación de Trabajadores Textiles del Perú.

3.1.2 Caso Hialpesa

En marzo de 2013 el secretario general del sindicato pidió al MTPE revisar la aprobación de más de 1000 contratos a corto plazo emitidos entre junio y noviembre de 2012, alegando que los trabajadores nunca los habían firmado y que debían ser declarados inválidos. En septiembre de ese año, el MTPE emitió dos resoluciones⁶⁸ declarando 1008 contratos de corto plazo inválidos y ordenando que los trabajadores implicados, que incluían todos los miembros del sindicato, fueran convertidos en empleados permanentes. Sin embargo, la empresa ignoró las resoluciones del MTPE, negándose a hacer la conversión de los trabajadores a empleos permanentes, e interponiendo un proceso judicial contra esta decisión para dilatar el proceso.

El 23 de octubre de 2013, el sindicato informó a la empresa que, dados los pronunciamientos del MTPE, sus miembros ya no firmarían contratos a corto plazo y que esperaban su conversión a empleados permanentes. En respuesta, el 4 de noviembre la empresa negó el acceso a la fábrica a los 136 miembros del sindicato.

En marzo de 2014, la empresa les anunció a los 136 miembros del sindicato que tenía la intención de cerrar la planta de hilandería donde el 90 % de los miembros del sindicato trabaja, alegando que no era rentable. En respuesta, el sindicato presentó un reclamo con la FLA, alegando que el plan de cierre de la fábrica por parte de HIALPESA tenía la intención de reducir el número de afiliados al sindicato. Un informe posterior de la FLA encontró que HIALPESA discriminó al sindicato en la negociación de la compra de renuncias de sus miembros, la que se llevó a cabo sin la presencia de un dirigente sindical y sin ofrecer a los miembros del sindicato la oportunidad de ser transferidos

65 Para saber más de la historia de SINTOTTSA y TOPY TOP, puede consultarse el informe del Profesor Wilfredo Sanguinetti, del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ), "Empresas Multinacionales, Responsabilidad Social y Derechos Laborales en el Perú: la experiencia de TOPY TOP" En adelante CICAJ – Sanguinetti. Ver en <http://www.cedla.org/content/42496>

66 Acta de Infracción N° 552-2012-MTPE/1/20.4

67 Acta de Infracción N° 2217-2014 del 26 de junio de 2014.

68 Resolución Directoral N° 309-2013-MTPE/1/20.2 y Resolución Directoral N° 313-2013-MTPE/1/20.2

a otro puesto laboral dentro de los diferentes departamentos de la empresa.

El 18 de junio, el Secretario General del Sindicato, Pedro Pablo Broncales, fue despedido por *"falta de buena fe"* y la destrucción de propiedad de la compañía. El sindicato afirmó que los cargos eran simplemente un pretexto y que en realidad estaba despedido por alertar al MTPE del uso fraudulento de la empresa de los contratos a corto plazo. A la fecha ha sido repuesto.

3.2 Ley N° 27360: Régimen laboral agrario

En 2000, por medio de la Ley de Promoción del Sector Agrario, Ley N° 27360 se excluyó de los trabajadores del agro de los beneficios previstos en el régimen laboral general y se les impuso un régimen especial con menos derechos. En octubre de 2006 se denunció la inconstitucionalidad del artículo 7° de la Ley N° 27360 alegándose que era contrario al principio de igualdad y no discriminación protegido por el artículo 2.2 de la Constitución peruana. Un año más tarde, el TC reconoció que la ley implicaba una medida legislativa diferenciadora pero alegó que no era discriminadora. Sin embargo, hizo hincapié en cuatro garantías fundamentales⁶⁹ que, como veremos a continuación, no se cumplen.

Como tras el pronunciamiento del TC, continuaron los cuestionamientos a este régimen especial, se tramitaron en el Congreso peruano distintos proyectos de ley para modificarlo o derogarlo. El Proyecto N° 141/2011-CR, de setiembre de 2011, que propuso otorgar a los trabajadores del sector beneficios similares a los del régimen general y obtuvo informe favorable ya que *"cumpl[ía] con el cometido de restituir a los trabajadores agrarios derechos cuya extensión ha sido recortada por la llamada legislación promocional del sector económico al que se adscriben"* (énfasis añadido)⁷⁰. Un segundo Proyecto, N° 282/2011-CR, de noviembre de 2011, propuso otorgarles las gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios que los demás trabajadores del régimen general perciben en forma adicional a su remuneración diaria, pero en un monto inferior. Al respecto el MTPE afirmó que dicha *"iniciativa legislativa cumple insatisfactoriamente con el cometido de restituir a los trabajadores agrarios derechos cuya extensión ha sido recortada..."* (énfasis añadido)⁷¹.

