

***Academia Iberoamericana de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social***
Anuario 2017

Coordinador:

Óscar Hernández Álvarez

Agosto, 2018

Anuario 2017

© Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, 2018

Óscar Hernández Álvarez - Coordinador

Corrección y diagramación: *José Santana E.*

Impresión:

Editorial Horizonte C.A.

Calle 41 entre Av. Venezuela y carrera 27 N° 26-72

Telfs.: (0251) 4462317 - 4462324

e-mail: edt-horizonte@cantv.net

edt-horizonte@hotmail.com

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Anuario 2017

Sumario

<i>Presentación.....</i>	<i>7</i>
<i>Información de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....</i>	<i>9</i>
<i>Informe sobre novedades en el ámbito jurídico laboral de la República Argentina durante el año 2016</i> Jorge RODRÍGUEZ MANCINI.....	13
<i>Reseña legislativa laboral y jurisprudencial 2017, Bolivia</i> Iván CAMPERO VILLALBA.....	15
<i>Informes trabalhistas: relatório Brasil 2017</i> Nelson MANNRICH.....	35
<i>Novedades legislativas y jurisprudenciales en Colombia 2017</i> José Roberto HERRERA VERGARA Carlos Ernesto MOLINA MONSALVE Martha Elisa MONSALVE CUÉLLAR.....	69
<i>La reforma legal en materia de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en Costa Rica durante el 2017</i> Alexander GODÍNEZ VARGAS.....	101
<i>Comentarios a la legislación laboral cubana de 2017</i> Antonio Raudilio MARTÍN SÁNCHEZ.....	113
<i>Legislación laboral y previsional en Chile en 2017</i> Emilio MORGADO VALENZUELA Francisco TAPIA GUERRERO.....	123
<i>Panorama normativo laboral del Ecuador en el 2017</i> Jorge EGAS PEÑA.....	131
<i>Legislación sociolaboral española, 2016-2017</i> <i>Comentario breve</i> Luis Enrique DE LA VILLA GIL Antonio MARTÍN VALVERDE.....	139

<i>Frustraciones y nuevas amenazas al Derecho mexicano del Trabajo: 2017</i>	
Carlos DE BUEN UNNA.....	157
<i>Cambios y tendencias en el Derecho del Trabajo panameño y en la Seguridad Social en Panamá en el año 2017</i>	
Rolando MURGAS TORRAZZA.....	167
<i>Cambios legislativos y jurisprudenciales en materia de Derecho del Trabajo en el Perú durante el año 2017</i>	
Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS.....	173
<i>Portugal (2015-2017)</i>	
António MONTEIRO FERNANDES.....	181
<i>Novedades jurisprudenciales en República Dominicana</i>	
Rafael F. ALBURQUERQUE	
Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA.....	185
<i>Las reformas legales en materia de trabajo en Venezuela durante el año 2017</i>	
Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ.....	191

PRESENTACIÓN

La Junta Directiva de la ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD, presenta como parte de su gestión, la sexta edición de su ANUARIO, correspondiente al año 2017, destinado tanto para sus Miembros de Número y Correspondientes, como para los estudiosos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Iberoamérica.

En continuación de línea editorial establecida en los anteriores Anuarios, la edición correspondiente al año 2017 comprende una reseña de las transformaciones que nuestras disciplinas han experimentado durante ese año en el ámbito iberoamericano. En esta edición recogemos reseñas de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, México, Panamá, Perú, Portugal, República Dominicana y Venezuela. Confiamos en que esta publicación sea de utilidad para los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Agosto, de 2018

RAFAEL ALBURQUERQUE DE CASTRO
Presidente

ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

2018

BREVES NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA ACADEMIA

En septiembre de 1972, con ocasión del IV Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Sao Paulo, se anunció la creación de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, surgida de la iniciativa del profesor argentino Alfredo J. Ruprecht, quien se propuso agrupar, en una sociedad científica internacional, a los cincuenta especialistas más prestigiosos de Iberoamérica.

Los estatutos iniciales fueron modificados en la primera reunión que la Academia celebró en Madrid del 10 al 14 de octubre de 1975. Los materiales de esa reunión fueron publicados en un libro, bajo la coordinación del Profesor Manuel Alonso Olea, el cual fue la primera publicación de la Academia. En 1998 se aprobó ampliar hasta cincuenta y cinco el número de miembros Titulares. En 2004 se aprobó la incorporación en los estatutos de académicos correspondientes y luego el Reglamento respectivo. En 2011 se aprobó una modificación de los estatutos creando la categoría de miembros Eméritos y estableciendo normas que facilitarían el procedimiento de elección de nuevos académicos.

ACADÉMICOS DE NÚMERO

1. Alburquerque de Castro, Rafael F. (República Dominicana)
2. Jaime Martínez, Héctor (Venezuela)
3. Vida Soria, José. (España)
4. Martín Valverde, Antonio. (España)
5. Larios, Enrique. (México)
6. Mangarelli, Cristina. (Uruguay)
7. Montoya Melgar, Alfredo. (España)
8. Borrajo Dacruz, Efrén. (España)
9. Villasmil Prieto, Humberto. (Venezuela)
10. Mantero San Vicente, Osvaldo (Uruguay)
11. Bolaños Céspedes, Fernando (Costa Rica)
12. Dávalos Morales, José. (México)
13. Robortella, Luiz Carlos. (Brasil)
14. Kurczyn Villalobos, Patricia. (México)
15. Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio. (España)

16. Martín Sánchez , Antonio Raudilio (Cuba)
17. De Buen Unna, Carlos. (México)
18. Monsalve, Martha (Colombia)
19. Alvares Da Silva, Antonio. (Brasil)
20. Herrera Vergara, José Roberto. (Colombia)
21. Mesquita Barros, Cássio. (Brasil).
22. González Carlos, Alberto. (Paraguay)
23. Molina Monsalve, Carlos Ernesto. (Colombia)
24. Hernández Rueda, Lupo. (República Dominicana) +
25. Hoyos, Arturo. (Panamá)
26. Raso Delgue, Juan (Uruguay)
27. Rodríguez Mancini, Jorge. (Argentina)
28. Bronstein, Arturo Sergio. (Argentina)
29. Gomes Chiarelli, Carlos Alberto. (Brasil)
30. Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo. (Perú)
31. De Moraes Filho, Evaristo. (Brasil) +
32. Morgado Valenzuela, Emilio. (Chile)
33. Murgas Torrazza, Rolando. (Panamá)
34. Nugent López-Chaves, Ricardo. (Perú)
35. Monteiro Fernandes, Antonio. (Portugal)
36. Rosenbaum Rimolo, Jorge. (Uruguay)
37. Godínez, Alexander. (Costa Rica)
38. Hernández Álvarez, Óscar. (Venezuela)
39. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferre, Miguel. (España)
40. Ackerman, Mario. (Argentina)
41. Sayão Romita, Arion. (Brasil)
42. Sánchez Alvarado, Alfredo. (México)
43. Goldin, Adrián. (Argentina)
44. Suárez González, Fernando. (España)
45. Mannrich, Nelson. (Brasil)
46. Pinto, Mario. (Portugal)
47. De la Villa Gil, Luis Enrique. (España)

48. Egas Peña, Jorge. (Ecuador)
49. Walker Errazuriz, Francisco. (Chile)
50. Xavier Bernardo da Gama Lobo. (Portugal)
51. Sandoval Rodríguez, Isaac. (Bolivia)
52. Blancas Bustamante, Carlos. (Perú)
53. Tapia Guerrero, Francisco. (Chile)
54. Herrera Carbuccia, Manuel. (República Dominicana)
55. Franco, César Landelino. (Guatemala)

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Guerrero Figueroa, Guillermo. (Colombia)

ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES

Abdala, Vantuil. (Brasil)

Romano Martinez, Pedro. (Portugal)

Ribeiro de Villena, Paulo Emilio. (Brasil)

JUNTA DIRECTIVA

Presidente: Rafael Alburquerque De Castro

Vicepresidente 1º: Antonio Martín Valverde

Vicepresidente 2º: Francisco Tapia Guerrero

Secretario General: Humberto Villasmil Prieto

Secretario General Adjunto: Alexander Godínez Vargas

PRESIDENTES DE HONOR

Alfredo J. Ruprecht +

Mozart Víctor Russomano +

Manuel Alonso Olea +

Mario Pasco Cosmópolis +

Américo Plá Rodríguez +

Néstor de Buen Lozano +

Fernando Suárez González

Emilio Morgado Valenzuela
Lupo Hernández Rueda +
Alfredo Montoya Melgar
Xavier Bernardo da Gama Lobo
Rolando Murgas Torrazza
Óscar Hernández Álvarez

Novedades legislativas en materia de relaciones laborales y de la seguridad social en la República Argentina durante el año 2017

Jorge RODRÍGUEZ MANCINI

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Debido a que la situación política y económica reinante desde 2016 no permite armonizar proyectos y obtener sanción de leyes, durante el curso de 2017 no se produjeron los importantes cambios que el Poder Ejecutivo tenía previstos. Sólo dos leyes obtuvieron la sanción parlamentaria indispensable. Se trata de normas relativas a dos aspectos muy importantes de las relaciones laborales y del tratamiento del régimen de jubilaciones y pensiones.

El primero consiste en la modificación del régimen de protección de los trabajadores por los riesgos del trabajo. En ese sentido la ley 27.348 modificó el procedimiento de acceso a la justicia por los reclamos respecto de las prestaciones previstas en la Ley de Riesgos de Trabajo. En ese sentido se impone la exigencia de que antes de acceder a la demanda judicial ante los tribunales laborales correspondientes, la víctima de un accidente o enfermedad laboral debe tramitar su reclamo ante Comisiones Médicas dependientes de los organismos administrativos del sistema. Recién después de obtener decisión sobre su pretensión y si no estuviera conforme con él, podrá interponer la demanda judicial respectiva. Sobre esta disposición legal se han producido impugnaciones de distinto origen y trascendencia por considerar que limita el acceso a la justicia de las personas desconociéndose así una garantía constitucional. Al respecto se han pronunciado distintos tribunales y aún no se registra una decisión del órgano judicial supremo.

El segundo tema legislado durante el año 2017 que importa para este informe es el representado por la ley 27.426 según la cual se ha cambiado el método de cálculo de las jubilaciones y pensiones, combinando como índices de referencia, además de la evolución de los salarios de los trabajadores en actividad, la evolución de la inflación de precios. Este mecanismo, para un sector, implica perjuicio para los jubilados y pensionados y dio origen a reacciones populares partidarias no obstante las cuales se produjo la sanción legal correspondiente.

Fuera de estas referencias a cambios legislativos creo importante llamar la atención sobre un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tuvo lugar en el caso «Lagos del Campo c/ Perú» con fecha 31 de agosto de 2017. Se trata de un importante y trascendente fallo que obviamente se proyecta sobre el derecho internacional relacionado con la aplicación y juzgamiento de los derechos laborales. En el texto de esta sentencia se debaten aspectos que revelan los distintos enfoques de los magistrados integrantes del Tribunal y cómo en los votos que componen la mayoría, se destaca el rasgo de un activismo que conduce a la aplicación de normas que estrictamente no poseen la capacidad suficiente para resultar impuestas a sujetos que no están comprendidos en su ámbito o que no han sido sometidos a la jurisdicción del tribunal. Las cuestiones a resolver por la Corte versaban sobre los planteos que se habían presentado en torno a la libertad de expresión por parte del trabajador, el alcance de las garantías judiciales, de la libertad de asociación y de la estabilidad laboral. Como se desprende del extenso ámbito de cuestiones incorporadas al debate, el fallo presenta una importancia fundamental si se tiene en cuenta que, como lo señalé más arriba, su doctrina se proyecta sobre todo el derecho internacional interamericano y por tal razón, debe ser conocido y difundido en todo ese territorio sometido por pactos obligatorios a tal jurisdicción¹. La crítica que merece a mi juicio, se refiere, fundamentalmente a constituir un fallo guiado por el ejercicio del conocido «activismo judicial», lo que constituye un exceso inadmisibles de la facultad de interpretación que poseen los tribunales a quienes las Cartas Fundamentales encomiendan la aplicación de las normas constitucionales y legales, pero de ninguna manera semejante atribución admite un desarrollo del derecho más allá ya que con ese criterio «se invierte directa y manifiestamente la relación prevista por la Constitución entre el legislador y el juez» tal como lo expresara Karl Larenz².

¹ Un examen detallado de los votos del fallo (mayoría y minoría) puede verse en la edición de la publicación «La Ley», de Thomson Reuter, de fecha 3 de abril de 2018, Año LXXXII n° 61 con el título «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el derecho del trabajo. Activismo judicial a nivel internacional».

² *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1980, ps. 380, 410, 425/27 y 497.

Reseña legislativa laboral y jurisprudencial 2017, Bolivia

Iván CAMPERO VILLALBA

Bolivia

Temario

I. Introducción. II. Imperativa aplicación del Derecho Internacional del Trabajo en la casuística del conflicto laboral boliviano, a partir de la nueva Constitución Política del Estado. III. Normativa de incremento salarial 2017 en Bolivia. IV. Jurisprudencia vinculante, del Tribunal Constitucional boliviano en el 2017, trabajo infantil desde 12 años y no de 10 como refería el Código Niña, Niño, Adolescente en Bolivia. Apoyo bibliográfico.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Estado, ha incorporado elementos importantes en el ámbito laboral, pero, más allá, se tiene la puerta abierta al DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO, ya que conceptualizado el Derecho al Trabajo como un Derecho Humano, por la Declaración de los DD.HH., así la misma que en sus Arts. 22, 23, 24, 25, establece un marco SUPRANACIONAL NORMATIVO, sobre el cual se debe operar los diferentes Derechos Humanos Laborales y de la Seguridad Social, es así, que se asume en la Constitución Boliviana en sus arts. 13, 256 y 410, estableciendo la SUPRACONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES, así transcribimos el Arts. 256, que refiere; “...I. **Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre**

ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables...”.

Es a partir de esta previsión facultativa de una supra constitucionalidad, que se abren las normas internacionales del trabajo para su aplicación en Bolivia.

II. IMPERATIVA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO EN LA CASUÍSTICA DEL CONFLICTO LABORAL BOLIVIANO, A PARTIR DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

La Constitución boliviana, en su aplicación cotidiana, requiere de una tangible distinción de los derechos fundamentalísimos respecto a los fundamentales, en materia laboral y seguridad social, mostrando que los derechos sociales, colectivos y relativos a la vida y al medio ambiente no tienen menor jerarquía que los derechos individuales, sino que, más bien, son equivalentes. De lo que se trata es de destacar el valor de estos derechos de segunda, tercera y cuarta generación. Además de haberse categorizado en una triple dimensionalidad de los derechos laborales, es decir como un componente de Garantía Constitucional, como Derecho y Principio, este último que emerge del Art. 8vo,. De dicho cuerpo constitucional y los otros inmersos en los Arts. 46 y 48 de dicha Disposición Constitucional del Estado, también se tiene un elemento de SUPRACONSTITUCIONALIDAD, que emerge de los Arts. 13, 256 y 410 de dicha disposición, que en definitiva coloca a los Derechos Laborales y de Seguridad Social, en su verdadera categoría de DERECHOS HUMANOS, por lo que, LA NORMATIVA INTERNACIONAL VINCULANTE, ejerce un elemento más, en las fuentes del derecho laboral y de la seguridad social en Bolivia, por lo que, nos encontramos en un tangible tránsito del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, de la cultura jurídica de la ley a la cultura jurídica del Derecho, por lo que resulta que el año 2016 a 7 años de la Nueva Constitución, emerge una necesaria evaluación en el marco de los Derechos Laborales y su aplicación en Bolivia.

Considerando lo referido, queda absolutamente claro que los jueces en materia laboral deben adoptar sus decisiones y remitir sus resoluciones con estricta sujeción a la Constitución y las leyes aplicables al caso a resolver. En cuanto se refiere a la Constitución, cabe recordar que en su contenido consigna y expresa el sistema de los elementos supremos como el valor de la justicia, la igualdad, la libertad y la dignidad humana; proclama también los principios fundamentales como el de la supremacía constitucional, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica, la legalidad, la irretroactividad de las leyes, y muchos otros; finalmente consagra los derechos fundamentales y las garantías constitucionales. En consecuencia, los jueces Laborales al resolver las causas sometidas a su conocimiento deben resguardar y respetar ese sistema de valores supremos, principios fundamentales, así como los derechos fundamentales y garantías constitucionales; lo que implica el deber que tienen de interpretar las normas legales desde y en conformidad a la Constitución; asimismo interpretar las leyes, cuando se refiera a los derechos fundamentales, aplicando los principios de interpretación de los derechos humanos, así como los métodos de

interpretación constitucional, en ese ámbito se tiene el art. 256 del cuerpo Constitucional, que refiere : “..I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta. II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

En este ámbito el Dr. Miguel Canes Samontejo, con puntualidad refiere; los últimos años, asistimos a una revaloración del Derecho internacional del trabajo, durante la que su reposicionamiento se ve fortalecido con los derechos humanos laborales –el espacio de intersección entre el Derecho internacional del trabajo y el Derecho internacional de los derechos humanos, por supuesto involucrados en forma sobreviniente al marco Constitucional del Estado.

Con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los pactos internacionales de 1966, se produce un cambio cualitativo en el Derecho internacional: un grupo de derechos laborales son incluidos dentro del selecto listado de derechos humanos. Esto se explica porque desde el principio los derechos laborales formaron parte en la conformación de los derechos humanos dentro del Derecho internacional. La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919), la redacción de las primeras normas internacionales del trabajo –convenios y recomendaciones–, el establecimiento de los procedimientos de control de la OIT y la Declaración de Filadelfia (1944) tuvieron una gran influencia en la redacción de la Declaración Universal.

DERECHOS LABORALES HUMANOS (BÁSICOS)

Focalizamos en este grupo de derechos laborales; a **la libertad de trabajo**, la **prohibición de la esclavitud y de la servidumbre**, la **prohibición del trabajo forzoso u obligatorio**, el **derecho al trabajo**, la **protección contra el desempleo**, la **protección contra el despido**, la **prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación**, la **igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor**, la **prohibición de la discriminación de personas con responsabilidades familiares**, la **seguridad e higiene en el trabajo**, el **derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo** –la **jornada máxima de trabajo**, el **descanso semanal remunerado**, el **descanso remunerado en feriado** y las **vacaciones periódicas pagadas**–, el **derecho a una remuneración mínima**, el **derecho a la promoción en el empleo**, el **derecho a la formación profesional**, el **derecho a la información y a la consulta en el seno de la empresa**, el **derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo**, el **derecho a la tutela de los créditos en caso de insolvencia de sus empleadores**, la **libertad sindical**, el **derecho a la protección de los representantes de los trabajadores y facilidades para el ejercicio de sus funciones**, la **negociación colectiva**, el **derecho a la huelga**, el **derecho a la seguridad social** –**asistencia médica**, **prestaciones monetarias o seguros de desempleo**, **enfermedad**, **invalidez**, **viudez**, **vejez** y otros casos;

prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; prestaciones de maternidad, etcétera—, y la protección especial a los menores de edad, a las mujeres trabajadoras, a los trabajadores migrantes y a los minusválidos.

En un plano formal, los derechos humanos laborales se podrían definir como todos aquellos derechos en materia laboral recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona. Su fundamentación proporciona argumentos consistentes que justifican la existencia o reconocimiento de este grupo de derechos; en particular, afianzan su reconocimiento en los instrumentos internacionales a través de dos grandes argumentos. El primero hace evidente la existencia de necesidades básicas insatisfechas, que padecen todos los seres humanos que forman parte del mundo del trabajo y que no son creadas por ellos mismos. Esas necesidades reclaman su satisfacción para evitar un daño o un perjuicio grave a las personas que puedan sufrirlo. La exigencia ética de la satisfacción está vinculada estrechamente con las condiciones indispensables que permiten al individuo actuar con autonomía y asegurar su supervivencia. Así, por medio de un debate democrático y público, se discute si este tipo de necesidades deben ser satisfechas; aquellas que reciban la aprobación por responder al interés o a un valor generalizable de sus miembros son reconocidas como derechos. Un segundo argumento reside en el valor intrínseco que poseen los seres humanos —la dignidad—, que nos ennoblece a la condición de personas —o sujetos de derechos—. Este reconocimiento del valor intrínseco de los seres humanos es resultado de formaciones socioculturales habitualizadas dentro del mundo intersubjetivo de las personas, en el que el significado de dignidad adquiere tal importancia que se institucionaliza en el colectivo social, y es en consecuencia aprehendido e internalizado. Esto explica que dicho valor fundamental sea incorporado al orden institucional para asegurar la centralidad del individuo por medio de los derechos básicos con independencia del escenario social, lo que sin duda incluye al mundo del trabajo.

El otro escenario de análisis, es la ninguna construcción positiva sobre una legislación Laboral boliviana, que data de 1939 del siglo pasado hasta el 2017, son 78 años de vigencia y que por supuesto es absolutamente incompatible con lo normado por el cuerpo constitucional del Estado.

III. NORMATIVA DE INCREMENTO SALARIAL 2017 EN BOLIVIA

El incremento salarial 2017 se puso en vigencia con el DS 3161 y Resolución Ministerial 350/17. A continuación hablaremos sobre los cambios en el incremento salarial 2017 y en cuanto al RC IVA 2017.

El incremento salarial es para todos los del sector privado y algunas entidades del sector público (ver más abajo), que no deberá ser inferior al 7%. Si antes un salario era Bs. 3.800, con el incremento salarial ahora sería Bs. 4.066. $(3.800 + 7\%)$.

El Decreto Supremo no indica si este incremento es obligatorio o no para el nivel ejecutivo, directivo y mandos superiores. Pero la Resolución Ministerial dice:

“...III. El incremento salarial no es obligatorio para el personal de la empresa o institución privada que ocupe cargos: presidentes, vicepresidentes, miembros de directorios, gerentes, subgerentes, directores generales, directores y subdirectores ejecutivos o de cargos de igual jerarquía que tengan un nivel salarial acorde al cargo asignado...”

En una empresa se puede tener otros cargos y en realidad no sabemos qué considerar como “cargos de igual jerarquía”, entonces se tomaría como parámetro el cargo Gerente o subgerente (ya que esos cargos casi siempre hay en las empresas) y de ahí para arriba considerar como incrementos opcionales.

NIVELACIÓN AL SALARIO MÍNIMO NACIONAL 2017

Si antes un salario mínimo era de 1.805, ahora se lo debe nivelar a Bs. 2.000, que es el nuevo salario mínimo para 2017. Lo que significa un incremento en el SMN de 10.8%.

RETROACTIVOS

Se los debe nivelar según el incremento desde la gestión 2016. Esto quiere decir que si ya estaba contratado en diciembre de 2016, el retroactivo aplica desde el 01/01/2017.

CONTRATADOS EN LA GESTIÓN 2017

Si ingresó entre el 01/01/2017 y el 30/04/2017, el Art. 2 de la Resolución Ministerial 350/17 dice:

“... El incremento salarial de la gestión 2017, debe aplicarse sobre la remuneración básica percibida durante la gestión 2016...”

Según respuesta de los personeros del Ministerio de Trabajo, solo aplica para personas que estuvieron ya contratadas el 2016. Otros personeros dicen que sí aplica para los recientes contratados el 2017.

Es evidente la irresponsabilidad en emitir normas sin especificar claramente. Por ejemplo el 2015 sacaron otra resolución especificando que aplicaba para personas contratadas entre enero y abril de 2015, y por entonces los que presentaron sin incluirlas tuvieron que rectificar sus planillas.

De todas maneras, si ingresó el 1ro de mayo, ya ingresó tomando en cuenta el incremento salarial, entonces no recibe incremento.

PLAZO DE PAGO Y PRESENTACIÓN

El pago del retroactivo debe ser hasta el 31 de mayo de 2017. Y la

presentación es hasta el 30 de Junio de 2017, por oficina virtual del Ministerio de Trabajo.

BONO DE ANTIGÜEDAD Y SUBSIDIOS

Deberán considerar el nuevo salario mínimo nacional a efectos de pagar el bono de antigüedad y subsidios.

IV. JURISPRUDENCIA VINCULANTE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO EN EL 2017, TRABAJO INFANTIL DESDE 12 AÑOS Y NO 10 COMO REFERÍA EL CÓDIGO NIÑA, NIÑO, ADOLESCENTE EN BOLIVIA

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) declaró **inconstitucional el artículo 129 del nuevo Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA)**, que autorizó “excepcionalmente” el trabajo infantil por cuenta propia desde los 10 años y por cuenta ajena desde los 12 años.

Según la sentencia 0025/2017, emitida el 21 de julio de 2017 y que recién se conoció de manera pública, la Sala Plena del TCP resolvió declarar la inconstitucionalidad del mencionado artículo por ser **“incompatible y contradictorio” con la Constitución Política del Estado (CPE)**, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Este fallo surgió gracias a una acción de inconstitucionalidad abstracta presentada el 18 de diciembre de 2014 por Rolando Villena, quien entonces era Defensor del Pueblo y consideró que se **estaba vulnerando los tratados internacionales y los propios derechos de la niñez** al permitir que trabajen desde los 10 años.

Tras conocer el fallo del TCP, Villena se mostró satisfecho y afirmó que pese a la tardanza, “el Tribunal actuó en derecho porque **la disminución de la edad permitida para trabajar (de 14 a 10 años)** estaba legalizando la explotación infantil”.

Los legisladores, al aprobar el nuevo Código Niña, Niño, Adolescente, actuaron de manera irracional e ilegal, además, estaban convirtiendo a **Bolivia en el único país del mundo donde se iba a permitir el trabajo infantil desde los 10 años.**

De hecho, esa situación “condujo en los últimos años que **varias instancias internacionales emitieran censuras y críticas al Estado boliviano** y también a las ONGs (organizaciones no gubernamentales) que apoyaron en su momento ese despropósito”, señaló.

De acuerdo a la Encuesta Nacional sobre Trabajo Infantil 2008 *Magnitud y características del trabajo infantil en Bolivia* se estima que en el país existen **3 millones 37 mil (3.037.000) niños y adolescentes de entre 5 y 17 años en situación de trabajo infantil.**

Esta cifra representa más o menos el 30% de la población total, es decir, **de**

cada diez personas, tres se encuentran en condición de trabajo infantil - adolescente.

Según datos recogidos por el Ministerio de Educación, a través del Registro Único de Estudiantes (RUDE) y la Unión de Niños y Niñas Adolescentes Trabajadores de Bolivia, en el país **hay más de 34.000 menores que trabajan y estudian al mismo tiempo.**

El fallo en su parte pertinente, refiere;

“...se concluye que aquello fue transgredido por dicha norma legal; siendo que, contrariamente a lo previsto por las convenciones internacionales en materia de niñez y adolescencia, y lo previsto al respecto, sobre la edad mínima para desarrollar el trabajo infantil; la disposición anotada, fijó excepcionalmente, la posibilidad que, las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, autoricen la actividad laboral por cuenta propia efectuada por niñas, niños o adolescentes de diez a catorce años, y la actividad laboral por cuenta ajena de adolescentes de doce a catorce años, con las condiciones descritas en dicha previsión normativa. Advirtiéndose en ese sentido que, el Estado Boliviano, a través de la inclusión de la disposición cuya incompatibilidad se denuncia, claramente se apartó de lo instituido en las normas internacionales señaladas en forma precedente, que velando esencialmente, por el interés superior del niño, establecieron que, propendiendo principalmente a lograr el más completo desarrollo físico y mental de los menores, todo Estado Parte, debe adoptar una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños, elevando progresivamente la edad mínima de admisión al empleo; fijando en ese sentido, la edad de quince años, pudiendo permitirse el trabajo de menores de trece a quince años en trabajos ligeros; permitiendo sin embargo, que, los Estados miembros, cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesados, especifiquen inicialmente, una edad mínima de catorce años, resultando por ende, permisible, sustituir las edades de trece y quince años, por las edades de doce y catorce años, y la edad de quince años, instituida en el art. 7.2 del Convenio 138 de la OIT, por la edad de catorce años; edades a las que, precisamente, se acogió el Estado Boliviano, obligándose a su cumplimiento y observancia estricta, no sólo en respeto del Derecho Internacional, más aun tratándose de Derechos Humanos, consagrados en favor de la niñez y adolescencia, sino también propendiendo a amparar y asegurar el interés superior del niño, consagrados constitucionalmente en los arts. 58, 60 y 61 de la Ley Fundamental.

En ese orden, se evidencia que, bajo la finalidad de protección y alegando a la realidad boliviana, legislativamente, se dio lugar a un retroceso protectivo, obviando que lo que, corresponde al Estado Boliviano, es generar políticas de prevención u otros medios alternativos; no siendo posible, al violentar normas internacionales, bajar la edad mínima para el trabajo infantil, bajo el supuesto de proteger a los niños, generando con ello, se reitera, un proteccionismo negativo, no siendo positivo aquello, al favorecerse más bien a que los miembros de este sector de vulnerabilidad, ampliamente protegido en la Norma Suprema, y en convenios y tratados internacionales, ingresen a un clima laboral a temprana edad, y no así a erradicar el trabajo infantil; aspectos ante los que, este órgano de constitucionalidad, no puede quedar indiferente, toda vez que, las normas legales no pueden desconocer valores supremos, principios fundamentales, normas constitucionales ni lo establecido en declaraciones, tratados, pactos o convenciones internacionales sobre Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, ahondando más sobre el particular, y sobre la incompatibilidad evidente del art. 129.II del CNNA, con las normas constitucionales e internacionales invocadas como infringidas; resalta que, en el decurso de la amplia exposición glosada en los Fundamentos Jurídicos precedentes, respecto al interés superior del niño y al trabajo infantil, la medida referente a fijar la edad mínima establecida por los Convenios Internacionales emitidos sobre el particular, responde esencialmente, a cuidar de este sector de vulnerabilidad, tomando en cuenta la preeminencia de sus derechos, tratándose, se repite, de un grupo de prioritaria atención del Estado, que merece una protección especial, velando por su desarrollo físico, mental, moral; no siendo permisible, en mérito al principio de supremacía constitucional, que una disposición legal ordinaria, contradiga o desconozca los valores, principios, derechos y garantías consagrados en la Ley Fundamental o en el bloque de constitucionalidad.

Así, es evidente, que, en todos los documentos expuestos sobre el trabajo infantil, destaca que, a efectos de asumir cualquier medida sobre el particular, debe considerarse principalmente, el interés superior del niño; así pues lo prevé el art. 1 de la CDN, al estipular que, en todas las decisiones concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben tener en cuenta, primordialmente, el interés superior del niño;

asegurándole, resalta, el art. 2 de dicha Convención, la protección y cuidados necesarios para su bienestar; propendiendo sobre todo, conforme enfatiza también el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño, a que, éste goce de una protección especial, a efectos de un adecuado desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social saludable y normal; debiendo ceñirse las acciones de los Estados y de la sociedad, a la promoción y preservación de tan delicado sector de la misma, requiriéndose a ese fin, de cuidados y medidas especiales de protección, tomando en cuenta, su debilidad, inmadurez o inexperiencia; cuestiones que fueron reiteradas y asumidas también en la Opinión Consultiva OC-17/2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, de acuerdo a fallos constitucionales emitidos por este órgano de constitucionalidad, así como los glosados en el Fundamento Jurídico III.4, pronunciados por la Corte Constitucional de Colombia, citada como jurisprudencia constitucional comparada; destaca que, en virtud al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, éstos tienen especial protección no sólo en el ámbito internacional, sino también en un Estado Social de Derecho, dada la situación de vulnerabilidad, indefensión y debilidad de este sector de la sociedad, y la necesidad importante de garantizarles, un desarrollo armónico e integral, lo que motiva a que, gocen de una mayor protección y cuidado especial, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para así proteger su desarrollo armónico e integral, otorgándoles condiciones para que, a posteriori, se conviertan en miembros autónomos de la sociedad; aspectos por los que, de la lista reflejada en el Fundamento Jurídico III.5, respecto a la edad mínima establecida por distintos países del mundo que ratificaron el Convenio 138 de la OIT, ésta es traducida, en la edad mínima de catorce años, no existiendo ningún país, que hubiera fijado edades que no condijeren con lo previsto en el Convenio precitado.

Acentúa también que, la necesidad de establecer una edad mínima concordante con los convenios y tratados internacionales emitidos sobre el particular, deriva de la gran cantidad de niños que trabajan en el mundo, quienes se ven privados en muchos casos, de desarrollarse en ambientes adecuados a su edad, viéndose imposibilitados como consecuencia del trabajo al que se sumergen, de recibir la educación respectiva para formarse en pro de su futuro; advirtiéndose también, de acuerdo a la ONU, que: "...no reciben alimentación ni cuidados apropiados. Se les niega la oportunidad de ser niños"; y, que: "Más de la mitad de

estos niños están expuestos a las peores formas de trabajo infantil como trabajo en ambientes peligrosos, esclavitud, y otras formas de trabajo forzoso, actividades ilícitas incluyendo el tráfico de drogas y prostitución...”; cuestiones también reflejadas en los documentos glosados emitidos por el INE de Bolivia y por la UNICEF, en los Fundamentos Jurídicos III.10 y III.11 de la presente Resolución; en los que, entre otros, resalta que, existe un gran porcentaje de niñas, niños y adolescentes, por debajo de la edad mínima de admisión al empleo, que efectúan trabajos peligrosos, con las secuelas consiguientes, en relación al trabajo infantil, que se reflejan en cansancio, accidentes, enfermedades, mala salud y malas notas en la escuela.

Enfatizando, el INE, incluso que: “...el trabajo que los niños realizan en las calles los expone a peligros de carácter físico debido a los traumatismos y lesiones a los que están sometidos –en especial cargando pesos, problemas por posiciones indebidas en los medios de transporte y accidentes de tránsito– y de carácter psicosocial, al estar expuestos a situaciones indebidas –como peleas callejeras, actitudes violentas de los adultos, abuso sexual, consumo de alcohol y otras drogas–, en especial en horarios nocturnos y en áreas de expendio de bebidas alcohólicas. También mencionan que, en los últimos años, la presencia de las niñas en estas actividades se ha hecho más visible y permanente”, y que: “...las actividades económicas asociadas con el concepto y la definición de trabajo infantil y adolescente asumen un impacto negativo sobre el desarrollo físico y mental de los niños”; motivos por los que, precisamente, “...UNICEF manifiesta su preocupación por las excepciones previstas en la nueva Ley que permite que los niños y niñas puedan empezar a trabajar desde los 12 años y desde los 10 años por cuenta propia, a pesar de incluir criterios legales específicos y estrictos”; indicando que, “no existe en la actualidad ningún mecanismo que supervise y monitoree esta situación, y asegure que la actividad es liviana y no excede un limitado número de horas, junto con el tipo de trabajo que los niños y niñas realizan, el cual no debería exponerlos a ninguna situación de peligrosidad o perjuicio mental y/o físico, así como tampoco separarlos de sus familias, o privarlos de una educación de calidad, que les permitirá contar con mayores opciones laborales y económicas en el futuro, evitándose también de esta forma replicar círculos de pobreza”.

Continuando con este punto, resalta también lo alegado por la ONU, respecto al trabajo infantil prohibido en el derecho internacional, mismo que se halla comprendido, por las

formas incuestionablemente peores de trabajo infantil; el trabajo realizado por un niño que no alcanza la edad mínima especificada para el tipo de trabajo que se trate, que impida consecuentemente, su educación y pleno desarrollo; y, un trabajo que ponga en peligro su bienestar físico, mental o moral, ya sea por su propia naturaleza o por las condiciones en que se realiza, denominado como trabajo peligroso; estableciéndose, que: “Uno de los métodos más efectivos para lograr que los niños no comiencen a trabajar demasiado temprano es establecer la edad en que legalmente pueden incorporarse al empleo o a trabajar...”; ello cobra relevancia, si se tiene en cuenta, que según la Guía para Implementar el Convenio 182 de la OIT, que alude asimismo, al Convenio 138: “Actualmente decenas de millones de niños y niñas trabajan en condiciones aborrecibles que les despojan de su infancia poniendo en peligro su salud y, en algunos casos, incluso su vida. Ninguno de estos niños ha tenido alguna vez la mínima oportunidad de saber lo que puede dar de sí mismo”; poniendo en relieve que: “Los niños trabajan porque su supervivencia y la de sus familias dependen de ello y, en muchos casos, porque adultos sin escrúpulos sacan provecho de su vulnerabilidad. El trabajo infantil también puede obedecer a la deficiencia y precariedad de los sistemas nacionales de educación. Además, está profundamente arraigado en las tradiciones y actitudes sociales y culturales. Por todos esos motivos, e incluso tras ser declarado ilegal, el trabajo infantil se sigue tolerando, se acepta como si fuera natural y en gran parte es invisible. A menudo está rodeado de un muro de silencio, indiferencia y apatía”.

Corresponde destacar en este apartado que, el trabajo infantil, ciertamente no incluye la participación de niños o adolescentes en un trabajo que no afecte a su salud ni a su desarrollo personal, y que no interfieran en su escolarización, considerándose a la inversa, positivo, como por ejemplo: “...actividades como ayudar a los padres en las tareas de cuidado del hogar y la familia, colaborar en la empresa familiar o ganar algún dinero para los gastos propios fuera del horario escolar o durante las vacaciones. Todo ello es positivo para la evolución del niño y el bienestar familiar, ya que les proporciona recursos, calificaciones y experiencia, ayudándoles a prepararse para ser un miembro útil y productivo de la sociedad en su vida adulta”; traducándose el trabajo infantil, según la Guía descrita, a: “...cualquier trabajo que: es física, mental, social o moralmente perjudicial o dañino para el niño, e interfiere en su escolarización: privándole de la oportunidad de ir a la escuela; obligándole a abandonar prematuramente las aulas, o exigiendo que

intente combinar la asistencia a la escuela con largas jornadas de trabajo pesado” (negrillas adicionadas).

Respecto a la edad mínima para el trabajo infantil, igualmente destaca, la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional de Colombia, glosada de modo ilustrativo y como jurisprudencia comparada, en el Fundamento Jurídico III.7 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, que resalta que: “...el trabajo infantil ha sido definido por la OIT como ‘todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Así pues, se alude al trabajo que: i) es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; ii) interfiere con su escolarización puesto que; iii) les priva de la posibilidad de asistir a clases; iv) les obliga a abandonar la escuela de forma prematura; o v) les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que insume mucho tiempo’”; considerándose dicho trabajo como perjudicial para la infancia y por ende, debería eliminarse: “En atención a que el trabajo infantil es la causa determinante que restringe los derechos de los niños y niñas, pues en muchas ocasiones pone en peligro su vida, integridad física y personal, su salud, su formación, su educación, desarrollo y porvenir, las normas constitucionales y las disposiciones internacionales propenden por la abolición de éste, precisamente porque perpetúa la pobreza y compromete el crecimiento económico y el desarrollo equitativo del país” (negrillas añadidas); haciéndose énfasis por otra parte en que, con el propósito precisamente de erradicar el trabajo infantil, el principal instrumento que tienen las normas nacionales e internacionales, es la determinación de una edad mínima para desarrollar el trabajo infantil, a fin de velar por la efectiva protección de los derechos de los niños; teniendo las autoridades estatales, la obligación de propender a la abolición del trabajo infantil, a través de la elevación progresiva de la edad mínima de admisión al empleo (art. 1 del Convenio 138 de la OIT), a cuyo efecto, incide la Sentencia T-546/13: “...deben asumir (se) el compromiso de ampliar las alternativas económicas de las familias, con el fin de que éstas aumenten sus ingresos y, por lo mismo, no se vean compelidas a forzar a sus hijos menores a ingresar al mundo laboral”[8].

En virtud al interés superior de los niños, y lo desarrollado sobre el trabajo infantil; este órgano de constitucionalidad, reitera que, el art. 129.II del CNNA, es incompatible con las normas contenidas en los arts. 13.I, 58, 60, 61 y 410.II de la CPE; 3 y 32 de la CDN; 1, 2 y 7 del Convenio 138 de la OIT’, toda vez, que se desconoció no sólo el interés superior descrito supra, sino también las normas y tratados

internacionales suscritos y ratificados por Bolivia; obviando en ese sentido que, cuando un Estado, ratifica un convenio, se halla constreñido a ajustar su legislación y práctica nacionales conforme a las regulaciones del mismo y a informar a los organismos internacionales de supervisión, respecto a las medidas asumidas en relaciones a las obligaciones contraídas.

En el orden descrito en el párrafo anterior, resulta evidente, se insiste; que, la ratificación de los convenios y tratados internacionales, conlleva la obligación de los Estados a cumplir las medidas adoptadas en los mismos; compeliendo a su observancia; en el caso, en el tema de la edad mínima para desarrollar el trabajo infantil, a través de normas expedidas dentro de la legislación del Estado Plurinacional, que respeten las disposiciones relativas prescritas en la Convención sobre los Derechos del Niño; así como los arts. 2, 3 y 7 del Convenio 138 de la OIT, velando por cumplir su finalidad, que es la de erradicar finalmente, el trabajo infantil, advirtiendo las causas y consecuencias ocasionadas por éste, propendiendo, a través de políticas nacionales, a suprimirlas, protegiendo sobre todo el interés superior del niño, constituyendo el trabajo infantil, un tema delicado y de gran preocupación internacional, por todas las razones anotadas, tanto en el Fundamento Jurídico presente, como en los Fundamentos Jurídicos anteriores.

Debe advertirse y reiterarse finalmente que, la aprobación del artículo impugnado, respondió a una supuesta protección legal que se pretendió dar a los niños trabajadores menores de catorce años, a quienes se alegó, no podía dejarse desamparados, indicándose en las actas de debates y justificación de la norma cuya constitucionalidad es cuestionada que, pese a la existencia del Convenio 138 de la OIT, aquello debía ser observado a dichos fines; no obstante, debe considerarse que, efectuado el test de constitucionalidad respectivo, se reitera que, resulta claro que, la disposición examinada, desconoce principios fundamentales, normas constitucionales y convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad; al no tomar en cuenta que, lo que, el Convenio 138 de la OIT, busca, a través de sus normas, y en esencia y establecer, parámetros para determinar la edad mínima para el trabajo de menores, en el marco de la comunidad internacional, es lograr una protección integral de niños, niñas y adolescentes, hasta llegar a la máxima meta, de erradicación del trabajo infantil; no así, dejar en desprotección a este sector de vulnerabilidad de la sociedad, conforme se afirmó en las actas de debates

aludidas; siendo evidente entonces que, como pretexto de no dejar en desprotección a los niños trabajadores de Bolivia, se desconocieron las normas del Convenio aludido, que fue ratificado por el país, aduciendo a la realidad boliviana y a una cuestión cultural, dando lugar a un proteccionismo negativo, conforme se advirtió en párrafos anteriores; obviando que, el Estado Plurinacional de Bolivia, a más de tener la obligación de cumplir lo pactado en los convenios y tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, al haber sido ratificados por el mismo; tiene la obligación y deber de establecer las causas por las que, los niños en Bolivia, son susceptibles de desarrollar trabajos a tan temprana edad, generando políticas, se repite, para eliminar las causas advertidas, velando por el interés superior que, pese a observarse en el contexto de la normativa regulada en el Código Niña, Niño y Adolescente, no es respetado en el art. 129.II del CNNA, al instituir como excepción, edades inferiores a las determinadas en los Convenios Internacionales ratificados por Bolivia, desconociendo así, la protección máxima a este sector de la sociedad.

En ese orden, precisamente, en atención al interés superior precitado, se fijaron edades mínimas protegiendo con la máxima atención a las niñas, niños y adolescentes, considerando todas las razones y motivos expuestos en el decurso del presente fallo constitucional plurinacional, y que, el trabajo infantil, en su definición contextual, es una problemática que afecta a niños y niñas, siendo causa determinante, que restringe esencialmente o impide el goce efectivo de sus derechos, al perturbar su desarrollo físico y psicológico íntegro, perjudicándoles incluso, en su bienestar físico, mental y moral, así como en su escolarización, impidiéndoles en la mayoría de los casos, a asistir al colegio, creando círculos que no advierten y generan políticas de desarrollo estatales, para erradicarlo, protegiéndolo más bien, justificando una cuestión que, bajo ningún parámetro internacional o constitucional, tiene asidero alguno, al desconocer el interés superior de los niños.

De otro lado, resalta también que, no obstante que la Disposición Transitoria Primera del CNNA, prevé que en un plazo no mayor a cinco años, se erradicará las causas de trabajo infantil, mediante la implementación de programas específicos a nivel nacional, departamental y municipal; aquello tampoco sustenta la constitucionalidad del art. 129.II del CNNA, conforme sustentó el personero del órgano que generó dicha disposición; por tanto, nuevamente, se insiste, que la misma, es incompatible con las normas constitucionales

e internacionales invocadas como transgredidas, al fijar edades inferiores a las reconocidas en el contexto internacional, a través del Convenio 138 de la OIT, al que se adhirió Bolivia, ratificándolo; de acuerdo a lo ampliamente expuesto en la presente Resolución.

En virtud a los extremos desarrollados, corresponde depurar del ordenamiento jurídico, el art. 129.II del CNNA, por existir contradicción, incompatibilidad e infracción de ésta, en el fondo, con las normas contenidas en los arts. 13.I, 58, 60, 61 y 410.II de la CPE; 3 y 32 de la CDN; 1, 2 y 7 del Convenio 138 de la OIT, con los efectos instituidos en el art. 78 del CPCo; concerniendo asimismo, en previsión del art. 78.II.5 del Código Procesal aludido, que determina: “La inconstitucionalidad de otros preceptos que sean conexos o concordantes con la norma legal impugnada que deberán ser referidos de forma expresa, en cuyo caso tendrán los mismos efectos que en lo principal” (negrillas añadidas); declarar la inconstitucionalidad por conexidad, de los arts. 130.III; 131.I, III y IV; 133.III y IV; y, 138.I del CNNA, en cuanto a la edad de diez años, consignada en dichos articulados; siendo los mismos incompatibles igualmente con las disposiciones constitucionales e internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, al no respetar la edad mínima especificada por Bolivia, en virtud a la ratificación del Convenio 138 de la OIT, considerando la primacía y máxima importancia de observar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes en el Estado Plurinacional Boliviano; resultando claro que, las disposiciones contenidas en el art. 13.I y IV de la Norma Suprema –que prevén que: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”; “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”–, son mandatos expresos para todos los bolivianos, y más aún, suponen un deber ineludible en su cumplimiento para los parlamentarios de la Asamblea Legislativa Plurinacional, al ser quienes se hallan llamados a crear y desarrollar el nuevo ordenamiento jurídico del Estado Plurinacional, conforme a las previsiones constitucionales vigentes; aspectos que no fueron observados, al haberse aprobado el art. 129.II y conexos del CNNA, incumplándose con dicho mandato.

III.12.2. En relación a la incompatibilidad denunciada de los arts. 267.I y 269.II del CNNA.

Ahora bien, en cuanto a la presunta incompatibilidad de los arts. 267.I y 269.II del CNNA.2014; corresponde referirse, previamente, a la jurisprudencia constitucional boliviana, emitida respecto a la exigencia de una debida fundamentación en el planteamiento de las acciones de inconstitucionalidad abstractas.

En ese sentido, en virtud a lo dispuesto por el art. 24.I.4 del CPCo, la exigencia de una debida fundamentación, constituye uno de los requisitos a cumplirse en el planteamiento de las acciones inconstitucionalidad; por lo que, con sustento en el precepto normativo de referencia, la SCP 1986/2014 de 13 de noviembre, sostuvo lo siguiente: “En virtud a las normas referidas precedentemente y partiendo de la premisa que las acciones de inconstitucionalidad son de puro derecho, debe asumirse que la misma no admite en su trámite una relación probatoria, lo que compele a los accionantes fundamentar sus demandas explícitamente en derecho; por consiguiente, para considerar las demandas de esta naturaleza, en principio es ineludible la exigencia de una clara y suficiente fundamentación entre el precepto normativo demandado de inconstitucional, en relación a las normas de la Constitución Política del Estado o del bloque de constitucionalidad que se consideren infringidas, requisito que configura condición habilitante para que ésta jurisdicción despliegue el examen de constitucionalidad, exigencia que obliga a los legitimados formular sus demandas de acción de inconstitucionalidad efectuando una carga argumentativa racional y suficiente, en la medida que el Tribunal Constitucional Plurinacional, adquiera una duda razonable que la disposición normativa demandada de inconstitucional es contrario al orden constitucional vigente.

El requerimiento de una real fundamentación no debe ser suplida con una mera identificación de los preceptos constitucionales que se consideren infringidos y, tampoco se satisface con una simple transcripción literal de los textos normativos que se pretenden someter a examen de constitucionalidad, sino que, en la demanda se debe exponer de manera clara, precisa y suficiente, explicando en qué medida el contenido normativo demandado de inconstitucional infringe las normas constitucionales, lo que supone identificar además, si el texto normativo de carácter infraconstitucional que se pretende someter al contraste constitucional, admite una o más interpretaciones, precisando cuál de ellas es incompatible con la Norma Suprema y en qué medida, o en su defecto, establecer si dicho precepto no admite más de

una interpretación y, que éste sea indubitadamente adverso con el régimen constitucional imperante.

En el marco de los argumentos señalados precedentemente, también es imperioso señalar que, la carga argumentativa exigida en las acciones de inconstitucionalidad, debe limitarse al contraste constitucional, lo que impide que en la demanda de inconstitucionalidad se abunde en argumentos tendientes a buscar un control de legalidad, habida cuenta que, en virtud a lo dispuesto por el art. 196 de la CPE, el Tribunal Constitucional Plurinacional, se erige en un órgano que vela únicamente por la supremacía constitucional, a cuyo mérito, el parámetro de contraste se limita en el texto constitucional y las normas del bloque de constitucionalidad, conforme se tiene establecido en el art. 410 de la CPE; por consiguiente, esta jurisdicción, a tiempo de considerar las demandas de inconstitucionalidad, formuladas en cualquiera de sus modalidades, deberá ser riguroso en cuanto a la exigencia de la carga argumentativa, ya que a partir de su cumplimiento será posible efectuar el test de constitucionalidad de las normas impugnadas. No obstante de lo anterior, una carga argumentativa suficiente no implica una ampulosa cita de textos legales y constitucionales, tampoco una glosa extensa de doctrina o criterios redundantes sobre un mismo asunto, sino que, se exige especificar con claridad meridiana las razones del porqué se considera vulnerado el precepto de orden constitucional o normas de similar jerarquía.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, con sustento en los preceptos legales establecidos en la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional, que disciplinaba la exigencia de fundamentación de las acciones de inconstitucionalidad, normas que concuerdan con lo establecido en el Código Procesal Constitucional, mediante AC 0193/2012-CA de 6 de marzo, asumiendo el entendimiento de la SC 0050/2004 de 24 de mayo, precisó lo siguiente: ‘...Por último, la ausencia de fundamentación, que es un elemento exigido por el inc. 3) de la norma citada, impedirá conocer los motivos por los que se considera inconstitucional la norma impugnada y la importancia de la misma en la resolución de la causa que origina el recurso’; entendimiento que fue complementado con la SC 0045/2004 de 4 de mayo, al establecer que: ‘...La expresión de los fundamentos jurídico-constitucionales es esencial, pues no es suficiente la mera identificación de las normas constitucionales que se considera estarían siendo infringidas (...)’ (las negrillas nos corresponden).

En el caso en examen, el accionante pretende que esta jurisdicción efectúe el test de constitucionalidad de los arts.

267.I y 269.I del CNNA, indicando únicamente que éstos vulnerarían el interés superior del niño, alegando que dichas normas reducirían la edad de imputabilidad hasta los catorce años, para que dichos niños sean juzgados como personas adultas, aduciendo que esto vulnera de manera flagrante los estándares establecidos por el sistema interamericano de Derechos Humanos y convenios internacionales, sin especificar cuáles serían los mismos, precisando de manera clara, qué normas constitucionales e internacionales, serían transgredidas con las disposiciones cuya incompatibilidad es cuestionada; más aún si, las normas internacionales consignadas en la acción de inconstitucionalidad abstracta, se refieren al trabajo infantil, sobre el que, sí se abrió la posibilidad de efectuar el debido análisis de constitucionalidad, al haberse cumplido la carga argumentativa necesaria al efecto.

En ese orden, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional, no encuentra argumento jurídico constitucional suficiente que permita a la justicia constitucional efectuar el control de constitucionalidad de los mencionados preceptos legales impugnados, ya que las alegaciones contenidas en la acción de inconstitucionalidad abstracta presentada, no precisan de manera concreta y específica, de qué manera los arts. 267.I y 269.I del CNNA, serían incompatibles a los valores supremos, principios fundamentales, normas constitucionales y disposiciones internacionales contenidas en el bloque de constitucionalidad, especificando debidamente además, cuáles serían éstos.

En este punto, resulta imperante reiterar que, a los fines de desplegar el control normativo de constitucionalidad, este Tribunal –conforme se sostuvo en la jurisprudencia constitucional desarrollada supra– requiere de una suficiente carga argumentativa que sea suficiente para generar duda razonable; sin embargo, dicho aspecto, se insiste, fue inobservado en la presente acción de inconstitucionalidad; advirtiéndose que, no se cumplió con la debida fundamentación, tal como se observó en cuanto al art. 129.II del CNNA, declarado posteriormente a efectuar el juicio de constitucionalidad pertinente, incompatible con las disposiciones constitucionales e internacionales acusadas de transgredidas.

Consiguientemente, esta jurisdicción se ve imposibilitada de someter a control de constitucionalidad los articulados señalados, correspondiendo declarar la improcedencia de la acción descrita, respecto a aquellos.

Incumbe recordar además que, pese a constar la admisión

de una acción de inconstitucionalidad abstracta, ello no obliga automáticamente a la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional, a analizar el fondo de la problemática, si acaso se advierte que no se cumplieron con las condiciones mínimas para un pronunciamiento en el fondo; así, la SCP 646/2012 de 23 de julio, indicó lo siguiente: "...la Comisión de Admisión al admitir la acción realiza un análisis sobre el cumplimiento de requisitos de admisibilidad guiado necesariamente por el principio pro actione, de manera que al momento de conocer el fondo, no existe impedimento para que el Pleno del Tribunal Constitucional Plurinacional pueda observar el incumplimiento de requisitos o condiciones que den mérito a un pronunciamiento de fondo de la problemática"; cuestiones que ahondan aún más en la improcedencia de la consideración de la incompatibilidad denunciada respecto a los ya mencionados arts. 267.I y 269.I del CNNA.2014.

POR TANTO

La Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado y el art. 12.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; resuelve, declarar:

1° La INCONSTITUCIONALIDAD del art. 129.II del CNNA; al ser incompatible y contradictorio con los arts. 13.I; 58; 60; 61 y 410.II de la CPE; 3 y 32 de la CDN; 1, 2 y 7 del Convenio 138 de OIT; conforme a lo expuesto en el Fundamento Jurídico III.12.1 de la presente Sentencia Constitucional Plurinacionalidad; así como la INCONSTITUCIONALIDAD por conexidad, en previsión del art. 78.II.5 del CPCo, de los arts. 130.III; 131.I, III y IV; 133.III y IV; y, 138.I del CNNA, en cuanto a la edad de diez años, consignada en dichos preceptos legales, sobre el trabajo infantil; siendo los mismos incompatibles igualmente con las precitadas disposiciones constitucionales e internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, al no respetar la edad mínima especificada por Bolivia, en virtud a la ratificación del Convenio 138 de la OIT.

2° La IMPROCEDENCIA de la acción de inconstitucionalidad abstracta interpuesta por Rolando Villena Villegas, Defensor del Pueblo del Estado Plurinacional, respecto a la inconstitucionalidad demandada de los arts. 267.I y 269.I del CNNA; por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico III.12.2 de la presente Resolución; quedando abierta, sin embargo, la posibilidad de interposición de una nueva acción de inconstitucionalidad, cumpliendo los requisitos que permitan ingresar al análisis de fondo respectivo; sin

que el presente fallo, comprometa la decisión a adoptarse si se diera dicha situación.

3° Exhortar que, el Estado Boliviano, a través de las instancias correspondientes, y de los Gobiernos Autónomos Municipales, en el marco de sus competencias, creen políticas públicas de erradicación del trabajo infantil, por la máxima importancia que ello constriñe, conforme a lo expuesto en el presente Fundamento Jurídico Constitucional.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional Plurinacional.

Fdo. Juan Oswaldo Valencia Alvarado...”.

La relevancia de dicho fallo está en la restitución de la protección al niño, niña y adolescente, en el marco del Derecho Internacional.

APOYO BIBLIOGRÁFICO

1. Alexy, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid. Ed. Centro de Estudios Constitucionales. 2002

2. Alonso Olea, Manuel: *Derecho del Trabajo*, 3ª ed. Universidad Complutense de Madrid, 1974.

3. Atienza, Manuel: *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Lima - Perú. Ed. Palestra. 2006.

4 Atienza, Manuel: *El Derecho como argumentación*. Barcelona. Ed. Ariel Derecho. 2006.

5. Castillo Alva, José; Luján Túpez, Manuel y Zavaleta Rodríguez, Roger: *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Lima – Perú. Ed. Gaceta Jurídica. 2004.

6. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J.: *La Argumentación en el Derecho*. 2ª ed. Lima Perú. Ed. Palestra. 2005.

7. Sagués, Néstor Pedro: “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdiccionales nacional e internacional”; en Palomino Manchego, José y Remotti, José Carlos (coordinadores): *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica*. Editora Jurídica Grijley. Lima - Perú. 2002. Págs. 36 - 37.

8. Sánchez Fernández, Luis Manuel: *Argumentación Jurídica*. Lima - Perú. Ed. Jurista Editores. 2004.

9. Sandoval Rodríguez, Isaac: *Derecho Moderno y Derecho del Trabajo*, Santa Cruz Bolivia, 2000.

10. Zagrebelsky, Gustavo: *El Derecho Dúctil. Ley, Principios, Justicia*. Trad. M. Gascón. Madrid. Ed. Trotta. 1992.

Informes trabalhistas: relatório Brasil 2017

Nelson MANNRICH

Mestre, doutor e livre-docente, pela USP - Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da USP. Membro de Número da AIADTSS – Academia Ibero-americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Advogado em São Paulo.

Sumario

Introdução. 1. Reforma Trabalhista. Considerações iniciais. 2. A Reforma Trabalhista e a MP 808/2017. 3. Direito intertemporal, em face da Reforma Trabalhista. 4. Lei nº 6.019/1974: terceirização e trabalho temporário. 5. Reforma Trabalhista e seus impactos nas relações individuais de trabalho. 6. Impactos da Reforma Trabalhista nas relações coletivas de trabalho. 7. Reforma Trabalhista e seus impactos no processo do trabalho. Conclusões. Relação de autores consultados.

INTRODUÇÃO

A Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Seguridade Social vem mantendo a tradicional divulgação das principais alterações ocorridas na legislação trabalhista dos países representados pelos seus membros. Além de servir de rico material de pesquisa aos estudiosos, constitui a memória viva de uma Academia integrada por juristas de tantos países e espaço democrático de debates de ideias em torno de um ramo do Direito tão sensível a questões políticas, econômicas e sociais.

Esse esforço se deve a muitos acadêmicos e citá-los pode-se correr o risco de omitir algum nome o que seria uma injustiça imperdoável. Por isso, faço referência ao apoio da brava Junta Directiva da Academia, na pessoa do estimado presidente Rafael Albuquerque e, de modo particular ao coordenador dessa Revisita e das anteriores, o sempre presidente Oscar Hernandez.

No presente relatório, vou me ater tão somente à Reforma Trabalhista, introduzida pela Lei 13.467, de 13 de junho de 2017, que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, deixando de comentar outras leis ou mesmo fazer referência a decisões importantes dos tribunais.

Não obstante isso, farei referência especificamente à Lei 13.429, de 2017, que acabou se confundindo com a Reforma Trabalhista. Sua importância se deve ao fato de, pela primeira vez, ser introduzido um marco regulatório da terceirização, no Brasil. Na verdade, esta Lei apenas introduziu alterações na antiga lei do trabalho temporário – Lei 6.019/1974. Além de introduzir ajustes na regulamentação do trabalho temporário, regulamentou a terceirização. O ideal seria uma lei específica para tão importante tema, para não se confundir terceirização com trabalho temporário, mas razões de ordem política sugeriram enxertar o marco legal da terceirização na Lei do trabalho temporário.

Portanto, o presente texto examinará a Reforma Trabalhista como tema central e, a terceirização, como tema lateral. Assim, logo de plano serão apresentadas considerações iniciais sobre a Reforma Trabalhista (1). Em seguida, será feita breve menção à MP -Medida Provisória n. 808/17, que introduziu alterações na Reforma Trabalhista, mas caducou, pois não foi aprovada, nem reeditada (2). Um tema bastante complexo refere-se a Direito Intertemporal, em face da Reforma Trabalhista (3). Na parte seguinte, será examinada a Lei 6.010/74, para pontuar as novas regras envolvendo terceirização e ao mesmo tempo alterações introduzidas no trabalho temporário (4). Feitas estas observações iniciais sobre a Reforma Trabalhista, passa-se a examiná-la de forma objetiva e direta. Em primeiro lugar, serão examinados os impactos da Reforma nas relações individuais de trabalho (5), embora nem todas as matérias comentadas nesse capítulo a rigor se enquadrem no capítulo das relações individuais. Por óbvio, a divisão tem apenas caráter didático e informativo. Depois, serão examinados os impactos da Reforma nas relações coletivas de trabalho (6). Por fim, os impactos da Reforma no processo do trabalho (7). Neste ponto, também alguns temas estão deslocados, como grupo econômico e responsabilidade de sócios, por exemplo, típicos de direito individual, mas seu maior impacto ocorreu na área processual.

1. REFORMA TRABALHISTA. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma lei, em especial quando são promovidas mudanças com mais profundidade e extensão, pode provocar intenso debate envolvendo a relação necessária entre passado e presente. Não se pode compreender determinada pessoa sem se levar em conta seu vínculo social nem certo período, abstraindo-o de sua conjuntura histórica. Essa a crítica de Savigny aos adeptos da codificação, como se fosse possível, no mundo jurídico, prescindir do passado e construir edifício novo em cima de terreno vazio¹.

¹ Francisco José Contreras, de onde retiramos tais observações, examina as críticas de Savigny à codificação, a partir de seu conceito de história. Os defensores da chamada escola “não histórica”, segundo Savigny, acreditam que “cada época cria por si só sua existência e seu mundo, livre e arbitrariamente”. CONTRERAS, Francisco José. La filosofía del derecho en la historia. 2ª ed. Madrid, Tecnos, 2016, p. 250 e ss.

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, responsável pela maior reforma da legislação trabalhista, deverá ser examinada nesse contexto. Não se trata de reforma propriamente dita, mas de alterações na CLT – a maior, ocorrida desde sua edição em 1943.

O ano de 2017 será lembrado como o ano da Reforma Trabalhista. Inicialmente, tratava-se de tímido Projeto de reforma da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, de iniciativa do Poder Executivo: foram encaminhados à Câmara dos Deputados alteração em apenas 7 (sete) artigos. Esse Projeto, para surpresa de todos, se transformou num ousado “pacote” com alterações em mais de 100 (cem) artigos, o que provocou o entusiasmo de uns e indignação de outros, num embate jamais visto em envolvendo informações desconhecidas, o chamado *infopocalypse* ou, como alguns preferem, “apocalipse da informação”². Nessa “guerra” de informações, a favor e contra, buscava-se de um lado apoiar o Projeto e, de outro, desacreditá-lo. A sociedade em geral, destinatária das reformas, em especial o pequeno empresário e mesmo o trabalhador mais humilde, acabaram não entendendo qual o exato alcance da Reforma, tampouco se se tratava de avanço ou retrocesso. Se, de um lado, pregava-se a necessidade urgente de reformas profundas, de outro, temia-se retrocesso social e aprofundamento da precarização das relações de trabalho.

No centro dessa batalha encontravam-se graves críticas de viés político. O Governo Temer, qualificado por alguns como “golpista”, não teria legitimidade para levar ao Congresso qualquer projeto de reforma trabalhista. Tais críticas seriam infundadas, segundo outros: o processo de impeachment da Presidente Dilma e a posse do seu substituto, Presidente Temer, observaram regras constitucionais e, acima de tudo, as instituições foram preservadas e a democracia prestigiada, com retomada do crescimento econômico, embora tímida, e redução do desemprego, embora lenta.

O Congresso também não foi poupado em críticas: a Reforma foi açodada e aprovada a toque de caixa, segundo alguns. Para outros, no entanto, o processo legislativo foi legítimo, sendo observadas suas regras de tramitação e foram cumpridas as exigências constitucionais. Mesmo porque, alegam, nenhuma medida judicial foi tomada contra o executivo nem contra o processo legislativo. As ações de inconstitucionalidade (ADI) que tramitam junto ao STF – Supremo Tribunal Federal envolvem questões pontuais da Reforma, como garantias processuais ou fim da contribuição sindical compulsória. Até o momento, nenhuma das ações foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal eventuais inconstitucionalidades por enquanto refletem apenas a opinião de opositores da reforma. Por fim, nessa linha, a Reforma Trabalhista há muito está na pauta do Congresso e nas Academias.

Também garantias processuais são alvo da ADI 5.766. O fim da contribuição sindical compulsória constitui objeto de pelo menos quatorze ações de inconstitucionalidade: ADI 5.794, ADI 5.810, ADI 5.811, ADI 5.813, ADI 5.815,

² O neologismo criado por Aviv Ovadya sugere que não se deve acreditar em mais nada ou preferência por se acreditar em mentiras. *Apud* Clovis Rossi in “O apocalipse da informação” – A Folha de São Paulo, p. A 16, 04/03/2018.

ADI 5.850, ADI 5.859, ADI 5.865, ADI 5.885, ADI 5.887, ADI 5.888, ADI 5.892, ADI 5.900 e ADI 5.912.

Outra matéria envolvendo ações de inconstitucionalidade refere-se a trabalho intermitente, com três ações: ADI 5.806, 5.826 e 5.829. Também são temas de ações de inconstitucionalidade: o índice de correção de débitos trabalhistas (ADI 5.867) e os parâmetros indenizatórios envolvendo dano extrapatrimonial (ADI 5.870).

O número elevado de ações junto ao Supremo não sinaliza necessariamente que a Reforma Trabalhista foi um retrocesso constitucional. Apenas atesta a profunda divisão em que se encontra a sociedade brasileira, em busca de sua própria conciliação.

2. A REFORMA TRABALHISTA E A MP 808/2017

Para aqueles que só veem defeitos na Reforma Trabalhista, a MP 808/2017 é um prato cheio. Ao longo do debate envolvendo a Reforma Trabalhista, primeiro na Câmara, depois no Senado, foram sendo apontadas lacunas e contradições e mesmo omissões. Aquelas imperfeições poderiam ser corrigidas de plano, ao longo do debate legislativo, o que implicava necessariamente o retorno do Projeto à Casa de origem, correndo-se o risco de não ser aprovado prazo pretendido ou apenas ganhar tempo, mesmo porque o Governo tinha a maioria no Congresso.

Para resolver esse impasse e corrigir eventuais distorções, foi sinalizado que o Governo se encarregaria, ou de vetar algum dispositivo mais controvertido ou de editar uma Medida Provisória, contemplando eventuais interesses frustrados. Ora, o Presidente Temer sancionou a Lei sem qualquer veto, restando a última saída, a da Medida Provisória. Apenas não se sabia quando esta viria. Houve muita expectativa e apenas em 14 de novembro foi editada, ou seja, quando já em vigor a nova legislação reformista.

Ocorre que a MP 808 conseguiu frustrar tanto quem apoiava a Reforma, quanto os que não a apoiavam. Isso porque, mais preocupada com seu impacto político que jurídico propriamente dito, acabou voltando atrás em algumas matérias, como a envolvendo natureza salarial do prêmio, e em outras não recuou, como no caso da contribuição sindical, mantendo seu caráter facultativo.

Como será referido mais adiante, no Projeto original, fruto de tímido diálogo social, entre os tímidos 7 (sete) artigos propostos por representantes do Governo, dos trabalhadores e empregadores, não estava em pauta mexer na contribuição sindical, menos ainda acabar com sua compulsoriedade. Mas, quando o Projeto foi ao Senado, já inchado com mais de 100 (cem) artigos da CLT sendo alterados, entre eles estava o fim da contribuição sindical obrigatória, para surpresa de muitos. Esperava-se que a MP agora viesse a acomodar os interesses dos sindicalistas, não só revoltados, como preocupados com o abalono fontes de financiamento das entidades sindicais. É óbvio que a torcida por parte dos empresários era que a MP não recuasse e de fato não recuou nesse ponto.

Ocorre que não havia entusiasmo no Congresso, por parte das lideranças comprometidas com o Governo, no sentido de aprovar a MP 808 no seu prazo regimental. Não se queria “mexer” na Reforma, sendo preferível que ela fosse

mantida intacta, da forma como sancionada. Para surpresa e espanto de todos, a MP caducou sem que fosse aprovada pelo Congresso Nacional, no prazo regimental, nem reeditada pelo Governo. Quando estava terminando o prazo e já se sabia que a MP iria caducar, alguns jornais noticiaram a intenção do Governo de editar um Decreto ou Portaria para regulamentar algum dispositivo mais controverso, como trabalho intermitente, contribuição sindical ou mesmo trabalho de gestante e/ou lactante em ambiente insalubre. A comunidade acadêmica, incrédula, aguarda o desfecho dessa novela. De fato, alguns pontos devem ser revistos e/ou regulamentados, sob pena de não só de possível retrocesso e até incremento do trabalho informal, como de reforçado ativismo judicial tão combatido pela Reforma.

Assim, a partir do dia 14 de novembro, houve a primeira reforma da Reforma. Como será melhor examinado abaixo, diversas alterações foram introduzidas. Se já era difícil administrar as alterações introduzidas na CLT, mais confuso ficou quando novos dispositivos foram revistos e, na sequência, deixaram de produzir efeito, para se retornar ao texto inicialmente sancionado da Reforma, ficando um vácuo legislativo.

Como acima referido, a Medida Provisória nº 808/2017 não foi aprovada nem reeditada, como se esperava. Em razão disso, a Lei nº 13.467/2017, que aprovou a Reforma Trabalhista, voltou a vigorar com sua redação original.

A Medida Provisória alterou alguns tópicos das seguintes matérias: (i) jornada de 12 por 36; (ii) indenização por dano extrapatrimonial; (iii) trabalho de gestantes e lactantes; (iv) contratação de autônomo; (v) trabalho intermitente; (vi) remuneração; (vii) representação dos empregados; (viii) negociação coletiva. Ainda, a Medida Provisória estabelecia importante regra de direito intertemporal: a Lei nº 13.467/2017 deveria ser aplicada integralmente aos contratos de trabalho vigentes, não apenas aos contratos futuros.

Em consequência, a MP 808 produziu efeitos no período de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018. Ou seja, a partir do dia 24 de abril, aquelas regras que foram alteradas, retomam sua vigência. Destacam-se as seguintes: (i) a jornada de 12 por 36 agora pode ser ajustada diretamente com o empregado; (ii) a base de cálculo da indenização por dano extrapatrimonial novamente é o salário contratual do empregado; (iii) prêmios podem ser pagos mais que duas vezes ao ano. Trabalho intermitente certamente será objeto de regulamentação por meio de Decreto, como sinaliza o Governo. Cada um desses tópicos será examinado a seguir, na seção própria.

O fato de a MP 808 não ser aprovada nem reeditada certamente aumentará a insegurança jurídica. Não que seu texto fosse o desejado, mas é imprescindível o papel do poder legislativo no aperfeiçoamento da Reforma Trabalhista, como na definição de regras envolvendo vigência da lei no tempo.

3. DIREITO INTERTEMPORAL, EM FACE DA REFORMA TRABALHISTA

O direito intertemporal certamente envolverá o maior número de disputas judiciais, tanto no campo do direito substantivo, quanto em questões adjetivas.

O ordenamento jurídico brasileiro³, mesmo a CLT, de 1943⁴, consagra regras claras envolvendo direito intertemporal, permitindo-se conclusão singela: regras introduzidas pela Reforma ou por ela revogadas atingem todos os contratos individuais de trabalho em curso, respeitada a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

A aplicação da reforma aos contratos individuais de trabalho em curso, que poderia ter sido reforçada pela Lei 13.467 (Lei da Reforma), foi assegurada pelo artigo 2º, da Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017: “O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”.

No entanto, como a Medida Provisória não foi aprovada pelo Congresso, voltando a vigorar o texto original da Reforma Trabalhista, o debate em torno dessa questão envolvendo aplicação da lei no tempo será exacerbado, com possível aumento da insegurança jurídica em um primeiro momento, com provável aumento do custo do trabalho, até que a matéria seja sedimentada pelo judiciário. Aliás, o próprio TST - Tribunal Superior do Trabalho vem sinalizando que as novas regras se aplicariam apenas aos novos contratos, como que incentivando as empresas a dispensarem seus atuais empregados. Foi agendada pelo Pleno do TST sessão específica para ajustar sua jurisprudência à Reforma, mas foi adiada, certamente porque não havia consenso ainda a respeito dessa tormentosa questão e em torno de outros temas mais turbulentos.

Singelo exame da jurisprudência permite concluir que a mais alta corte não sedimentou sua jurisprudência nesse campo. Assim, conforme se infere da Súmula 191⁵, quando foi alterada a base de cálculo do adicional de periculosidade dos eletricitários (Lei 12.740/2012), apenas os novos contratos de trabalho seriam atingidos. Ou seja, de acordo com aquela diretriz, a alteração não atingiria os contratos em curso. No entanto, a Súmula 248⁶ orientou-se no sentido oposto: se a autoridade competente (Ministério do Trabalho) reclassifica determinado agente como insalubre ou o descaracteriza como tal, o impacto será imediato nos contratos vigentes, sem que tal alteração implique ofensa a direito adquirido. Esta orientação deveria ser adotada, segundo a doutrina dominante⁷.

³ Cf inciso XXXVI, do artigo 5º, da Constituição. Cf, ainda, artigo 6º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB – Decreto-lei nº 4.657/1942). Por fim, mas não menos importante, o artigo 505 e seu inciso I, do Código de Processo Civil.

⁴ Vide artigos 912 e 922, da CLT.

⁵ Ref. a “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO”

⁶ Relativa a adicional de insalubridade, quando o Ministério do Trabalho reclassifica ou descaracteriza determinado agente como insalubre.

⁷ De acordo com **Délio Maranhão**: “As leis de proteção ao trabalho são de aplicação imediata e atingem os contratos em curso. Por quê? Importa distinguir, aqui, o contrato, do estatuto legal. Uma lei é relativa a um instituto jurídico, quando visa a situações jurídicas que encontram sua base material e concreta nas pessoas ou coisas, que nos cercam, criando, diretamente, sobre essa base, uma rede de poderes e de deveres susceptíveis de interessar a coletividade. [...] Ao contrário, uma lei é contratual, quando visa a um conjunto de direitos e obrigações entre as partes do contrato, que elas são livres, em princípio, de determinar por si mesmas, e que, em muitos casos, somente a elas interessarão. Compreende-se, portanto – escreve ROUBIER – por que o estabelecimento de um novo estatuto legal pode afetar os contratos em curso: isto se deve a que o estatuto constitui a situação jurídica primária, enquanto que o contrato é a situação jurídica secundária, construída sobre a base da primeira.” (In *Instituições de Direito do Trabalho*. 10ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 150) Essa também a posição de **Amauri Mascaro Nascimento**: “Os conflitos de lei no tempo, em direito do trabalho, são resolvidos segundo o princípio do efeito imediato. Significa que uma lei nova tem aplicabilidade imediata, recai desde

4. LEI Nº 6.019/1974: TERCEIRIZAÇÃO E TRABALHO TEMPORÁRIO

A Lei nº 6.019/1974, que regulamenta o trabalho temporário, sofreu em 2017 duas importantes atualizações. Além da alteração do próprio trabalho temporário, referida lei foi utilizada para abrigar o marco temporal da terceirização. Este último aspecto deve ser registrado porque facilmente nos esquecemos das motivações dos fatos: o ideal seria uma lei específica para regular a terceirização e assim não haver confusão com trabalho temporário, ficando claro que agora o legislador passaria a impor limites a esse tema que vinha provocando tanta insegurança jurídica e gerando passivos trabalhistas estratosféricos em face de orientação jurisprudencial (Sumula 331, do TST) que só admitia terceirização na atividade-meio ou de apoio, quando nunca ficou claro o que fosse exatamente “atividade-fim”. Como o bom é inimigo do ótimo, preferiu o legislador seguir estratégia possível no momento histórico em que tramitou a Lei 13.429: utilizar-se de Projeto antigo, já em tramitação adiantada e seguir adiante com ele, ao invés de começar novo debate em ambas as Casas legislativas e novamente naufragar a tentativa de implantar o tão esperado marco legal da terceirização, como ocorrera com os diversos Projetos anteriores.

4.1. TERCEIRIZAÇÃO

A primeira das atualizações da Lei 6.019/1974 acima referidas ocorreu com a Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Entretanto, ao incluir o parágrafo 3º, ao artigo 9º, da Lei nº 6.019/1974, para dispor que o contrato de trabalho temporário pode envolver tanto atividades-fim quanto atividades-meio, o novo dispositivo provocou críticas e gerou insegurança. Isso porque, ao regulamentar a terceirização, logo a seguir, no artigo 4º-A, a mesma Lei 13.429, ao invés de pôr uma pá de cal na bizantina distinção entre atividade-fim e atividade-meio, limitou-se simplesmente a autorizar contratação de “serviços determinados e específicos”. Ora, se era possível agora a contratação de trabalho temporário tanto na atividade-fim, quanto na atividade-meio e essa mesma autorização com tão clara distinção não era feita para a terceirização, limitada que ficou à anódina fórmula “serviços determinados e específicos”, passou-se a interpretar que continuava vedada a terceirização na atividade-fim. Ou seja, essa redação acabou reforçando a posição de quantos insistiam na manutenção da orientação da Súmula 331, do TST, favoráveis à extinção dessa *praga* chamada terceirização. Ora, não havia necessidade de o legislador fazer aquela referência

logo sobre os contratos em curso à data da sua vigência, embora constituídos anteriormente, mas ainda não extintos. Portanto, à medida que novas leis trabalhistas são editadas, a todos os que são empregados, por ocasião da vigência, beneficiarão.” (In *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 532-533) No mesmo sentido, o comentário de **Vólia Bomfim Cassar**,: “A lei pode autorizar a alteração *in pejus* do contrato ou criar direitos que impactam a mudança que causa prejuízo ao empregado. Ora, se a norma coletiva pode fazê-lo (art. 611-A da CLT), quanto mais a lei. Se a convenção coletiva ou acordo coletivo podem permitir a supressão de benesses e de direitos legais durante a vigência do contrato, com muito mais razão também poderá a lei fazê-lo.” (In *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017, p. 4).

em relação ao trabalho temporário: ele sempre foi admitido em qualquer setor da empresa, tanto na atividade-fim, quanto na atividade-meio. Por essa razão, esperava-se do legislador texto mais claro e vanguardista.

Esse impasse foi finalmente resolvido pela Lei nº 13.467/2017, responsável pela Reforma Trabalhista. Aprimorou aquela redação para espantar qualquer margem de dúvidas em relação ao avanço do marco regulatório: ao modificar a redação do artigo 4º-A, acima referido, passou o legislador a autorizar a terceirização de qualquer tipo de atividade, inclusive da “atividade principal”. De maneira adequada, deixou de utilizar a expressão “atividade-fim”, abandonando aquela desgastada fórmula da Súmula 331, que ultimamente perdera seu sentido original de combater todo expediente fraudulento de intermediação de mão de obra, em face principalmente dos avanços tecnológicos. Em consequência, o novo marco legal da terceirização foi aperfeiçoado com a seguinte redação:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da **execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Além desse importante ajuste, o artigo 4º-B, introduzido pela Lei nº 13.429/2017, relaciona os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros, com destaque para o capital social proporcional ao número de empregados. Trata-se de importante avanço, sendo exigidos maiores garantias por parte da empresa prestadora de serviços.

Por sua vez, o artigo 4º-C, também incluído pela Lei nº 13.467/2017, assegura isonomia entre terceirizados e empregados próprios quanto às condições de alimentação oferecida em refeitórios, aos serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, treinamento, saúde e segurança. No entanto, fica a critério das partes decidir se os empregados terceirizados terão direito ou não ao mesmo salário pago aos empregados da contratante⁸, ao contrário do que ocorre em relação ao temporário, que tem direito à “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente”⁹.

A responsabilidade da contratante por obrigações trabalhistas permaneceu subsidiária, mantendo-se a orientação da Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho, nesse particular¹⁰.

Os artigos 5º-C e 5º-D, da Lei nº 6.019/1974, introduzidos pela Lei nº 13.429/2017, criam quarentena de 18 (dezoito) meses para evitar que empregados dispensados prestem serviços aos antigos empregadores na condição de sócios ou empregados de empresas prestadoras de serviços a terceiros, como se tal expediente resolvesse eventuais fraudes.

⁸ Cf §1º, do artigo 4º-C, da Lei 6.019/1974, com a redação da Lei 13.467/2017.

⁹ Cf artigo 12, a, da Lei 6.019/1974.

¹⁰ Cf parágrafo 5º, do artigo 5º-A, adicionado pela Lei nº 13.429/2017 à Lei nº 6.019/1974.

4.2. TRABALHO TEMPORÁRIO

Especificamente em relação ao trabalho temporário, a Lei nº 13.429/2017 introduziu ajustes nas hipóteses de cabimento desse regime especial de contratação. Antes da reforma, a contratação de trabalhador temporário era autorizada para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou para suprir demanda derivada de “acréscimo extraordinário de serviços”, os chamados “picos de produção”. A Lei nº 13.429/2017 introduziu pequeno ajuste nesta última hipótese, fazendo referência a “demanda complementar de serviços”, ou seja, agora é possível a contratação de trabalho temporário em casos de demanda decorrente de fatores imprevisíveis ou de natureza intermitente, periódica ou sazonal.

Portanto, de acordo com a nova redação, é autorizado o trabalho temporário “para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”¹¹.

A isonomia com empregados próprios, quanto às condições de alimentação oferecida em refeitórios, atendimento médico ou ambulatorial, saúde e segurança, fica assegurada também a trabalhadores temporários¹².

A Lei nº 13.429/2017 também mudou o limite de duração do contrato de trabalho temporário em relação ao mesmo empregador¹³. Como regra geral, não poderá ultrapassar cento e oitenta dias, não necessariamente consecutivos. Excepcionalmente, poderá ser prorrogado por até noventa dias, não necessariamente consecutivos, desde que comprovada a permanência das condições que viabilizaram a contratação temporária.

Escoados os prazos acima referidos, o trabalhador temporário apenas poderá tornar a prestar serviços para o mesmo contratante após transcurso de noventa dias do término do contrato anterior, sob pena de caracterização de vínculo empregatício com a tomadora¹⁴. Como na terceirização, a responsabilidade da contratante por obrigações trabalhistas do trabalhador temporário é de natureza subsidiária, exceto em caso de falência da empresa de trabalho temporário. Neste caso, a responsabilidade da empresa tomadora é solidária em relação ao recolhimento das contribuições previdenciárias, remuneração e demais indenizações legais¹⁵.

A Lei nº 13.429/2017 introduziu na Lei nº 6.019/1974 o artigo 19-B, para afastar o regime do trabalho temporário das contratações de serviços de vigilância e de transporte de valores, regulados por legislação própria.

O artigo 19-C, também introduzido pela a Lei nº 13.429/2017, contempla regra de direito intertemporal: contratos em vigor apenas serão beneficiados pelas novas regras se as partes assim ajustarem.

¹¹ Redação do artigo 2º, da Lei 6.019/1974, com alterações da Lei 13.429/2017.

¹² Cf parágrafos 1º e 2º, adicionados ao artigo 9º, da Lei nº 6.019/1974, pela Lei nº 13.429/2017.

¹³ Cf parágrafos 1º e 2º, adicionados ao artigo 10, da Lei nº 6.019/1974, pela Lei nº 13.429/2017.

¹⁴ Cf parágrafos 5º e 6º, do artigo 10, da Lei nº 6.019/1974.

¹⁵ Cf artigo 16, da Lei 6.019/74, em sua redação original.

5. REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DE TRABALHO

5.1. EMPREGADOS “HIPERSUFICIENTES”

A Reforma autoriza os agora denominados empregados “hiperssuficientes” a negociar com seu empregador as mesmas matérias franqueadas à negociação coletiva, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

Para ser enquadrado na categoria de “hiperssuficiente”, o trabalhador deve preencher dois requisitos objetivos: educacional e salarial. Ou seja, ser portador de diploma de curso superior e receber salário mensal igual ou maior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social¹⁶.

5.2. TRABALHADOR AUTÔNOMO

O pequeno empreendedor não perderá a condição de trabalhador independente ainda que preste serviços a um único tomador de serviços ou que desenvolva atividades atreladas à atividade-fim da empresa contratante. O vínculo empregatício será reconhecido tão somente se, na prestação de serviços do denominado profissional autônomo, estiver presente a subordinação¹⁷.