Después de una reciente misión de investigación llevada a cabo en Perú por la Comisión Internacional de Juristas, la Comisión explicó claramente el vínculo entre el sistema extrema de trabajo precario y la supresión de sindicalización: *"Para la Misión de Observación resulta evidente que el bajo índice de sindicalización [en el sector de la agroindustria] responde de manera general al carácter intermitente de las contrataciones, pues si bien más del 80 % de los trabajadores se concentran en empresas de más de 20 trabajadores, condición indispensable para la formación de sindicatos, la mayoría de trabajadores no logra la estabilidad necesaria que los habilite para la conformación de organizaciones sindicales"*⁷². A pesar de las grandes ganancias producidas por el incremento de las exportaciones, las condiciones de empleo son especialmente lamentables. En materia de salario, en la práctica ellos no se benefician de la compensación por tiempo de servicios y ni dos gratificaciones ya que la legislación promocional les incluye estos beneficios en la remuneración mínima.

3.2.1 Caso Camposol

El 12 y 13 de marzo de 2014, los trabajadores afiliados del SITECASA ejercieron su derecho a la huelga ante varios incumplimientos de los acuerdos del convenio colectivo celebrados entre 2012 y 2015. Entre los incumplimientos figura que la empresa había desconocido su acuerdo de contratar a plazo indefinido y permanente a los trabajadores que superen los cuatro años del record laboral. Como resultado de la huelga, la empresa despidió a 18 trabajadores – incluyendo el Secretario General del SITECASA, Sr. Felipe Arteaga Saavedra– y les dio *descanso temporal* a 400 trabajadores.

El comportamiento antisindical de la empresa motivó el Acta de Infracción N° 24-2014-SUNAFIL (16.05.2014), confirmada por la Resolución Subgerencial N° 031-2014-GR-LLGGR/GRSTPE-SGIT del 31 de diciembre de 2014. En el Acta se constata los siguientes incumplimientos: actos antisindicales con 569 afectados; incumplimiento del convenio colectivo 2012-2015 con 569 afectados; y, falta de registro en planillas con 14 trabajadores afectados. A ello se suma que la empresa ha sido acusada varias veces de estar detrás de renuncias al sindicato cuya formalización notarial ella misma

69 Como ya hemos referido antes, estas garantías son: i.- Los derechos fundamentales del régimen laboral común establecidos en la Constitución, constituyen la base sobre la que se consagra el régimen laboral agrario y es tutelable mediante procesos constitucionales; ii.- El régimen debe tener una vocación de temporalidad; iii.- Existe la responsabilidad estatal – vía la inspección laboral – de asegurar la vigencia efectiva de las normas socio-laborales; y, iv.- Las condiciones mínimas establecidas en el régimen pueden mejorarse vía acuerdos colectivos negociados entre los empleadores agrarios y sus trabajadores.

70 Ministerio de Trabajo, Informe N° 010-2011-MTPE/2/2014 de octubre de 2011. Pág. 9.

71 Ministerio de Trabajo, Informe N° 016-2011-MTPE/2/2014 de noviembre de 2011. Pág.13.

72 Comisión Internacional de Juristas (CIJ). Los derechos sociales y regímenes especiales de promoción a la exportación: El caso de la agricultura de exportación en el Perú. Suiza, 2014. Pág. 13.

tramita. Estas acusaciones han sido confirmadas por el Juez de Paz de la Segunda Nominación del distrito de Chao, Víctor Pérez Escobedo, en carta dirigida al SITECASA del 21 de octubre de 2014 señaló que *“dichas cartas (de renuncia al sindicato) han sido dejadas por representantes de la empresa CAMPOSOL S.A. para el trámite de entrega por conducto notarial y han sido los mismos representantes de la empresa quienes han retirado los cargos una vez diligenciados (...)”*.

3.2.2 Caso Grupo Palamas

En 2010, una inspección de las autoridades del Sector Trabajo de la Región San Martín constató que las empresas del grupo carecían de Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, incumplían su obligación de constituir un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo y no había contratado el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo ordenado por la legislación laboral, afectando al total de sus trabajadores que eran entonces 452⁷³.

En Palmas del Espino S.A. fallecieron tres trabajadores en los últimos dos años: Manuel Rengifo Lavi, murió en diciembre 2013 después de caer de una bicicleta en instalaciones de la empresa; Mayer David Tamani Huaycama, murió en febrero de 2014, cuando el camión que viajaba en el marco de sus funciones de trabajo por accidente; y, Ely Mermao Barneo, murió en febrero de 2014, cuando fue enviado a cortar las ramas de las plantas de palma solo. En Industrias del Espino, se registran dos accidentes mortales en 2014: Carlos Borda Alvarado falleció el 24 de julio. Según el Acta de Infracción N° 007-2014-SDI-OZTPE-T, del 9 de setiembre de 2014, respecto a las instalaciones de la empresa y en las que se produjo el accidente fatal señala que: *“Sin sistema de advertencia o señalización inexistente o inadecuada (...) Ajuste o ensamble inconcluso de la tapa del ducto del transportador de fibra (...) Existió una inadecuada supervisión durante el mantenimiento del equipo transportador, porque no existió un sistema de advertencia y señalización en el área o zona donde se realizaba el mantenimiento del transportador de fibra (...) Sin supervisión o responsable de seguridad y salud en el trabajo durante la operación de mantenimiento del equipo transportador de fibra. La empresa no aplica los estándares de seguridad y salud en las actividades y servicios conexos”*. Miguel Salinas Rodríguez murió el 19 de agosto de 2014, cuando se encontraba lavando la cisterna con productos químicos. Según información de los sindicatos, las empresas en ninguno de los casos han realizado una investigación seria sobre las causas y responsables, en todos los casos