5.3. MULTA POR MANTER EMPREGADO SEM REGISTRO

A partir da Reforma, a multa será de R\$3.000,00 (três mil reais) por empregado não registrado, acrescida de idêntica quantia em cada reincidência. Tratando-se de microempresa ou empresa de pequeno porte, o valor será reduzido a R\$800,00 (oitocentos reais)¹⁸. Esses valores serão reajustados anualmente, com base na Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, ou por índice que vier a substituí-la¹⁹.

Como se vê, a Reforma Trabalhista passou ao largo de uma das mais centrais questões do Direito do Trabalho: a Inspeção do Trabalho. Permanece até hoje o equívoco de se confundir “questão social” com questão de polícia e limitar tão poderosa instituição a processo de multas administrativas, como se lê no Título VII, da CLT.

5.4. TRABALHO INTERMITENTE

O trabalhador intermitente passou, com a Reforma, a receber proteção jurídica. Pode recusar chamados para o trabalho sem que isso descaracterize a subordinação²⁰. Descumprida a oferta de trabalho livremente aceita pelo

¹⁶ Cf parágrafo único, adicionado ao artigo 444, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017. O divisor salarial mencionado pelo dispositivo atualmente corresponde a R\$11.291,60, aproximadamente 11,8 vezes o valor do salário mínimo nacional.

¹⁷ Cf. artigo 442-B, adicionado à CLT pela Lei nº 13.467/2017, com as alterações da Medida Provisória nº 808/2017.

¹⁸ Cf redação dada ao artigo 47, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

¹⁹ Cf parágrafo 2º, adicionado ao artigo 634, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

²⁰ Cf parágrafo 3º, do artigo 452-A, adicionado à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

trabalhador intermitente, ele se tornaria devedor, em favor do empregador, de multa correspondente a 50% da remuneração que lhe seria devida se tivesse trabalhado. Em idêntica penalidade incorreria o empregador, na eventualidade de retirar a oferta de trabalho após o aceite do empregado²¹.

Ao final de cada período de prestação de serviços, esse empregado passa a ter direito a férias proporcionais, com acréscimo de um terço, décimo terceiro proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais eventualmente incidentes sobre a remuneração²². Tem direito também ao FGTS²³. A cada doze meses de serviços, adquire o direito de permanecer um mês sem convocação pelo mesmo empregador²⁴. A Medida Provisória nº 808/2017 trouxe a possibilidade de esse período ser fracionado em até três partes, como ocorre com as férias dos empregados típicos²⁵, mas como caducou, voltou a vigorar o texto original.

Outras questões foram introduzidas com a Medida Provisória 808: reconhecimento ao trabalhador intermitente de auxílio-doença e salário maternidade²⁶; rescisão automática do contrato de trabalho na eventualidade de o contrato restar inativo por um ano, dada a falta de convocação do empregado pelo empregador²⁷; salvo em hipóteses de dispensa por justa causa ou de rescisão indireta, tem direito a aviso prévio e indenização sobre o saldo do FGTS, ambos devidos pela metade, possibilitada a movimentação de até oitenta por cento dos montantes depositados na conta vinculada do FGTS²⁸; impossibilidade de empregado típico prestar serviços como empregado intermitente nos dezoito meses seguintes ao seu desligamento, até 31 de dezembro de 2020²⁹; desconto de contribuições previdenciárias sobre valores pagos no mês ao empregado intermitente³⁰. No entanto, como essa MP não foi reeditada nem aprovada pelo Congresso Nacional, cogita-se de ato específico para preencher eventuais lacunas.

5.5. TELETRABALHO

Foram incluídos na CLT os artigos 75-A a 75-E, à CLT, para regulamentar teletrabalho subordinado. Também foi incluído um terceiro inciso ao artigo 62, da CLT, para excluir teletrabalhadores do capítulo da jornada.

Deve-se compreender por teletrabalho a prestação de serviços preponderante, mas não exclusivamente, fora das instalações do empregador, mediante

²¹ Cf parágrafo 4º, do artigo 452-B.

²² Cf parágrafo 6º, do artigo 452-B.

²³ Cf parágrafo 8º, do artigo 452-B.

²⁴ Cf parágrafo 9º, do artigo 452-B.

²⁵ Cf parágrafo 10, do artigo 452-B.

²⁶ Cf parágrafos 13 e 14, do artigo 452-B.

²⁷ Cf artigo 452-D.

²⁸ Cf artigo 452-E.

²⁹ Cf artigo 452-G.

³⁰ Cf artigo 452-H.

utilização de tecnologias de informação e comunicação, distinto do trabalho externo³¹. Admite-se seu retorno ao regime presencial³².

Questões envolvendo responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária, assim como reembolso de despesas arcadas pelo empregado, devem ser dirimidas pelo contrato escrito³³.

Empregadores devem instruir seus empregados quanto às precauções a tomar para evitar doenças e acidentes de trabalho. As instruções devem ser expressas e ostensivas e o teletrabalhador deverá se comprometer a segui-las mediante termo de responsabilidade³⁴.

5.6 BANCO DE HORAS

Com a reforma, o chamado banco de horas pode ser ajustado por meio de acordo diretamente com o empregado. Antes, em função de entendimento jurisprudencial³⁵, tal ajuste apenas era possível por meio de instrumento coletivo de trabalho. Agora, exige-se tão somente forma escrita para reconhecimento de sua validade³⁶.

A negociação coletiva envolvendo banco de horas foi mantida apenas quando o arco temporal compensatório abarcar o interstício de um ano, como já funcionava antes. Se negociado individualmente, a compensação deverá ocorrer em até seis meses, sob pena de pagamento das horas extras não compensadas, como já ocorria com o banco de horas derivado de negociação coletiva.

5.7. COMPENSAÇÃO DE JORNADA

A reforma ampliou para base mensal o regime de compensação, antes semanal³⁷.

5.8. REGIME 12x36

A reforma autoriza o regime “12x36”. Por meio dele, o empregado trabalha doze horas seguidas para descansar nas trinta e seis subsequentes³⁸. Este regime pode ser pactuado mediante negociação coletiva ou por meio de acordo individual, diretamente entre empregado e empresa.

³¹ Cf artigo 75-B.

³² Nos termos do artigo 75-C.

³³ Cf artigo 75-D.

³⁴ Cf artigo 75-E.

³⁵ Entendimento cristalizado no item V da Súmula 85, do Tribunal Superior do Trabalho: “As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva.”

³⁶ Cf parágrafo 5º, incluído ao artigo 59, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

³⁷ Cf parágrafo 6º, adicionado ao artigo 59, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

³⁸ Cf artigo 59-A, incluído à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

A Medida Provisória nº 808/2017, no seu curto período de vigência, permitiu a negociação individual, limitada apenas a empregados do setor da saúde. Nos demais casos, a validade de sua pactuação dependia da anuência sindical. Como caducou, volta a vigorar o texto original.

5.9. HORAS IN ITINERE

As horas de trajeto, para o trabalho e seu retorno, em condução fornecida pelo empregador, envolvendo empresa situada em local de difícil acesso e/ou não servida por transporte público regular, foram excluídas da CLT³⁹. Com a Reforma, independentemente de o empregado trabalhar em local de difícil acesso ou não servido por transporte público regular, o tempo à disposição do empregador é computado apenas a partir do momento em que o empregado estiver no posto de trabalho.

5.10. FÉRIAS

Antes, férias individuais só podiam ser fracionadas em dois períodos em circunstâncias excepcionais. Com a Reforma, podem ser divididas em até três períodos. Sua validade depende da anuência do empregado⁴⁰.

5.11. INTERVALO INTRAJORNADA

Se a empresa não observar o intervalo destinado à alimentação e/ou repouso, o empregado agora só tem direito ao pagamento do período suprimido, e essa verba agora tem natureza indenizatória⁴¹. Por óbvio, continua sendo infração administrativa.

Antes da Reforma, a subtração desse período de descanso implicava pagamento do período total a que o empregado tivesse direito, ainda que a redução fosse apenas parcial. Referido pagamento tinha natureza salarial.

5.13. TRABALHO A TEMPO PARCIAL

Antes da Reforma, considerava-se trabalho a tempo parcial apenas o trabalho com duração inferior a vinte e cinco horas semanais, não sendo possível trabalhar em jornada extraordinária. Com a reforma, foram autorizadas as horas extras, limitadas a seis semanais, nos contratos de até vinte e seis horas semanais⁴². A Reforma, ainda, autoriza pactuar trabalho em regime parcial para jornadas de até trinta horas semanais. Neste caso, não será possível prolongar a jornada.

³⁹ Cf nova redação do parágrafo 2º, do artigo 58, da CLT.

⁴⁰ Cf nova redação do parágrafo 1º, do artigo 134, da CLT.

⁴¹ Cf nova redação do parágrafo 4º, do artigo 71.

⁴² Cf redação conferida ao artigo 58-A, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

No regime anterior à reforma, a duração das férias de empregado contratado nessa modalidade era inferior, proporcional à carga horária efetivamente cumprida. Com a reforma, o regime de férias voltou a ficar unificado, sem distinção entre empregado comum ou submetido a contrato a tempo parcial, podendo estes inclusive converter um terço das férias em dinheiro⁴³, o que antes era vedado.

5.14. TEMPO À DISPOSIÇÃO

A reforma retomou o conceito de tempo à disposição, demasiadamente alargado ao longo do tempo por força de construção jurisprudencial.

A Reforma excluiu do conceito de tempo à disposição o período em que o empregado voluntariamente permanecer nas instalações do empregador, seja por causa de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, seja também em função de circunstâncias pessoais, como atividades de relacionamento social e higiene pessoal⁴⁴.

5.15. TRABALHO DA MULHER

A Lei nº 13.467/2017 revogou o artigo 384, da CLT. Abandonou discutível vantagem de 15 (quinze) minutos de descanso antes de prorrogar seu horário normal de trabalho. Em 1988, a CLT acabou com certas regras discriminatórias ao trabalho da mulher, como as que proibiam trabalho noturno ou em ambiente perigoso, mas antigas excrescências foram mantidas como a acima apontada, agora finalmente eliminada.

Outra alteração promovida pela reforma, no artigo 394-A, da CLT, diz respeito à empregada gestante. Deve ser afastada de atividades insalubres, em grau máximo; nos casos de graus mínimo e médio, o afastamento ocorre apenas se a gestante apresentar atestado de médico de sua confiança, recomendando seu afastamento.

Durante a lactação, independentemente do grau da insalubridade, o afastamento apenas ocorrerá mediante recomendação em atestado de médico da confiança da empregada.

Em qualquer das hipóteses de afastamento acima referidas, não haverá prejuízo ao salário da empregada. Na impossibilidade de realocação da empregada em função salubre, a remuneração de todo o período de afastamento será suportada pela Previdência Social, nos moldes do salário-maternidade, ou seja, às custas do sistema público de previdência.

A Medida Provisória nº 808/2017, que vigorou de 14 de novembro de 2017 a 23 de abril de 2018, introduziu algumas alterações nas regras acima. Assim, independentemente de atestado de saúde, a empregada gestante deveria ser realocada para atividade salubre; mas, neste caso, perderia o adicional de

⁴³ É o que resulta da adição do parágrafo 7º, ao artigo 58-A, da CLT, bem como da revogação do parágrafo 3º, do artigo 143, da CLT, ambas pela Lei nº 13.467/2017.

⁴⁴ Cf parágrafo 2º, adicionado ao artigo 4º, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

insalubridade. Se voluntariamente apresentasse atestado de médico de sua confiança, autorizando sua permanência em atividades insalubres em grau médio ou mínimo, a empregada poderia continuar na função. Quanto à lactação, nenhuma mudança foi introduzida.

No entanto, como já esclarecido, tais regras introduzidas pela MP 808 perderam sua vigência, voltando-se a aplicar as fixadas pela Reforma, em seu texto original.

5.16. REMUNERAÇÃO

O parágrafo 2º, do artigo 457, da CLT, anterior à reforma, excluía do conceito de salário as ajudas de custo; também as diárias para viagem inferiores a 50% do salário do empregado.

Com a reforma, essa relação foi ampliada e o referido limite de 50% foi eliminado, bem como agora independe o fato de o pagamento ser habitual ou não, como ocorre com prêmios e abonos⁴⁵. Também foi excluído do conceito de salário o auxílio-alimentação, salvo se pago em dinheiro.

A Medida Provisória nº 808/2017, durante sua curta vigência, vinculou a correlação percentual entre salário do empregado e vantagem percebida no que se refere às ajudas de custo, não às diárias para viagem. Ainda, na vigência da Medida Provisória, os abonos retomaram sua natureza salarial.

5.17. PRÊMIOS

Foram definidos pela Lei nº 13.467/2017 como liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro. Com a Reforma, podem ser pagos ao empregado isoladamente ou a grupo de empregados. Foi estabelecido um único requisito para a parcela ser considerada prêmio, sem natureza salarial e, portanto, não servir de base para encargos fiscais e trabalhistas nem se incorporar ao salário do empregado: desempenho do empregado superior ao ordinariamente esperado⁴⁶.

A Medida Provisória nº 808/2017, acima referida, alterou essa regra, limitando seu pagamento a duas vezes ao ano. Também autorizou pagamento de prêmio a terceiros vinculados à atividade econômica do empregador⁴⁷. Por óbvio, as regras iniciais relativas a prêmio, introduzidas pela Reforma, retomaram sua vigência, pelo fato de a MP 808 perdeu sua validade.

5.18. GORJETA

A Lei nº 13.419/2017, anterior à reforma trabalhista, alterou a CLT para disciplinar o rateio, entre empregados, da cobrança das gorjetas. Incluiu

⁴⁵ Cf redação dada ao parágrafo 2º pela Lei nº 13.467/2017.

⁴⁶ Cf redação conferida ao parágrafo 4º, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

⁴⁷ Cf parágrafo 22, adicionado à CLT pela Medida Provisória nº 808/2017.

diversos parágrafos ao artigo 457 - do 3º ao 11. Ora, a Reforma Trabalhista incluiu equivocadamente outro parágrafo 4º, ao artigo 457, como se não existissem os parágrafos adicionados pela Lei nº 13.419/2017 à CLT. À primeira leitura, concluiu-se ter havido derrogação da lei alusiva às gorjetas. Para corrigir esse equívoco, a Medida Provisória nº 808/2017 acomodou essa situação. A regulamentação da gorjeta, nos termos da Lei nº 13.419/2017, foi distribuída entre os parágrafos 12 e 21, do artigo 457. Ora, como caducou a MP 808, o texto inicial retomou sua vigência, deixando essa pendência.

5.19. SALÁRIO *IN NATURA*

A Lei nº 13.467/2017 ampliou o elenco de parcelas *in natura* desvinculadas do salário. Foram excluídas do salário do empregado, assim como do respectivo salário de contribuição, as seguintes prestações *in natura*: assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, mesmo quando a cobertura variar conforme o cargo do empregado⁴⁸.

5.20. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

A gratificação de função paga por mais de dez anos, conhecida como estabilidade financeira, não mais se incorpora ao salário. Portanto, ao deixar de exercer função de confiança para retornar ao cargo anteriormente ocupado, o empregado perde a gratificação, independentemente do tempo de exercício da função de confiança⁴⁹. Na verdade, tal incorporação nunca fora regulada por lei; tratava-se de simples orientação jurisprudencial.

5.21. EQUIPARAÇÃO SALARIAL

A Lei nº 13.467/2017 alterou diversos critérios envolvendo equiparação salarial, incorporando em parte a jurisprudência cristalizada na Súmula n. 6, do TST. Assim, o requisito temporal do artigo 461, da CLT, foi desdobrado em dois: foi mantida a exigência de tempo inferior a dois anos na mesma função, adicionando-se o requisito diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador inferior a quatro anos.

Outra alteração importante: além de trabalhar para o mesmo empregador, deverá o empregado trabalhar no mesmo estabelecimento.

A expressão estabelecimento tem sentido muito peculiar e específico em Direito do Trabalho. Não se pode importar seu sentido no campo tributário nem mesmo comercial. Na seara trabalhista, estabelecimento indica cada uma das

⁴⁸ Cf parágrafo 5º, adicionado ao artigo 458, da CLT.

⁴⁹ Cf parágrafo 2º, adicionado ao artigo 468, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

unidades da empresa, como uma fábrica, uma agência bancária, um loja ou uma frente de trabalho⁵⁰.

Por sua vez, o artigo 461 permanece inaplicável a empregadores com pessoal organizado em quadro de carreira, mas com a reforma o espectro subjetivo da exceção foi ampliado. Agora, o artigo 461 será afastado, também, se o empregador adotar plano de cargos e salários por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva. Em quaisquer dos casos, fica dispensada qualquer forma de homologação ou registro do quadro de carreira em órgão público. Com a reforma, a validade do plano de cargos e salários deixa de ser condicionada à alternância entre promoções por mérito e antiguidade, como exigido anteriormente, com valorização da meritocracia.

A reforma ainda pôs fim à chamada equiparação salarial em “cadeia”⁵¹. No mais, de acordo com a Reforma Trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/2017, empregado discriminado por motivo de sexo ou etnia, tem direito a indenização equivalente a 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁵².

5.22. HOMOLOGAÇÃO DA RESCISÃO CONTRATUAL

A reforma trabalhista aboliu a homologação das rescisões contratuais em casos de empregados com mais de 1 (um) ano de casa. Foi revogado o parágrafo 1º, do artigo 477, da CLT. Em consequência, não há mais necessidade de intervenção do sindicato ou do Ministério do Trabalho para validar a terminação do contrato de trabalho. Com o fim dessa burocracia, a anotação da de saída na CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social passa a ser o único documento hábil para requerer seguro-desemprego e/ou levantamento do FGTS, condicionadas tais liberações à prévia comunicação, pelo empregador⁵³.

5.23. PRAZO PARA PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS

Antes da reforma, variava de acordo com a natureza do aviso prévio, se trabalhado ou indenizado. Agora, passa a ser de dez dias, contados a partir da data da efetiva terminação do contrato de trabalho, independentemente da formado aviso prévio ⁵⁴.

5.24. EXTINÇÃO CONTRATUAL POR ACORDO

Com a reforma, a CLT passa a contar com nova modalidade de extinção do contrato de trabalho⁵⁵. Na rescisão por acordo, serão devidos ao empregado,

⁵⁰ Conf. nesse sentido as NR - Normas Regulamentadoras, aprovadas pela Portaria 3.214/78, de modo particular a NR 1, item 1.6.d.

⁵¹ Cf parágrafo 5º, incluído ao artigo 461 pela Lei nº 13.467/2017.

⁵² Cf o parágrafo 6º, também adicionado pela Lei nº 13.467/2017. Atualmente, referida indenização alcança a quantia de R\$2.822,90, cerca de 3 vezes o valor do salário mínimo nacional.

⁵³ Cf parágrafo 10, adicionado ao artigo 477, pela Lei nº 13.467/2017.

⁵⁴ Assim a nova redação do parágrafo 6º, do artigo 477, nos termos da Lei nº 13.467/2017.

⁵⁵ Cf artigo 484-A, adicionado à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

pela metade, o aviso prévio indenizado e a indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS. Outras verbas rescisórias serão devidas na sua totalidade. A nova modalidade de dissolução contratual não autoriza ingresso do empregado no programa do seguro-desemprego. Os valores mantidos em conta vinculada do FGTS, por sua vez, são liberados ao empregado, mas até o limite de 80%.

5.25. DISPENSA COLETIVA

A Lei nº 13.467/2017 adicionou à CLT o artigo 477-A. Equiparou as dispensas individuais, plúrimas e coletivas para todos os efeitos, dispensando a necessidade de autorização prévia do sindicato ou mesmo de autorização em instrumento coletivo de trabalho. Aliás, esta autorização nunca foi exigência legal, apenas diretriz jurisprudencial.

5.26. PDV/PDI

Dada a inclusão do artigo 477-B, na CLT, pela Lei nº 13.467/2017, os planos de demissão voluntária (PDV), também conhecidos como planos de demissão incentivada (PDI), envolvendo dispensas individuais, plúrimas ou coletivas, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes, implicam quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação de emprego. A validade da quitação fica condicionada à previsão do PDV ou PDI em instrumento coletivo de trabalho.

5.27. QUITAÇÃO ANUAL DE OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Independentemente de previsão em norma coletiva, passa-se a admitir quitação anual de obrigações trabalhistas⁵⁶. O termo de quitação respectivo deve ser firmado por empregados e empregadores, conjuntamente, perante o sindicato dos empregados da respectiva categoria. Referido termo de quitação pode ser firmado tanto na vigência do contrato de trabalho, quanto após o encerramento do vínculo. Terá eficácia liberatória das parcelas nele especificadas, para todos os efeitos legais.

5.28. DISPENSA MOTIVADA PELA PERDA DA HABILITAÇÃO OU DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS EM LEI PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

Essa possibilidade passou a ser admitida pela alínea “m”, incluída ao artigo 482, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017. A dispensa por justa causa, neste caso, fundada na perda da habilitação, deverá resultar de conduta dolosa do empregado. Perda culposa, fundada em negligência, imprudência ou imperícia, não justifica essa modalidade de dispensa.

⁵⁶ Cf artigo 507-B, incluído à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

5.29. DANO EXTRAPATRIMONIAL

A responsabilidade por dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, antes disciplinada apenas pelo Direito Civil, passou a ser regulada pela CLT. Deve-se compreender por dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica. A norma atribui ao ofendido a titularidade exclusiva do direito à reparação⁵⁷. No artigo 223-C, foram arrolados os bens juridicamente tutelados, inerentes à pessoa física⁵⁸. Os bens juridicamente tutelados, inerentes à pessoa jurídica, foram elencados no artigo 223-D⁵⁹.

De acordo com o artigo 223-E, são responsáveis pelo dano extrapatrimonial, na proporção da ação ou da omissão, todos aqueles que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado. Nas denominadas concausas, o empregador passará a responder somente na proporção de sua culpa.

O artigo 223-F autoriza cumulação de pedido de reparação por danos extrapatrimoniais com pedido de compensação por danos materiais derivados do mesmo ato lesivo, devendo as indenizações ser individualizadas no título executivo judicial.

O artigo 223-G introduziu parâmetros a serem observados pelo juízo para fixar a indenização. Incluem a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento ou da humilhação, entre outros. Também impôs limites objetivos quanto ao valor da indenização. Fixou como base de cálculo o salário contratual do ofendido⁶⁰. Esses parâmetros devem ser observados também se o ofendido for pessoa jurídica, mas em relação ao salário contratual do ofensor. A indenização pode ser elevada ao dobro em caso de reincidência.

A Medida Provisória nº 808/2017 substituiu a base de cálculo fixada pela Lei nº 13.467/2017 pelo valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁶¹, mas, como caducou, voltou a vigorar a Reforma em sua redação original.

6. IMPACTOS DA REFORMA TRABALHISTA NAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

O maior impacto da Reforma ocorreu no plano coletivo. A intenção do legislador foi deixar claro que os instrumentos normativos concorrem com o Estado na produção da norma e prevalecem sobre a lei, exceto em matéria de ordem pública. Esse reconhecimento dos acordos e convenções coletivas como

⁵⁷ Cf artigo 223-B.

⁵⁸ São eles: honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física. Esse elenco foi transformado pela Medida Provisória nº 808/2017, que acresceu ao dispositivo etnia, idade e nacionalidade, assim como desdobrou a questão da sexualidade em gênero e orientação sexual.

⁵⁹ O rol contempla: imagem, marca, nome, segredo empresarial e sigilo da correspondência.

⁶⁰ Ofensas de natureza leve devem ser reparadas com montante equivalente a até o múltiplo de três. Tratando-se de ofensas de natureza média, o limite passa ao múltiplo de cinco. Se possuir natureza grave, a indenização fica limitada ao múltiplo de vinte. Se gravíssima a ofensa, a indenização pode alcançar o limite de até cinquenta múltiplos.

⁶¹ Atualmente equivalente a R\$5.645,80, quase 6 vezes o salário mínimo nacional.

direito fundamental, ao lado dos demais direitos assegurados ao trabalhador, é anterior à própria Constituição da República, de 1988.

Por sua vez, o próprio STF – Supremo Tribunal Federal vinha, mesmo antes da Reforma, reconhecendo a prevalência da negociação coletiva, como ocorreu em diversos julgamentos⁶².

De acordo com diretrizes daquela mais alta Corte, a lógica das relações coletivas não se confunde com a lógica das relações individuais: nestas, o empregado encontra-se em posição de inferioridade, sendo imprescindível a intervenção do Estado; naquelas, parte-se do pressuposto da igualdade de forças na mesa de negociação.

6.1. INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

Como acima referido, um dos objetivos da Reforma Trabalhista foi valorizar a negociação coletiva, que vinha sendo desprestigiada em algumas situações pelo judiciário trabalhista. Por mais que nem todos os sindicatos tivessem a necessária representatividade, nada justificava a Justiça do Trabalho anular de forma sistemática cláusulas de instrumentos normativos.

Embora a Constituição da República, de 1988, tenha mantido o princípio do sindicato único e obrigatório, acabou reconhecendo os acordos e convenções entre os direitos assegurados ao trabalhador (ar. 7º., inc. VVII), como fizeram Constituições anteriores. Ora, se os grupos concorrem com o Estado na produção da norma que regula as condições de trabalho, a intervenção possível, no plano do diálogo das fontes, refere-se a nulidades decorrentes de formalidades na construção da norma negociada.

Para evitar antigos abusos e certo ativismo judicial, a Reforma Trabalhista introduziu o princípio da intervenção mínima. É o que consta agora no parágrafo 3º, do artigo 8º: ao examinar instrumento coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho deverá se ater exclusivamente à conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o denominado “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”⁶³. Não poderá o juiz do trabalho interferir na autonomia privada coletiva, que o Estado reconhece e prestigia.

6.2. PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A supremacia do Estado se afirma na supremacia da lei. Mas nada impede que o próprio Estado reconheça que não tem o monopólio da produção da norma para regular condições de trabalho. É o que ocorre com a negociação coletiva. Tudo pode ser livremente negociado, no âmbito da autonomia privada coletiva, exceto matérias relativas a valores fundamentais da sociedade e direitos fundamentais do trabalhador, para exemplificar, e que se alojam no espaço

⁶² Citem-se, entre outros, os seguintes: STF, RE 590415, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, PUBLIC 29-05-2015 (caso BESC, Santa Catarina); STF, RE 895759 AgR-segundo, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, PUBLIC 23-05-2017 (caso Usina Olho D'Água, Pernambuco).

⁶³ Esse conteúdo foi reforçado no parágrafo 1º, do artigo 611-A.

vital, não sujeito à livre negociação. Foi essa a lógica adotada pela Reforma trabalhista, ao incluir no art. 611 B ⁶⁴ matérias não sujeitas à negociação. Trata-se de rol meramente exemplificativo. O art. 611 A, por sua vez, relaciona que matérias podem ser negociadas. Embora desnecessário esse rol, em face da autonomia que os grupos têm de regular diretamente suas condições de trabalho – observada a reserva legal acima referida, o objetivo do legislador foi didático, em especial em face do poder judiciário e o princípio acima referido da intervenção mínima.

Para assegurar maior eficácia das novas disposições, a Lei nº 13.467/2017 alterou também o artigo 620, da CLT. As condições previstas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre aquelas estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

Por outro lado, segundo ainda o artigo 611-A, ausência de contrapartidas recíprocas não retira validade do instrumento coletivo⁶⁵. No entanto, cláusulas de redução de salário ou de jornada devem ser acompanhadas de garantia provisória de emprego, com proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo⁶⁶. Por outro lado, como acessórias, cláusulas compensatórias devem acompanhar o destino de cláusulas anuladas em ação anulatória⁶⁷. Por fim, os sindicatos devem participar das ações que visem a desconstituir cláusulas de instrumentos coletivos de trabalho. Neste particular, a Medida Provisória nº 808/2017 limitou essa discussão apenas no âmbito de ação coletiva, mas como caducou, prevalece a redação original da Reforma.

6.3. ULTRATIVIDADE

A reforma proibiu a ultratividade dos instrumentos coletivos de trabalho⁶⁸. Essa regra já existia na CLT. O art. 613, IV, sempre incluiu entre os requisitos do instrumento normativo o prazo de sua vigência, não admitindo a ultratividade. Ora, a mais alta Corte trabalhista, modificando de forma inusitada sua própria orientação jurisprudencial, e sem que houvesse precedentes jurisprudenciais a justificar tamanha alteração nem qualquer fundamento legal, resolveu interferir na negociação coletiva, proibindo a ultratividade⁶⁹. Ao invés de promover a negociação, como apostavam alguns, essa orientação acabou inibindo-a ainda mais, desestimulando qualquer avanço por meio da negociação, que só poderia ser retirado por meio de nova negociação.

⁶⁴ O parágrafo único, do artigo 611-B, registra expressamente que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, evitando-se discussões sobre a validade de cláusulas envolvendo jornada em face do inciso XVII, do artigo 611-B. Este veda o avanço da negociação coletiva sobre normas que visem a preservar a saúde, higiene e segurança do trabalho.

⁶⁵ Cf parágrafo 2º.

⁶⁶ Cf parágrafo 3º.

⁶⁷ Cf parágrafo 4º.

⁶⁸ Cf parágrafo 3º, adicionado ao artigo 614, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

⁶⁹ Súmula 277, do TST: As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

6.4. REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS

Outro aspecto relevante da reforma encontra-se o da representação dos trabalhadores, no interior da empresa. Foi introduzida pela Reforma nos artigos 510-A a 510-E, da CLT, este último adicionado pela Medida Provisória nº 808/2017. Em empresas com mais de duzentos empregados, o entendimento destes com os empregadores poderá ser efetivado por meio de comissão de empregados⁷⁰.

Os representantes são eleitos pelos empregados, em processo infenso à interferência da empresa e do sindicato da categoria, para exercer mandato de um ano. Segundo as novas regras, é vedada a reeleição nos dois períodos subsequentes ao mandato.

A partir do registro da candidatura, e se eleitos, até um ano após o término do mandato, os representantes não podem ser despedidos, senão por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

A função da comissão não se confunde com a do sindicato, de modo a não competirem si. Cada um tem suas próprias atribuições. Cabe aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria e a representação dos trabalhadores nas negociações coletivas de trabalho⁷¹. Esta regra foi introduzida pela M.P. 808, mas o fato de perder seus efeitos não significa que houve alteração no papel próprio dos sindicatos ou mesmo dos representantes dos trabalhadores.

6.5. RECEITA SINDICAL

O recolhimento da contribuição sindical, antes obrigatório, passa a ser facultativo. No caso dos empregados, fica condicionado à autorização prévia e expressa, a ser conferida individualmente⁷². Mesmo cláusulas de acordos ou convenção coletiva autorizando seu recolhimento, vem sendo contestadas judicialmente.

Essa alteração abalou a velha estrutura sindical, fundada em concepções corporativistas ultrapassadas.

Esse dispositivo gerou grande desconforto e séria polêmica. Embora sinalizando início de necessária implantação da liberdade sindical, acabou resolvendo mal a questão do financiamento das entidades sindicais. O desconforto foi de ordem econômica, afetando seriamente as finanças dos sindicatos. Acostumados a receber a contribuição sempre de forma compulsória, sem a necessária contrapartida, as entidades sindicais foram privadas abruptamente de seus recursos. Com a Reforma, caberá ao sindicato justificar

⁷⁰ A comissão será formada por três membros nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, cinco membros nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, e sete membros nas empresas com mais de cinco mil empregados.

⁷¹ Cf artigo 510-E, fruto da Medida Provisória.

⁷² Nesse sentido, a Lei nº 13.467/2017 alterou os artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602, revogando os artigos 601 e 604.

perante o trabalhador que desempenha alguma função para motivá-lo a autorizar o desconto.

A polêmica girou em torno da natureza da contribuição – ora, se se trata de tributo, não poderia simples lei ordinária dispor sobre matéria privativa de lei complementar. Esta tese, sustentada pelos sindicatos nos tribunais, inclusive em sede do Supremo Tribunal Federal, foi incentivada pelo próprio Ministério Público do Trabalho.

É possível que venha o Congresso Nacional resolver esse impasse, mesmo porque o Projeto de Lei original não previa o fim da contribuição sindical e, quando incluído no Projeto que subiu ao Senado, havia promessa do Executivo de retornar ao sistema de desconto compulsório, por meio de Medida Provisória. Esta acabou vindo, mas passou ao largo em relação a essa matéria, frustrando os mais otimistas dirigentes sindicais.

Deve-se, no entanto, ponderar que, se os sindicatos desenvolvem atividades públicas e se eles são imprescindíveis em matéria de governabilidade dos conflitos, por óbvio que devem ter fonte adequada de custeio de suas atividades.

7. REFORMA TRABALHISTA E SEUS IMPACTOS NO PROCESSO DO TRABALHO

A Reforma introduziu diversas alterações em matéria processual, enquanto não vem o necessário Código de Processo do Trabalho. Alguns aspectos já estão sendo questionados junto ao Supremo Tribunal Federal, como acima referido. Grandes avanços ocorreram, evitando-se reclamações trabalhistas de cunho aventureiro e aquelas marcadas pela litigância de má-fé. O número elevado de mudanças acabou exigindo não só dos advogados, mas especialmente dos juízes do trabalho grande esforço de atualização. Afinal, são esses heróis muitas vezes anônimos que se encarregarão de implantar a reforma, ao dirigirem a instrução do processo ou no momento de proferirem a sentença.

7.1. DIRETRIZES DE INTEGRAÇÃO DA NORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467/2017 alterou regras envolvendo preenchimento de lacunas na legislação trabalhista. O direito comum passa a ser fonte subsidiária do Direito do Trabalho ainda que incompatível com seus princípios fundamentais⁷³.

Por sua vez, súmulas e outros enunciados de jurisprudência, independentemente do órgão prolator, não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações não estabelecidas em lei⁷⁴.

Por óbvio que, em um Estado democrático de Direito, onde há divisão de poderes e a Constituição corresponde ao poder que controla qualquer poder, não se admite que o judiciário exerça o papel de legislador, como acabou ocorrendo em diversas decisões do TST – Tribunal Superior do Trabalho.

⁷³ Cf parágrafo 1º, do artigo 8º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

⁷⁴ Cf parágrafo 2º, do artigo 8º, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

7.2. APROVAÇÃO DE SÚMULAS

As regras envolvendo aprovação de súmulas foram alteradas, inclusive no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. A Reforma prevê a participação da sociedade no debate voltado a criar ou alterar Súmulas⁷⁵.

Poderão sustentar oralmente nas sessões de julgamento do Tribunal Superior do Trabalho, convocadas para criar ou alterar súmulas, o Procurador-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Advogado-Geral da União e representantes de confederações sindicais ou de sindicatos de abrangência nacional.

7.3. PRESCRIÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 introduziu o parágrafo 2º, ao artigo 11, da CLT, para incorporar diretriz há anos consagrada pela Súmula 294, do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, salvo se envolver parcela assegurada por lei, a pretensão a prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado se sujeita à prescrição total. Será interrompida a prescrição, em caso de ajuizamento de reclamação trabalhista, somente em relação aos pedidos contemplados pela demanda⁷⁶.

Ainda, a Lei nº 13.467/2017 incluiu o artigo 11-A à CLT, para disciplinar a prescrição intercorrente. Esta será declarada após transcurso de dois anos, contados do término do prazo para o exequente cumprir determinação judicial no curso da execução.

7.4. GRUPO ECONÔMICO

Ao lado da concepção verticalizada de grupo econômico, a Lei nº 13.467/2017 alterou o parágrafo 2º, do artigo 2º, da CLT, para reconhecer também o grupo econômico horizontalizado, até então previsto apenas na lei do trabalho rural,

Essa nova diretriz já era adotada por parcela da jurisprudência, em demandas envolvendo trabalhadores urbanos. Assim, empresas sob direção, controle ou administração de uma sobre a outra, embora possuindo personalidade jurídica própria e autonomia em relação às demais, integram grupo econômico e se tornam solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes das relações de emprego existentes no âmbito do grupo.

A horizontalidade fica reconhecida, como se depreende do parágrafo 3º, com as modificações da Lei nº 13.467/2017. A partir da Reforma, a caracterização do grupo econômico demanda demonstração de interesse integrado, efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta das empresas pertencentes ao grupo.

⁷⁵ Cf artigo 702, da CLT.

⁷⁶ Cf parágrafo 3º, do artigo 11, também derivado da Lei nº 13.467/2017.

Seguindo tendência jurisprudencial em vias de expansão, de acordo com o parágrafo terceiro, mera identidade de sócios não basta para configurar grupo econômico.

7.5. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO RETIRANTE

O sócio retirante passa a responder subsidiariamente por obrigações trabalhistas relativas ao período em que foi sócio somente em ações ajuizadas até o limite de dois anos após averbação da alteração de contrato social certificando sua retirada⁷⁷.

A responsabilidade do sócio retirante será solidária somente se comprovada fraude na modificação societária relativa à sua retirada. No mais, o sócio retirante foi contemplado com benefício de ordem em face da empresa devedora e dos sócios atuais.

7.6. SUCESSÃO

A Lei nº 13.467/2017 incluiu à CLT o artigo 448-A. Agora, a sucessão empresarial ou de empregadores enseja responsabilidade exclusiva do sucessor mesmo em relação às obrigações trabalhistas oriundas do período em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida. Haverá responsabilidade solidária apenas mediante comprovação de fraude na transferência.

7.7. CONTAGEM DE PRAZOS PROCESSUAIS

A Lei nº 13.467/2017 alterou o artigo 775, da CLT, para aplicar, no Processo do Trabalho, as mesmas regras de contagem de prazos processuais do direito processual comum. Com a Reforma, prazos processuais são contados com base apenas em dias úteis.

No mais, facultou-se ao juiz a possibilidade de ampliar prazos processuais e modificar a ordem de produção de prova, com o fim de conferir maior efetividade à tutela jurisdicional, adequando o processo às necessidades do caso concreto.

7.8. RECESSO DOS ADVOGADOS

Em 19 de dezembro de 2017, logo após o início da vigência da Lei nº 13.467/2017, foi promulgada a Lei nº 13.545. Adicionou o artigo 775-A, à CLT, para ampliar o recesso dos advogados, com suspensão dos prazos processuais durante os dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, vedadas designações de audiências nesse interstício.

7.9. CUSTAS PROCESSUAIS

A Lei nº 13.467/2017 modificou o artigo 789, da CLT, para limitar o valor das custas processuais referentes ao processo de conhecimento a valor equivalente

⁷⁷ Na forma do novo artigo 10-A, adicionado à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

a quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁷⁸.

7.10. JUSTIÇA GRATUITA

A Lei nº 13.467/2017 incluiu os parágrafos 3º e 4º ao artigo 790, da CLT. Conforme parágrafo 3º, facultou-se aos magistrados, em qualquer instância, a possibilidade de conceder o benefício da justiça gratuita, independentemente de requerimento, a trabalhadores com salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁷⁹.

Nos termos do parágrafo 4º, o benefício será mandatoriamente concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para pagarcustas do processo, independentemente do valor de seu salário.

7.11. HONORÁRIOS PERICIAIS

A Lei nº 13.467/2017 alterou o artigo 790-B, da CLT. A parte sucumbente na pretensão objeto de perícia deve arcar com o pagamento dos honorários do perito mesmo se beneficiária da justiça gratuita.

Conforme parágrafo 1º, no momento de fixar o valor dos honorários do perito, o magistrado deve respeitar o limite máximo previsto pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. O parágrafo 2º, por sua vez, facultou ao magistrado a possibilidade de deferir parcelamento dos honorários periciais. Nos termos do parágrafo 3º, não se pode mais exigir antecipação de valores para realização de perícias.

Por fim, de acordo com o parágrafo 4º, a União assumirá o encargo do beneficiário da justiça gratuita somente se ele não tiver obtido em juízo créditos suficientes a cobrir o valor dos honorários periciais, admitindo-se a possibilidade de se utilizarem créditos de outro processo para essa finalidade.

7.12. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Lei nº 13.467/2017 introduziu, na CLT, o artigo 791-A, para autorizar honorários de sucumbência. Além disso, ampliou as hipóteses de cabimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Passam a ser devidos por mera sucumbência, mesmo ao advogado em causa própria, em montante equivalente a percentual variável entre 5 e 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, sobre o proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa, caso não seja possível mensurar o proveito econômico.

⁷⁸ Atualmente, referida quantia alcança R\$22.583,20, cerca de 23,7 vezes o valor do salário mínimo nacional.

⁷⁹ Essa quantia atualmente equivale atualmente a aproximadamente R\$2.258,32, quase 2,4 vezes o salário mínimo.

O parágrafo 2º apresenta parâmetros para o magistrado fixar honorários advocatícios, como grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, entre outros.

De acordo com o parágrafo 3º, não se pode compensar honorários fixados reciprocamente. Nos termos do parágrafo 4º, os honorários advocatícios podem ser deduzidos do crédito obtido pela parte sucumbente em juízo, ainda que em outro processo.

Inexistindo créditos suficientes a cobrir o valor dos honorários advocatícios, sua exigibilidade permanecerá suspensa até que se prove a decadência da situação de insuficiência de recursos que ensejou a concessão de gratuidade.

Tal prova poderá ser produzida somente dentro dos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que certificar as obrigações decorrentes da sucumbência. Após esse período, não mais será possível executar os honorários.

Finalmente, o parágrafo 5º prevê honorários de sucumbência na reconvenção.

7.13. DANO PROCESSUAL

Com a Lei nº 13.467/2017, a responsabilidade por dano processual, antes disciplinada apenas pelo direito processual comum, passou a ser regulamentada pela CLT - artigo 793-A.

O artigo 793-B importou conceitos do direito processual comum para definir as condutas ensejadoras da responsabilidade por dano processual.

O artigo 793-C prevê as consequências da litigância de má-fé. Essencialmente, o legislador reformista limitou-se às soluções já previstas no direito processual comum.

Determina multa variável entre 1 e 10% do valor atualizado da causa, indenização dos prejuízos sofridos pela parte contrária e restituição dos honorários advocatícios e de todas as despesas incorridas pela parte contrária para defender seus interesses. Podem ser aplicadas tanto a requerimento da parte prejudicada, quanto de ofício pelo magistrado.

Se o valor da causa for irrisório, o limite da multa passa a ser de duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Se não for possível mensurar os prejuízos, o valor da indenização deve ser arbitrado pelo magistrado.

Nos termos do artigo 793-D, a multa por litigância de má-fé se estende à testemunha que propositalmente modificar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao deslinde do feito.

7.14. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL

A Reforma alterou regras envolvendo exceção de incompetência territorial. Esta, deve ser apresentada pela reclamada nos cinco dias que se seguirem ao recebimento da notificação.

Escoado o prazo de cinco dias, o juízo poderá designar audiência de

instrução. Trata-se de faculdade do magistrado, a ser exercida caso entenda pela necessidade de dilação probatória.

Decidida a exceção, o processo retomará seu curso normal perante o juízo competente, onde deverá ser apresentada defesa e realizada instrução processual⁸⁰.

7.15. ÔNUS DA PROVA

O artigo 818, da CLT, foi aprimorado pela Lei nº 13.467/2017. Antes, o princípio era por demais singelo: quem alegava tinha o ônus da prova. Agora, o fato constitutivo do direito deve ser provado pelo reclamante. Ainda, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do reclamante devem ser provados pela parte reclamada.

A Lei nº 13.467/2017 se harmonizou com o Processo Civil, ao disciplinar a denominada distribuição dinâmica do ônus da prova. Mediante decisão fundamentada e desde que calcada em previsão legal ou em particularidades do caso concreto, antes de abrir a instrução processual, o magistrado poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso.

Não é qualquer peculiaridade que autoriza o magistrado a exercer tal faculdade. Apenas quando for impossível ou houver excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório originalmente estabelecido, ou então quando ocorrer maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Ao flexibilizar as regras gerais de distribuição do ônus da prova, o magistrado não poderá criar situação em que a descumbrência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

7.16. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL

A Lei nº 13.467/2017 alterou os requisitos da petição inicial, incorporando ao Processo do Trabalho aspectos formais derivados do direito processual comum, conforme parágrafos incluídos no artigo 840, da CLT.

Agora, sob pena de extinção sem resolução de mérito, o pedido deve ser certo, determinado e, acima de tudo, acompanhado de indicação de sua expressão monetária. Isso mesmo nos raros casos em que a petição inicial é apresentada verbalmente.

O artigo 841 recebeu o parágrafo 3º. O reclamante apenas poderá desistir da ação mediante consentimento da parte reclamada. Mas isso apenas se a defesa já tiver sido apresentada. Até que a contestação seja protocolada, o reclamante é livre para desistir da ação.

⁸⁰ Cf artigo 800, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017.

7.17. REPRESENTAÇÃO DO EMPREGADOR EM AUDIÊNCIA

Com a Reforma, passa-se a admitir expressamente a possibilidade de o empregador se fazer representar em audiência por meio de preposto não empregado⁸¹. A lei nunca fez tal exigência; tratava-se construção meramente jurisprudencial.

7.18. AUSÊNCIA DO RECLAMANTE

A Lei nº 13.467/2017 incluiu os parágrafos 2º e 3º, ao artigo 844, da CLT. Foram ampliadas as consequências da ausência injustificada do reclamante em audiência. Além de implicar arquivamento da reclamação trabalhista, a ausência importará em condenação do reclamante ao pagamento de custas processuais.

A propositura de nova reclamação trabalhista ficará condicionada ao pagamento das custas processuais, ainda que o reclamante seja beneficiário da justiça gratuita.

A justificativa para afastar referida condenação deverá ser apresentada dentro dos quinze dias subsequentes à data da audiência e serão aceitas para tal finalidade somente escusas legalmente justificáveis.

7.19. REVELIA

Foram incluídos ao artigo 844, da CLT, ainda, os parágrafos 4º e 5º, para dispor sobre as consequências da ausência da parte reclamada. Não mais haverá confissão quanto à matéria de fato sob determinadas circunstâncias, a saber: se um dos múltiplos reclamados contestar a ação; se a demanda envolver direitos indisponíveis; se não for juntada à petição inicial instrumento considerado por lei indispensável à prova do ato; ou se as alegações fáticas do reclamante forem inverossímeis ou contrárias à prova constante dos autos. Ainda, se o reclamado ausente estiver representado por advogado, o juízo deverá receber a contestação e os documentos que dela fizerem parte.

7.20. APRESENTAÇÃO DE DEFESA

O artigo 847, em função da Lei nº 13.467/2017, passa a contar com parágrafo único. Poderá a parte reclamada apresentar sua defesa escrita em formato eletrônico até o momento da audiência.

7.21. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Foram introduzidos procedimentos para desconsideração da personalidade jurídica. A Reforma Trabalhista, por meio do artigo 855-A, remeteu às regras instituídas pelo Código de Processo Civil, com a devida compatibilização desse instituto aos princípios e regras gerais do sistema recursal do Processo do Trabalho.

⁸¹ Cf parágrafo 3º, adicionado ao artigo 843, da CLT, pela Lei nº 13.467/2017.

Assim, na fase de conhecimento, não cabe recurso imediato, devendo a parte se insurgir contra a decisão que lhe desfavorecer apenas quando recorrer da sentença de mérito.

Na fase de execução, caberá agravo de petição independentemente de garantia do juízo. Instaurado o incidente, a tramitação do processo será suspensa, podendo o magistrado conceder tutela de urgência cautelar mediante evidência da probabilidade do direito e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

7.22. ARBITRAGEM

Sempre houve resistência à arbitragem, em especial nas relações individuais de trabalho. O desequilíbrio inerente à relação contratual sempre foi pretexto para se desautorizar a arbitragem. Assim como o Direito do Trabalho conseguiu superar a lógica da proclamada igualdade das partes, própria do Direito Civil, assim também não se poderia admitir que houvesse o necessário equilíbrio entre as partes para se resolver conflitos por meio da arbitragem, em especial nas relações individuais de trabalho. Em tese, sempre prevaleceria a vontade do empregador. Esse argumento acabou concentrando no Estado o monopólio da solução dos conflitos.

Embora a Constituição da República, de 1988, seja expressa em reconhecer a arbitragem como forma de solução de conflitos coletivos, em momento algum a proibiu nas relações individuais, tanto que leis específicas preveem sua utilização. Mesmo nas relações coletivas, onde em tese seria possível a arbitragem, na prática prefere-se submeter ao Estado sua composição.

Portanto, a solução dos conflitos via arbitragem é uma questão mais cultural que legal. Por óbvio que a questão central não reside no local onde devem ser resolvidos os conflitos, mas como eliminá-los. De preferência, deveriam ser solucionados na sua origem.

A Justiça do Trabalho, tradicional instituição voltada à pacificação dos conflitos, não será avaliada em função da quantidade de processos a ela submetidos, nem desprestigiada se concorrer com outros meios alternativos, como a arbitragem.

A Reforma tenta alterar essa lógica de tudo se centralizar no Estado. Faz referência expressa à arbitragem como método de solução de conflitos individuais de trabalho. Do ponto de vista objetivo, pressupõe pactuação de cláusula compromissória inserida no contrato de trabalho, por iniciativa do empregado ou mediante sua manifesta concordância. Em um primeiro momento, do ponto de vista subjetivo, apenas empregados "hipersuficientes" podem se valer da arbitragem, ainda que não ostentem diploma de nível superior.

A Lei nº 13.467/2017 não regulamentou a arbitragem, apenas autorizou sua utilização, devendo-se aplicar a Lei nº 9.307/1996.

7.23. PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL

O processo de jurisdição voluntária foi regulado pelos 855-B, 855-C, 855-D e

855-E. Tem início por meio de petição conjunta das partes, representadas cada uma delas por seu próprio advogado. O empregado pode se fazer representar pelo advogado do sindicato de sua categoria.

A apresentação da petição inicial suspende o prazo prescricional quanto aos direitos nela especificados e volta a fluir no dia útil imediatamente posterior ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo. A homologação constitui faculdade do magistrado. Se homologado, o acordo se revestirá de eficácia de coisa julgada.

7.24. IMPULSO OFICIAL

A Lei nº 13.467/2017 modificou o princípio do impulso oficial que regia o processo de execução. Conforme nova redação do artigo 878, da CLT, o juízo poderá promover a execução tão somente nos processos em que as partes estiverem desassistidas por advogado.

7.25. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

A Lei nº 13.467/2017 transformou em dever a faculdade até então conferida ao magistrado para abrir prazo às partes para impugnar sentença de liquidação⁸². Enquanto facultativo, o prazo era sucessivo de dez dias. Foi reduzido a oito, a serem aproveitados em comum pelas partes.

7.26. ATUALIZAÇÃO DE CRÉDITOS

A atualização dos créditos deve ser feita a partir da Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil⁸³ - Lei nº 8.177/1991. Nesse ponto, o legislador contrariou tendência jurisprudencial, que resistia em aplicar índices para correção de débitos, nos termos da citada Lei nº 8.177/1991.

7.27. GARANTIA DA EXECUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 alterou o artigo 882, da CLT, para possibilitar a garantia da execução também por meio de seguro-garantia judicial.

Por sua vez, conforme agora determina o parágrafo 6º, adicionado ao artigo 884, exigências envolvendo garantia ou penhora não se aplica a entidades filantrópicas nem às pessoas que compõem ou compuseram a diretoria destas instituições. Assim, poderão apresentar embargos à execução independentemente de garantia da execução ou de penhora de bens.

7.28. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

Visando a forçar o cumprimento das decisões judiciais, desde 2011 a CLT regulamentou a CNDT - Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, expedida

⁸² Cf nova redação do parágrafo 2º, do artigo 879.

⁸³ Nos termos do novo parágrafo 7º, do artigo 879.

pelo Tribunal Superior do Trabalho, com base no Banco Nacional de Débitos Trabalhistas.

A inclusão da empresa em referido banco apenas poderá ocorrer após os quarenta e cinco dias subsequentes à citação do executado, desde que inexistente garantia do juízo⁸⁴. Esse mesmo prazo deverá ser observado para fim de protesto em cartório da decisão judicial transitada em julgado, bem como quanto à inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito.

7.29. RECURSO DE REVISTA

A admissibilidade do recurso de revista passa a ser condicionada à demonstração de transcendência da causa em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica⁸⁵. O parágrafo 1º, do artigo 896-A, aponta os indicadores de transcendência⁸⁶.

7.30. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A parte que suscitar preliminar de nulidade de julgado por negativa de prestação jurisdicional deverá transcrever na peça recursal: (i) o trecho dos embargos declaratórios em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre questão veiculada no recurso ordinário; e (ii) o trecho da decisão regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido⁸⁷.

7.31. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA PERANTE OS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO

Com a revogação dos parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º, do artigo 896, a Lei nº 13.467/2017 pôs fim ao incidente de uniformização de jurisprudência. Antes da Reforma, apenas súmulas e teses jurídicas prevalecentes no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho poderiam servir de paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial. Agora, qualquer decisão regional poderá, em tese, ensejar conhecimento do apelo calcado em divergência.

7.32. DEPÓSITO RECURSAL

A partir da Reforma, o depósito recursal deve ser feito em conta vinculada ao juízo e corrigido pelos mesmos índices aplicáveis à poupança⁸⁸. Seu valor será reduzido à metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno

⁸⁴ Nos termos do artigo 883-A, adicionado à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

⁸⁵ Cf artigo 896-A, adicionado à CLT pela Lei nº 13.467/2017.

⁸⁶ São eles: elevado valor da causa; desrespeito da instância recorrida à súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; postulação de direito social constitucionalmente assegurado por parte do reclamante-recorrente; e existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

⁸⁷ Cf inciso IV, do parágrafo 1º-A, do artigo 896, da CLT.

⁸⁸ Cf nova redação dada ao parágrafo 4º, do artigo 899.

porte⁸⁹. Beneficiários da justiça gratuita, entidades filantrópicas e empresas em recuperação judicial passam a ser isentas do depósito⁹⁰.

Como se percebe, entidades filantrópicas foram duplamente favorecidas pela reforma. Podem apresentar embargos à execução e também recorrer no processo de conhecimento independentemente de garantia da execução.

CONCLUSÕES

A Academia deve ser uma das referências envolvendo debates plurais, onde prevalece o diálogo, ainda que movido pela fogueira das vaidades. O embate é saudável, na medida em que se avança na busca de soluções adequadas. A Academia é o espaço para acolher os sonhadores e os realistas; os reformadores e os conservadores; os “velhos jovens” e os “meninos envelhecidos”. Mas acima de tudo, é o espaço da tolerância.

Gosto de Amós Oz (Judas, p. 158) quando, ao referir-se à luta entre judeus e palestinos, afirma que felizes são os sonhadores. Malditos quem lhes abre os olhos, pois eles não irão nos salvar, mas sem sonhos e sem sonhadores essa luta maldita seria mil vezes pior.

Como sonhador, não coloco em dúvida a vigência da Lei 13.467, que implantou a Reforma Trabalhista. Ainda que não seja de seu agrado, tanto o magistrado quanto o empresário estão submetidos ao seu império. Outra questão é seu aperfeiçoamento, em busca da melhoria da condição social do trabalhador, fundada nos princípios constitucionais dos valores do trabalho e livre iniciativa.

Afinal, o combate à pobreza e a redução das desigualdades sociais passam pelas relações entre empregado e empregador, no interior das empresas. Estas metas se inserem no âmbito das políticas públicas, a serem traçadas e executadas pelos órgãos incumbidos constitucionalmente de tão alto encargo.

RELAÇÃO DE AUTORES CONSULTADOS

CASSAR, Vólia Bomfim: *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.

CONTRERAS, Francisco José: *La filosofía del derecho en la historia*. 2ª ed. Madrid, Tecnos.

MARANHÃO, Délio: *Instituições de Direito do Trabalho*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro: *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OVADYA, Aviv. *Apud* ROSSI, Clovis: in “O apocalipse da informação” – A Folha de São Paulo, p. A 16, 04/03/2018.

⁸⁹ Nos termos do parágrafo 9º, adicionado ao artigo 899 pela Lei nº 13.467/2017.

⁹⁰ Cf. parágrafo 10, adicionado ao artigo 899 pela Lei nº 13.467/2017.

Novedades legislativas y jurisprudenciales en Colombia 2017

José Roberto HERRERA VERGARA

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Carlos Ernesto MOLINA MONSALVE

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Martha MONSALVE CUÉLLAR

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL Y SEGURIDAD SOCIAL

I. LEYES:

1. Ley 1857 del 26 de julio de 2017: Ley de Medidas de Protección de la Familia

El Congreso de la Republica expidió la ley por medio de la cual se modifica la Ley 1361 de 2009 para adicionar y complementar las medidas de protección de la familia.

- Esta ley principalmente estableció:

1. La obligación de un horario flexible (el tiempo dedicado por el trabajador para estas actividades se puede compensar con trabajo) para que los empleadores ajusten los horarios laborales para facilitar el acercamiento del trabajador con los miembros de su familia para atender sus deberes de protección y acompañamiento de su cónyuge o compañero permanente, a sus hijos menores, a las personas de la tercera edad de su grupo familiar o a sus familiares dentro del tercer grado de consanguinidad, como también a familiares que se encuentran en situación de discapacidad o dependencia.

2. Los empleadores deberán facilitar, promover y gestionar un día de no trabajo remunerado cada semestre para que sus empleados puedan compartir con su familia en un espacio suministrado por el empleador, o por la respectiva caja de compensación familiar. Éste tiempo de no labor es sin perjuicio de acordar con el trabajador el horario laboral complementario.

- La Ley 1857 de 2017, que modifica la Ley 1361 de 2009, “para adicionar y complementar las medidas de protección a la familia”, en el artículo 3º ordena que los empleadores deben disponer dos tipos de acciones en pro de la integración familiar: i) adecuar los horarios para facilitar la integración del trabajador con su familia, y ii) crear una jornada familiar anual obligatoria, con el fin de crear espacios para que los trabajadores pasen tiempo con sus familias.

- Con respecto a lo primero:

“los empleadores podrán adecuar los horarios laborales para facilitar el acercamiento del trabajador con los miembros de su familia, para atender sus deberes de protección y acompañamiento de su cónyuge o compañera(o) permanente, a sus hijos menores, a las personas de la tercera edad de su grupo familiar o a sus familiares dentro del 3er grado de consanguinidad que requiera del mismo; como también a quienes de su familia se encuentren en situación de discapacidad o dependencia”.

Es decir, esta norma busca acoger las tendencias internacionales, muy impulsadas por la OIT, que buscan armonizar la vida laboral con la vida familiar, de forma que sean más compatibles las obligaciones laborales con la presencia del trabajador que se exige en muchas situaciones familiares. Al respecto, esta ley también señala que: El trabajador y el empleador podrán convenir un horario flexible sobre el horario y las condiciones de trabajo para facilitar el cumplimiento de los deberes familiares mencionados en este artículo.

- Con respecto al segundo aspecto, el párrafo del artículo 3º de la Ley 1857, dice: Los empleadores deberán facilitar, promover y gestionar una jornada semestral en la que sus empleados puedan compartir con su familia en un espacio suministrado por el empleador o en uno gestionado ante la caja de compensación familiar con la que cuentan los empleados. Si el empleador no logra gestionar esta jornada deberá permitir que los trabajadores tengan este espacio de tiempo con sus familias sin afectar los días de descanso, esto sin perjuicio de acordar el horario laboral complementario.
- Se trata, entonces, de una jornada semestral, abierta o auspiciada por cuenta del empleador, en la cual participan el trabajador y su familia (la reglamentación definirá qué se entiende por ésta), en la cual deben realizarse actividades que propicien la integración del trabajador con su familia.
- Gran polémica se ha suscitado en el sector empleador, sobre si esta norma en la práctica está abriendo la posibilidad de que –en caso de que

el empleador no establezca dichas jornadas en sus instalaciones, o en convenio con la respectiva Caja de Compensación Familiar–, reconozca al trabajador dos días anuales de vacaciones anuales, adicionales a las legales. La verdad es que la redacción es confusa y –a pesar de que el Ministerio de Trabajo ha sostenido que no se trata de dos días de vacaciones adicionales–, muchos empleadores siguen interpretándola así. Está pendiente la expedición del respectivo decreto reglamentario, por parte del Ministerio de Trabajo, en el cual este y otros aspectos deberán ser aclarados.

2. Ley 1846 del 18 de julio de 2017: se modificó la hora desde la cual se comienza a causar el recargo por trabajo nocturno

El Congreso de la Republica expidió la citada ley con la que se establece que el trabajo diurno va desde las 6:00 a.m. hasta las 9:00 p.m., es decir que el trabajo nocturno ahora es el comprendido entre las 9:00 p.m. y hasta las 6:00 a.m.

- Con la ley en comento se modificaron los artículos B y 161 del Código Sustantivo del Trabajo, pues la norma anterior a esta modificación establecía que el trabajo diurno se presentaba entre las 6:00 a.m. y las 10:00 p.m. y por ende el nocturno era el comprendido entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m.
- De forma adicional se estableció que el Ministerio del Trabajo deberá realizar un seguimiento a la nueva disposición en relación con las condiciones de empleo en el país, con el fin de que analice las políticas sociales del Estado con relación al empleo y el trabajo, para que con base en ello el Congreso de la República pueda adelantar las iniciativas legislativas correspondientes.
- El Código Sustantivo del Trabajo (art. 160), había establecido que se consideraba jornada diurna la que transcurre entre las 6:00 y las 18:00 horas y trabajo nocturno el que se ejecuta entre las 18:00 y las 06:00 horas del día siguiente. Posteriormente, la Ley 789 de 2002 aumentó en 4 horas el tiempo considerado diurno, al disponer que la jornada diurna era la que transcurría entre las 06:00 y las 22:00 horas y nocturna entre las 22:00 horas y las 06:00 horas del día siguiente.
- La Ley 1846/2017 modifica la Ley 789/2002 y señala que se considera trabajo diurno el que se efectúa entre las 06:00 y las 21:00 horas, y nocturno desde esta última hora hasta las 06:00 horas del día siguiente. Es decir, disminuye en una hora el que se consideraba como horario diurno.
- Las implicaciones de este cambio estriban en que ahora los trabajadores podrán devengar recargo nocturno desde las 21:00 y no desde las 22:00 horas, como sucedía antes. Ese recargo, según el art. 168 del Código laboral colombiano, es del 35% sobre el valor del trabajo diurno (art. 168 del Código Sustantivo del Trabajo).

3. Ley 1822 de 2017: incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia

El Congreso modificó los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo relativos a la licencia de maternidad, y prohibición de despido.

- Con la modificación del artículo 236 del C.S.T.: La licencia de maternidad ahora es de 18 semanas.
 1. En caso de muerte o enfermedad de la madre, el padre puede gozar de la licencia de maternidad.
 2. Por regla general es obligatorio que la madre disfrute la licencia una semana antes de la fecha probable de parto, solo por razones médicas puede disfrutarla dos semanas antes, o puede disfrutar las 18 semanas en el posparto inmediato.
 3. Los días que sean dados por licencia de calamidad doméstica en razón del parto, se descontarán no solo en el caso de la licencia del padre sino también de la madre.
 4. El Ministerio de Salud debe reglamentar en un término no superior a 6 meses la certificación que debe expedir el médico en caso de parto prematuro.
- Con la modificación del artículo 239 del C.S.T.:

§ El despido de una mujer en estado de embarazo debe ser autorizado previamente por el Ministerio del Trabajo quien avala la justa causa.
- Se destaca que la norma no modificó la licencia remunerada de paternidad ya que continúa siendo de 8 días hábiles.
- El Código Sustantivo del Trabajo, expedido en 1950, estableció una licencia remunerada de maternidad de 8 semanas (que superaba la duración de la licencia establecida por el Convenio 3 de la OIT –6 semanas–, ratificado por Colombia en 1933). Posteriormente, la Ley 50 de 1990, elevó esa licencia a 12 semanas, y la Ley 1468 de 2011, a 14 semanas. En el año 2017 se expide la Ley 1822, que establece la licencia remunerada de maternidad en 18 semanas en la época del parto. Cuando se trate de parto múltiple, la licencia se extenderá dos (2) semanas más. Estas garantías, en cuanto fuere procedente, se extienden a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte.
- Para el caso de la licencia de maternidad de madres de niños prematuros, se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y la del nacimiento a término, las cuales se sumarán a las 18 semanas establecidas en esta ley.
- Las 18 semanas de licencia se disfrutarán así: una semana antes de la fecha probable del parto (y hasta dos semanas si se amerita por razones médicas). De esta manera, la trabajadora disfrutará de 17 o 16 semanas posteriores al parto.

- El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, por los hijos nacidos de la cónyuge o compañera.

4. Ley 1823 de 2017: adopta la estrategia salas amigas de la familia lactante

Con esta norma se adoptó la estrategia de las salas amigas de la familia lactante del entorno laboral de entidades públicas y empresas privadas, siguiendo los lineamientos del artículo 238 del C.S.T. sobre el periodo de lactancia.

- El uso de las salas amigas no exime al empleador de reconocer y garantizar el disfrute de la hora de lactancia a la madre lactante, la cual puede utilizar en su casa o en su lugar de trabajo.
- La empresa (con capital igual o superior a 1.500 salarios mínimos o con capital inferior a 1.500 salarios mínimos con más de 50 empleados) o entidad pública debe adecuar en sus instalaciones un espacio para que las mujeres en periodo de lactancia que laboran allí puedan extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral.
- El Ministerio de Salud y Protección Social debe vigilar y controlar la implementación y funcionamiento de las salas amigas, y establecer en un plazo no mayor a 6 meses los parámetros técnicos para la operación de las salas amigas.
- Las entidades privadas con más de 1.000 empleados y las entidades públicas dispondrán de 2 años contados desde la vigencia de la ley, para realizar las adecuaciones físicas. Las empresas privadas con menos de 1.000 empleados contarán con 5 años para realizar las adecuaciones físicas.
- El Ministerio de Hacienda determinará los beneficios, alivios o incentivos tributarios para las empresas privadas que adopten las salas amigas.
- La Ley 1823 (4 de enero de 2017), establece la “Estrategia Salas amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral”, en entidades públicas y privadas. Para ello, dichas entidades “adecuarán en sus instalaciones un espacio acondicionado y digno para que las mujeres en periodo de lactancia que laboran allí, puedan extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral”.
- El uso de estas salas no exime al empleador de garantizar a la trabajadora, dentro de la jornada de trabajo, los dos descansos de 30 minutos para lactancia, señalados en el art. 238 del Código Sustantivo del Trabajo.
- Están obligadas las empresas privadas con capitales iguales o superiores a 1.500 salarios mínimos y en todo caso aquellas que, sin contar con dicho capital, tuvieren vinculados más de 50 empleadas. Por motivo de que esta ley excluye a las empresas que no reúnan dichas condiciones

de capital y número de trabajadoras, contra la misma se han instaurado varias demandas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, aduciendo que la ley, con tal limitación, está vulnerando el derecho a la igualdad, por lo cual los demandantes piden que la obligación de las salas de lactancia se extienda a toda clase de empleador, sin importar su capital o número de trabajadoras.

- La ley también señala que las entidades privadas con más de 1.000 empleados y las entidades públicas, dispondrán de dos años para realizar las adecuaciones físicas necesarias, en cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, de acuerdo con los lineamientos que establezca el Ministerio de Trabajo. Las empresas privadas con menos de mil empleados, contarán con 5 años para realizar dichas adecuaciones.

5. Ley 1871 del 12 de octubre de 2017

- Con esta ley se dicta el régimen de remuneración, prestacional y seguridad social de los miembros de las asambleas departamentales.
- La norma establece que los Diputados estarán amparados por el régimen de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993. Se aclara que se les garantizará aseguramiento para salud, pensión y riesgos laborales, durante el periodo constitucional del cual se tomará para estos efectos, como ingreso base de cotización el que resulte de dividir entre doce (12) el ingreso percibido durante los periodos de sesiones a título de remuneración.

II. DECRETOS

1. Decreto 923 del 31 de mayo de 2017: se modifican los plazos para la autoliquidación y el pago de Seguridad Social integral y parafiscales

Las siguientes son las fechas en que todos los aportantes a los sistemas de salud, pensiones y riesgos laborales del Sistema de Seguridad Social Integral, así como aquellos a favor del SENA, del ICBF, y de las Cajas de Compensación Familiar, deberán efectuar sus aportes utilizando la planilla integrada de liquidación de aportes:

Día hábil	Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación
2°	00 al 07
3°	08 al 14
4°	15 al 21
5°	22 al 28
6°	29 al 35

Día hábil	Dos últimos dígitos del NIT o documento de identificación
7°	36 al 42
8°	43 al 49
9°	50 al 56
10°	57 al 63
11°	64 al 69
12°	70 al 75
13°	76 al 81
14°	82 al 87
15°	88 al 93
16°	94 al 99

- Para el caso de las entidades públicas del orden nacional pagadoras de pensiones cuya nómina de pensionados sea superior a 900.000 pensionados, los aportes se efectuarán a más tardar el primer día hábil del mes.
- Con el presente decreto también se estableció que el pago de aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales, tendrá las siguientes fechas según los aportantes y los pagadores de pensiones tengan un determinado número de cotizantes y/o pensionados, con el fin de que sea pagado solo mediante la modalidad de planilla electrónica:

Rango de cotizantes	Obligatoriedad uso planilla electrónica
20 o más cotizantes	6 de marzo de 2017
10 a 19 cotizantes	1 de noviembre de 2017
5 a 9 cotizantes	1 de marzo de 2018
3 o 4 cotizantes, para municipios con categoría diferente a 5 y 6	1 de junio de 2018

Para el caso de los aportantes y los pagadores de pensiones que cuenten con hasta 2 cotizantes y en los municipios de categorías 5 y 6 que cuenten con hasta 4 cotizantes podrán utilizar la modalidad de planilla ya sea electrónica o asistida.

- Los cotizantes independientes según un determinado rango de ingreso base de cotización deberán pagar sus aportes con la modalidad de planilla electrónica a partir de las siguientes fechas:

Rango ingreso base de cotización	Obligación uso planilla electrónica
Mayor o igual a 5 SMLMV	6 de marzo de 2017
Mayor o igual a 4 e inferior a 5 SMLMV	1 de noviembre de 2017
Mayor o igual a 2 e inferior a 4 SMLMV para residentes en municipios con categoría diferente a 5 y 6	1 de marzo de 2018

La norma aclara que cuando el cotizante independiente tenga un ingreso base de cotización menor a 2 SMLMV residentes en municipios de categorías 5 y 6 podrán utilizar cualquier modalidad de la planilla, ya sea electrónica o asistida.

2. Decreto N° 546 de 30 de marzo de 2017

- Modifica el Decreto 1429 de 2016, por medio del cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES.
- Se establece que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES asumirá la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1 de agosto de 2017.
- Se establece que los contratos y convenios celebrados por la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social vigentes al 1 de agosto de 2017, continuarán con su ejecución en los mismos términos y condiciones.

3. Decreto N° 052 del 12 de enero de 2017

- Con este Decreto se modifica el artículo 2.2.4.6.37. del Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo) sobre la transición para la implementación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Con esta norma se establece que Todos los empleadores públicos y privados, los contratantes de personal bajo cualquier modalidad de contrato civil, comercial o administrativo, organizaciones de economía solidaria y del sector cooperativo, así como las empresas de servicios temporales, deberán sustituir el Programa de Salud Ocupacional por el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST), a partir del 1 o de junio de 2017.
- Las Administradoras de Riesgos Laborales brindarán asesoría, capacitación, campañas y asistencia técnica en las diferentes fases de implementación del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo a todos sus afiliados obligados a adelantar este proceso.

4. Decreto 309 de 2017

- Con este decreto se modifica la estructura de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).
- Este decreto señala que Colpensiones es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo, para que ejerza las funciones señaladas en el presente Decreto y en las disposiciones legales vigentes, con la finalidad de otorgar los derechos y beneficios establecidos por el sistema general de seguridad social.
- El decreto señala todo lo concerniente al régimen legal, patrimonio, funciones de cada una de las dependencias, y estructura.

5. Decreto 321 del 28 de febrero de 2017

- Con esta norma corrigen unos yerros en la Ley 1821 de 2016 “por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.
- Se indica que la edad máxima para el retiro del cargo de las personas que desempeñen funciones públicas será de setenta (70) años. Una vez cumplidos, se causará el retiro inmediato del cargo que desempeñen sin que puedan ser reintegradas bajo ninguna circunstancia.

6. Decreto 446 del 16 de marzo de 2017

- Con este Decreto se modifica el artículo 2.2.17.5 del Decreto 1833 de 2016, compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones sobre el procedimiento de inscripción de rentas en el mecanismo de cobertura del riesgo de deslizamiento del salario mínimo.
- Con esta norma se estableció que la aseguradora de vida podrá solicitar ante la Oficina de Bonos Pensionales - OBP la inscripción al mecanismo de las rentas vitalicias emitidas en el año calendario anterior.
- Esta norma aclara que podrán inscribirse las rentas vitalicias inmediatas y diferidas definidas en los artículos 80 y 82 de la Ley 100 de 1993.

III. RESOLUCIONES

1. Resolución de la UGPP N° 776 del 25 de mayo de 2017

Mediante esta resolución la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social estableció el procedimiento para atender las solicitudes de terminación por mutuo acuerdo, conciliación judicial y reducción de sanción por no envío de información previstas en los artículos 316, 317 y 319 de la Ley 1819 de 2016.

- La UGPP fijó el procedimiento y los requisitos para la procedencia de la reducción de la sanción por no envío de información, que tiene las siguientes características principales:
 - El comité de conciliación y defensa judicial de la UGPP tiene competencia para aprobar y suscribir la fórmula conciliatoria y de terminación por mutuo acuerdo, y la decisión del comité constará en un acta.
 - El plazo para resolver las solicitudes de terminación por mutuo acuerdo y conciliación en vía judicial de los procesos administrativos que tiene la UGPP va hasta el 1 de diciembre de 2017.
 - El decreto establece los requisitos para la procedencia de la terminación por mutuo acuerdo y la conciliación, y la forma en que se determinará la exoneración de pago para la conciliación judicial y sancionatorios.

2. Resolución del MINSALUD N° 1608 del 17 de mayo de 2017

Mediante esta resolución el Ministerio de Salud y Protección Social modificó los anexos técnicos que contienen las especificaciones y estructura de los archivos de la Planilla Integrada de liquidación de aportes PILA.

- El Ministerio aclaró las disposiciones correspondientes a la planilla N y sus correcciones, lo relativo a los cotizantes exonerados de pago de aportes a salud, la validación del cálculo de la cotización, entre otras disposiciones cuya finalidad es ajustar los anexos técnicos de la resolución 2388 de 2016, para que quede acorde a la regla de aproximación y el plazo para el pago de los aportes prevista en el Decreto 1990 de 2016.

3. Resolución 839 de 2017 Ministerio de Salud y Protección Social

Con la resolución se reguló lo concerniente al manejo, custodia, tiempo de retención, conservación y disposición final de los expedientes de las historias clínicas, así como la reglamentación del procedimiento que deben adelantar las entidades del sistema para el manejo de las historias clínicas en caso de liquidación.

La historia clínica debe retenerse y conservarse por el responsable de su custodia, por un periodo mínimo de quince (15) años, contados a partir de la fecha de la última atención.

4. Concepto N° 95992 del 28 de junio de 2017 del Ministerio del Trabajo

En cuanto al tema de la instalación de cámaras de video al interior de los puestos de trabajo, la norma colombiana no ha expedido alguna norma al respecto, al igual que en el tema de la revisión de correos electrónicos institucionales y teléfonos de uso institucional, por lo que el ministerio aplica el

principio de lo que no está prohibido está permitido, bajo la base del respeto a la dignidad humana y no se incurra en conductas de acoso laboral.

5. Circular N° 0010 del 3 de febrero de 2017 del Ministerio del Trabajo

El ministerio explicó que para el reconocimiento y pago de las incapacidades temporales por parte de la Administradora de Riesgos Laborales, en caso de accidente de trabajo o enfermedad laboral se debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 3 de la Ley 776 de 2002, por lo que las entidades administradoras de Riesgos Laborales deberán reconocer y pagar el auxilio económico correspondiente al 100% del salario con el cual se efectuó la cotización desde el momento en que ocurrió el accidente o inició la incapacidad y hasta el momento de rehabilitación, o hasta cuando se declare la incapacidad permanente parcial o invalidez.

De igual forma se aclaró que de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, el pago del subsidio por incapacidad temporal será reconocido con base en el último ingreso base de cotización pagado a la entidad administradora de riesgos laborales anterior al inicio de la incapacidad médica y las administradoras de riesgos laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los periodos de incapacidad y hasta por un ingreso base de cotización equivalente al valor de la incapacidad.

Además se afirmó que vencido el término de dos meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para el reconocimiento de las incapacidades temporales, la entidad administradora de riesgos laborales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora.

III. SENTENCIAS RELEVANTES

CONSEJO DE ESTADO

1. Sentencia del Consejo de Estado del 6 de julio de 2017: nulidad parcial del Decreto sobre Tercerización

El Consejo de Estado en sentencia con referencia 11001032500020160048500, resolvió declarar la nulidad parcial del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015, el cual fue adicionado por el artículo 1.º del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, en sus numerales 4.º y 6.º, que señalaban una definición de “beneficiario y proveedor” y de “tercerización laboral”.

- La norma en comento fue anulada parcialmente con los siguientes argumentos:
 - i) Con la expedición de dichos numerales el Gobierno nacional se excedió en el ejercicio de su potestad reglamentaria, pues no tenía la facultad

legal para extender la figura de intermediación laboral a otras modalidades de contratación.

- ii) El ejecutivo incurrió en el desconocimiento de las leyes 50 de 1990 y 1429 de 2010, toda vez que éstas en forma expresa prohíben el desarrollo de la actividad de intermediación laboral a cooperativas, precooperativas, y se la otorgan exclusivamente a las Empresas de servicios Temporales.
- Con esta sentencia del Consejo de Estado se consolida el concepto de que las Empresas de Servicios Temporales son las únicas autorizadas para hacer intermediación laboral, entendida como el envío de trabajadores en misión para ejecutar servicios temporales.

CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia C-005-2017: Fuero de maternidad cobija también al cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en embarazo o lactancia sin trabajo

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1° del artículo 239 y del numeral 1° del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo.

- El trabajador que sea el cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en estado de gravidez o lactancia que sea beneficiaria de aquél, no puede ser despedido sin autorización previa del inspector del trabajo.
- La Corte aclaró que la prohibición de despido del cónyuge, compañero permanente o pareja de la mujer en estado de embarazo o lactancia, sin autorización previa no aplica a las mujeres que se encuentran vinculadas laboralmente.
- El Código Laboral colombiano (artículos 239 y 240), establece que ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin previa autorización del Ministerio “que avale una justa causa”, o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario.
- La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-005 de 2017, extendió, por vía de doctrina constitucional, que dicha prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extiende al trabajador(a) que sea cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiario(a) de ésta.

2. Sentencia SU-049 de 2017: Estabilidad Ocupacional reforzada en el contrato de prestación de servicios

La unificación fue sobre el fuero de salud en tres aspectos: **i)** No se requiere calificación; **ii)** la estabilidad aplica en los contratos de prestación de servicios,

y **iii)** la violación a la estabilidad en un contrato de prestación de servicios también da lugar a la indemnización.

- Lo más relevante de esta sentencia es que cambia el nombre tradicional de “estabilidad laboral reforzada” por el de “estabilidad ocupacional reforzada” a fin de usar una denominación más amplia y comprehensiva, con la que también se entiendan incluidos los contratos de prestación de servicios, pues según la Corte la Ley 361 de 1997 tiene una protección que no aplica únicamente a los contratos laborales sino también a los de servicios independientes propiamente dichos.

3. Sentencia T-670 del 7 de noviembre de 2017: Fuero de Maternidad a la pareja de la mujer embarazada o lactante sin alternativa laboral

- En esta tutela el accionante se encontraba vinculado mediante un contrato por obra o labor por una Empresa de SERVICIOS Temporales, que tenía conocimiento del estado de gestación de la compañera permanente del trabajador, que fue desvinculado por haberse terminado la obra o la labor contratada, sin acudir de manera previa ante el inspector de trabajo.
- La Corte concluyó que la verificación de la subsistencia de las causas del contrato por obra o labor contratada, a fin de establecer la viabilidad de un reintegro y del pago de salarios y prestaciones sociales, en este caso en particular deben ser conocidos ante el Juez Ordinario Laboral, en razón a que no se verificó una amenaza al derecho al mínimo vital del accionante quien para el momento de la sentencia ya había conseguido un trabajo.
- Se afirmó que en el caso de la extensión de prohibición de despido a la pareja de la mujer gestante o en periodo de lactancia, no es posible ordenar el pago de la licencia de maternidad a la pareja dependiente económicamente del trabajador despedido, ni tampoco una orden de pago de las cotizaciones que dieran lugar al pago de la licencia de paternidad, en razón a que:
 - ✓ La protección que emana de la sentencia C-005 de 2017 solo hace referencia a la protección del derecho a la salud de la pareja y del hijo del empleado despedido.
 - ✓ La protección de la sentencia SU-070 de 2013 se dirige a la trabajadora embarazada que ha sido despedida y por ello ve mermado su ingreso económico o no tiene la posibilidad de acceso a la licencia de maternidad.
 - ✓ El pago de prestaciones por maternidad a madre trabajadora únicamente se puede otorgar a aquella que en calidad de cotizante independiente o dependiente contribuyó con su aporte económico a la consolidación del derecho a licencia de maternidad.
- Teniendo en cuenta lo previsto en la sentencia SU-070 de 2013 la Corte concluyó que cuando el empleador termina el contrato aduciendo vencimiento del plazo o finalización de la obra o labor, sin acudir a solicitar

autorización para el despido de la pareja de la mujer embarazada dependiente económicamente, surge la obligación del pago de la indemnización de 60 días como sanción, lo cual es considerado como una infracción del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo.

4. Sentencia T-472 del 19 de julio de 2017: Acoso Laboral

- El acoso laboral constituye una práctica, que se puede presentar tanto en el sector público como en el privado, en la que de forma sistemática se ejerce contra un trabajador actos de violencia psicológica o físicos, con los que se busca acabar con la reputación profesional, la autoestima, que pueden derivar en enfermedades profesionales, estrés laboral, o en circunstancias que inducen al trabajador a renunciar.
- *“En el acoso laboral suelen encontrarse presentes los siguientes elementos: (i) Asimetría de las partes; (ii) Intención de dañar; (iii) Causación de un daño y (iv) Carácter deliberado, complejo, continuo y sistemático de la agresión”.*
- La Corte trajo a Colación un estudio de Leymann en el que se indicó los siguientes comportamientos que pueden constituir acoso laboral: *“ataques verbales, insultos, ridiculización, críticas injustificadas, desacreditación profesional, amenazas constantes de despido, sobrecarga de trabajo, aislamiento social, falsos rumores, acoso sexual, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. Las víctimas, a su vez, suelen sufrir, entre otros síntomas, los siguientes: trastornos de sueño, dolores, síntomas psicossomáticos del estrés, pérdida de memoria, crisis nerviosa, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares”.*
- Finalmente concluyó que como Corte Constitucional no es indiferente ante el acoso laboral que sufren muchas mujeres, que es consciente de que se trata de un tema de difícil prueba y de las consecuencias que podría desencadenar su denuncia.

5. Sentencia T-401 del 23 de junio de 2017: Las EPS son las responsables del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común que excedan los 540 días

La Corte recordó que aunque antes del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 existía un vacío normativo con respecto a la entidad que le correspondía el pago de las incapacidades generadas después de los 540 días, precisamente con la expedición de dicha norma se aclaró que tal obligación se encuentra expresamente en cabeza de las EPS.

- La atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades se rige conforme al siguiente esquema esbozado en la sentencia en comentario:

Periodo incapacidad	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Art. 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Art. 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones ¹	Art. 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Art. 67 de la Ley 1753 de 2015

- La Corte señaló las siguientes tres reglas para la aplicación del citado artículo 67 de la Ley 1753 de 2015:
 - (i) Existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%.
 - (ii) El legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.
 - (iii) La referida norma puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad.
- Se aclaró que el deber legal de las EPS de asumir las incapacidades que superen los 540 días, no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para el incapacitado.

6. Sentencia T-199 del 3 de abril de 2017: pago de incapacidades laborales por enfermedad común superior a 180 días

La Corte Constitucional reiteró que los fondos de pensiones deben garantizar los derechos al mínimo vital y seguridad social y en esa medida pagar las incapacidades generadas a partir del día 181.

- Reglas que deben seguirse en materia de reconocimiento y pago de incapacidades de origen común:
 - ✓ Las incapacidades iguales o inferiores a 3 días corren por cuenta del empleador.
 - ✓ Las incapacidades que se causen desde el tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS.
 - ✓ El trámite del reconocimiento de las incapacidades lo debe realizar el empleador.