han responsabilizado al trabajador fallecido sin informar a los trabajadores los detalles de los accidentes.

En todos los casos descritos se constatan reiterados incumplimientos a la legislación laboral y a los deberes gubernamentales: la ausencia de fiscalización del MTPE al momento de calificar los contratos temporales, los incumplimientos reiterados al derecho de libertad sindical y la seguridad y salud en el trabajo, la escasa labor disuasiva del MTPE y la falta de protección efectiva para el ejercicio de la libertad sindical. Dan cuenta, por tanto, del incumplimiento a los deberes que emanan de las normas internacionales en general y, en particular, la inaplicación del contenido laboral del TLC.

Ante todo ello, la queja pide: i.- La derogatoria de los artículos 32°, 33° y 34° del Decreto Ley N° 22342 y, consecuentemente, la derogación del artículo 80° del Decreto Supremo n° 003-97-TR; ii.- La derogatoria de la Ley N° 27360, Ley de Promoción del Sector Agrario; iii.- El fortalecimiento del sistema administrativo y judicial para garantizar el cumplimiento de las normas laborales y el cumplimiento a las sanciones impuestas a las empresas; iv.- La fiscalización de la contratación temporal y el cumplimiento efectivo de las sanciones en caso de desnaturalización; v.- El cumplimiento del deber de garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva; y, vi.- El cumplimiento del pago de la prima textil como beneficio adicional a la remuneración ordinaria.

4. Conclusiones

- a. La vinculación entre Derecho del Trabajo y comercio internacional tiene larga data, motivo por el cual la doctrina considera que el segundo forma parte del contenido genético del primero. Los fundamentos y anhelos que dieron surgimiento a la internacionalización del Derecho del Trabajo (eliminar los efectos desfavorables del mercado, evitar que el retroceso en los derechos laborales sea considerado una ventaja competitiva y generar condiciones equitativas para el comercio internacional) mantienen plena vigencia. En el contexto de globalización, esta relación vuelve a cobrar protagonismo con el surgimiento de nuevos instrumentos de regulación supranacional, nuevos mecanismos de protección y nuevas sanciones.
- b. En el debate sobre los TLCs y otras nuevas formas de regular lo social en el comercio, debe estar presente la trascendencia de los DESC y del Principio de Progresividad,

73 Acta de Infracción N 008-2010-SDI-OZTT-DRTPE-SM

como mecanismo de garantía para el cumplimiento de los derechos pero también como límite a la actuaciones de los poderes públicos en la medida que impiden reformas peyorativas injustificadas. En este contexto, la herramienta metodológica para evaluar si una medida regresiva es apropiada es el Test de Proporcionalidad.

- c. El TLC *re regula* –dotando de una tutela reforzada- los derechos fundamentales suscritos por el Perú en el marco de la OIT, pero además consideramos que consagra –a tono con el PIDES, CADH y el PSS- el Principio de Progresividad de los DESC. El TLC tiene la naturaleza de un tratado comercial, sin embargo la consagración de la cláusula social podría dotar –al menos a esta parte del tratado- de una connotación especial por tratarse de derechos humanos. Existen opiniones doctrinales que avalan esta teoría, lo colocaría al máximo nivel las estipulaciones laborales ahí contenidas.
- d. Desde la entrada en vigor del TLC, los sindicatos peruanos, han presentado dos

quejas. La primera está relacionada con el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores de SUNAT mientras que la segunda versa sobre dos regímenes laborales promocionales: el de exportación de productos no tradicionales y el régimen laboral agrario. Además del cuestionamiento a la validez de ambos regímenes especial por no haber superado el Test de Proporcionalidad, lo casos dan cuenta de la escasa labor disuasiva de la inspección laboral, la ausencia de fiscalización del MTPE al momento de calificar los contratos temporales, los incumplimientos reiterados al derecho de libertad sindical, entre otros.

- e. Al igual que en la primera queja presentada, por la que se probó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, esta segunda queja demanda –además de la derogación de los referidos regímenes laborales promocionales- el reforzamiento de la labor inspectiva y la garantía plena para el ejercicio de la libertad sindical. La inobservancia de las disposiciones laborales en el TLC puede traer consecuencias económicas para el Perú. ☒