¹ Excepcionalmente, las EPS pueden estar obligadas a asumir el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 180 y anteriores al día 540, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación. En dichos casos, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

- ✓ La EPS debe examinar al afiliado y emitir antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respecto concepto de rehabilitación, el cual debe ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad:
 - § Cuando el concepto de rehabilitación es favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral.
 - § Cuando el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que ésta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación correspondiente, y si es así, la junta en comento deberá calificar la pérdida de la capacidad laboral del afiliado:
 - * Cuando la pérdida de capacidad laboral es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos para la pensión de invalidez, se deberá reconocer la misma.
 - * Cuando es menor del 50% el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.
- ✓ Cuando al trabajador le sean expedidas incapacidades médicas pero éstas no superen los 180 días, la EPS debe pagarlas.
- ✓ Cuando las incapacidades superan los 180 días, el Fondo de Pensiones es el responsable de su pago, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud.
- En el caso analizado la Corte concluyó que al accionante se le vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social al no pagarle sus incapacidades médicas desde el día 181 hasta la fecha en que se estructura su invalidez, pues no es válido el argumento de que ya había sido calificada su pérdida de capacidad laboral, en razón a que las incapacidades laborales sustituyen al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por la enfermedad debidamente calificada.

7. Sentencia T-059 de 2017: pactos únicos de mesadas pensionales futuras

- Los pactos únicos sobre mesadas pensionales futuras contenidos en actas de conciliación son jurídicamente válidos, siempre que cumplan con los requisitos establecidos por la jurisprudencia laboral, y no afectan el carácter irrenunciable del derecho a la pensión, como también que tales pactos no devienen inválidos en caso de que el titular de la pensión

que accede a su celebración sobreviva por tiempo superior al estimado por el cálculo actuarial, ni aunque por otra razón sobrevenga el agotamiento del capital entregado.

CORTE DE JUSTICIA

1. Sentencia SL2509-2017: Cambio de posición: justa causa de despido por reconocimiento de la pensión de vejez del Art. 9 de la Ley 797 de 2003

La Corte analizó que la terminación por esta justa causa es viable siempre y cuando haya sido reconocida, notificada y con inclusión en nómina.

- La nueva postura de la Corte es porque la justa causa está atada a la fecha de reconocimiento de la pensión, mas no a la fecha en que se causa o se cumplen los requisitos pensionales, el requisito que se debe considerar para su viabilidad no es de ninguna manera si la pensión se causó o no en vigencia de la Ley 797 de 2003, sino que haya sido efectivamente reconocida. Con esta sentencia la Corte abandona el criterio de la sentencia SL3088-2014.

2. Sentencia SL14692 del 13 de septiembre de 2017: solidaridad del beneficiario o dueño de la obra

- Cuando la obra es imprescindible y específica para la consecución del fin propio y perseguido para el cumplimiento óptimo de la actividad del beneficiario, la entidad contratante se convierte en solidaria por las acreencias laborales del contratista, en razón a que hace parte indispensable de la *unidad técnica*.
- La Corte aclaró que la citada tesis doctrinal de la *unidad técnica* no se opone a lo que ha sostenido en otras ocasiones en relación a que: son extrañas al giro ordinario de los negocios las actividades de mantenimiento de la infraestructura física del establecimiento productivo, o las empresas del sector servicios en las que su equipamiento son de apoyo a la labor.
- Lo anterior, en razón a que la construcción de las instalaciones físicas, así como su mantenimiento, reparación o adecuación, tan solo son un soporte para el cabal cumplimiento de su labor, pues se trata de actividades que hacen parte de la obtención de una materia prima o insumo, que en principio no son imprescindibles para la consecución del fin propio del beneficiario.
- En el caso analizado por la corte, se concluyó que la construcción, mantenimiento, reparación o adecuación de una planta para el procesamiento de basura y separación de residuos en el servicio público de aseo, son actividades permanentes para desarrollar y cumplir a cabalidad con el servicio público de aseo, y por lo mismo, inherentes o propias de la actividad del beneficiario, por lo que se declaró la solidaridad solicitada.

3. Sentencia SL11411 del 2 de agosto de 2017: estabilidad laboral reforzada

- Los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son los trabajadores que tienen una condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente del origen que tenga la condición y sin más aditamentos especiales, como por ejemplo que tenga previamente un reconocimiento y una identificación como una persona en condición de discapacidad.
- No es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como una persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, o mediante un dictamen de las juntas de calificación de invalidez, pues lo importante es que padezca de una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se active la estabilidad laboral reforzada.
- En este caso la Corte concluyó que el demandante sí tenía una limitación severa que lo ubica dentro del margen de protección establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a pesar de que al momento del despido el trabajador no había sido calificado en su pérdida de capacidad laboral, con fundamento en que la posterior calificación se basó en las graves enfermedades que padecía precisamente desde que estuvo vinculado a la empresa y que le causaron secuelas definitivas como la pérdida de su audición, su disfonía vocal, y la pérdida de una parte de su pulmón.
- Para la Corte es irrelevante el hecho de que el trabajador no estuviera incapacitado para la fecha de su despido, pues lo importante es que padecía una condición de discapacidad consistente en las citadas secuelas definitivas que tenía.

4. Sentencia SL10770 del 12 de julio de 2017: terminación por justa causa de reconocimiento de pensión

i) No se puede aplicar lo previsto en el par. 3° del art. 33 de la Ley 100 de 1993:

- El recurrente en casación, alegó que para hacer efectiva la causal de despido en comento, el trabajador debe escoger si continúa o no trabajando y cotizando durante 5 años adicionales, fundando tal argumento en el *parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993*.
- No obstante lo anterior, la Corte concluyó que para efectos de la terminación del contrato por reconocimiento de pensión no es necesario el consentimiento del trabajador sobre si quiere seguir cotizando durante 5 años adicionales o no, pues la norma vigente es la Ley 797 de 2003 y en la misma no existe el deber de pedirle la opinión al trabajador sobre dicho aspecto, y además no existe un contexto histórico que autorice la inferencia de que se deba aplicar el mencionado *parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993*.

- La Corte resaltó también que el incumplimiento en que haya podido incurrir el empleador en el pago de los aportes a pensión no priva de legalidad el despido, ni mucho menos lo torna en injusto, dado que la causa de terminación en comento es autónoma y no está condicionada a otros aspectos. La mora patronal o la falta de afiliación en todo caso tendrá, entre otras sanciones y consecuencias, la del giro del cálculo actuarial, el pago de aportes adeudados, y la sanción moratoria.

ii) Cambio de posición:

- Desde la sentencia SL3088 del 2014 la Corte había dicho que la justa causa de despido en comento se configura bajo **regulación pensional vigente a la causación de la pensión**.
- No obstante, con la presente sentencia, la Corte abandona expresamente el anterior criterio, para precisar que el hecho que marca la aplicación del parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, es **la fecha de reconocimiento de la pensión**, y no la fecha de causación de la pensión.
- Nada se opone a que el empleador de forma unilateral, despidan a un empleado que haya cumplido los requisitos de la pensión antes de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando la pensión haya sido reconocida, notificada y el trabajador incluido en nómina en vigencia de la ley 797 de 2003.

5. Sentencia SL11917 del 9 de agosto de 2017: extensión de beneficios convencionales a extrabajadores o pensionados

- En principio las disposiciones que se pacten en virtud de la negociación colectiva, deben entenderse a situaciones existentes durante el tiempo que esté vigente el contrato de trabajo, pues con la finalización del mismo se acaban las obligaciones recíprocas.
- No obstante lo anterior, por vía de excepción es posible que si las partes se ponen de acuerdo pueden prever la extensión de los efectos de la convención a situaciones posteriores sin que con ello se transgreda la ley, pues no hay una norma que lo prohíba.

6. Sentencia SL17984 del 1 de noviembre de 2017: disminución del monto salarial

- Los sujetos de la relación laboral pueden acordar libremente alguna modificación al salario que venía rigiendo el contrato, teniendo en cuenta que *“el empleador carece de facultad para disponer unilateralmente su disminución de manera inconsulta y contra la voluntad del trabajador”*, por lo que la disminución de beneficios debe ser por mutuo acuerdo o con el asentimiento del trabajador.
- Las disminuciones de beneficios o del salario al trabajador que se realicen

mediante la suscripción de un otrosí al contrato de trabajo tienen pleno valor siempre y cuando no se esté afectando el salario mínimo, pues con la suscripción del otrosí el trabajador otorga su consentimiento.

7. Sentencia SL16927 del 18 de octubre 2017: cómo opera la sustitución pensional frente a una pensión reconocida voluntariamente por el empleador

La Corte Suprema de Justicia explicó que en el caso de una pensión de jubilación de origen extralegal o la reconocida por el empleador a través de conciliación laboral puede ser transmitida o sucedida por causa de muerte a los beneficiarios.

- La Corte explicó que por regla general una pensión en las citadas situaciones debe ser sustituida con las mismas condiciones que se consagran para las pensiones legales, y por tanto se entiende que la norma suple el vacío que se pueda encontrar en el acuerdo entre las partes, por lo que no es válido que se alegue que no se estipuló nada al respecto.
- No obstante lo anterior, existe la posibilidad de que de forma excepcional las partes pacten válidamente de forma expresa que la prestación será temporal, o el momento en que se entiende su extinción, o si no podrá ser sustituida.

8. Sentencia SL12220 del 2 de agosto de 2017: pagos constitutivos de salario

- El caso estudiado por la Corte es de un futbolista quien obtenía rubros derivados de aparentes contratos de cesión de derechos que se causaban por la participación en los torneos hasta tanto el equipo fuese eliminado o triunfara en el campeonato.
- La Corte concluyó que estos pagos no eran una simple contraprestación derivada del derecho al uso de la imagen profesional, sino que eran conceptos vinculados a la participación del deportista en el espectáculo en el cual demostraba sus destrezas, rendimiento y habilidades que es precisamente el objeto del contrato de trabajo, motivo por el cual se estimó que son salario.
- La Corte recordó que no es válido despojar de incidencia salarial a un pago que es claramente remunerativo, cuando su causa inmediata es la prestación personal de los servicios, y que el empleador tiene la carga de probar que la destinación del pago realizado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio, y que por ello no es salario.
- Se concluyó que el hecho de que el Club deportivo le haya suspendido el pago de salarios al futbolista, lo colocó en un estado de necesidad y asfixia económica que generó un vicio del consentimiento al momento de

efectuarse la conciliación, pues la conciliación se realizó luego de dos meses en que el trabajador no percibió el 85% de su ingreso mensual, y ante la falta de una auténtica libertad al momento de dar el consentimiento, la Corte decidió invalidar el acta de conciliación.

9. Sentencia SL1525 del 25 de enero de 2017: culpa patronal en la ocurrencia de accidente o enfermedad profesional

La Corte Suprema de Justicia recordó los elementos que se requieren para causar la indemnización total y ordinaria de perjuicios del artículo 216 del Código:

- 1. Que se encuentre suficientemente probada la culpa patronal en la ocurrencia del accidente o la enfermedad profesional.
- 2. El daño generado por causa o con ocasión del trabajo.
- 3. El nexo de causalidad entre el daño y la culpa.
- 4. La culpa exclusiva de la víctima o de un tercero y el caso fortuito o la fuerza mayor, son considerados como situaciones que impiden la configuración de un nexo causal.
- El empleador tiene la carga de probar que actuó con diligencia y cuidado cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional para así exonerarse de responsabilidad. No basta con afirmar que el trabajador incumplió su deber frente al uso de los elementos de protección para exonerar de responsabilidad al empleador, pues éste debe probar que utilizó los medios para hacer cumplir su reglamento de seguridad. A la empresa le correspondía demostrar que el trabajador olvidó y se rehusó a cumplir los protocolos de seguridad, a fin de evidenciar una conducta negligente del trabajador.
- En este caso la Corte consideró que existió negligencia del empleador en la entrega de elementos básicos de trabajo, por no renovar unas manillas de seguridad y omitir la investigación disciplinaria en contra del trabajador al haber utilizado un elemento en mal estado, desatendiendo el deber de abstenerse de ejecutar la labor de liniero de red aérea de energía.

10. Sentencia SL5584 del 5 de abril de 2017: se ordena el pago de trabajo suplementario por el tiempo en que el trabajador debía estar en disponibilidad

La Corte manifestó que un trabajador está bajo las órdenes de su empleador, con limitación para desarrollar las actividades que a bien tenga y que sean ajenas a las labores contratadas, cuando debe estar disponible para responder frente algún inconveniente que se presente.

- Para la Corte es un error considerar que la sola disponibilidad del trabajador en los diferentes turnos que se le programan durante varios fines de semana, no le dan derecho al empleado al pago de los mismos, sino solo

cuando se materializa realmente alguna actividad a favor del empleador, pues concluyó que el simple sometimiento del asalariado a estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado a desarrollar efectivamente alguna tarea.

- En este caso los turnos de disponibilidad consistían en que el empleado debía estar dispuesto desde su hogar los sábados y domingos las 24 horas, para atender cualquier problema que se presentara en las centrales de trabajo.

11. Sentencia SL4103 del 22 de marzo de 2017: efectos de la falta de afiliación a pensiones

La Corte Suprema de Justicia explicó los efectos que genera la falta de afiliación al sistema general de pensiones y la inexistencia de convalidación de tiempos prestados, en el caso de la pensión de sobrevivientes y de la pensión de jubilación o de vejez.

- **Pensión de sobrevivientes:**

Ante la falta de afiliación del trabajador fallecido al Instituto de Seguros Sociales, la empresa debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, en razón a que las pensiones de sobrevivientes tienen unas características particulares y diferentes a las pensiones de vejez, en donde su financiación no se fundamenta en la acumulación de capital suficiente para financiar la prestación (como es el caso de la pensión de vejez), sino en el aseguramiento del riesgo.

La financiación de la pensión de sobrevivientes por la vía de la convalidación de tiempos de servicio y no cotizados a través del cálculo actuarial, solo es posible si dicho procedimiento es realizado totalmente antes de que se produzca la muerte, ya que es el riesgo que da origen a la prestación. Esto en razón a que imponer a las entidades de seguridad social el pago completo de una pensión de sobrevivientes por la convalidación de un tiempo mínimo, equivaldría una carga desproporcionada para la cual no se encuentra preparada.

- **Pensión de jubilación y de vejez:**

La Corte aclaró que solo para el caso de la pensión de jubilación y de vejez, la comprobada falta de afiliación del trabajador da lugar, en principio, a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador, y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones, en razón a que las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un mínimo de capital respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, pues

de acuerdo a la estructura del sistema de seguridad social, en el régimen de prima media, la pensión de vejez puede ser adquirida luego de la reunión de un gran número de aportes y del capital necesario para financiarla.

12. Sentencia SL4280 del 15 de marzo de 2017: estabilidad laboral reforzada por fuero de maternidad

La Corte aclara la hermenéutica de la norma que regula el periodo de lactancia, en relación con los artículos del 239 al 241, reiterando lo asentado en sentencia del 10 de julio de 2002, rad. 17193.

- **Primer trimestre siguiente al parto:**

La presunción del numeral 2 del artículo 239 del CST tiene como fin relevar a la trabajadora de la carga de acreditar que el motivo del despido efectuado en el trimestre siguiente al parto fue su condición o estado de lactante, por lo que dicha carga corresponde al empleador, pues debe demostrar que la terminación estuvo fundada en una de las justas causas y previo cumplimiento del procedimiento exigido en el artículo 240 del mismo código. Si el empleador no desvirtúa la presunción legal, el despido se tiene por ineficaz.

- **Segundo trimestre posterior al parto:**

Durante este periodo permanece vigente la protección a la trabajadora lactante, con la diferencia de que la carga de la prueba para acreditar el móvil del despido ya no reside en el empleador, sino en la trabajadora, pues en el segundo trimestre posterior al cargo ya no aplica la presunción legal del citado artículo 239.

13. Sentencia SL2603-2017: no todo incumplimiento en el deber de afiliación genera el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social

La responsabilidad del empleador opera de manera distinta dependiendo del perjuicio causado y del régimen pensional al cual se haya vinculado el trabajador.

- La Corte en reiteradas ocasiones ha explicado que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre deriva en que el empleador deba asumir las prestaciones propias de la seguridad social, ya que existe la posibilidad de que la omisión en la afiliación no genere perjuicio alguno al trabajador.
- Cuando se genera algún daño al trabajador, el mismo debe ser reparado, en el sentido de que se debe reconocer y pagar la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado.

14. Sentencia SL18623-2016: Despido Indirecto por sistemática inefecución de obligaciones convencionales legales del empleador

La Corte Suprema de Justicia explicó que para que se configure la sistemática inefecución de obligaciones el incumplimiento del empleador debe ser continuo y no ocasional.

- Se debe entender que el incumplimiento sistemático hace referencia a uno regular, periódico o continuo.
- La tardanza en el pago de los aportes a la seguridad social correspondientes a un mes, así como el quedar debiendo al trabajador un saldo menor de un salario, no constituye un proceder sistemático en el incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues no es una conducta reiterada y continuada.
- En este caso el saldo pendiente de pago representa menos del 18% del total, por lo cual ello no se puede interpretar como un incumplimiento determinante del calificativo sistemático.

15. Sentencia SL9355 del 21 de junio de 2017: obligaciones que deben cumplir los empleadores para garantizar la seguridad y salud de los trabajadores que realicen actividades en alturas

- El artículo 1 y 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, establece que los empleadores deben «Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores», y procurarles «locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud».
- El artículo 348 del mismo estatuto preceptúa que toda empresa está obligada a «suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores», y adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores, lo cual guarda armonía con las disposiciones en materia de salud ocupacional y seguridad en los establecimientos de trabajo que prevén dentro de las obligaciones patronales las de «proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad» (art. 2 R. 2400/1979).
- El artículo 84 de la Ley 9 de 1979 estableció que, entre otras obligaciones, los empleadores están impelidos a proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad; establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro de los procesos de producción; cumplir y hacer cumplir las disposiciones relativas a salud ocupacional; responsabilizarse de un programa permanente de medicina, higiene y seguridad en el trabajo destinado a proteger y mantener la salud de los trabajadores; adoptar medidas efectivas para proteger y

promover la salud de los trabajadores mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo y realizar programas educativos sobre los riesgos para la salud a que estén expuestos los trabajadores y acerca de los métodos de su prevención y control.

- Dentro de las normas a considerar citadas por la Corte se encuentra la Resolución n.º 2413 de 1979, Resolución n.º 2400 de 1979, el Convenio n.º 167 y la Recomendación n.º 175 sobre Seguridad y Salud en la Construcción, aprobados en Colombia mediante la Ley 52 de 1993 y el primero ratificado el 6 de septiembre de 1994, la Resolución n.º 3673 de 2008, y la Resolución n.º 1409 de 2012.

DERECHO COLECTIVO

I. SENTENCIAS RELEVANTES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Sentencia SL609 del 25 de enero de 2017: extrabajadores o pensionados beneficiarios de convención colectiva por extensión

Por excepción es posible que las partes den efectos posteriores a la convención colectiva a fin de que aplique a extrabajadores o pensionados, pero ello debe ser expresamente establecido.

- El artículo 467 del CST establece que la convención colectiva fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, por lo que en principio, una vez se termine el contrato de trabajo cesan las obligaciones recíprocas.
- No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha considerado que por excepción las partes pueden de común acuerdo y en forma expresa, clara y manifiesta establecer la extensión de sus efectos a situaciones posteriores, sin que ello implique vulneración del ordenamiento jurídico por no existir prohibición expresa al respecto.

2. Sentencia SL1076 del 25 de enero de 2017: la difícil situación económica del empleador no es óbice para que en un Laudo Arbitral se condene a beneficios extralegales

La Corte Suprema de Justicia estudió un caso en el que una empresa de transporte demandó la nulidad de un Laudo Arbitral, en razón a su difícil situación económica, y concluyó que ese no era un argumento suficiente.

- La Corte Indicó que aunque los estados financieros demuestran las pérdidas que ha venido acumulando la compañía y que existe una crisis financiera que enfrentan las empresas operadoras del sistema integrado

de transporte público, tal circunstancia en modo alguno constituye razón concluyente que justifique la anulación de los beneficios económicos implantados en el laudo, pues los mismos no se pueden estimar abiertamente inequitativos por el solo hecho de que la empresa atravesase una difícil coyuntura económica.

- Para la Corte, los problemas que enfrenta la empresa son estructurales, obedecen al diseño del negocio, a malas decisiones administrativas y de financiación, de suerte que si éste resulta insostenible, no es por las obligaciones laborales, ni mucho menos por causa del impacto económico del laudo.

3. Sentencia SL4934 del 29 de marzo de 2017: fuerza normativa de la convención colectiva de trabajo

La Corte Suprema de Justicia explicó aspectos relevantes frente a la fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo.

- Los individuos y colectivos poseen la capacidad de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales de acuerdo a lo previsto en el artículo 55 de la Constitución Política, de los Convenios 98, 151 y 154 de la OIT, y al principio de la autonomía de la voluntad, en donde los empleadores y asociaciones de trabajadores pueden establecer para sí mismos normas sobre el trabajo, condiciones en las que se regulan sus relaciones y mejoras laborales que superen las garantías y beneficios de la ley, lo cual constituye un verdadero derecho objetivo que se incorpora a los contratos de trabajo.
- La convención colectiva es fuente autónoma de derecho que solo aplica para las partes firmantes, en la que se puede estipular prestaciones con iguales requisitos a los establecidos en la ley a fin de evitar que los presupuestos de causación, disfrute y liquidación no sean objeto de alguna modificación legislativa posterior que les afecte.
- Por lo anterior es viable que se estipule en una convención una pensión que posea iguales requisitos a los legales con el propósito de mantener inalterable en el tiempo las condiciones pensionales frente a cambios legislativos, y en ese sentido no es algo inocuo o insustancial el hecho de que en una convención se repitan los mismos requisitos legales de una pensión, porque de allí se puede entender que las partes tuvieron la intención de estipular una pensión nueva y distinta a la legal.

4. Sentencia SL4879 del 5 de abril de 2017: el hecho sobreviniente de que el sindicato se quede sin afiliados no conduce a la extinción del conflicto colectivo

La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de anulación de un laudo arbitral explicó que el hecho de que el sindicato que promovió el conflicto colectivo se quede sin trabajadores afiliados, no implica la extinción automática del

conflicto, pues puede obtener afiliados posteriormente, beneficiarios de la convención colectiva o del laudo.

- Los árbitros no están facultados para desconocer la personería sustantiva del sindicato, pues mientras ella no pierda sus efectos jurídicos mediante los mecanismos legales previstos pertinentes, no es posible poner en duda la idoneidad y capacidad para promover el conflicto colectivo del trabajo.
- La Corte recordó que en el recurso de anulación no es posible dictar un pronunciamiento de remplazo, ni conceder o negar de manera directa los aspectos propuestos en el pliego de peticiones, pues esto solo lo pueden hacer los árbitros en su condición de jueces naturales del conflicto colectivo de naturaleza económica.

5. Sentencia SL7991 del 21 de junio de 2017: ilegalidad de la huelga

La Corte Suprema de Justicia declaró la ilegalidad de la huelga al haber sido declarada por un sindicato minoritario y no por la asamblea general de los trabajadores de la empresa.

- En este caso la empresa tenía un total de 193 trabajadores, y la huelga ilegal fue votada por 38, por lo cual no obtuvo la mayoría legalmente exigida por el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo.
- La Corte adocrinó que:
 - i) Cuando la organización sindical es mayoritaria, la decisión de la declaratoria de la huelga debe ser adoptada por la asamblea general de los afiliados.
 - ii) Cuando la organización sindical es minoritaria, la decisión le corresponde a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa (Todos los trabajadores tanto afiliados como no afiliados).

La Corte recordó que los sindicatos minoritarios en general tienen autonomía para promover y desarrollar todas las etapas del conflicto colectivo, pero para declarar la huelga en esta hipótesis, se requiere mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa.

6. Sentencia SL9390 del 28 de junio de 2017: en un pliego de peticiones no pueden solicitarse extensiones genéricas de beneficios contenidos en otras convenciones existentes en la empresa

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de anulación precisó que si la empresa o el sindicato no fueron parte de la negociación de convenciones existentes en la empresa, un sindicato no puede promover en otro pliego de peticiones que el contenido y beneficios de esas convenciones sea extendido de forma genérica en la nueva convención.

- Para la Corte tal situación riñe con la autonomía de la negociación que le

permite a la agrupación sindical luchar por obtener sus beneficios y al empleador la posibilidad de discutirlos, por lo que cada beneficio debe haber sido objeto de negociación directa previa.

7. Sentencia RAD. 53053 del 27 de septiembre de 2017: fuero circunstancial

- La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia recordó que **la existencia y aplicación del fuero circunstancial solo depende de la presentación del pliego de peticiones al empleador por parte de los trabajadores agrupados en una organización sindical y solo permanecerá vigente hasta que se suscriba una nueva convención o pacto colectivo**, o quede ejecutoriado el respectivo laudo arbitral, cuando fuere el caso.
- También recordó que **este fuero circunstancial o protección foral no es indefinido, dado que esta protección se mantiene únicamente hasta que termine el conflicto.**

8. Sentencia RAD. 76223 del 31 de mayo de 2017: Recurso de Anulación de laudos arbitrales

- La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia precisó que **los árbitros pueden imponerle al empleador la concesión de permisos remunerados a los miembros de las organizaciones sindicales para atender las responsabilidades inherentes a la ejecución del derecho de asociación y libertad sindical**, siempre y cuando la decisión resulte razonable y proporcionada.

9. Sentencia RAD. 76301 del 25 de enero de 2017: Recurso de Anulación de laudos arbitrales

- Al analizar algunas cláusulas que establecen beneficios a cargo de la Empresa, considera la Corte que a pesar de que las mismas se imponen a una empresa que se encuentra en una situación económica desfavorable, no constituyen por ello cláusulas inequitativas puesto que los beneficios otorgados por los árbitros surgen del derecho de los trabajadores a obtener mejoras constantes en sus condiciones de trabajo.

10. Sentencia RAD. 49738 del 1 de marzo de 2017: Recurso de Anulación de laudos arbitrales – Acuerdos Parciales

- Determina la Corte la plena validez con la que cuentan los acuerdos parciales suscritos por las partes en actas durante la etapa de arreglo directo. Señala que la suscripción de la convención y su depósito ante las autoridades administrativas del trabajo, no va más allá de plasmar los

acuerdos logrados por empresa y sindicato en la etapa de arreglo directo que, como manifestación de la voluntad de las partes, tienen efectos vinculantes superiores que rebasan las facultades del tribunal.

11. Sentencia RAD. 79047 del 29 de noviembre de 2017: Huelga – Servicio Público esencial

- La declaratoria de huelga cuando se trata de un sindicato minoritario, debe contar con el respaldo de la mayoría de los trabajadores de la respectiva empresa, ya que, por razón de sus objetivos, su trascendencia económica y social y las condiciones y características de su ejercicio, compromete a todos los trabajadores de la empresa y no solo a los directamente afectados a conflicto colectivo de trabajo.
- En el transporte, en general, y su modalidad aérea, en particular, concurren diversas razones para concluir que se trata de un servicio público esencial vinculado estrechamente con la satisfacción de los derechos fundamentales.

12. Sentencia RAD. 52324 del 3 de octubre de 2017: cuando el empleador se niega a la negociación del pliego de peticiones

- La Corporación rememoró que en los eventos en que el empleador se niega a la negociación del pliego de peticiones dentro del término legal y frente a tal actuar el sindicato guarda silencio o no utiliza los mecanismos previstos para forzarlo a las conversaciones, es dable entender la declinación del pliego de peticiones y con ello la terminación del conflicto colectivo, puesto que los deberes de la organización sindical van más allá de la simple radicación del pliego de peticiones, pues al ser los titulares directos de la aspiración de mejorar sus condiciones de trabajo y de empleo, es lógico y obvio que sean los primeros interesados en que sus solicitudes sean atendidas, escuchadas, discutidas y resueltas favorablemente por parte del empleador, lo que conlleva un rol activo del sindicato y no de simple espectador.

CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia T-367 del 5 de junio de 2017: presunción a favor del derecho d asociación cuando se termina sin justa causa el contrato de trabajo de recién sindicalizado

La Corte Constitucional reiteró que con el fin de proteger el derecho de asociación sindical se han fijado límites a la facultad del empleador para terminar sin justa causa el contrato de trabajo.

- La facultad para terminar unilateralmente y sin justa causa el contrato laboral no se puede utilizar:

- 1. Con la intención de detener u obstaculizar cualquier intento de asociación sindical de trabajadores.
- Con la intención de sancionar el ingreso, permanencia y participación de los trabajadores en la organización sindical, provocando con dichas actuaciones la renuncia al sindicato
- De forma desproporcionada, convirtiéndola en una práctica discriminatoria y atentatoria del derecho a la asociación sindical
- La Corte ha desarrollado una presunción constitucional a favor del derecho a la asociación sindical, con la que se considera que el despido de un trabajador recién sindicalizado tiene origen en su ingreso, permanencia y participación en dicha organización, por tanto cuando el empleador hace uso de su facultad para terminar sin justa causa los contratos de sus empleados, al poco tiempo de que se afilian, se colige que la decisión de la empresa tiene relación con el ejercicio de su derecho a la asociación sindical.
- En estos casos la carga de la prueba la tiene el empleador, quien debe demostrar que su actuación no tiene origen, ni se relaciona con la vinculación del trabajador a la organización sindical.

2. Sentencia T- 6.210.639 del 2 de octubre de 2017: prescripción acción de levantamiento de fuero sindical

- La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional señaló que la oportunidad en la que el empleador puede invocar la causal de “reconocimiento de pensión” para efectos de iniciar la acción de levantamiento de fuero sindical puede ser en cualquier momento, a diferencia de las demás causales, al tratarse de una prestación de carácter permanente.
- Esta idea es reforzada bajo el supuesto de que el despido con fundamento en esta causal es una decisión facultativa del empleador, no de forzoso acatamiento, que puede ejercer cuando estime que el trabajador ha cumplido su ciclo laboral.

CONSEJO DE ESTADO

1. Sentencia N° 25000232500020090022601, C. P. Rafael Francisco Suárez: no aplica el derecho colectivo del trabajo a trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos

- La Sección Segunda del Consejo de Estado recordó que a los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos como parte de la planta de personal de una empresa social del Estado no les siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo. Por lo tanto, no pueden invocar la aplicación del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento

de su término las partes, o una de ellas, no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis meses. Mucho menos, agregó, pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad diferente a la que la suscribió y que pretenden les siga siendo aplicable.

II. REFORMAS LEGALES

Durante el año 2017, el Congreso de la República aprobó las leyes 1822 a 1876, en ninguna de ellas se pronunció sobre aspectos legales en materia de derecho laboral colectivo.

La reforma legal en materia de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en Costa Rica durante el 2017

Alexander GODÍNEZ VARGAS

Miembro de Número. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
Profesor de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
y Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad Estatal a Distancia
de ese mismo país

En el año 2017 el país sigue a la expectativa de la implementación de la Reforma Procesal Laboral, aprobada en enero del 2016 y que entró en vigencia en julio de 2017. La promulgación de los reglamentos pertinentes que deben implementarse por mandato legal para hacer efectivos los cambios introducidos, especialmente en materia de derecho colectivo y específicamente en el derecho de huelga, así como las circulares emitidas por la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia, reordenando la competencia territorial y sustantiva de los despachos judiciales y emitiendo reglas prácticas para la mejor ejecución de un proceso con un mayor grado de oralidad, son un ejemplo de esta actividad derivada de la reforma procesal durante este año.

No obstante, el eje de mayor relevancia normativa se vincula con la Seguridad Social. En medio de una creciente crisis fiscal y preocupación por la solidez financiera de los regímenes de jubilación, se aumentó la cotización de los trabajadores al seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, se eliminó el beneficio de retiro anticipado con derecho a pensión por vejez reducida, se adoptaron diversas medidas administrativas para combatir la morosidad de los empleadores en el pago de las cargas sociales en beneficio de las instituciones de Seguridad Social y se ajustó la escala contributiva de los trabajadores independientes y asegurados voluntarios, para incrementar la contribución del trabajador y reducir la participación del Estado en el financiamiento del régimen.

Por otra parte, se aprobaron varias políticas orientadas a fortalecer el empleo, promoviendo la transición de la informalidad a la formalidad de algunos colectivos en riesgos de exclusión, como fue la oficialización de la Estrategia Nacional en materia de inserción al Mercado Laboral o Educativo, de los Padres y las Madres

cuyos hijos son beneficiarios de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil; y la creación del Servicio de Certificación de la Discapacidad (SECDIS), que permitirá el acceso de estas personas a importantes servicios o beneficios, incluyendo el empleo. A estas políticas se unen otras medidas adoptadas en materia de Seguridad Social por la Caja Costarricense del Seguro Social, relacionadas con el establecimiento de excepciones a la Base Mínima Contributiva del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, el aseguramiento contributivo de las trabajadoras domésticas, las reformas al Reglamento del Programa Régimen no Contributivo de Pensiones para agilizar el trámite de su concesión y la nueva licencia para el cuidado del menor de edad gravemente enfermo y de quien está enfermo en condiciones especiales.

A. DERECHO COLECTIVO DE TRABAJO

De conformidad con la Reforma Procesal Laboral aprobada mediante Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016, le corresponde al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (artículo 381 inciso 4 del Código de Trabajo), implementar una reglamentación del procedimiento por medio del cual los trabajadores o las organizaciones sindicales, pueden convocar a una votación, como requisito previo para declarar huelga.

La votación tiene lugar en aquellos casos en los que en el ámbito de las empresas, instituciones, establecimientos o centros de trabajo no existiera un sindicato o bien que existiendo por sí solo, o en conjunto con otros, no reúnan el 50% de afiliación entre los trabajadores o cuando se trate de huelgas convocadas por trabajadores de una misma ocupación u oficio, que no reúnan dicho porcentaje.

Para cumplir con este cometido se ha aprobado, luego de un proceso de consultas tripartitas, el Decreto N° 40749-MTSS del 24 de noviembre del 2017, por medio del cual se establece el “Reglamento de votación para verificar el apoyo de los trabajadores a la huelga”.

La reglamentación propuesta por un lado, establece las actuaciones de todas las partes involucradas en el proceso: los requisitos que deben cumplir los trabajadores u organizaciones como promotores (artículo 9), las obligaciones del empleador de facilitar la votación (artículo 8) y evitar incurrir en prácticas laborales desleales (artículo 4) y las actividades que deben llevar a cabo el personal de la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, en su rol de supervisar la transparencia y legitimidad de la votación y levantar el informe correspondiente de su resultado (artículo 3). De otro, un anexo detalla el proceso de voto electrónico, que facilitará al elector el ejercicio del voto, proveyendo seguridad en el proceso de votación y de conteo.

B. DERECHO INDIVIDUAL DE TRABAJO

1. ACTUALIZACIÓN DE LOS TRAMOS DE IMPUESTO AL SALARIO

De acuerdo a los artículos 34 y 64 inciso b) de la Ley N° 7092 de 21 de abril del 1988 y sus reformas y los artículos 19 y 21 de la Ley N° 8114 de 4 de julio del 2001, denominada “Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias”, el Poder Ejecutivo

debe modificar en cada período fiscal (comprendido entre el 1° de octubre del año anterior y el 30 de setiembre del año siguiente), los créditos que benefician al trabajador por obligaciones familiares y los tramos del impuesto único sobre las rentas percibidas por el trabajo personal dependiente o por concepto de jubilación o pensión u otras remuneraciones por servicios personales (Impuesto al Salario), lo que se hará de conformidad con los cambios experimentados en el Índice de Precios al Consumidor, que determine el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC).

Mediante el Decreto Ejecutivo N° 40654-H del 18 de setiembre del 2017, se actualizaron los créditos y los tramos de renta para el impuesto al salario período fiscal 2018, en un 0,91%, a partir del 1° de octubre de 2017. En consecuencia, para el período fiscal 2018: a) Las rentas de hasta ₡799.000,00 mensuales no estarán sujetas al impuesto; b) Sobre el exceso de ₡799.000,00 mensuales y hasta ₡1.199.000,00 mensuales, se pagará el diez por ciento (10%) y c) Sobre el exceso de ₡1.199.000,00 mensuales, se pagará el quince por ciento (15%).

2. REVISIÓN DE SALARIOS MÍNIMOS PARA EL SECTOR PRIVADO

De periodicidad anual, el Decreto Ejecutivo N° 40743-MTSS del 13 de noviembre del 2017, dispone la fijación de salarios mínimos para el sector privado que regirán a partir del 1° de enero del 2018. Los salarios aumentaron en general, en un 2.43% respecto del año 2016, salvo en el caso del servicio doméstico, en el que se fijó un 2.93% de incremento.

Los nuevos salarios mínimos fueron establecidos por el Consejo Nacional de Salarios, instancia tripartita encargada de realizar estas fijaciones, de acuerdo con la Ley N° 832 del 4 de noviembre de 1949 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Ejecutivo N° 25619 del 16 de setiembre 1996.

C. DERECHO SANCIONADOR DEL TRABAJO

ÚNICO. ACTUALIZACIÓN DEL VALOR DE LAS MULTAS

Mediante Circular del Consejo Superior del Poder Judicial N° 198 del 19 de diciembre del 2017, adoptada en su sesión N° 113-17, artículo I, de conformidad con lo que establece el párrafo tercero del artículo 2° de la Ley N° 7337 de 5 de mayo de 1993, que reformó varios artículos del Código Penal, se fijó el monto del “salario base” que regirá a partir del 1° de enero del 2018, en la suma de ₡431.000.00 (cuatrocientos treinta y un mil colones exactos).

Este salario de referencia que se aplica especialmente en materia penal, también en el derecho del trabajo tiene importancia, porque las multas por infracciones a las leyes de trabajo y de seguridad social, se fijan entre 1 y 23 “salarios base” (artículo 398 Código de Trabajo).

D. DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL

1. ASEGURAMIENTO CONTRIBUTIVO DE LAS TRABAJADORAS DOMÉSTICAS

La Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social aprobó el

Reglamento N° 8914 del 6 de julio de 2017, para la inscripción de patronos y el aseguramiento contributivo de las trabajadoras domésticas.

El nuevo reglamento procura incentivar el registro de estas trabajadoras, muchas de las cuales se encuentran en situación de informalidad, al permitir dos medidas. De un lado, al bajar el costo del aseguramiento, permitiendo que se utilice una escala de Bases Mínimas Contributivas Reducidas, cuando los salarios devengados y reportados sean inferiores al monto fijado en la Base Mínima Contributiva aprobada por la Junta Directiva de la CCSS para el resto de los trabajadores (artículo 1), una situación especialmente presente en quienes prestan sus servicios en el hogar por horas, días o jornadas semanales reducidas. Corresponde al Estado asumir el costo derivado de las diferencias no ingresadas a la Caja Costarricense de Seguro Social (artículo 12).

Este beneficio cubre a quienes ejecuten labores de limpieza, cocina, lavado, planchado y demás labores propias de un hogar o casa particular, incluido el cuidado no especializado de personas, sea como actividad principal o complementaria, en beneficio de un patrono físico, sin que ellas generen lucro para éste; por lo que están excluidas: a) Las trabajadoras de limpieza o similares que realicen estas labores en establecimientos comerciales y/o empresariales; b) Las trabajadoras de limpieza o similares aseguradas por una persona jurídica; c) Los servicios de jardinería, mantenimiento, vigilancia o que se desempeñan como choferes u otros brindados por proveedores independientes o empresas; y d) Las cuidadoras especializadas para la atención de adultos mayores, niños y personas con discapacidad (artículo 2).

Para acogerse a la escala de Bases Mínimas Contributivas Reducidas, el empleador debe cumplir con los siguientes requisitos: 1. Estar al día con el pago de las obligaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social; 2. Domiciliar una cuenta bancaria registrada a su nombre, para que se realice el cobro de las cargas sociales de forma automática y segura; y 3. Reportar en las planillas de la CCSS un salario de la trabajadora doméstica que sea, al menos proporcional a la jornada laboral que cumple con el salario mínimo de ley establecido para el Servicio Doméstico (artículo 7). En caso de incumplimiento que tenga la exclusión definitiva del uso de este beneficio, el patrono deberá resarcir la diferencia no pagada, más los intereses (artículo 11).

De otro lado, se facilita el registro de la trabajadora doméstica que labora para más de un patrono físico, de modo que pueda simultáneamente ser registrada con múltiples patronos. En este supuesto, si la suma de los salarios reportados por los distintos patronos es superior a la Base Mínima Contributiva, cada uno de los patronos deberá pagar las cuotas calculadas sobre los salarios que ellos registraron. Si la suma es inferior a la Base Mínima Contributiva, entonces, las contribuciones deberán distribuirse proporcionalmente a la fracción que representa el salario registrado por cada uno de los patronos del salario total; y en aquellos casos en que a los patronos se les aplique la escala de Bases Mínimas Contributivas Reducidas, las contribuciones deberán distribuirse proporcionalmente a la fracción que representa el salario registrado por cada uno de los patronos del salario total en función de esa escala de Bases Mínimas Contributivas Reducidas (artículo 8).

Mediante acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense

del Seguro Social, aprobada en la Sesión N° 8914 del 6 de julio del 2017, posteriormente reformado en la Sesión N° 8931 del 12 de octubre del 2017, se aprobaron las Bases Mínimas Contributivas que se aplicarían para el trabajo doméstico. Las escalas para el Seguro de Salud y el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte son diferentes y comienzan con quienes devengan un salario mensual menor del 40% de la Base Mínima Contributiva.

2. RÉGIMEN NO CONTRIBUTIVO DE PENSIONES

La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, aprobó en la Sesión N° 8907, celebrada el 25 de mayo de 2017, la reforma de los artículos 3, 8, 17 y 18 del Reglamento del Programa Régimen no Contributivo de Pensiones.

El objetivo principal de la reforma es agilizar el trámite de concesión de estas pensiones a sus beneficiarios, en su mayoría adultos mayores en situación de pobreza o pobreza extrema, por lo que se revisaron especialmente los requisitos para acceder a esta clase de pensión, que están en listados en el artículo 3 del Reglamento.

En ese sentido, para determinar si el solicitante se encuentra en la condición de “estado de necesidad de amparo económico inmediato”, se seguirá utilizando la información proveniente de la Ficha de Información Social (FIS) o la Ficha de Integración Social del Sistema Nacional de Información y Registro Único de Beneficiarios (SINIRUBE), que ya viene siendo administrada por otras instituciones del Estado, con el fin de no duplicar esfuerzos, de modo que solo cuando no exista aquella información, será la Caja Costarricense del Seguro Social quien deberá corroborar aquel requerimiento.

También se modifica la situación derivada de la tenencia de bienes muebles o inmuebles o derechos de usufructo, que deja de ser un motivo de exclusión del beneficio; ahora lo que interesa es conocer los ingresos que éstos generan, para determinar los ingresos del grupo familiar y calcular el ingreso por persona. Una medida que se adopta por el hecho de que con frecuencia los posibles beneficiarios tienen alguna propiedad pero que no les genera ingresos.

En el caso específico de los solicitantes extranjeros pueden acreditar su condición de extrema pobreza en el país, sin necesidad de que así se consigne en su país de origen, lo cual pueden hacer mediante declaración jurada u otro mecanismo autorizado, que se refiera a los ingresos provenientes del extranjero que perciba su grupo familiar.

3. SEGURO DE INVALIDEZ VEJEZ Y MUERTE

3.1. Aumento de la cotización de los trabajadores

Teniendo por antecedentes los estudios actuariales para asegurar el fortalecimiento financiero del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que desde el año 2015 y hasta el primer semestre del 2017 se realizaron, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en la sesión N° 8908, celebrada el

1° de junio del año 2017, aprobó reformar el artículo 33° y el Transitorio XI del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte.

La reforma, lo que procura es aumentar la cotización de los trabajadores, manteniéndose los aportes del patrono (5.08%) y del Estado (1.24%). El incremento que se aprobó es del 1% sobre las remuneraciones recibidas, que se aplicará en dos tramos. El primero, a partir del 1° de julio del 2017, de un 0.5% y el segundo, a partir del 1° de enero del 2018, de otro 0.5%, pasando la contribución obrera del 2.84% al 3.84%.

Estas modificaciones, deben también enmarcarse dentro de la proyección gradual de aumentos descritas en el Transitorio XI, de acuerdo al cual, en el caso de los asalariados la cotización tripartita total debe llegar a un 12.16% sobre el total de salarios devengados por cada trabajador, a partir del 1° de enero de 2035, fecha en la cual, el aporte del patrono será del 5.75%, la del trabajador del 4.50% y la del Estado del 1.91%.

3.2. Eliminación del beneficio de retiro anticipado con derecho a pensión por vejez reducida

Como otra medida destinada a fortalecer las finanzas del régimen, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en la sesión N° 8931, celebrada el 12 de octubre de 2017, acordó reformar el artículo 5° del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, para eliminar de manera gradual la posibilidad de retiro anticipado con derecho a pensión reducida.

La pensión por vejez se obtiene en condiciones normales, con 65 años de edad y 300 cuotas; sin embargo, el asegurado podía anticipar su retiro con derecho a pensión de vejez, siempre que en el caso de las mujeres tuvieran 450 cuotas y 60 años de edad o 462 cuotas y 62 años en el caso de los hombres.

En este supuesto, se penalizaba la pensión en un 1.75% del monto que le correspondería, por cada trimestre no cumplido (para alcanzar los 65 años); sin embargo, cuando se trataba de personas cuyo monto de pensión completa sería inferior a la pensión mínima, la posibilidad de disfrutar de una pensión de retiro anticipada, significó una erogación que afectaba la sostenibilidad del régimen.

Con la reforma, a partir de marzo de 2018 la cotización mínima exigida será de 360 cuotas, a partir de setiembre del 2019 se exigirán 420 cuotas, y a partir de marzo del 2021, se deroga el beneficio de retiro anticipado con derecho a pensión reducida.

3.3. Excepciones a la Base Mínima Contributiva

La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en la sesión N° 8932, celebrada el 19 de octubre de 2017 acordó reformar el artículo 34° del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, estableciendo excepciones al pago de la cuota mínima para este régimen, cuando se trate de: a) del despido o ingreso de nuevos trabajadores ocurridos en períodos intermedios del mes; b)

los reportes de incapacidades o permisos sin goce de salario que abarcan más de quince días; y c) trabajo simultáneo con varios patronos o con patrono y seguro independiente percibiendo salarios e ingresos inferiores con todos o algunos de ellos.

4. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS ADOPTADAS PARA COMBATIR LA MOROSIDAD DE LOS EMPLEADORES EN EL PAGO DE LAS CARGAS SOCIALES EN BENEFICIO DE LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

4.1. Mejora de las condiciones para formalizar acuerdos de pago con patronos y trabajadores independientes morosos.

La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en la sesión N° 8883, celebrada el 19 de enero de 2017, acordó reformar el Reglamento que regula la formalización de acuerdos de pago por deudas de patronos y trabajadores independientes con esa institución.

La nueva normativa mejoró las condiciones en que se pueden realizar los acuerdos de pago con patronos y trabajadores independientes morosos, tanto del Seguro de Enfermedad y Maternidad como del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. Medidas todas ellas, que procuran reducir la situación de morosidad e incentivar la recuperación de las deudas existentes.

Los cambios más importantes son los siguientes¹: 1. Se disminuyeron las tasas de interés para los convenios y arreglos de pago, al utilizarse como referencia la tasa de interés activa bancaria, específicamente la de la actividad “Vivienda de Bancos Estatales”, referida por el Banco Central de Costa Rica, tanto para colones como para dólares (artículo 8), que es menor a la que se venía utilizando; 2. Se aumentaron los plazos para la formalización de convenios de pago de tres a cuatro años y en arreglos de pago, se amplió el plazo de seis a siete años; también se mantuvo el plazo de 12 años para arreglos de pago con garantía hipotecaria en primer grado (artículo 13); 3. Se mejoraron las condiciones para la formalización de convenios de pago con trabajadores independientes, específicamente en el pago inicial (artículos 16 al 18); 4. Se amplió la posibilidad de hacer dos readecuaciones de convenio de pago y se mejoraron las condiciones requeridas para ello (artículo 14); y 5. Se incluyó la posibilidad de utilizar como garantía los contratos de fideicomisos (artículo 5).

4.2. Mejora en el procedimiento de cobro de las deudas al Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares

Existe un Fondo de Desarrollo Social, creado por La Ley N° 5662, de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, dirigido a satisfacer las necesidades sociales de los costarricenses y extranjeros residentes legales del país, así como las personas menores de edad, quienes a pesar de carecer de una

¹ Este listado de cambios se anunciaron como novedad por la misma institución en <https://www.ccss.sa.cr/noticia?ccss-mejora-condiciones-para-realizar-acuerdos-de-pago-con-patronos-y-trabajadores-independen>

condición migratoria regular en el territorio nacional, se encuentren en situación de pobreza o pobreza extrema. Este fondo se financia entre otros ingresos, con el aporte del 5% del pago de planillas de patronos públicos y privados.

Aunque desde el 22 de abril del 2010, se había aprobado mediante el Decreto Ejecutivo N° 35910, el Reglamento para el Cobro a Patronos Morosos del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares; ahora, mediante el Decreto N° 40709-MTSS del 19 de junio de 2017, se reforma la norma ya indicada, para que se ajuste a los cambios ordenados por la Contraloría General de la República en sus informes N° DFOESOC-IF-14-2012 del 20 de diciembre del 2012 y N° DFOE-SOC-17-01-2013 del 31 de enero de 2013; además de procurar procedimientos de cobro administrativo que sean más eficientes, garantizando los derechos de los particulares y la protección del interés público.

En el primero de los informes de la Contraloría General de la República, se ordenaba a la Dirección de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (**DESAF**), que es una dependencia técnica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, conformar la Unidad de Cobro Judicial, con el fin de que determine la posibilidad de recuperación de los casos y ejecute las acciones de cobro judicial que corresponda; y en el segundo de los informes, se dispuso que la facturación y gestión de cobro de las cuotas obrero patronales a partir de marzo 2015, le correspondería a la Dirección de Cobros de la Caja Costarricense de Seguro Social, y que las anteriores a esa fecha, quedaban en el ámbito de la competencia de la DESAF.

5. Redistribución de las contribuciones de los trabajadores y del Estado en el caso del aseguramiento de los trabajadores independientes y asegurados voluntarios, afiliados individual y colectivamente

La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, ajustó la escala contributiva de los trabajadores independientes y asegurados voluntarios, en dos ocasiones durante el 2017. La primera vez fue en la sesión N° 8919, celebrada el 3 de agosto de 2017; la segunda, en la sesión N° 8931, celebrada el 12 de octubre del 2017, con fecha de rige esta última, a partir del 1° de noviembre del 2017.

Los cambios se orientan a aumentar la contribución del trabajador y reducir la participación del Estado en el financiamiento del régimen, cuando se trata de ingresos inferiores a dos salarios mínimos. Así, a manera de ejemplo, en el rango de ingresos hasta 0.7885 del salario mínimo, la contribución del trabajador aumenta en el seguro de salud del 2.89% al 3.15% y la del Estado se reduce de 9.11% al 8.85%, y en el seguro de invalidez, vejez y muerte se incrementa del 3.47% al 3.78% para el trabajador y para el Estado se reduce del 4.95% al 4.64%.

6. SEGURO DE SALUD

6.1. Licencia para el cuidado del menor de edad gravemente enfermo y de quien está enfermo en condiciones especiales.

El 22 de agosto del 2017 se aprueba la Ley N° 9470 para garantizar el interés superior del niño, la niña y el adolescente en el cuidado de la persona

menor de edad gravemente enferma. Esta iniciativa introduce una reforma a la Ley N° 7756 de 25 de febrero de 1998, denominada hasta ese momento como de “Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal y Personas Menores de Edad Gravemente Enfermas”, que en adelante se denominará de “Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal y Personas Menores de Edad Gravemente Enfermas”.

Con esta medida, los padres de familia con menores de edad gravemente enfermos, ya no requerirán acudir por vía del recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en auxilio del otorgamiento de una licencia con goce de salario por parte de sus empleadores, que les permitiera acompañar durante el tratamiento médico a sus hijos. Esta vía judicial, con fundamento en reiteradas sentencias dictadas desde el 2005² venía siendo utilizada por empleados del sector público, que teniendo un criterio médico sobre la gravedad de la enfermedad del menor, les había sido rechazado al interno de la institución la petición de una licencia con goce de salario, con fundamento en la interpretación restrictiva de diversas normas internas, que si bien regulaban las causales para el otorgamiento de la licencia, no habían incluido expresamente esta circunstancia entre las causales.

La nueva ley reforma los artículos 1, 3, 4 y 6, los incisos a), b) y c) del artículo 7 y el artículo 8 de la Ley N° 7756 ya citada. De conformidad con el nuevo texto, para el otorgamiento de la licencia y el subsidio económico correspondiente, se requiere que exista una “persona menor de edad gravemente enferma”, que es aquella “que sufre una enfermedad con efectos significativos en su salud, la cual pone al paciente en riesgo de muerte, cuyo tratamiento, a criterio del médico tratante, requiere del concurso de los progenitores que ejercen la patria potestad, el tutor, el curador, el representante legal o, en ausencia de éstos, el familiar más cercano del enfermo para su cuidado” (artículo 3).

La licencia con goce del subsidio remunerado se otorgará por el plazo que determine el médico tratante que declare la condición de gravemente enferma, aunque en períodos renovables de 30 días (artículos 4 y 6)

Se crea también lo que se denomina como “licencia extraordinaria”, con derecho al pago de un subsidio económico, en otras situaciones distintas a una “enfermedad grave”, siempre que se trate de los “casos debidamente calificados” que la misma ley indica. Esta nueva licencia se otorgará por la Caja Costarricense del Seguro Social, por períodos hasta de tres meses, que serán prorrogables por un período igual, para que la persona trabajadora y asegurada

² Para la Sala Constitucional, en su Voto N° 2005-11262 de las 15 horas del 24 de agosto del 2008, aunque ciertamente la normativa institucional “no contempla este caso específico para otorgar una licencia con goce de salario, en el subjuice, una interpretación estricta de la literalidad de las normas sin valorar el interés superior de la menor amparada, quien tiene por demás una incapacidad visual (derechos que están protegidos por normas de más alto rango como lo son los Tratados Internacionales mencionados) y sin atender criterio médico que prescribe como absolutamente indispensable la presencia de la madre en el tratamiento de la menor ocasiona que la negativa de su patrono público a otorgarle a la recurrente –su madre– una licencia con goce de salario con el fin de darle tratamiento a su hija sea absolutamente violatorio de los derechos fundamentales de la menor y de las obligaciones estatales al respecto. El deber de protección del Estado a la niñez, en especial a su salud, no puede ceder ante una torcida interpretación administrativa de una norma de inferior rango, como para no considerar que en este caso específico y excepcional donde está en juego la salud presente y futura de la menor amparada no sea un caso cuya excepcionalidad amerite el otorgamiento de una licencia con goce de salario a su madre”.

activa pueda atender a quien está enfermo. Los casos calificados que se enuncian son de dos tipos: a) cuando el trabajador tenga un familiar enfermo que está en relación de dependencia con él, como sucedería en el supuesto de menores de edad, si el trabajador ejerce respecto de él la patria potestad, o ha sido designado como su tutor, curador, representante legal o, en ausencia de éstos, el trabajador es el familiar más cercano del enfermo; o b) cuando se trate de una situación especial o excepcional de salud de un familiar enfermo, persona menor de edad o mayores hasta veinticinco años, que sean dependientes del trabajador. En el certificado que se expida, el médico tratante, deberá indicar que la presencia del trabajador es indispensable o esencial para el tratamiento requerido por el paciente enfermo. Finalizada la licencia, el patrono podrá conceder una licencia, aunque sin goce de salario, si así lo solicita el trabajador (artículo 13).

En todos estos casos, el monto del subsidio sigue siendo el mismo que ya regula el artículo 5 de la Ley, de acuerdo al cual se calculará con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la Caja Costarricense de Seguro Social, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la licencia, aplicando la siguiente escala: a) Hasta dos salarios base el 100% del promedio del ingreso; b) Sobre el exceso de dos salarios y hasta tres salarios base el 80%; y c) Sobre el exceso de tres salarios base el 60%.

7. NORMA TÉCNICA DEL SEGURO OBLIGATORIO DE RIESGO DEL TRABAJO

El Instituto Nacional de Seguros aprobó el 30 de noviembre de 2017 una reforma a los artículos 20, 21 y 22 de la Norma Técnica del Seguro Obligatorio de Riesgo del Trabajo de 2016.

La reforma introduce un cambio en la metodología de cálculo utilizada para el establecimiento de las tarifas de renovación en el Seguro Obligatorio de Riesgos del Trabajo, que fue previamente autorizado por la Superintendencia General de Seguros.

E. DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

ÚNICO. IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL

La entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral, aprobada mediante Ley N° 9343 el del 25 de enero de 2016, dio inicio el 25 de julio del 2017, tal y como lo disponían las normas transitorias. Con motivo de su puesta en marcha, el Poder Judicial emitió en el transcurso del año diversas disposiciones orientadas a su efectiva implementación.

En ese sentido, pueden citarse la Circular N° 112-2017, aprobada en sesión de Corte Plena, N° 23-17 celebrada el 17 de julio del 2017, que fue posteriormente aclarada por la Circular N° 123-2017, aprobada en la sesión de Corte Plena, N° 25-17, celebrada el 31 de julio de 2017, sobre la regionalización, competencia territorial y órganos de alzada correspondientes a las materias Civil y de Trabajo

y la modificación de la competencia territorial de los despachos judiciales a nivel nacional en materia Laboral. Como consecuencia de ello, entre otras medidas, salvo el caso de los “Tribunales de Trabajo” de la capital que serán llamados como “Tribunales de Apelación de Trabajo”; los “Tribunales Mixtos” del resto del país, (que conocían de diversas materias), para efectos de la Reforma, serán denominados como “Tribunales de Apelación Civil y de Trabajo”. Luego, se estableció que el Tribunal de Apelación de Trabajo del II Circuito Judicial de San José, tendrá la competencia nacional para conocer en segunda instancia de los arbitrajes dictados en procesos colectivos de carácter económico social.

En la sesión de Corte Plena N° 29-17 del 4 de setiembre de 2017, se aprobó la Circular N° 140-2017, de “Reglas Prácticas Sobre la Reforma Procesal Laboral”.

F. POLÍTICAS DE EMPLEO ORIENTADAS A LA TRANSICIÓN DE LA INFORMALIDAD A LA FORMALIDAD

1. ESTRATEGIA EN MATERIA DE INSERCIÓN AL MERCADO LABORAL O EDUCATIVO, DE LOS PADRES Y LAS MADRES CUYOS HIJOS SON BENEFICIARIOS DE LA RED NACIONAL DE CUIDO Y DESARROLLO INFANTIL

Con el Decreto Ejecutivo N° 40694-MP-MDHIS del 25 de setiembre de 2017, se aprueba la “Oficialización y declaratoria de interés público de la Estrategia en materia de inserción de los Padres y las Madres al Mercado Laboral o Educativo”, de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 9220 del 24 de marzo de 2014, de Creación de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil.

Uno de los objetivos de la Red Nacional de Cuido y Desarrollo Infantil, es el de procurar que los servicios de cuido y desarrollo infantil “permitan la inserción laboral y educativa de los padres y las madres” (artículo 2), mientras que por su parte, la Estrategia busca que estos servicios se conviertan en soporte de esa inserción.

2. SERVICIO DE CERTIFICACIÓN DE LA DISCAPACIDAD (SECDIS)

De acuerdo con la Ley N° 7600 del 29 de mayo de 1996, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, es obligación del Estado procurar la mejora de las condiciones de vida de las personas con discapacidad y en el transcurso del tiempo, diversas normas legales han condicionado el acceso de este colectivo a ciertos beneficios o servicios selectivos y de salud, a la comprobación de su condición de discapacidad.

Así, por ejemplo, la Ley N° 7092 del 21 de abril de 1988, del Impuesto sobre la Renta, establece un incentivo a favor de los empleadores que contraten personas con discapacidad, siempre que el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad, certifique a las empresas y verifique la discapacidad de las personas contratadas (artículo 8); la Ley N° 8444 del 17 de mayo de 2005, de reforma a la Ley Reguladora de Exoneraciones Vigentes, Derogatorias y Excepciones, establece que para acceder al beneficio de exoneración de un vehículo, en tanto no tengan posibilidades para el uso del transporte público y

requieran de un medio de transporte propio para movilizarse, las personas con discapacidad deberán presentar una certificación de su condición de discapacidad; y la Ley N° 9209 del 20 de febrero de 2014, de Reforma a la Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del Banco Hipotecario de la Vivienda (BANHVI), establece como requisito para el acceso al bono de vivienda digna, que el Consejo Nacional de Personas con Discapacidad –creado por la Ley N° 9303 del 26 de mayo de 2015– le otorgue al solicitante la certificación de la discapacidad (artículo 51).

En este contexto, el Decreto Ejecutivo N° 40727-MP-MTSS del 31 de octubre de 2017, crea el Servicio de Certificación de la Discapacidad (SECDIS), “como una medida de carácter estatal para verificar y evaluar las condiciones subyacentes y determinantes de una o varias condiciones de discapacidad en la persona solicitante” (artículo 1), designando al Consejo Nacional de las Personas con Discapacidad (CONAPDIS) como el ente estatal encargado de ofrecer el servicio de certificación de la discapacidad, conforme a la Clasificación internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud de la Organización Mundial de la Salud (artículo 2).

La certificación podrá ser solicitada por la persona con discapacidad, por su familia o su garante para la igualdad jurídica –en los términos de la Ley N° 9379 del 18 de agosto de 2016, para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad– cuando a la persona con discapacidad se le imposibilite hacerlo por sí misma. Cuando se trate de personas menores de edad con discapacidad, la solicitud la realizará su padre, madre o persona con potestad legal para hacerlo (artículo 6).

A la solicitud deberá adjuntarse el certificado médico, constancia, epicrisis o documento similar, extendido por la Caja Costarricense del Seguro Social, o en su defecto, el certificado médico o dictamen emitido por un médico especialista tratante de la condición de salud o deficiencia (artículo 7) y para ello, la ley reconoce el derecho de los asegurados a conocer su expediente médico (artículo 8).

Comentarios a la legislación laboral cubana de 2017

Antonio Raudilio MARTÍN SÁNCHEZ

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Durante el pasado año 2017 la legislación laboral fue bien escasa, solamente el Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social dictó cuatro Resoluciones de carácter general y publicadas en la Gaceta Oficial de la República, de estas normas tres fueron para aprobar sistemas salariales y de estimulación para sectores de la Economía y en el mes de julio se dictó una de gran trascendencia, suspendió temporalmente el otorgamiento de nuevas licencias para el trabajo por cuenta propia, hasta la fecha de este comentario no se ha cesado la temporalidad de la medida.

A qué obedece esta situación. En la última sesión de la Asamblea Nacional del Poder Popular de julio del 2017, el máximo Órgano del Estado Cubano, efectuó un análisis de la situación económica social del país, sus dificultades y se vieron algunos desajustes en el desarrollo de la actividad por cuenta propia y también de las nuevas formas de gestión cooperativas, todo a la luz del documento denominado "Conceptualización del Modelo Económico y Social cubano de desarrollo Socialista" aprobado en el VII Congreso del Partido Comunista de Cuba, que reconoce las distintas formas de propiedad para la que habrá que efectuar cambios legislativos, y hasta constitucionales, que permitan la consolidación del sector No Estatal de la Economía.

Entre los principios que sustenta el mencionado Documento destaco el numeral 47 "En el Modelo es esencial el lugar primordial que ocupan las relaciones de producción socialistas, en un contexto de reconocimiento de la heterogeneidad de formas de propiedad y de gestión; así como el papel y funciones de los principales actores económicos y del Estado en todos sus niveles de dirección".

Se aprecia cierto retraso en la instrumentación de lo que se proyecta en los acuerdos y documentos aprobados en el citado Congreso de Partido. El Presidente Raúl Castro fue categórico al señalar las críticas al respecto.

En el Capítulo 2 LA PROPIEDAD SOBRE LOS MEDIOS DE PRODUCCIÓN.

"Las relaciones de propiedad son determinantes en todo

sistema socioeconómico, dado que la forma de propiedad dominante condiciona las relaciones de producción, distribución, cambio y consumo, que incluyen la apropiación de la riqueza”.

A continuación señala: “En el Modelo, dicho papel corresponde a la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción, lo que constituye un principio característico de nuestro socialismo”.

PRINCIPALES FORMAS DE PROPIEDAD SOBRE LOS MEDIOS DEPRODUCCIÓN reconocidas en el Documento:

- A) La propiedad socialista de todo el pueblo;
- B) La propiedad cooperativa;
- C) La propiedad privada;
- D) La propiedad de organizaciones políticas, de masas, sociales y otras formas asociativas.

BREVES COMENTARIOS SOBRE DE COMO ABORDA EL DOCUMENTO DE LA CONCEPTUALIZACIÓN LOS TIPOS DE PROPIEDAD

A) LA PROPIEDAD SOCIALISTA DE TODO EL PUEBLO

Representa la disposición colectiva, a escala de toda la sociedad, sobre los medios fundamentales de producción, así como la apropiación social de sus resultados y su distribución en beneficio de todos los ciudadanos, que son sus legítimos propietarios comunes. Más adelante señala “Esta forma de propiedad estatal, a partir de que el Estado actúa como representante del dueño, que es el pueblo”.

A continuación hace una ratificación “El carácter de “fundamental” de un medio de producción radica en su papel estratégico en el desarrollo económico y social, la vitalidad, sostenibilidad del país y la seguridad nacional”.

Forman parte de estos medios, entre otros, las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o cooperativas integrados por éstos, el subsuelo, las minas, los recursos naturales –vivos o no–, dentro de la zona económica exclusiva marítima de la República, los bosques, las aguas, la infraestructura y las principales industrias y servicios básicos.

Una acotación importante: “La Función principal que tienen en la economía los medios de producción de propiedad socialista de todo el pueblo ha de materializarse en su deficiente funcionamiento, lo que constituye una premisa necesaria para su real y efectiva socialización”.

Destaco la posibilidad que se abre con la presente declaración “La propiedad o gestión de determinados medios fundamentales de producción por personas naturales o jurídicas **no estatales, está sujeta a la temporalidad y demás condiciones que estipula la Ley, Enmarcada dentro de los fines del desarrollo económico y social**”.

Al gestionarse formas de propiedad no estatal determinados medios de producción de todo el pueblo, no tiene lugar la privatización o enajenación de éstos. El Estado se desprende de la administración directa de determinadas actividades, ganando en capacidad de concentración en sus funciones principales.

A fin de consolidar el Sistema Empresarial Estatal cubano se dictaron cuatro normas de superior jerarquía que fueron:

En diciembre de 2017 el Consejo de Estado dictó lo siguiente:

Gaceta Oficial No. 58 Extraordinaria de 13 de diciembre de 2017

CONSEJO DE ESTADO

Decreto Ley No. 334/17 (GOC-2017-839-EX58)

CONSEJO DE MINISTROS

Decreto No. 334/17 (GOC-2017-840-EX58)

Decreto No. 335/17 (GOC-2017-841-EX58)

Decreto No. 336/17 (GOC-2017-842-EX58)

“Sobre la continuidad y el fortalecimiento del Sistema de Dirección y Gestión Empresarial Cubano”,

DEL SISTEMA DE RELACIONES DE LAS ORGANIZACIONES SUPERIORES DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

REGLAMENTO PARA LA IMPLANTACIÓN Y CONSOLIDACIÓN DEL SISTEMA DE DIRECCIÓN Y GESTIÓN EMPRESARIAL ESTATAL

El sistema empresarial estatal cubano está integrado, fundamentalmente,

Por organizaciones superiores de dirección empresarial, empresas, unidades empresariales de base.

La empresa estatal es una entidad con personalidad jurídica y patrimonio Propio, creada para la producción de bienes y la prestación de servicios, a los efectos de cumplir de manera eficiente su gestión empresarial, conforme al plan anual aprobado.

Comentario

Del análisis de estas cuatro normas superiores, que no son estrictamente laborales, sino de carácter Administrativo y de Derecho económico, pero sí tiene que ver mucho con las amplias facultades de los organismos superiores de dirección del Sistema Empresarial y por tanto se relacionan con los trabajadores y muy especialmente con los sindicatos y son sus Directivos los que responden por la aplicación del Derecho laboral en sus respectivas entidades.

De conformidad con el documento ya mencionado sobre la Conceptualización de Modelo Económico cubano que define a la Propiedad estatal como la

fundamental, El Sistema de Gestión Empresarial quedó reglamentado y debidamente dotado de sus funciones, atribuciones, separadas las funciones de Estado de las de Gobierno.

La Empresa quedó bien esclarecida en cuanto a su responsabilidad, facultades y ámbito de su gestión, con autonomía y potestades para administrar su patrimonio, efectuar los aportes al presupuesto y la distribución de utilidades dentro del marco regulatorio al respecto.

Concluyendo, se dotó al sistema empresarial de los mecanismo suficientes para una efectividad de su gestión, tienen bien definidas el marco de su actuación, queda solo ver los resultados de la capacidad de gestión y de iniciativas de sus directivos.

Lógico que se debía comenzar esta etapa de desarrollo por el Sistema Empresarial Estatal centro de la actividad económica y garantía del desarrollo socialista de la nación.

LA PROPIEDAD COOPERATIVA

Comentario

“Los tipos de cooperativas que reconoce el Modelo forman parte del sistema de propiedad socialista, en que se aplican los principios colectivos de propiedad y distribución de sus resultados, siendo objeto de atención especial”.

Son entidades económicas con personalidad jurídica, constituidas voluntariamente para la producción de bienes y servicios con fines económicos y sociales, que asumen los gastos con sus ingresos y se sustentan a partir de trabajo de los socios.

LA PROPIEDAD MIXTA

Comentario

Bajo este concepto se consideran las entidades constituidas como resultado de la integración de la propiedad socialista de todo el pueblo con otras, perteneciente s a personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, para la producción y comercialización de bienes o servicios y obtención de utilidades.

LA PROPIEDAD PRIVADA

Comentario

Se reconoce la propiedad privada que cumple una función social, cuyos titulares son personas naturales o jurídicas, tanto cubanas como totalmente extranjeras, determinadas actividades.

“La ley la regula acorde con su papel complementario, de modo que contribuye a hacer más consistente el entramado empresarial y sus interrelaciones, en beneficio de toda la economía”.

Los actores económicos de carácter privado son un elemento complementario, facilitador de bienestar, que canalizan potencialidades productivas que pueden aportar al desarrollo socioeconómico del país.

“Los propietarios privados ejercen la dirección del negocio, disfrutan de los derechos y responden por las obligaciones establecidas” Las personas naturales cubanas pueden constituir los siguientes tipos de emprendimientos: 1- Los pequeños negocios realizados en lo fundamental por el trabajador y su familia. 2- Empresas privadas de mediana, pequeña y micro escalas, según el volumen de la actividad y cantidad de trabajadores, reconocidos como personas jurídicas.

Desarrollan actividades complementarias de mediana o inferior escala, que tributan al desarrollo local y a encadenamientos productivos con empresas principales.

Las empresas de propiedad totalmente extranjera se autoriza caso a caso, en función del desarrollo económico social, como una de las modalidades de la Inversión extranjera directa y se rige fundamentalmente por la Ley de Inversión extranjera.

Es de destacar que el Gobierno que asuma la responsabilidad futura, a partir de las recientes elecciones efectuadas y se constituya la nueva dirección del Estado y de Gobierno tendrá el reto de regular y reglamentar todos los aspectos concernientes a este importante sector de la economía.

El sistema de cooperativas No estatales requiere de una regulación que le dé estabilidad en el tiempo y todo el resto del sector privado, nada despreciable, por los empleos que genera y su peso específico en la producción y prestación de servicio necesita de la instrumentación que la efectividad jurídica, transparencia y estimule su desarrollo.

SEMINARIO INTERNACIONAL TENDENCIAS Y TEMAS CONTEMPORÁNEOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Informe Nacional

País: Cuba

Autora Georgina Cambet Torres

Temas del Informe

1. Cuáles son los derechos fundamentales de los trabajadores y de los empleadores consagrados en el ordenamiento jurídico de su país.
2. Mencione sentencias que a su juicio han sido importantes en materia de derechos fundamentales.
3. Caracterice el proceso laboral judicial de su país y mencione las principales deficiencias de éste.
1. Los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico cubano aparecen

regulados en el Capítulo VII de la Constitución de la República que recibe como título Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales, encabezando el capítulo el artículo 45 sobre el trabajo como derecho en la sociedad socialista, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano. Por su parte el artículo 46 tutela el derecho al descanso, expresando el término de la jornada diaria de trabajo, el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas.

El derecho a la seguridad social, que cubre las contingencias que impiden la continuación de la vida laboral por razón de la edad, invalidez, o enfermedad y en caso de muerte se extiende la protección a la familia (artículo 47). La protección e higiene del trabajo por su parte aparece tutelada como derecho fundamental¹.

Otros derechos como el de la salud, educación, la libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista y los derechos de asociación y reunión ejercidos por los trabajadores manuales e intelectuales, los campesinos, las mujeres, los estudiantes y demás sectores del pueblo trabajador también aparecen previstos en la Ley de Leyes.

De conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos dispuestos en la Constitución, se aplica el Derecho del Trabajo en Cuba, sustentado en las relaciones de producción propias de un Estado socialista de trabajadores que tienen como elemento esencial el trabajo.

En junio del año 2014 se puso en vigor la Ley No.116/13 Código de Trabajo atemperado a los cambios operados en la economía cubana. El Código de Trabajo, su Reglamento y la Legislación Complementaria integran el Derecho de Trabajo en Cuba.

Hablando entonces de los derechos fundamentales que consagra el Código de Trabajo, hay que hacer referencia al contenido del artículo 2 del mismo, que son :

1. El trabajo como derecho y un deber social del ciudadano.
2. El principio de igualdad en el trabajo².
3. Igualdad en el salario. Se remunera sin discriminación de ningún tipo en correspondencia con los productos y servicios que genera , su calidad y el tiempo real trabajado, donde debe regir el principio de distribución socialista: **a cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo.**

¹ Constitución de la República Artículo 49 El Estado garantiza el derecho de la protección seguridad e higiene del trabajo mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales. El que sufre un accidente de trabajo o contrae una enfermedad profesional tiene derecho a atención médica o a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente para el trabajo.

² Todo ciudadano en condiciones de trabajar tiene derecho a obtener un empleo atendiendo a las exigencias de la economía y a su elección tanto en el sector estatal como en el no estatal, sin discriminación por el color de la piel, género, creencia religiosa, orientación sexual, origen territorial, discapacidad y cualquier otra distinción lesiva a la dignidad humana.

4. El derecho de los trabajadores al descanso diario, semanal y vacaciones anuales pagadas³.
5. Derecho a la capacitación y superación⁴.
6. Se prohíbe el trabajo infantil y se brinda protección especial a los jóvenes en edades comprendidas entre 15 y 18 años de edad que se incorporan al trabajo, con el fin de garantizar su desarrollo integral.
7. El derecho a la seguridad y salud en el trabajo.
8. El derecho de los trabajadores y su familia de recibir protección de la Seguridad Social⁵.
9. El derecho de los trabajadores a asociarse voluntariamente y constituir organizaciones sindicales de conformidad con los principios fundacionales, sus estatutos y reglamentos que aprueban democráticamente.
10. El derecho de los trabajadores a promover acciones ante los órganos, autoridades e instancias competentes para el reconocimiento y cumplimiento de los derechos de trabajo y seguridad social consagrados en la legislación.

2. Sentencias

Las sentencias fueron sacadas de un Boletín del 2010.

Sentencia No.129 de 26 de febrero de 2010.

Presunción de la relación laboral e indemnización de daños y perjuicios.

El Tribunal Municipal determina Con Lugar en Parte reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo, pero no procede a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

La Sala de lo Laboral del Tribunal Supremo Popular luego de practicar pruebas dispuestas de oficio, de notoria gravedad las violaciones de la política de empleo en que incurre la entidad al mantener al trabajador reclamante desde el año 2006 laborando sin formalizar la relación laboral del mismo y sin percibir salario, violando también con ello derechos laborales irrenunciables de los trabajadores, considerando como fundamento de derecho lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 49 Código de Trabajo y para la indemnización el derecho reconocido en el artículo 26 de la Constitución de la República.

³ Del Código de Trabajo, Sección Segunda del Capítulo 4 establece la Duración de la Jornada y Pausas en el trabajo. El artículo 93 establece el descanso semanal y la Sección Sexta se dedica a las Vacaciones anuales pagadas.

⁴ Sobre Capacitación, los artículos 39, 40 y 41 del Código de Trabajo.

⁵ Ley 105/2009 Ratifica en su artículo 1 la responsabilidad del Estado sobre la protección adecuada del trabajador y su familia y a la población en general mediante el Sistema de Seguridad Social que comprende un Régimen General de Seguridad Social, un Régimen de Asistencia Social, así como Regímenes Especiales.

Sentencia No.5/2010

Pensión por Causa de Muerte.

Sentencia firme de la Sala de lo Laboral Tribunal Provincial, reconoce judicialmente la unión no formalizada, se evalúa por la amplia y profunda prueba ejercitada por la Sala Provincial que la solicitante convivía con el causante, dependía económicamente de éste y lo atendió hasta su muerte. Fundamento Legal Artículo 72 b) de la Ley 105/09 Ley de Seguridad Social.

La revisión la establece el Instituto de Seguridad Social contra la viuda de matrimonio no formalizado. La Sala falla en contra del Instituto.

3. El proceso laboral judicial en Cuba

En el sistema de justicia cubano prevalece el principio de exclusividad jurisdiccional al establecerse la competencia exclusiva para la solución de los litigios a los Órganos y a los Tribunales Populares.

No están implementadas en la legislación cubana las formas alternativas de solución de conflictos, reservándose la conciliación y el arbitraje solo para los conflictos colectivos.

Previo al proceso judicial, la ley instrumenta como vía de solución de los conflictos al órgano de justicia laboral, constituido en las entidades laborales que cuentan con más de 50 trabajadores y se integran por miembros designados por el empleador y por la organización sindical y por trabajadores elegidos en Asambleas, en las que se elige democráticamente el Presidente del Órgano. Esta vía prejudicial es obligada para resolver todos los conflictos que puedan suscitarse y en algunos casos constituye la única instancia de solución de éstos.

Los Tribunales Municipales Populares, formados por un Juez Profesional y dos jueces legos conocen de las demandas establecidas tanto por los trabajadores como por los empleadores por inconformidad con el fallo del órgano prejudicial, en materia de derechos laborales y en cuanto a la aplicación de medidas disciplinarias que modifiquen el estatus laboral del trabajador.

En el proceso en sede judicial según prevé el artículo 168 del Código de Trabajo rigen los principios procesales de:

- **Inmediatez**, por el cual, así enuncia la Ley, el órgano primario al que corresponde la solución del conflicto está próximo al lugar donde éste se origina.
- **Inmediación**, siendo un principio incuestionable en el procedimiento laboral, al igual que en otras especialidades del derecho, al expresar que los que tienen a su cargo la solución del conflicto estén inmersos en todos los actos del proceso y cercanos a los justiciables, sean éstos los miembros del Órgano o los jueces en la actividad judicial, como única forma de lograr el conocimiento real del asunto que tienen que resolver.
- **Comparecencia de las partes**, se realiza para que los que resuelven el

conflicto obtengan directamente mayor claridad de los hechos mediante el conocimiento, en un mismo acto, de la defensa de las pretensiones del demandante y la oposición de la contraparte, la admisión o no de los medios de pruebas o se dispondrán otras para su práctica posterior, si ello no es posible hacerlo en ese momento, y finalmente se escucharán las conclusiones de las partes, quedando de no ser necesarias otras pruebas, concluso para sentencia.

- **Celeridad**, nuestro procedimiento establece términos procesales perentorios, con la finalidad de que las controversias sean resueltas con la mayor rapidez posible, sin que ello implique menoscabo de las garantías procesales de un debido proceso. Además limita la posibilidad del conocimiento en la vía judicial de conflictos en materia de disciplina que no conlleven afectación permanente en el status laboral del trabajador, asimismo suprimió la doble instancia para los asuntos resueltos por los Tribunales Municipales Populares.
- **Sencillez**, este principio despoja al procedimiento laboral de formalismos y solemnidades innecesarias, sin dañar la calidad del proceso, el predominio de la oralidad, su sencilla tramitación, sus pasos progresivos en breve espacio de tiempo hasta su definitiva culminación lo materializan.
- **Impulso de oficio**, este principio, de vital importancia en el procedimiento laboral, autoriza al juez a la conducción del proceso hasta su terminación, de esta forma se logra llegar a la verdad material de una manera más simple, sin que ello signifique la nula participación de las partes, ya que ésta se le garantiza en los momentos procesales que corresponde.
- **Oralidad**, por el predominio en el proceso de la forma oral, las intervenciones de las partes son mayormente verbales, formuladas por los justiciables, testigos, peritos, y cualquier otro participante del proceso, y frente a los juzgadores; estas intervenciones se recogen en acta por la posibilidad futura de su revisión.
- **Publicidad**, las comparecencias y otros actos procesales pueden ser presenciados por otras personas que no son partes en el conflicto, salvo las excepciones normales en asuntos que afecten la moral o el pudor de las personas, lo que decidirá el Tribunal cuando resulte procedente.
- **Respeto a la Legalidad**, en virtud de este principio inexorable los integrantes de los Órganos que resuelven los conflictos deben obediencia a la Ley. En este aspecto los jueces están, además, obligados por la Ley de los Tribunales a dar cuenta de cualquier violación de la Ley que detecten en los procesos que resuelven.

Recibida la demanda el Tribunal provee sobre su admisión y en la misma, además de pronunciarse sobre la admisión de las pruebas propuestas o las que disponga de oficio, señala el acto de comparecencia para los 10 días hábiles siguientes, tendrá que velar por citar de inmediato ya que no puede mediar menos de 5 días hábiles entre citación y el señalamiento, término establecido en el Art. 707 de la LPCAL, de no concurrir las partes, señala nuevamente para dentro de los 5 días hábiles siguientes, de no poderse practicar todas las pruebas

en el acto de comparecencia tendrá 15 días hábiles posteriores para practicarlas, y cuenta con 5 días hábiles posteriores para dictar la sentencia, y cuenta con dos días hábiles para su notificación, conforme el artículo 158 de la citada Ley procesal común, ya acumula 37 días, excede así los 24 del término.

Como puede apreciarse en la tramitación de los procesos en los tribunales se emplean reglas que pertenecen a la legislación civil y en ese sentido la Lic. Nancy Morales ha expresado que: ...el derecho procesal se ha encontrado supeditado a leyes adjetivas reguladoras del proceso civil o, cuando más, incorporado a cuerpos legales que no logran el pleno ordenamiento que exige la tramitación de un proceso con la aplicación de principios propios que se acomoden al mismo y que nos posibilite contar con una norma jurídica de esta naturaleza⁶. Obviamente la carencia de una ley procesal laboral es uno de los problemas que afecta.

Por otra parte los jueces laboristas deben jugar un papel activo durante el desarrollo del proceso en la búsqueda de la verdad material, y ello requiere el conocimiento de las normas constitutivas del derecho material o sustantivo objeto de la litis, conocimiento previo a la admisión o determinación de las pruebas necesarias, como única forma de que los elementos probatorios sirvan objetivamente al proceso, la excesiva promulgación legislativa que alcanza el derecho laboral, imposible de dominar en su totalidad por sus operadores, obligan a actuar con esta previsión, no puede quedar la decisión de la prueba eficaz a la improvisación del juez al momento procesal de pronunciarse sobre ella.

Una vez dictada sentencia por el tribunal municipal no se prevé el Recurso de Apelación como medio de impugnación, la eliminación de la doble instancia judicial en los asuntos que competen al tribunal municipal popular, siendo firmes sus sentencias por naturaleza, si bien esta disminución de instancias ha sido criticado por algunos laboristas, a los cuales nos sumamos por su formulación absoluta, no deja de ser uno de los factores que más incidencia tiene en abreviar la solución de los conflictos, pero en la práctica se han constatado errores en la sustanciación de los procesos que quedan sin posibilidad de solución, ejemplo de ello lo tenemos cuando los tribunales resuelven la inadmisibilidad de la demanda dictando auto definitivo, imposibilitando el conocimiento de la Sala del máximo Órgano de Justicia, que sólo conoce de procedimientos de revisión contra sentencias firmes que dispongan la desvinculación definitiva del trabajador de su centro de trabajo (medida disciplinaria de separación definitiva de la entidad), asimismo se considera por otros que la medida disciplinaria consistente en el traslado a otra plaza de menor remuneración o calificación o de condiciones laborales distintas con pérdida de la que ocupaba debe, por sus consecuencias y gravedad, ser recurrible por lo menos ante una segunda instancia ya que no es susceptible de revisión. Este sin lugar a dudas sería otro inconveniente del proceso laboral en Cuba.

⁶ Morales Nancy Juez de la Sala Laboral del TSP. Trabajo: La Necesaria Autonomía del Proceso Laboral.

Legislación laboral y previsional en Chile en 2017

Emilio MORGADO VALENZUELA

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Francisco J. TAPIA GUERRERO

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

EL AÑO DESPUÉS DE 2016

Desde el año 2014 en que asume un nuevo gobierno y presenta una serie de propuestas legislativas en temas relevantes al Congreso Nacional¹ —entre éstas, las reformas al derecho colectivo del trabajo— el debate político y parlamentario estuvo dominado por cada uno de esos proyectos, excediendo con mucho al natural interés de los grupos o sectores a los que éstas beneficiaban o afectaban. De este modo, concluida la tramitación parlamentaria de los respectivos proyectos, los ejes se trasladaron a las formas en las que éstas se aplicarían, manteniéndose el debate en torno a cada uno de esos temas.

La reforma laboral contenida en la Ley 20.940² formó parte de ese debate, especialmente público, desde que atrajo la atención de los medios de comunicación y en el que participaron los sectores empresariales y sindicales, desde sus respectivas posiciones. La complejidad del tema y la naturaleza de las modificaciones aprobadas por el Parlamento, llevaron la discusión incluso al Tribunal Constitucional, el que se pronunció acogiendo unas y rechazando otras de las impugnaciones planteadas por los requirentes en esa sede.

La reforma siguió discutiéndose después de concluida la tramitación legislativa, en especial en aquellas materias en las que se produjeron los desencuentros más relevantes, como es el caso de la posibilidad de registrar ante los servicios administrativos los instrumentos colectivos pactados por coaliciones o formaciones esporádicas de trabajadores³, o bien, la procedencia

¹ Se trataba de iniciativas legislativas en materias tributaria, educacional e incluso el inicio de un proceso de consultas para una nueva Constitución.

² Entró en vigencia el 1 de abril de 2017, salvo en lo relativo a los mecanismos de determinación de los servicios mínimos en caso de huelga, que tuvo aplicación inmediata.

³ La sentencia del TC suprimió aquellas normas que limitaban la intervención de los grupos de trabajadores de negociar colectivamente cuando no existiere sindicato en la empresa, con lo que se ha discutido entonces si éstos han podido ejercer el derecho al carecer de regulación. Existe aún la controversia en este punto.

de recurrir ante los tribunales frente a aquellas resoluciones administrativas que fijaban los servicios mínimos en caso de huelga⁴.

Por lo mismo, la reforma laboral de 2016 ha copado un escenario legislativo y jurisprudencial laboral en el año que ha seguido a su aprobación, a la vez que se han celebrado en este año elecciones parlamentarias⁵ y presidenciales⁶, en las que se han producido importantes cambios políticos. Todo ello puede explicar que las leyes referidas a institutos de seguridad social en 2017 fueron más numerosas que las atinentes a institutos del Derecho del Trabajo.

A. LEYES REFERIDAS A INSTITUTOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. LEY 20.984, SOBRE CALIFICACIÓN DE TRABAJOS PESADOS Y SUS EFECTOS. (3.1.2017)

La Ley 19.404 de 1995 introdujo la cotización previsional del trabajador y del empleador en el caso de aquellos cuya realización acelera el desgaste físico, intelectual o síquico en la mayoría de quienes los realizan provocando un envejecimiento precoz, aun cuando ellos no generen una enfermedad laboral, siendo esto objeto de calificación por la Comisión Ergonómica Nacional, la que actúa de oficio o a requerimiento del trabajador interesado, del empleador, del sindicato respectivo. La Ley 20.894 ha agregado la intervención sindical.

No obstante, la modificación más relevante es la que se refiere a que la calificación de trabajo pesado de un determinado puesto de trabajo produce efectos, sea que se trate de trabajadores contratados directamente por el empleador o bajo régimen de subcontratación o puestos a disposición por empresas de servicios transitorios.

De este modo, se amplía el ámbito de aplicación de estas normas a los trabajadores que se desempeñan en las figuras contenidas en el artículo 183 –A y siguientes del Código del Trabajo, referidos al trabajo en régimen de subcontratación y de contratación de servicios transitorios o suministro de trabajadores.

2. LEY 21.009, QUE FACILITA PAGO DE PROPINAS EN ESTABLECIMIENTOS DE ATENCIÓN AL PÚBLICO. (21.4.2017)

Esta ley establece que los establecimientos de atención al público en los que se deje propina, como las estaciones de expendio de combustibles u otros y que acepten medios electrónicos de pago, deberán permitir que la propina también pueda ser pagada por los mismos medios. De esta forma, se incorpora en los mecanismos de pagos propios del establecimiento, la propina con que el cliente de los mismos beneficia al trabajador que le atendió.

⁴ La ley contempló sólo recursos administrativos respecto de esa resolución. Se discute en sede judicial la procedencia de impugnarla ante los tribunales. Ha habido fallos en uno y otro sentido.

⁵ Con la reforma del régimen electoral binominal, han aparecido nuevos grupos políticos que han modificado el escenario parlamentario.

⁶ Ha asumido en marzo de 2018 un gobierno que agrupa a las fuerzas opositoras a la antigua administración.

3. LEY 21.012, QUE GARANTIZA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES EN SITUACIONES DE RIESGO Y EMERGENCIA, COMPLEMENTANDO EL DEBER DE SEGURIDAD. (2.6.2017)

El deber de seguridad está contenido en el artículo 184 del Código del Trabajo y establece que el empleador está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores. Esta obligación se entiende forma parte de la responsabilidad contractual del empleador.

La Ley 21.012 ha incorporado un artículo 184 bis que dispone que cuando en el lugar de trabajo sobreviene un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador debe informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados y de las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo, y suspender de inmediato las faenas afectadas y adoptar la evacuación de los trabajadores, en caso que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar. Asimismo, cuando la autoridad competente ordena la evacuación de los lugares afectados por una emergencia, catástrofe o desastre, el empleador debe suspender las labores de forma inmediata y proceder a la evacuación de los trabajadores, reanudándose las faenas sólo cuando se garanticen condiciones seguras y adecuadas para la prestación de los servicios.

Asimismo, se agrega que el trabajador tiene derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud, debiendo dar cuenta de ese hecho al empleador dentro del más breve plazo, el que deberá informar de la suspensión de las mismas a la Inspección del Trabajo respectiva.

En tales casos, los trabajadores quedan amparados por la garantía de indemnidad propia del procedimiento de tutela de derechos, con lo que en caso de represalia, pueden exigir las medidas cautelares o reparatorias que correspondan.

4. LEY 21.042, QUE APLICA AL TRABAJADOR QUE CELEBRA UN ACUERDO DE UNIÓN CIVIL EL PERMISO LABORAL QUE SE OTORGA A QUIEN CONTRAE MATRIMONIO. (31-10-2017)

La Ley 20.830 de 2015 creó el acuerdo de unión civil, que es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominan convivientes civiles y se consideran parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil. Su celebración confiere el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituye a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrarlo, salvo en caso de caso de matrimonio de éstos.

Esta ley equipara a aquellos trabajadores que celebren un acuerdo de unión civil con aquel que contrae matrimonio y que consiste en cinco días hábiles continuos de permiso pagado, adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio, el que podrá ejercer en el día de dicho acuerdo y en los días

inmediatamente anteriores o posteriores al de su celebración, debiendo dar aviso al empleador con treinta días de anticipación y presentar dentro de los treinta siguientes, el respectivo certificado del Servicio de Registro Civil e Identificación.

B. LEYES REFERIDAS A INSTITUTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. LEY 21.010 QUE EXTIENDE Y MODIFICA LA COTIZACIÓN PARA EL SEGURO SOCIAL CONTRA RIESGOS DE ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES Y CREA EL FONDO QUE FINANCIARÁ EL SEGURO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS. (18.4.2017)

Esta ley establece una cotización de 0,03% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores, de cargo del empleador, destinada a un fondo para el financiamiento de un seguro para las madres y padres trabajadores de hijos e hijas mayores de 1 año y menores de 15 o 18 años de edad, afectados por una condición grave de salud, para que puedan ausentarse justificadamente de su trabajo durante un tiempo con la finalidad de prestarles atención, acompañamiento o cuidado personal y gocen de una prestación económica que reemplaza su remuneración mensual. También se aplica a los trabajadores independientes, siendo de su cargo la cotización.

Esta ley ha sido complementada por la Ley 21.063.

2. LEY 21.015, QUE INCENTIVA LA INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL MUNDO LABORAL. (29.5.2017)

La Ley 20.422 de 2010 establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, con el objeto de asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas, obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad. Esta ley es complementada por la Ley 21.015 que establece nuevas normas de inclusión, obligando tanto al Estado como al sector privado.

Es así como dispone que en los procesos de selección de personal, los órganos de la Administración del Estado, el Congreso Nacional, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, el Servicio Electoral, la Justicia Electoral y demás tribunales especiales creados por ley, seleccionarán preferentemente, en igualdad de condiciones de mérito, a personas con discapacidad.

Asimismo dispone que en esas instituciones y que tengan una dotación anual de 100 o más funcionarios o trabajadores, a lo menos el 1% de la dotación anual deberán ser personas con discapacidad o asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional. En el caso de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y de Gendarmería de Chile, la obligación establecida en el inciso anterior considerará sólo a su personal civil. Las personas con discapacidad deberán contar con la calificación y certificación que establece esta ley.

Tratándose de empresas de 100 o más trabajadores, deben contratar o mantener contratados, al menos el 1% de personas con discapacidad o que sean asignatarias de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, en relación al total de sus trabajadores y debe registrar los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad o asignatarios de una pensión de invalidez de cualquier régimen previsional, dentro de los quince días siguientes a su celebración a través del sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, la que lleva un registro actualizado de lo anterior, debiendo mantener reserva de dicha información.

Las empresas que, por razones fundadas, no pueden cumplir total o parcialmente con esta obligación, deben darle cumplimiento alternativo, ejecutando alguna de las siguientes medidas:

- a) Celebrando contratos de prestación de servicios con empresas que tengan contratadas personas con discapacidad.
- b) Efectuando donaciones en dinero a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones a las que se refiere el artículo 2 de la ley N° 19.88.

Estas donaciones no dan derecho a créditos y beneficios tributarios, aunque tienen la calidad de gasto necesario para producir la renta; deben dirigirse a proyectos o programas de asociaciones, corporaciones o fundaciones cuyo objeto social incluya la capacitación, rehabilitación, promoción y fomento para la creación de empleos, contratación o inserción laboral de las personas con discapacidad; no pueden efectuarse a instituciones en cuyo directorio participe el donante, su cónyuge, su conviviente civil o sus parientes ascendientes o descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad. En caso que el donante sea una persona jurídica, no podrá efectuar donaciones a instituciones en cuyo directorio participen sus socios o directores o los accionistas que posean el 10% o más del capital social, o los cónyuges, convivientes civiles o parientes ascendientes o descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad de dichos socios, directores o accionistas.

Se consideran razones fundadas, aquellas derivadas de la naturaleza de las funciones que desarrolla la empresa o la falta de personas interesadas en las ofertas de trabajo que se hayan formulado.

3. LEY 21.018, QUE CONFIERE COMPETENCIA A LOS TRIBUNALES LABORALES PARA CONOCER DE LAS CONTIENDAS EN QUE LOS CAUSAHABIENTES BUSCAN HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR, DERIVADA DE ACCIDENTES DEL TRABAJO O ENFERMEDADES PROFESIONALES. (31.10.2017)

Esta ley iniciada por moción parlamentaria, modifica las normas de competencia de los tribunales del trabajo, ampliándola en los casos de juicios iniciados por los causahabientes del trabajador, cuando pretenden hacer efectiva la responsabilidad del empleador como consecuencia del accidente del trabajo o enfermedad profesional que le hayan afectado, de modo, que no deben ya hacerlo en sede civil.

4. LEY 21.023, QUE ELIMINA BENEFICIO DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES EN MATERIA DE INTERESES POR COTIZACIONES PREVISIONALES ADEUDADAS. (14.7.2017)

Establece que la parte del recargo de los reajustes e intereses por las cotizaciones previsionales que se adeudan, corresponden al trabajador o afiliado, debiendo abonarse éstos en su cuenta de capitalización individual, siendo en beneficio de la Administradora de Fondos de Pensiones sólo las costas de cobranza.

5. LEY 21.054 QUE MODIFICA LA LEY DE ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES, CON EL OBJETO DE ELIMINAR LA DISTINCIÓN ENTRE EMPLEADOS Y OBREROS. (15.12.2017)

Esta ley establece la uniformidad de los regímenes relativos a estas prestaciones, disponiendo que a los efectos del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, todos los empleadores se entenderán afiliados al Instituto de Seguridad Laboral respecto de la totalidad de sus trabajadores, salvo que se adhieran a alguna mutualidad de empleadores, entidades administradoras del mismo. Le corresponde al Instituto de Seguridad Laboral además, la realización de actividades de prevención de riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, respecto de las entidades empleadoras afiliadas a él, de sus trabajadores y de los trabajadores independientes que corresponda.

6. LEY 21.063, QUE CREA UN SEGURO PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE NIÑOS Y NIÑAS QUE PADEZCAN LAS ENFERMEDADES QUE INDICA Y MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO PARA ESTOS EFECTOS. (28.12.2017)

Esta ley ha tenido sus antecedentes en la Ley 21.010 y establece un seguro obligatorio para padres y madres trabajadores de niños y niñas afectados por una condición grave de salud, para que se ausenten con justificación de su trabajo durante un tiempo determinado, con el fin de darles atención, acompañamiento o cuidado personal, recibiendo durante ese período un subsidio que reemplace su remuneración.

Son beneficiarios del Seguro, el padre y la madre trabajadores de un niño o niña mayor de un año y menor de quince o dieciocho años de edad, afectado o afectada por una condición grave de salud y el trabajador o la trabajadora que tenga a su cargo el cuidado personal de dicho niño o niña, otorgado por resolución judicial. Se refiere a los trabajadores dependientes e independientes, y los trabajadores temporales que se encuentren cesantes, previo cumplimiento de los requisitos legales.

En efecto, para tener derecho a estas prestaciones, los trabajadores dependientes deberán tener relación laboral vigente a la fecha de inicio de la licencia médica y registrar, a lo menos, ocho cotizaciones previsionales mensuales, continuas o discontinuas, en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia médica; en el caso de los trabajadores independientes,

deberán contar, a lo menos, con doce cotizaciones previsionales mensuales, continuas o discontinuas, en los últimos veinticuatro meses anteriores al inicio de la licencia médica y encontrarse al día en el pago de las cotizaciones para pensiones, salud, el seguro de la ley N° 16.744 y para el Seguro contemplado en esta ley. En el caso del trabajador temporal cesante, deberá tener doce o más meses de afiliación previsional con anterioridad a la fecha de inicio de la licencia médica, registrar a lo menos, ocho cotizaciones previsionales mensuales, continuas o discontinuas, en calidad de trabajador dependiente, en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de inicio de la licencia médica y que las tres últimas cotizaciones registradas, dentro de los ocho meses anteriores al inicio de la licencia médica, lo hayan sido en virtud de un contrato a plazo fijo o por obra, trabajo o servicio determinado.

Constituyen condición grave de salud, el cáncer, el trasplante de órgano sólido y de progenitores hematopoyéticos, encontrarse en fase o estado terminal de la vida, el accidente grave con riesgo de muerte o de secuela funcional grave y permanente, cada una de acuerdo a las condiciones que respecto de cada una se establece en la ley.

La licencia médica, se otorga por períodos de hasta quince días, prorrogables, sin perjuicio de los casos especiales. Lo mismo, en los casos de permisos, en que el trabajador o trabajadora tendrá derecho a un subsidio con cargo al Seguro por toda su duración

Para estos efectos, el empleador debe cotizar mensualmente por todos sus trabajadores, el 0,03% de las remuneraciones, sin perjuicio de otras fuentes de financiamiento que la ley indica.

La administración del Fondo estará a cargo de una persona jurídica de derecho privado, de objeto exclusivo, determinada mediante licitación pública.

BALANCE DE LAS MODIFICACIONES DE 2017

Es evidente que tras el agitado 2016, las orientaciones legislativas se despegaron de aquellos temas más conflictivos y se procedió en materias en las que ha podido existir mayor consenso, especialmente cuando se ha tratado de cuestiones relativas a la protección social en las que ha podido existir incluso una iniciativa parlamentaria transversal, esto es, que ha contado con el apoyo de las distintas bancadas del parlamento, oficialistas y de la oposición. También ha incidido el período electoral, en el que naturalmente disminuye la actividad parlamentaria.

No obstante, aparecen como relevantes algunas de las leyes aprobadas, puesto que inciden principalmente en la vida y seguridad de las personas, o bien impulsan una mayor igualdad de trato, de modo que su aplicación ha de llevar a mejores condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores y trabajadoras.

26.6.2018

Panorama normativo laboral del Ecuador en el 2017

Jorge EGAS PEÑA

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

El año 2017 arrojó un resultado negativo en la producción legislativa en materia laboral; al punto que podemos sostener, sin temor a equivocarnos, que solamente se dictó una ley de contenido laboral en este período, por el contrario caracterizado por la proliferación de Reglamentos, Instructivos y Regulaciones emanadas del Ministerio del Trabajo destinadas generalmente a regular asuntos de importancia secundaria.

Es necesario tener presente que en mayo de dicho año se produjo en el país un cambio de Gobierno, que pretendía diferenciarse del precedente, por cuya razón se esgrimió la necesidad de expedir un nuevo Código del Trabajo, proyecto del cual se sostuvo se encontraba preparado y se aprobaría en los meses siguientes, previa socialización que se iba a iniciar inmediatamente y cuya vigencia se fue postergando reiteradamente sin tener ningún resultado positivo, no obstante llegar pronto al año de advenimiento del nuevo régimen.

En muchos sectores del país se sintió un cierto rechazo a tal iniciativa, por considerar que un cuerpo legal de tal importancia requiere de una mesurada elaboración que debe comprometer la participación de personas expertas en la materia y de la colaboración de los sectores involucrados antes de ser objeto de novelorías y la adopción irreflexiva de innovaciones alcanzadas en otras legislaciones.

Por ello, el Gobierno prefirió dedicarse a la expedición de regulaciones específicas para resolver problemas de sectores puntuales de la producción, postergando o abandonando el proyecto de nuevo Código del Trabajo.

Las principales regulaciones expedidas en el año 2017, fueron:

A. NOVEDADES LEGISLATIVAS

1) La única normativa de rango legislativo que se expidió en el 2017 fue la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el acoso laboral (S. R.O. #116 del 09 de noviembre de 2017), a través de la cual se introdujo una regulación especial respecto del acoso o bullying en el campo del trabajo, a fin de acoger los criterios de la OIT sobre el mismo, así como viabilizar los preceptos constitucionales que garantizan el respeto a la persona humana en toda su dimensión, para establecer tolerancia cero a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo.

Esta ley define como acoso laboral a todo comportamiento atentatorio a la

persona humana, ejercido en forma reiterada; y, potencialmente lesivo, cometido en el lugar de trabajo o en cualquier momento en contra de una de las partes de la relación laboral o entre trabajadores que tenga como resultado para la persona afectada su menoscabo, maltrato, humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral.

El acoso laboral es considerado como una conducta ilícita que otorga derecho al trabajador perjudicado por su empleador a obtener una indemnización equivalente a doce veces la remuneración mensual del mismo; además, de la condena a efectuar las disculpas públicas de quien cometió tal inconducta.

Por último, se establece la obligación de los empleadores de implementar programas de capacitación y políticas orientadas a identificar las distintas modalidades del acoso laboral, para prevenir el cometimiento de toda forma de discriminación, hostigamiento, intimidación y perturbación que se pudiere generar en la relación laboral con los trabajadores y de éstos con el empleador.

B. NORMATIVA SECUNDARIA DE CARÁCTER LABORAL

2) Normas generales para la Aplicación de la Inspección del Trabajo (R.O. # 937 del 03 de febrero de 2017 – 2° S.). Una de las funciones más importantes del Ministerio del Trabajo es la de inspeccionar preventivamente las empresas o lugares de trabajo, en orden a vigilar que en las mismas se cumplan las obligaciones legales y se observen las condiciones de trabajo adecuadas. Por ello, el Ministerio de Trabajo debería tener un calendario de visitas integrales preestablecido a cada empresa, a fin de regularizar las inspecciones que permitan hacer las observaciones y sugerir los correctivos que se deban introducir en la marcha de las mismas.

Por supuesto que el incumplimiento reiterado de las obligaciones legales debe generar sanciones, pero éstas no pueden convertirse en mecanismo de exacción mediante la aplicación de exageradas multas que más que fines correctivos tienden a convertirse en mecanismos de recaudación económica para las arcas fiscales.

La normativa expedida contempla la verificación electrónica del cumplimiento de obligaciones laborales, como el pago oportuno de las remuneraciones, utilidades, a la seguridad social, etc.; y, la inspección *in situ*, que se realiza de manera focalizada a asuntos determinados en una denuncia particular; o, la inspección integral que consiste en la vigilancia o verificación de parte de los Inspectores del Trabajo del cumplimiento de la normativa laboral relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de sus actividades laborales, como es la seguridad y salud en el trabajo.

3) Instructivo para el pago de utilidades (R.O. #942 del 10 de febrero de 2017). La participación de los trabajadores en las utilidades anuales de la empresa es una de las mayores conquistas de la legislación laboral ecuatoriana, elevada a la categoría de derecho reconocido en la Constitución de la República, que configura la tesis de que la empresa es una comunidad de intereses, en que sus intervinientes deben participar en los beneficios de la misma.

Sin embargo de su existencia legal en la práctica pocas empresas observan el cumplimiento formal de este derecho, por lo que el Estado se ha visto en la obligación de vigilar la observancia del mismo a través de una reiterada normativa.

También es preciso reconocer que en las empresas de mayor magnitud (cementeras, telefónicas, etc.) el cumplimiento de este derecho es más fluido; y, aun más, que en algunas de ellas se ha adoptado la política de fijar remuneraciones ordinarias de relativo alcance, pero ofreciendo a sus trabajadores una interesante participación en las utilidades anuales, que se convierte en una forma de incentivar la producción e inducir al ahorro de los trabajadores, que en cada año perciben una suma considerable de recursos que le permiten destinarlo al mejoramiento de su condición de vida y entorno familiar (viajes, compras de viviendas, vehículos, etc.).

Pero la tendencia reiterativa a expedir, cada cierto tiempo, una normativa como la actual obedece a que se introducen algunas reformas a la percepción de este beneficio, que obligan a normar el goce del mismo.

Así, una ley del 2015 estableció una importante limitación a los valores a percibir por este beneficio económico de los trabajadores, disponiendo que por el mismo no podría recibirse más de veinticinco salarios básicos unificados (menos de Diez mil 00/100 dólares americanos), cuando antes este derecho era generalmente ilimitado, en función de los resultados anuales de cada empresa (15%). La razón invocada para esta reforma fue la de contribuir a financiar con el excedente de la participación en las utilidades a ciertas prestaciones de la seguridad social (amas de casa).

Sin embargo, un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional dejó sin efecto esa reforma, por considerarla regresiva a los derechos de los trabajadores. La prensa nacional informó que según datos proporcionados del Ministerio de Trabajo 278.000 trabajadores se beneficiaron con su participación en las utilidades de 16.962 empresas que repartieron 168.5 millones de dólares correspondientes al ejercicio económico del 2017, lo cual es una elocuente señal de la bondad de este beneficio

Por ello, en uno de los Considerandos del instructivo en análisis se sostiene que el mismo persigue regular los valores de la participación de los trabajadores en las utilidades anuales de la empresa, los límites en su distribución, los parámetros para su cálculo y la forma de proceder en caso de que éstas no sean oportunamente cobradas por los trabajadores, cosa que ya estaba regulada en el instructivo anteriormente expedido.

El instructivo en estudio, como dejamos dicho, repite toda la regulación anterior sobre la forma de cálculo de la participación en las utilidades de la empresa, la fecha de su percepción, la sujeción a la determinación de las utilidades con respecto a la declaración del impuesto a la renta anual que debe efectuar la empresa, la participación en las utilidades de empresas de actividades complementarias o que se fusionaren para el solo efecto de su reparto.

Pero quizá lo más importante sea el control y las sanciones que se imponen a quien no cumple oportunamente con obligaciones respecto al pago oportuno y legal de las utilidades anuales de la empresa.

4) Normativa para la Erradicación de la Discriminación en el Ámbito Laboral (R.O. #16 del 16 de junio de 2017). Tiene como objeto establecer regulaciones que permitan el acceso a los procesos de selección de personal en igualdad de condiciones, así como garantizar la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral estableciendo mecanismos de prevención de riesgos psicosociales.

Define como la discriminación a cualquier trato desigual, exclusión o preferencia hacia una persona, basados en la identidad de género, orientación sexual, edad, discapacidad, vivir con VIH/Sida, etnia, tener o desarrollar una enfermedad catastrófica, idioma, religión, nacionalidad, lugar de nacimiento, ideología, opinión política, condición migratoria, pasado judicial, estereotipos estéticos, encontrarse en período de gestación, lactancia o cualquier otra, que tenga por efecto anular, alterar o impedir el pleno ejercicio de los derechos individuales o colectivos en los procesos de selección y durante la existencia de la relación laboral.

La normativa en análisis persigue no sólo viabilizar los preceptos constitucionales que establecen el principio de no discriminación, sino también establecer el procedimiento de reclamo en el ámbito laboral y las sanciones aplicables a las violaciones a tal derecho fundamental, aun cuando a nuestro entender con un monto exagerado de multas que van de tres hasta veinte remuneraciones básicas unificadas; es decir de Un mil a Siete mil quinientos dólares americanos.

Finalmente, se introduce la obligación de las empresas de establecer Programas de Prevención de Riesgos Psicosociales en todas las instituciones que cuenten con más de diez trabajadores, cuyo incumplimiento genera sanciones que consisten en multas, cierre de establecimientos o locales y/o la suspensión de actividades; medidas que consideramos exageradas y que en definitiva no solo van en perjuicio de los empleadores incumplidos, sino también de los trabajadores y del propio Estado al dejar de recaudar impuestos al paralizar el funcionamiento de la empresa.

5) Instructivo para la Absolución de consultas formales en el Ministerio del Trabajo (R.O. #56 del 04 de agosto de 2017). Es frecuente que en la interpretación de las leyes surjan inquietudes o dudas en que es necesario contar con el criterio oficial para su correcta aplicación; y, para tales casos se faculta su consulta formal, la misma que puede ser efectuada ante los Directores Generales del Trabajo, que están obligados a absolverlas cuando las mismas cumplen los requisitos formales que se establecen en la presente normativa.

Estas consultas no son vinculantes sino orientativas y pueden ser objeto de modificación posterior por la misma autoridad si cambiaren las circunstancias que dieron lugar a su formulación.

Lo importante de esta normativa es que el Ministerio de Trabajo se obliga a publicar en su página web un vademécum de consultas absueltas, lo cual puede ser valiosamente orientativo para el público, al permitirle conocer el criterio oficial sobre determinados temas de derecho.

6) Instructivo General de Pasantías (R.O. #51 del 04 de agosto de 2017).-

Las pasantías son actividades de aprendizaje orientadas a la aplicación de conocimientos y al desarrollo de destrezas y habilidades específicas que un estudiante debe adquirir para un adecuado desempeño de su futura profesión.

Las pasantías se desarrollan tanto en las empresas del sector privado como del público.

La relación jurídica del pasante con la empresa, no es considerada laboral sino de aprendizaje, y surge de un convenio regulado en el instructivo en comento, que en ningún momento podrá ser considerado como contrato de trabajo.

Sus principales lineamientos son:

- 1) Las pasantías no podrán prolongarse por más de seis meses;
- 2) Las empresas con más de cien trabajadores deberán tener, por lo menos, un 4% de pasantes, estableciéndose sanciones económicas en caso de incumplimiento;
- 3) Los pasantes deberán ser afiliados a la seguridad social con cargo a la empresa en que cumplen su aprendizaje, sobre la base del salario básico unificado vigente;
- 4) Los pasantes percibirán un estipendio mensual no menor a un tercio del salario básico unificado vigente;
- 5) Las pasantías no originan relación laboral como tampoco generan derechos u obligaciones laborales o administrativas y no son sujetos de indemnización alguna y no ingresan al servicio público o privado. Sin embargo, si los servicios del pasante se prolongaren por más de seis meses generarán relación de dependencia laboral.
- 6) Al finalizar el período de la pasantía el pasante recibirá un certificado de culminación de la pasantía, el mismo que será reconocido como experiencia laboral.

Consideramos que la figura de la pasantía es una importante ayuda para la formación profesional de los jóvenes; y, que debe convertirse en un antecedente para la instauración del sistema de educación dual, en que los estudiantes realicen estudios teóricos con prácticas conexas en las empresas, durante todo el tiempo de su preparación.

7) Instructivo para el cumplimiento de las Obligaciones de los Empleadores Públicos y Privados (R.O. #104 del 20 de octubre de 2017).

El objetivo de este instructivo es el de normar el registro, aprobación y reporte de obligaciones laborales en materia de:

- Información de los datos personales de los trabajadores;
- Registro de contratos y actas de finiquito por terminación de relaciones laborales;
- Registro de información de personas trabajadoras con discapacidades;
- Seguridad y salud en el trabajo y gestión integral de riesgos;

– Aprobación y Registro de Reglamentos Internos de Trabajo.

En general, esta normativa persigue la implementación de un sistema electrónico de información de la vida laboral de las empresas, en orden a establecer y vigilar el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores frente a sus trabajadores.

La normativa va adimentada por un vademécum de multas y sanciones de otro tipo, al parecer excesivas, con el propósito de vigilar la observancia o cumplimiento de las obligaciones patronales, a la par que permitir que los trabajadores puedan acceder a la referida información de una manera más fluida.

C) PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

“Los precedentes jurisprudenciales tienen por objeto fortalecer y afirmar entre otros los derechos al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad jurídica, derechos que se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador, en el Código Orgánico de la Función Judicial, en instrumentos internacionales y en sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador”.

Las sentencias emitidas por la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho obligarán a remitir al pleno de la Corte a fin de que éste delibere dentro de sesenta días y decida sobre su confirmación. Si en dicho plazo no se pronuncia o se ratifica el criterio esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria (Art. 185 Constitución).

1) En el S. del R.O. #962 del 14 de marzo de 2017 está publicado un precedente jurisprudencial relativo a la jubilación patronal, cuyo contenido se resume en lo siguiente:

“La jubilación patronal no está limitada por los Mandatos Constituyentes Nros 2 y 4; pues, la jubilación patronal establecida en el Art. 216 del Código del Trabajo, es un beneficio autónomo e independiente a las indemnizaciones por despido intempestivo, retiro voluntario, desahucio o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral, por tanto el derecho a percibir jubilación patronal no está inmerso dentro de las limitaciones de los Mandatos Constituyentes Nros. 2 y 4”.

En el Ecuador, aparte de la jubilación que otorga la Seguridad Social, existe la jubilación patronal, obligación que corresponde asumir a los empleadores para quienes un trabajador ha laborado por lo menos por veinticinco años en forma continuada o interrumpida. La manera de determinar su monto lo fija la ley; y, su pago puede ser mensual o como un fondo global, por una sola vez.

Ha sido considerado como un beneficio complementario a los trabajadores, en razón de su bajo importe que generalmente paga la seguridad social.

2) En el Suplemento del R.O. #1006 del 17 de marzo de 2017 se publicó otro precedente jurisprudencial obligatorio en materia laboral.

En esencia, la Corte Nacional de Justicia estableció como precedente jurisprudencial obligatorio que lo resuelto por los Tribunales de Conciliación y

Arbitraje en materia de conflictos colectivos de trabajo, en resoluciones ejecutoriadas, tienen el carácter de cosa juzgada y no pueden volver a discutirse en un juicio individual de trabajo. Por tanto, los Jueces de Trabajo no tienen competencia para conocer y resolver asuntos materia de decisión en un conflicto colectivo de trabajo, salvo que en la acción individual de trabajo se reclame pretensiones que no fueron materia de conocimiento y resolución del conflicto colectivo.

Legislación sociolaboral española, 2016-2017

Reseña y comentario breve

Luis Enrique DE LA VILLA GIL

Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Antonio MARTÍN VALVERDE

Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado (jubilado) del Tribunal Supremo

ORDEN CUATRIMESTRAL DE PUBLICACIÓN EN EL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Luis Enrique de la Villa Gil

2016

Primer Cuatrimestre (enero-abril)

En el primer cuatrimestre de 2016 se han dictado escasas disposiciones relevantes de contenido sociolaboral. Lo único en verdad importante del cuatrimestre ha sido la extensísima corrección de errores de que ha sido objeto el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en verdad incomprensible si la situamos en el campo de los simples errores y no la trasparamos al campo de los cambios de criterio.

El catálogo completo de las normas de contenido sociolaboral es el siguiente:

- 1º) Orden ECD/49/2016, de 13 de enero (BOE de 27 de enero), por la que se publican las subvenciones destinadas al fomento de la participación de los representantes de los empleados públicos en los órganos de negociación colectiva de los centros docentes públicos no universitarios y la relación de organizaciones sindicales beneficiarias.
- 2º) Orden ESS/70/2016, de 29 de enero (BOE de 30 de enero), por la que

se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

- 3º) Orden ESS/71/2016, de 29 de enero (BOE de 30 de enero), por la que se establecen para el año 2016 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero.
- 4º) Resolución de 19 de enero de 2016 (BOE de 10 de febrero), del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2014.
- 5º) Resolución de 18 de enero de 2016 (BOE de 10 de febrero), de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2014.
- 6º) Resolución de 9 de febrero de 2016 (BOE de 15 de febrero), del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero.
- 7º) Acuerdo de 28 de enero de 2016 (BOE de 17 de febrero), de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio, y frente a todas las formas de acoso y violencia en la Carrera Judicial.
- 8º) Resolución de 23 de febrero de 2016 (BOE de 1 de marzo), del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula la tramitación electrónica automatizada de diversos procedimientos de gestión de determinadas prestaciones del sistema de la Seguridad Social.
- 9º) Resolución de 25 de febrero de 2016 (BOE de 3 de marzo), de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se aprueban las normas para adaptar el control interno a las especialidades derivadas de la actuación administrativa automatizada en el reconocimiento del derecho de las prestaciones por maternidad y paternidad del sistema de la Seguridad Social.
- 10º) Real Decreto-ley 1/2016, de 15 de abril (BOE de 16 de abril), que modifica y prorroga el Programa de Activación para el Empleo.
- 11º) Resolución de 4 de abril de 2016 (BOE de 29 de abril), por la que se publica el catálogo de organismos, entidades y empresas incluidas en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas.
- 12º) Resolución de 30 de marzo de 2016 (BOE de 2 de mayo), del Servicio

Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el segundo trimestre de 2016.

- 13º) Orden ECD/648/2016, de 26 de abril (BOE de 3 de mayo), por la que se establece el currículo de seis ciclos formativos de formación profesional básica en el ámbito de gestión del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.
- 14º) Resolución del Congreso de los Diputados de 28 de abril de 2016 (BOE de 6 de mayo), por la que se convalida el RDI. 1/2016, y se ordena la publicación del Acuerdo correspondiente.
- 15º) Resolución de 18 de abril de 2016 (BOE de 6 de mayo), de la Mutualidad General Judicial, por la que se regula la asistencia sanitaria fuera del territorio nacional.

Segundo Cuatrimestre (mayo-agosto)

En el ámbito comunitario, el Reglamento (UE) 2016/1191, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos, simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea, modificadorio del Reglamento (UE) 1024/2012.

En el ámbito interno, la situación de parón institucional derivado de un Gobierno del Partido Popular en funciones, ha determinado la práctica interrupción de la actividad legislativa, de manera que entre mayo y agosto de 2016 no se ha promulgado ninguna disposición laboral con rango de ley, ni procedente del Parlamento ni procedente del Gobierno (Reales Decretos-leyes o Reales Decretos-legislativos). Tan solo cabe referirse a la Resolución del Congreso de los Diputados, de 28 de abril de 2016, por la que se publica el Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 1/2016, de 15 de abril, de prórroga del programa de Activación del Empleo.

El catálogo completo de las normas de contenido sociolaboral es el siguiente:

- 1º) Resolución del Congreso de los Diputados, de 28 de abril de 2016 (BOE de 6 de mayo), por la que se publica el Acuerdo de Convalidación del Real Decreto-ley 1/2016, de 15 de abril, de prórroga del programa de Activación del Empleo.
- 2º) Orden ESS/762/2016, de 9 de mayo (BOE de 19 de mayo), por la que se crea un fichero de datos de carácter personal gestionado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.
- 3º) Enmiendas de 2014 al Código internacional sobre normas de formación, titulación y guardia para la gente de mar (Convenio de formación), 1978, adoptadas en Londres el 22 de mayo de 2014 mediante Resolución MSC.373(93) (BOE de 31 de mayo).
- 4º) Enmiendas de 2014 al Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974, adoptadas en Londres el 22 de mayo de 2014 mediante Resolución MSC.366(93) (BOE de 31 de mayo).

- 5º) Orden ESS/1003/2016, de 22 de junio (BOE de 23 de junio), por la que se prorrogan los plazos para la presentación de las solicitudes y la remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2015, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.
- 6º) Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009 (BOE de 1 de julio).
- 7º) Real Decreto 287/2016, de 1 de julio (BOE de 2 de julio), por el que se modifica el Real Decreto 939/1997, de 20 de junio, regulador de la afectación al programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en zonas rurales deprimidas.
- 8º) Resolución de 5 de julio de 2016 (BOE de 13 de julio), de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se modifican las Resoluciones de 1 de julio de 2011, por la que se aprueba la adaptación del Plan General de Contabilidad Pública a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social; y la de 25 de julio de 2012, por la que se determina la estructura y composición de la Cuenta General de la Seguridad Social y de las cuentas anuales de las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.
- 9º) Resolución de 4 de julio de 2016 (BOE de 13 de julio), de la Subsecretaría, por la que se aprueban las actualizaciones de las Cartas de servicios de las Consejerías de Empleo y Seguridad Social.
- 10º) Resolución de 24 de junio de 2016 (BOE de 15 de julio), del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el tercer trimestre de 2016.
- 11º) Resolución de 29 de junio de 2016 (BOE de 19 de julio), de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas.
- 12º) Resolución de 8 de julio de 2016 (BOE de 21 de julio), de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica la modificación del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales.
- 13º) Resolución de 8 de julio de 2016 (BOE de 25 de julio), del Instituto Social de la Marina, por la que se modifica la de 5 de junio de 2013, por la que se desarrolla y aplica la Orden TAS/167/2008, de 24 de enero, por la que se regula la formación profesional marítima y sanitaria del Instituto Social de la Marina.

- 14º) Orden ESS/1264/2016, de 26 de julio (BOE de 27 de julio), por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2016 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.
- 15º) Resolución de 19 de julio de 2016 (BOE de 28 de julio), de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha a partir de la cual los actos del procedimiento de devolución de ingresos indebidos a la Seguridad Social y saldos acreedores se notificarán electrónicamente.
- 16º) Real Decreto 299/2016, de 22 de julio (BOE de 29 de julio), sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a campos electromagnéticos.
- 17º) Real Decreto 311/2016, de 29 de julio (BOE del 30 de julio), por el que se modifica el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, en materia de trabajo nocturno, una disposición a la que se dedica atención particular en las páginas que siguen.
- 18º) Orden ESS/1370/2016, de 29 de julio (BOE. de 12 de agosto), por la que se declara la insuficiencia de medios de la Intervención General de la Seguridad Social, que justifica la contratación con empresas privadas de auditoría.
- 19º) Resolución de 29 de julio de 2016 (BOE. de 17 de agosto), del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero.
- 20º) Resolución de 22 de agosto de 2016 (de 31 de agosto), de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2016, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre.

Tercer Cuatrimestre (septiembre-diciembre)

Las tres disposiciones legales más importantes han sido los Reales Decretos-leyes 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social; 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil; y 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017.

El catálogo completo de las normas de contenido sociolaboral es el siguiente:

- 1º) Orden ESS/1452/2016, de 10 de junio (BOE de 12 de septiembre), por la que se regula el modelo de diligencia de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

- 2º) Orden ESS/1554/2016, de 29 de septiembre (BOE de 1 de octubre), por la que se regula el procedimiento para el registro y publicación de las memorias de responsabilidad social y de sostenibilidad de las empresas, organizaciones y administraciones públicas.
- 3º) Orden ESS/1588/2016, de 29 de septiembre (BOE de 4 y 25 de octubre), por la que se fijan para el ejercicio 2016 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.
- 4º) Resolución de la Dirección General de Empleo, de 4 de octubre de 2016 (BOE de 8 de octubre), por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2017.
- 5º) Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 6 de octubre de 2016 (BOE de 11 de octubre), por la que se establece un plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden ESS/1588/2016, de 29 de septiembre, por la que se fijan para el ejercicio 2016 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.
- 6º) Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre (BOE de 4 de noviembre), por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.
- 7º) Orden ESS/1774/2016, de 4 de noviembre (BOE de 11 de noviembre), por la que se fijan los límites para administrar los créditos para gastos y para conceder subvenciones en el ámbito de la Secretaría de Estado de Empleo y de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- 8º) Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre (BOE de 12 de noviembre), por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.
- 9º) Acuerdo de Aplicación del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009. Firma por parte de la República del Perú (BOE de 16 de noviembre).
- 10º) Resolución de la Intervención General de la Seguridad Social, de 11 de noviembre de 2016 (BOE de 26 de noviembre), por la que se publica la cuenta general de la Seguridad Social del ejercicio 2015.
- 11º) 1º) Real Decreto-ley 3/2016, de 2 de diciembre (BOE de 3 de diciembre), por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social.
- 12º) Real Decreto 641/2016, de 9 de diciembre (BOE de 13 de diciembre), por el que se modifica el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre.
- 13º) Orden ESS/1924/2016, de 13 de diciembre (BOE de 21 de diciembre),

por la que se determinan los gastos subvencionables por el Fondo Social Europeo durante el período de programación 2014-2020.

- 14º) Resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, de 13 de diciembre de 2016 (BOE de 23 de diciembre), por la que se modifica la Resolución de 12 de junio de 2012, sobre delegación de competencias en sus órganos centrales y provinciales y en otros servicios comunes de la Seguridad Social.
- 15º) Resolución de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, de 25 de noviembre de 2016 (BOE de 23 de diciembre), por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2015 y el informe de auditoría.
- 16º) Real Decreto-ley 6/2016, de 23 de diciembre (BOE de 24 de diciembre), de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil.
- 17º) Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017.
- 18º) Real Decreto 746/2016, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas y sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2017.

2017

Primer Cuatrimestre (enero-abril)

Las cuatro disposiciones legales más importantes han sido los Reales Decretos-leyes 4/2017, de 24 de febrero y 7/17, de 28 de abril, más el RD 231/17, de 10 de marzo, así como la ratificación española, en 2017, de las enmiendas dedicadas, en el año 2014, al Convenio de Trabajo Marítimo de 2016.

El catálogo completo de las normas de contenido sociolaborales es el siguiente:

- 1º) Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Paraguay, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2016 (BOE de 23 de enero de 2017).
- 2º) Orden ESS/77/2017, de 3 de febrero (BOE de 4 de febrero), por la que se establecen para el año 2017 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar.
- 3º) Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero (BOE de 11 de febrero), por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017.
- 4º) Resolución de 1 de febrero de 2017 (BOE de 16 de febrero), del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se prorroga la vigencia de la Resolución de 1 de agosto de 2013, modificada por la de 30 de julio de 2014, determinando la forma y los plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas

en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero.

- 5º) Real Decreto-ley 4/2017, de 24 de febrero (BOE de 25 de febrero), por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). Sin embargo, la Resolución del Congreso de los Diputados, de 16 de marzo de 2017 (BOE del 24 de marzo) publica el acuerdo parlamentario de derogación del RDL 4/17.
- 6º) Orden/PRA/157/2017, de 24 de febrero (BOE de 28 de febrero), por la que se publica el calendario de la hora de verano correspondiente a los años 2017 a 2021.
- 7º) Real Decreto 196/2017, de 3 de marzo (BOE de 4 de marzo), por el que se modifica el Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto, por el que se regula la composición de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, para su adaptación a la nueva estructura de los departamentos ministeriales de la Administración General del Estado.
- 8º) Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo (BOE del 24 de marzo), por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral.
- 9º) Enmiendas de 2014 al Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006, adoptadas en Ginebra el 11 de junio de 2014 (BOE del 30 de marzo de 2017).
- 10º) Real Decreto-ley 6/2017, de 31 de marzo (BOE de 1 de abril), por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, fuerzas armadas, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y cuerpos de policía dependientes de las Comunidades Autónomas para 2017.
- 11º) Real Decreto-ley 7/2017, de 28 de abril (BOE de 29 de abril), por el que se prorroga y modifica el programa de activación para el empleo.

Segundo Cuatrimestre (mayo-agosto)

Lastres disposiciones más importantes han sido el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, sobre los estibadores portuarios, el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, de transposición de diversas directivas comunitarias en materia laboral y el Real Decreto-ley 13/2017, de 7 de julio, sobre oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo en la lucha contra el fraude. Junto a estas tres normas excepcionales, hay que incluir en la relación de las normas significativas otras dos leyes, no específicamente socio-laborales, aunque relevantes en ese ámbito, como son la Ley 2/2017, de 21 de junio, de asistencia jurídica gratuita y la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado.

El catálogo completo de las normas de contenido sociolaborales es el siguiente:

- 1º) Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo (BOE de 13 de mayo), por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). La resolución de 18 de mayo de 2017 del Congreso de los Diputados ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del RDL 8/2017.
- 2º) Resolución del Congreso de los Diputados de 11 de mayo de 2017 (BOE de 19 de mayo), por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 6/2017, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público en los ámbitos de personal docente no universitario y universitario, fuerzas armadas, fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y cuerpos de policía dependientes de las Comunidades Autónomas para 2017.
- 3º) Resolución del Congreso de los Diputados de 11 de mayo de 2017 (BOE de 19 de mayo), por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2017, de 28 de abril, por el que se prorroga y modifica el Programa de activación para el empleo.
- 4º) Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE de 27 de mayo), ordenando la transposición de directivas comunitarias en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y de desplazamiento de trabajadores, convalidado por resolución del Congreso de Diputados de 22 de junio de 2017 (BOE de 30 de junio).
- 5º) Enmiendas al Acuerdo Europeo sobre trabajo de las tripulaciones de los vehículos que efectúen transportes internacionales por carretera (AETR), hecho en Ginebra el 1 de julio de 1970, adoptadas en Ginebra el 27 de mayo de 2003, el 31 de octubre de 2008 y el 29 de octubre de 2014 (BOE de 8 de junio).
- 6º) Orden ESS/621/2017, de 20 de junio (BOE de 29 de junio), por la que se distribuyen territorialmente, en el ejercicio económico de 2017, para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, subvenciones del ámbito laboral financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, incluyendo aquellas destinadas a la ejecución del Programa de acción conjunto para la mejora de la atención a las personas paradas de larga duración.
- 7º) Ley 2/2017, de 21 de junio (BOE de 22 de junio), de modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.
- 8º) Ley 3/2017, de 27 de junio (BOE de 28 de junio y 12 de julio), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.
- 9º) Resolución de 30 de junio de 2017 (BOE de 5 de julio) de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General

del Estado de 30 de mayo de 2017, por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012 sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación.

- 10º) Real Decreto 694/2017, de 3 de julio (BOE de 5 de julio), por el que se desarrolla la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, regulatoria del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral
- 11º) Real Decreto-ley13/2017, de 7 de julio (BOE de 8 d julio), por el que se aprueba una oferta de empleo público extraordinaria y adicional para el refuerzo de la lucha contra el fraude fiscal, en la seguridad social, en el ámbito laboral y del control del gasto, para la mejora en la prestación de determinados servicios a los ciudadanos, y por el que se crean especialidades en cuerpos y escalas de la administración del Estado y sus organismos públicos.
- 12º) Real Decreto 702/2017, de 7 de julio (BOE de 8 de julio), por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017.
- 13º) Real Decreto 703/2017, de 7 de julio (BOE de 8 de julio), por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y se modifica el Real Decreto 424/2016, de 11 de noviembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.
- 14º) RealDecreto 705/2017, de 7 de julio (BOE de 15 de julio), modificatorio del Real Decreto 140/2011, de 4 de febrero, por el que se complementa el Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, mediante el establecimiento de cuatro cualificaciones profesionales de la familia profesional Sanidad, y el Real Decreto1551/2011, de 31 de octubre, por el que se complementa el Catálogo nacional de cualificaciones profesionales, mediante el establecimiento de cinco cualificaciones profesionales correspondientes a la familia profesional Agraria.
- 15º) Orden ESS/668/2017, de 13 de julio (BOE de 15 de julio), por la que se designa al Servicio Público de Empleo Estatal como organismo competente en materia de gestión del Sistema nacional de garantía juvenil.
- 16º) Orden ESS/685/2017, de 20 de julio (BOE de 22 de julio), por la que se modifica la Orden ESS/150/2013, de 28 de enero, dictando normas para la elaboración de los presupuestos de la Seguridad Social.
- 17º) Orden ESS/739/2017, de 26 de julio (BOE de 2 de agosto), por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a las actividades de promoción del trabajo autónomo, de la economía social y de la responsabilidad social de las empresas y para sufragar los gastos de funcionamiento de las asociaciones de trabajadores autónomos, de cooperativas, de sociedades laborales, de empresas de inserción y de otros entes representativos de la economía social de ámbito estatal.

Tercer Cuatrimestre (septiembre-diciembre)

Las cuatro disposiciones legales más importantes han sido el Real Decreto-ley 14/2017, sobre reactivación del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo; la Ley 6/2017, de reformas urgentes del trabajo autónomo; el Instrumento de ratificación del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930; y el Real Decreto-ley 20/2017, de prórroga y aprobación de diversas medidas tributarias y otras medidas urgentes en materia social.

El catálogo completo de las disposiciones de contenido sociolaboral es el siguiente:

- 1º) Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 15 de septiembre de 2017 (BOE de 2 de octubre), por la que se establecen los términos para la aplicación a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social de los coeficientes para la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores por cuenta ajena de las empresas asociadas.
- 2º) Real Decreto-ley 14/2017, de 6 de octubre (BOE de 7 y 26 de octubre), por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.
- 3º) Orden ESS/966/2017, de 6 de octubre (BOE de 11 de octubre), por la que se fijan para el ejercicio 2017 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.
- 4º) Resolución de la Dirección General de Empleo, de 9 de octubre de 2017 (BOE de 11, 19 y 25 de octubre), por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2018.
- 5º) Orden ETU/983/2017, de 13 de octubre (BOE de 14 de octubre), por la que se establecen la disponibilidad y los servicios mínimos de determinadas instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica de manera que quede garantizado el correcto funcionamiento del sistema eléctrico, ante la huelga general convocada en la Comunidad Autónoma de Cataluña prevista entre las 00:00 horas del día 16 de octubre de 2017 y las 24:00 horas del día 20 de octubre de 2017.
- 6º) Orden ETU/984/2017, de 13 de octubre (BOE de 14 de octubre), por la que se establecen los servicios mínimos del sector de hidrocarburos ante la convocatoria de huelga general prevista entre las 00:00 horas del día 16 de octubre de 2017 y las 24:00 horas del día 20 de octubre de 2017 en la Comunidad Autónoma de Cataluña.
- 7º) Resolución de la Intervención General de la Seguridad Social, de 11 de octubre de 2017 (BOE de 19 de octubre), sobre el desarrollo de la función interventora en el ámbito de la comprobación material de la inversión.

- 8º) Orden ESS/1006/2017, de 19 de octubre (BOE de 21 de octubre), por la que se dictan normas para la aplicación de las moratorias en el pago de cuotas a la Seguridad Social previstas en el artículo 3 del Real Decreto-ley 10/2017, de 9 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas y se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio.
- 9º) Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de 11 de octubre de 2017 (BOE de 23 de octubre), por la que se establece un plazo especial para el ingreso de las diferencias resultantes de la aplicación de la Orden ESS/966/2017, de 6 de octubre, por la que se fijan para el ejercicio 2017 las bases normalizadas de cotización a la Seguridad Social, por contingencias comunes, en el Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.
- 10º) Resolución de la Dirección General de Empleo, de 10 de octubre de 2017 (BOE de 24 de octubre), por la que se registra y publica el III Acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español.
- 11º) Ley 6/2017, de 24 de octubre (BOE de 25 de octubre), de reformas urgentes del trabajo autónomo.
- 12º) Resolución del Congreso de los Diputados, de 19 de octubre de 2017 (BOE de 26 de octubre), por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 14/2017, de 6 de octubre, por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.
- 13º) Resolución de la Secretaría General Técnica, de 10 de octubre de 2017 (BOE de 26 de octubre), por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Canarias, para el desarrollo de un Plan Integral de Empleo de Canarias que comprenda la realización de medidas que incrementen el empleo, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional centésima sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio de Presupuestos Generales del Estado para 2017.
- 14º) Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal, de 28 de septiembre de 2017 (BOE de 27 de octubre), por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el cuarto trimestre de 2017.
- 15º) Resolución de la Secretaría General Técnica, de 27 de octubre de 2017 (BOE de 28 de octubre), por la que se publica la Orden de 26 de octubre de 2017, del departamento de trabajo, asuntos sociales y familias de la generalidad de Cataluña, firmada por la consejera competente, por la que se garantizan los servicios esenciales que se deben prestar en la comunidad autónoma de Cataluña durante la convocatoria de huelga general convocada desde el día 30 de octubre hasta el 9 de noviembre de 2017.

- 16º) Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre (BOE de 28 de octubre), por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución.
- 17º) Orden ETU/1036/2017, de 27 de octubre (BOE de 28 de octubre), por la que se establecen la disponibilidad y los servicios mínimos de determinadas instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, de manera que quede garantizado el correcto funcionamiento del sistema eléctrico, ante la huelga general convocada en la Comunidad Autónoma de Cataluña prevista entre las 00:00 horas del día 30 de octubre de 2017 y las 24:00 horas del día 9 de noviembre de 2017.
- 18º) Orden ETU/1037/2017, de 27 de octubre (BOE de 28 de octubre), por la que se establecen los servicios mínimos del sector de hidrocarburos ante la convocatoria de huelga general prevista entre las 00:00 horas del día 30 de octubre de 2017 y las 24:00 horas del día 9 de noviembre de 2017 en la Comunidad Autónoma de Cataluña.
- 19º) Resolución del Instituto Social de la Marina, de 24 de octubre de 2017 (BOE de 6 de noviembre), por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2016.
- 20º) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 18 de octubre de 2017 (BOE de 7 de noviembre), por la que se publican las cuentas anuales del ejercicio 2016.
- 21º) Orden ESS/1096/2017, de 13 de noviembre (BOE de 14 de noviembre), por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio 2017 para las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social.
- 22º) Orden ESS/1120/2017, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre y 22 de diciembre), por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para la realización de los servicios integrales de orientación, acompañamiento y apoyo a la inserción de las personas con discapacidad o trastornos de la salud mental.
- 23º) Resolución de la Intervención General de la Seguridad Social, de 3 de noviembre de 2017 (BOE de 22 de noviembre), por la que se publica la cuenta general de la Seguridad Social del ejercicio 2016.
- 24º) Orden ESS/1168/2017, de 28 de noviembre (BOE de 30 de noviembre), por la que se convocan para el año 2017 las subvenciones para la realización de los servicios integrales de orientación, acompañamiento y apoyo a la inserción de las personas con discapacidad o trastornos de la salud mental.
- 25º) Orden ESS/1193/2017, de 4 de diciembre (BOE de 7 de diciembre), por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para el desarrollo de espacios de búsqueda de empleo en el ámbito de la orientación para el empleo.

- 26º) Real Decreto 1032/2017, de 15 de diciembre (BOE de 16 de diciembre), por el que se aprueba la estrategia española de activación para el empleo 2017-2020.
- 27º) Instrumento de ratificación (BOE de 21 de diciembre) del Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, hecho en Ginebra el 11 de junio de 2014.
- 28º) Resolución de la Secretaría de Estado de Empleo, de 18 de diciembre de 2017 (BOE de 26 de diciembre), por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2017, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE 26-12-2017).
- 29º) Real Decreto-ley 20/2017, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), por el que se prorrogan y aprueban diversas medidas tributarias y otras medidas urgentes en materia social.
- 30º) Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018.
- 31º) Real Decreto 1078/2017, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), por el que se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de Orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.
- 32º) Orden ESS/1310/2017, de 28 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), por la que se modifica la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.
- 33º) Real Decreto 1079/2017, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), sobre revalorización de pensiones de Clases Pasivas, de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2018.
- 34º) Real Decreto 1082/2017, de 29 de diciembre (BOE de 30 de diciembre), por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

COMENTARIO BREVE

Antonio Martín Valverde

La reseña de disposiciones legislativas y de resoluciones administrativas de 2016 y 2017, elaborada con su proverbial maestría por el Profesor Luis Enrique

de la Villa, revela una apreciable escasez de novedades relevantes en el ordenamiento laboral español en estos dos años. Como se recordará, las sucesivas elecciones generales de 2015 y 2016 han originado la sustitución del anterior “bipartidismo imperfecto” por el actual panorama de cuatro fuerzas políticas de ámbito nacional. Y este nuevo espectro parlamentario ha conducido hasta ahora a una virtual parálisis de la actividad legislativa, que contrasta con el “activismo normativo” tradicional en periodos anteriores. La parálisis legislativa es perceptible tanto en los “proyectos de ley” del Gobierno (“en funciones” hasta las elecciones de 2016; en minoría desde entonces), como en las “proposiciones de ley” de las propias Cámaras.

El magro balance parlamentario del período se limita a tres disposiciones legales, que no son además laborales en sentido propio, aunque sí tienen clara repercusión en este ámbito de la vida social:

- 1ª) la Ley 2/2017, que ha modificado la Ley 1/1996, de asistencia jurídica gratuita, en el sentido de “afianzar el carácter de servicio público” de la asistencia o asesoramiento profesional a los beneficiarios de la “justicia gratuita”, entre los que se encuentran por determinación legal los trabajadores y los beneficiarios de prestaciones de Seguridad Social (art. 21.4 de la Ley de la Jurisdicción Social);
- 2ª) la Ley 3/2017, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, publicada por cierto con notable retraso, debido a dificultades de su aprobación en el Congreso de los Diputados;
- 3ª) la Ley 6/2017, de reformas urgentes del trabajo autónomo, centrada casi exclusivamente en la atribución de mejoras en materia de Seguridad Social (cotizaciones y prestaciones) a este importante segmento (no laboral *sensu stricto*) del mercado de trabajo.

Paradójicamente la actividad legislativa del Congreso de los Diputados ha sido más abundante en la convalidación de Decretos Leyes del Gobierno que en la aprobación de Leyes. Entre los Decretos Leyes convalidados destaca el Real Decreto-Ley 9/2017, por el que se trasponen diversas directivas de la Unión Europea, entre ellas la Directiva 2014/67/UE, “relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE”, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.

La trasposición de la citada Directiva 2014/67 ha obligado en derecho español a determinadas modificaciones de la Ley 45/1999 y de la Ley de infracciones y sanciones en el orden social. La primera de dichas leyes ha sido la que llevó a cabo la trasposición a nuestro ordenamiento de la Directiva originaria de desplazamiento de trabajadores 96/71. El recurso a la legislación de urgencia se ha justificado en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 9/2017, de manera suficiente en mi opinión, mediante la invocación del vencimiento del plazo máximo de trasposición de la directiva afectada.

El impulso de la Unión Europea es perceptible también en sendos Decretos-Leyes (4/2017 y 8/2017) sobre la prestación de trabajo en el servicio portuario. Pero no se trata en este caso de la trasposición de una directiva, sino del cumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de

22 de diciembre de 2014, que había advertido restricciones sustanciales del funcionamiento del mercado de trabajo en la precedente legislación española de este particular sector de actividad. De tal normativa tuvimos ocasión de ocuparnos en el anterior Anuario de la Academia, al que remitimos.

Obviamente, una vez superada la etapa de “Gobierno en funciones”, las dificultades de obtención de acuerdos o consensos para las iniciativas de disposiciones legales no se han trasladado al ejercicio de la actividad reglamentaria. A la vista de la completa reseña que precede a este comentario, no parece muy aventurado afirmar que la potestad reglamentaria ha desempeñado normalmente en este tiempo sus variadas competencias normativas.

Una porción importante de dichas competencias tiene por objeto la aprobación de lo que podemos llamar disposiciones sociolaborales de renovación periódica. Entre ellas figuran la elaboración de la oferta de empleo público; o la aprobación o prórroga de programas de fomento del empleo (incentivos a la creación o mantenimiento de puestos de trabajo); o la aprobación del salario mínimo interprofesional; o el desarrollo de las normas presupuestarias sobre cotizaciones sociales; o la fijación en determinados regímenes de Seguridad Social de las correspondientes bases de cotización; o la revalorización de las pensiones.

Por cierto, la normativa sobre revalorización de pensiones, que establece entre otras previsiones un mínimo de subida anual (0'25%), ha sido objeto de numerosas protestas y manifestaciones en estos últimos meses. El mínimo legal de elevación, que en los años de la crisis había quedado por encima de la inflación, ha caído por debajo de la misma en el último ejercicio; y la petición popular ha sido, comprensiblemente, el ajuste de la cuantía de las pensiones al crecimiento del coste de la vida.

El problema es de largo alcance y a largo plazo. En España y en todas partes, la suficiencia y la sostenibilidad del sistema de pensiones van a depender, como es natural, de la balanza demográfica activos/inactivos y del crecimiento de la economía y del empleo. No seré yo quien incurra en el atrevimiento de opinar sobre este último. Y en cuanto a la balanza demográfica, cuya cuenta es también arriesgada pero menos, parece claro que no tiene entre nosotros buenas perspectivas, a pesar de la progresiva elevación de la edad ordinaria de jubilación. Dicha edad ordinaria de jubilación, que en nuestro ordenamiento permite pero no obliga a pasar al retiro, es en la actualidad (año 2018) de 65 años y seis meses (Disposición Transitoria 7ª de la Ley General de la Seguridad Social). En la misma norma está prevista su elevación paulatina hasta los 67 años, cifra que se alcanzará (salvo modificación legislativa no descartable) a partir de 2027.

En cuanto al salario mínimo interprofesional, el establecido para 2018 en el Real Decreto 1077/2017 mantiene la tónica de fuerte elevación que ya se fijó para el año 2017, y que también tuvimos ocasión de analizar en el Anuario del año pasado. La cuantía del mismo es de 24'53 euros/día (23'59 el año anterior) o 735'9 euros/mes (707'70 el año anterior). Las nuevas cuantías representan un incremento del 4% respecto de las precedentes; y, como dice la exposición de motivos del RD 1077/2017, “tienen en cuenta lo recogido en el Acuerdo social para el incremento del salario mínimo interprofesional 2018-2020, suscrito el 26

de diciembre de 2017 por el Gobierno y los interlocutores sociales”. Como se ve, la concertación social, seriamente debilitada a raíz de la crisis económica de 2008, no ha desaparecido del todo del actual panorama de las relaciones laborales.

Pero la actividad reglamentaria del Gobierno en 2016-2017 no se ha ceñido, como era de esperar, a la renovación de disposiciones periódicas. La reseña del Profesor de la Villa que precede a este comentario deja traslucir que el Poder Ejecutivo no ha descuidado el cumplimiento de otros deberes o atenciones normativas o cuasinormativas más ocasionales, como la ya señalada trasposición de directivas de la Unión Europea, o la fijación de servicios mínimos ante declaraciones de huelga en la Comunidad Autónoma de Cataluña, o el desarrollo reglamentario de disposiciones legales, o la elaboración de reglamentos autónomos.

Dentro de los reglamentos de desarrollo de disposiciones legales del bienio 2017-2018 encontramos el Real Decreto 1078/2017, relativo a la Ley de la Inspección de Trabajo (cuya última versión es la Ley 23/2015); y el Real Decreto 694/2017, relativo a la Ley de formación profesional para el empleo. Dentro de los reglamentos autónomos, que permiten en principio un margen más amplio de disposición al Gobierno, vale la pena destacar en primer lugar el Real Decreto 311/2016, que ha añadido un nuevo artículo (número 33) al vigente Reglamento de jornadas especiales de trabajo (Real Decreto 1561/1995).

El precepto contenido en el nuevo artículo 33 de la citada disposición fija una “jornada de trabajo máxima de los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas y mentales importantes” de “ocho horas en el curso de un período de veinticuatro horas, durante el cual realice el trabajo nocturno”. La determinación de los “trabajos que impliquen riesgos especiales” corresponde a los “convenios colectivos” e “en su defecto” a los acuerdos de empresa. Nótese que “trabajo nocturno” y “trabajador nocturno” no son conceptos coextensos; para que el trabajador se considere nocturno no es necesario que realice su jornada completamente dentro del horario de trabajo nocturno (“entre las diez de la noche y las seis de la mañana”); basta con que preste de noche sus servicios “normalmente” “una parte no inferior a tres horas de su jornada”.

Otra disposición del bienio 2016-2017 relativa a protección de la salud es el Real Decreto 299/2016 sobre normas de prevención de riesgos en trabajos en los que existe exposición a la acción de agentes electromagnéticos. Este reglamento se aprueba en cumplimiento de una directiva de la Unión Europea en la materia: la Directiva 2013/35/UE. El RD 299/2016 contiene disposiciones de contenido diverso, como fijación de “valores límite de exposición”, medidas encaminadas a “evitar o reducir la exposición”, deberes de “evaluación de riesgos”, obligaciones de “información y formación de los trabajadores”, cuadro de infracciones y sanciones, etcétera.

Desde el punto de vista del conocimiento de la evolución y de las previsiones del empleo, vale la pena comentar también, siquiera sea brevemente, el Real Decreto 1032/2017, que contiene la “estrategia española de activación para el empleo”. Se trata de un documento de valor preceptivo muy limitado, en

cuanto que su función se reduce a la de “marco normativo para la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo e intermediación laboral” (artículo único). Pero su valor informativo no es nada desdeñable, en particular en su sección 1, que incluye un “análisis de la situación y las tendencias del mercado de trabajo” con numerosos cuadros y proyecciones sobre empleo.

La multitud de resoluciones administrativas recogidas en la reseña permite afirmar que, como era de esperar, la parálisis legislativa del período no ha afectado en modo alguno a la maquinaria de las Administraciones de Trabajo, que han seguido funcionando con normalidad en sus diferentes campos de actuación. La lista de resoluciones que por su trascendencia para el público han aparecido en el Boletín Oficial del Estado deja constancia de ello, permitiendo además hacerse una primera idea de las competencias de intervención administrativa en las relaciones laborales y en la protección social reconocidas en Derecho español. Por ejemplo, y con ello terminamos: ejecución de planes de empleo y de formación profesional para el empleo; publicación y rendición de cuentas anuales de organismos públicos de empleo y Seguridad Social; registro y publicación de acuerdos y convenios colectivos; planes y modos de actuación de la Inspección de Trabajo; elaboración de catálogos de ocupaciones de difícil cobertura a efectos de empleo de trabajadores extranjeros; modernización “electrónica” de la tramitación de las prestaciones sociales; reducción de las cotizaciones sociales por riesgos profesionales por disminución de la siniestralidad; etcétera.

Frustraciones y nuevas amenazas al Derecho mexicano del Trabajo (2017)

Carlos de BUEN UNNA

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

UNA REFORMA INCUMPLIDA

En el Anuario del año 2016 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dimos cuenta de la que llamamos “una reforma constitucional de gran calado” que al ordenar la desaparición de las juntas de conciliación y arbitraje, de composición tripartita, comenzaría a cerrar el capítulo del corporativismo en el que el Estado ha mantenido un control prácticamente total de la jurisdicción laboral. El Constituyente dio un año al Congreso de la Unión y a las legislaturas de las treinta y dos entidades federativas para hacer las adaptaciones necesarias, pero el plazo se cumplió el 24 de febrero de 2018 sin que se haya cumplido aquel mandato.

Vale la pena recordar los cinco puntos en que en esa ocasión resumimos los cambios a la Constitución: a) la sustitución de las juntas de conciliación y arbitraje por tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación y de los poderes judiciales de las entidades federativas; b) la creación, en cada entidad federativa, de organismos de conciliación, de comparecencia obligatoria previa al juicio; c) la creación, en el ámbito federal, de un organismo descentralizado que se ocupe de la conciliación y del registro de todos los sindicatos y contratos colectivos de trabajo; d) la obligación de los sindicatos de acreditar la representatividad de sus miembros como requisito para celebrar contratos

colectivos de trabajo, y e) el voto libre y secreto dentro de las organizaciones sindicales.

Dijimos también que la decisión se había tomado como consecuencia de las presiones ejercidas por los países con los que México estaba negociando el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP por sus siglas en inglés), que habrían condicionado su ingreso a la desaparición de las juntas de conciliación y arbitraje y que la llegada de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos de América (EEUU) y su anuncio de que su país abandonaría el TPP no impidieron que la reforma constitucional siguiera su curso.

Hoy nos queda claro que la presión provenía exclusivamente de los EEUU, pues el ahora llamado “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico” se firmó sin la participación de ese país el 8 de marzo de 2018 y a ningún otro pareció importarle que el gobierno mexicano no cumpliera con la promesa de liberar la jurisdicción laboral y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva.

Tampoco ha ratificado el Senado el Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva que el Presidente Peña Nieto puso a su consideración el 30 de noviembre de 2015, en el mismo ámbito de las negociaciones del TPP, lo que es una prueba más de que al gobierno mexicano no le agradan los sindicatos reales y que no tiene ninguna intención de acabar con la práctica de los “contratos colectivos de trabajo de protección patronal” que se celebran a espaldas de los trabajadores, con supuestos sindicatos que solo sirven a los intereses del patrón.

EL PROCESO LEGISLATIVO

La reforma al artículo 123 comenzó con la iniciativa que presentó el Presidente Enrique Peña Nieto en la Cámara de Senadores el 28 de abril de 2016. El Senado le hizo algunos cambios y la turnó a la Cámara de Diputados que la aprobó en sus términos. Luego de obtener el visto bueno de la mayoría de las legislaturas estatales, el 24 de febrero de 2017 se publicó el Decreto correspondiente en el Diario Oficial de la Federación.

Junto con la iniciativa de reformas constitucionales, Peña Nieto presentó otra que pretendía modificar la Ley Federal del Trabajo (LFT). En su Exposición de Motivos aludió a la necesidad de fortalecer la negociación colectiva, reconociendo que había que erradicar las prácticas contrarias al legítimo interés de los trabajadores, sindicatos y patrones en el depósito de los contratos colectivos de trabajo, en obvia alusión a los “contratos de protección patronal” a los que nos referimos antes. Se trataba de garantizar que en la celebración de un contrato colectivo los sindicatos realmente representan a los trabajadores de la empresa, pero el sistema propuesto para ello, mediante tarjetas electrónicas o físicas que debían llenar los propios trabajadores para entregarlos luego a la autoridad, se antojaba complicado y poco efectivo. El otro aspecto en el que se centró la iniciativa es el de la actualización de las reglas para el desahogo de la prueba de “recuento”, nombre con el que nos referimos al procedimiento de votación para que los trabajadores elijan al sindicato más

representativo en un centro de trabajo o para determinar si una huelga cuenta o no con el apoyo de la mayoría.

Más allá de las virtudes y defectos de la iniciativa presidencial, es claro que no contó con la simpatía del sector patronal ni mucho menos con la de aquellos líderes sindicales que han hecho un gran negocio con los contratos de protección, que son los mismos que habitualmente gozan de los apoyos gubernamentales, sin importar que el Presidente en turno haya surgido de las filas del Partido Revolucionario Institucional (PRI), creador del sistema corporativo, o del Partido Acción Nacional (PAN), que igual se ha servido de este modelo.

Aquella iniciativa fue objeto de negociaciones sumamente reservadas entre el gobierno, los empresarios y los sindicatos corporativos, y finalmente se hizo a un lado cuando Trump confirmó que su país no suscribiría el TPP y amenazó con salirse del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

El abandono del TPP por parte de los EEUU redujo la presión que ese país estaba ejerciendo sobre el gobierno mexicano para acabar con el corporativismo sindical y llevar los conflictos laborales al ámbito judicial, lo que el empresariado vio como una oportunidad para revertir la reforma constitucional o, en su defecto, para recuperar, por alguna otra vía, el control de los sindicatos y de la solución de los conflictos laborales.

La respuesta llegó el 7 de diciembre de 2017 en que dos senadores del PRI, salidos de las filas del sindicalismo corporativo, Tereso Medina Ramírez de la Confederación de Trabajadores de México (CTM), e Isaías González Cuevas de la Confederación Revolucionaria de Obreros y campesinos (CROC), presentaron una nueva iniciativa en la que proponen que se expida una nueva "Ley del Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales" y que se reformen diversas leyes, entre ellas la LFT y la Ley del Seguro Social.

Por tratarse de una propuesta derivada de una reforma constitucional, sería de esperarse que se concretara a reglamentar los cambios que dicha reforma introdujo. No obstante, el sector patronal, que es su verdadero autor y promotor, sintió que la situación era propicia para meterle mano a diversas cuestiones que le han venido incomodando desde hace varios años y que había tratado de resolver, sin mayor éxito, con las reformas a la LFT de finales de 2012. La iniciativa pretende recuperar el control corporativo de los sindicatos a través del órgano de conciliación y registro de los sindicatos y contratos colectivos en cuyo consejo busca reinstalar el tripartismo, garantizar la subsistencia de los contratos colectivos de protección patronal y dificultar aun más el ejercicio del derecho de huelga, propuestas que, si bien están relacionadas con la reforma constitucional, se inspiran en una ideología radicalmente contraria a la que la animó. Aunque aquella reforma nada dice respecto de las reglas procesales, plantea cambios radicales en las reglas generales del proceso laboral y en los diversos procedimientos, con la clara intención de beneficiar al sector patronal. Pero se mete además con cuestiones sumamente delicadas, que no tienen nada que ver con las modificaciones al artículo 123 constitucional, como la subcontratación, el aviso de despido y las indemnizaciones a los trabajadores.

La iniciativa de los senadores del PRI es una abierta agresión a los derechos

de los trabajadores en casi todos los ámbitos y aunque es incierto su futuro, ha generado un ambiente muy tenso, que se suma y se mezcla con el de las campañas para las elecciones presidenciales, en las que el candidato del nuevo partido MORENA (Movimiento de Regeneración Nacional) que concentra la antipatía y el temor de la clase empresarial, lleva una ventaja muy amplia sobre los candidatos del PAN y del PRI. En estas elecciones, a celebrarse el 1º de julio próximo, se renovará también la totalidad del Congreso de la Unión.

Se han presentado otras iniciativas, pero al parecer ni siquiera se han turnado a las comisiones correspondientes. El 23 de marzo se publicó un proyecto de dictamen de la iniciativa del PRI, pero es prácticamente imposible que se pueda aprobar en los pocos días que le quedan al periodo ordinario de sesiones que concluye el 30 de abril, ni hay señales de que se vaya a abrir un periodo extraordinario para dictaminarla, por lo que es casi seguro que se quedará sin dictaminar y que sea un nuevo Congreso, cuya composición política puede cambiar radicalmente respecto de la del Congreso actual, el que se haga cargo de reglamentar la reforma constitucional.

En otras latitudes llamaría la atención que la nueva iniciativa, totalmente contraria a los trabajadores, hubiese sido presentada por dos representantes sindicales. En México, esa circunstancia no hace sino poner en evidencia que los senadores y su Partido están, en realidad, al servicio de los patrones, aunque la gran dosis de cinismo de estos personajes no deje de sorprendernos.

LAS AMENAZAS

Siendo improbable que la iniciativa de los senadores el PRI se convierta en ley, al menos en el corto plazo, no deja de ser una clara expresión de las aspiraciones del sector patronal para acabar de desbaratar el sistema tutelar de los trabajadores que inició en 1917 con el artículo 123 de la Constitución, que mejoró con las leyes laborales de 1931 y de 1970 y que tuvo un último impulso con la reforma procesal de 1980, a partir de la cual comenzó a debilitarse, no mediante reformas regresivas como ha ocurrido en otras latitudes, sino con las políticas neoliberales que los distintos gobiernos han instaurado a partir de 1982. La reforma laboral que se anunció desde 1988, no se pudo concretar sino hasta 2012, con resultados que en su mayoría fueron, si no adversos a la clase patronal, al menos insatisfactorios ante sus demandas¹.

En las circunstancias actuales, vale la pena recordar brevemente algunas de las propuestas que plantea la iniciativa del PRI:

El aviso de despido. La obligación patronal de dar al trabajador un aviso escrito en el que precise las causales del despido está en la LFT desde su promulgación en 1970. Sin embargo, la falta de una sanción específica en la Ley, llevó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a determinar que el incumplimiento de esa norma no tenía ninguna consecuencia jurídica. En razón de ello, la obligación de entregar el aviso de despido se convirtió en una regla permanentemente incumplida.

¹ El Anuario 2014 de la AIDTSS da cuenta de dichos cambios (págs. 215 a 233).

Sin embargo, en 1980 hubo una reforma muy importante en materia procesal, que sustituyó los viejos procedimientos de corte civilista por otros de carácter tutelar y se aprovechó ese viaje para instrumentar una vía para notificar al trabajador el despido y las causas del mismo a través de las juntas de conciliación y arbitraje, en caso de que el trabajador se negara a recibir el aviso. Se incorporó además la sanción por el incumplimiento de su entrega, determinando que la falta del aviso bastaba para considerar que el despido había sido injustificado. SCJN fue todavía más allá y resolvió que, aunque el patrón hubiese comunicado el despido a la junta de conciliación y arbitraje, si no probaba en el juicio que el trabajador se había negado a recibir el aviso, el despido, de cualquier manera, sería injustificado. Como era de esperarse, la gran mayoría de los abogados de los trabajadores aconsejaban a sus clientes que no recibieran el aviso de despido y en el juicio, en vez de defender la conducta de sus representados, enfocaban sus esfuerzos a impedir que el patrón pudiera acreditar que el trabajador se había negado a recibir el aviso. La respuesta de los abogados patronales en la inmensa mayoría de los casos fue la de negar el despido y ofrecer al trabajador que volviera a sus labores, lo que la Suprema Corte, con infinita ingenuidad, ha considerado como prueba de su buena fe, para trasladar la carga de la prueba del despido a los trabajadores. En resumidas cuentas, los juicios laborales se convirtieron en funciones teatrales totalmente ajenas a la realidad, que resultan además muy aburridas por tratarse de la repetición al infinito de un guión que todo mundo se sabe de memoria salvo, aparentemente, la SCJN.

La reforma laboral de 2012, promulgada por el presidente Felipe Calderón (2006-2012), pero que entró en vigor el 1º de diciembre de ese año, mismo día en que tomó posesión de la presidencia Enrique Peña Nieto, pretendió resolver este problema instrumentando un sistema que hiciera efectiva la entrega del aviso de despido, para que el trabajador pudiera defenderse frente a las imputaciones de su patrón, pero también para que éste pudiese demostrar la mala conducta del operario y con ello, la justificación del despido. En esencia, se estableció que el término de prescripción para que el trabajador demande a su empleador por un despido injustificado, no comienza a correr sino hasta que se le entrega el aviso correspondiente, con la consecuencia de que la falta del aviso conlleva la injustificación y la nulidad del despido. No obstante, esta reforma no ha tenido el efecto esperado y la estrategia patronal de negar el despido y ofrecer el trabajo sigue siendo la defensa más efectiva y la más usual.

La iniciativa pretende suprimir la obligación patronal de entregar al trabajador el aviso de despido, planteando solamente un deber muy vago de comunicarle la conducta que motivó el despido, ni siquiera por escrito y, desde luego, sin sanción. A fin de cuentas, se trata de reinstalar, ahora en la Ley, el viejo, injusto y odioso criterio de la SCJN.

Subcontratación. Una de las cuestiones más debatidas en la reforma de 2012 fue la de la subcontratación. El sector patronal, que fue el impulsor fundamental de la reforma con el aval del gobierno de Felipe Calderón, pretendió que se autorizara lo que ya era una práctica muy común de simular la contratación de los trabajadores a través de terceras personas que no llevan a cabo ninguna actividad productiva real, que son sociedades formalmente constituidas como filiales de la empresa principal o viles negocios de terceros

que ponen en sus nóminas a los trabajadores de sus clientes a cambio de una comisión, a través de “contratos de suministro de personal” que pretenden liberar al empleador de todas las obligaciones patronales, haciendo nugatorios los derechos laborales y de seguridad social, prácticamente en su totalidad. Los diversos gobiernos fueron sumamente tolerantes con estas prácticas hasta que los empresarios comenzaron a utilizarlas para evadir también sus obligaciones fiscales.

Al final, la jugada salió bastante mal a los patrones, ya que, si bien se incorporó a la LFT el “régimen de subcontratación”, se le pusieron diversas condiciones que limitaron razonablemente este recurso. El nuevo artículo 15-A autorizó la subcontratación siempre que no abarcara la totalidad de las actividades del centro de trabajo, que se justificara por su carácter especializado y que no comprendiera tareas iguales o similares a las de los trabajadores del contratante. El berrinche de los empleadores fue mayúsculo.

Aunque el tema de la subcontratación no tenía por qué formar parte de las adaptaciones legales a la reforma constitucional, el sector patronal vio la oportunidad de suprimir esos candados y lograr la anhelada autorización para subcontratar a su antojo a todos los trabajadores, lo que para todos los efectos prácticos equivale a blindar el patrimonio de la empresa frente a los derechos laborales, reducir los salarios y las prestaciones contractuales, acabar con la estabilidad en el empleo, suprimir la participación en las utilidades y ahorcar a los pocos sindicatos representativos. La iniciativa firmada por los senadores del PRI suprimió todas las condiciones, lo que exacerbó los ánimos de la clase trabajadora a grado tal que en el proyecto de dictamen que se formuló en la Cámara de Senadores, se cortó de tajo la propuesta.

Indemnizaciones en Unidades de Medida y Actualización. En las causales de suspensión y terminación colectiva de las relaciones de trabajo, así como en las derivadas de los riesgos de trabajo, se establecen las indemnizaciones en unidades de medida y actualización (UMA) en lugar de cuantificarlas con base en los salarios de los trabajadores como lo establece la LFT vigente.

Estas unidades se incorporaron a la Constitución el 27 de enero de 2016 para ser utilizadas como índices, bases, medidas o referencias para determinar la cuantía de las obligaciones previstas en las diversas leyes, con la finalidad de sustituir al salario mínimo que se venía usando indiscriminadamente para tal efecto, lo que a decir de nuestras autoridades impedía el crecimiento real de los salarios, lo que encarecería aquellas obligaciones y tendría un efecto inflacionario. A partir de entonces, “el salario mínimo –dice la fracción VI del apartado A del artículo 123 constitucional–, no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza”. Se supone que mientras que la UMA aumentará conforme a la inflación, el salario mínimo lo hará por arriba de la misma para recuperar gradualmente su poder adquisitivo.

Con una envidiable caradura, la iniciativa del PRI propone cuantificar con estas unidades las indemnizaciones en las hipótesis ya mencionadas, en vez de hacerlo con los salarios reales. El salario mínimo diario vigente es de 88.36 pesos, equivalente a 4.75 dólares de los EEUU –uno de los más bajos de la región latinoamericana, si no es que el más bajo–. Por su parte, la UMA vale

\$80.60, un nueve por ciento menos que el salario mínimo. A quienes apoyaron la iniciativa, no les basta cambiar los salarios reales por el salario mínimo, sino que van más allá, al pretender pagar las indemnizaciones con cantidades todavía inferiores que, al menos teóricamente, deberán valer cada vez menos en comparación con el salario mínimo.

Estas propuestas también fueron retiradas del proyecto de dictamen.

Libertad sindical, negociación colectiva y huelga. De acuerdo con la reforma constitucional, el registro de todos los sindicatos y de todos los contratos colectivos de trabajo queda a cargo del mismo organismo descentralizado que en el ámbito federal tendrá la función de conciliar los conflictos de trabajo. El titular del organismo debe ser designado por la Cámara de Senadores de una terna propuesta por el Presidente de la República y en caso de que el Senado rechace a los tres candidatos, el Presidente deberá proponer una nueva terna, con la salvedad de que, si vuelve a ser rechazada en su integridad, el propio Presidente habrá de elegir al titular de entre los integrantes de la segunda.

La iniciativa propone crear un “Instituto Federal de Conciliación y Registro Laborales” gobernado por un Consejo Técnico integrado por doce miembros, cuatro del gobierno federal, cuatro del sector obrero y cuatro más del sector patronal, con la intención de rescatar el tripartismo que se decidió abandonar en la reforma constitucional. A este Consejo le tocaría aprobar el Estatuto Orgánico del Instituto, el Manual de Organización, el Manual de Procedimientos, el Manual de Servicios al Público, el Código de Conducta, y las demás disposiciones administrativas que regulen su operación y funcionamiento. De esta manera, el Director General quedaría subordinado al Consejo.

Conviene recordar que actualmente, en los estados y en la ciudad de México, el registro de los sindicatos y el depósito de los contratos colectivos de trabajo corresponde a las juntas locales de conciliación y arbitraje de integración tripartita, pero que en el ámbito federal se encarga de ello la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en donde los sectores obrero y patronal no tienen participación, al menos de carácter oficial, por lo que la iniciativa pretende ir todavía más allá de la ley vigente, al encomendar el registro de todos los sindicatos y de todos los contratos colectivos a un organismo tripartito, que obviamente tendría interés directo en los asuntos que le tocaría resolver.

En otra propuesta, la iniciativa exige que los sindicatos acrediten que representan a los trabajadores de la empresa para que puedan celebrar un contrato colectivo de trabajo, pero solo cuando siguen la vía del emplazamiento a huelga como medio de presión, no así cuando firman el contrato de común acuerdo, lo que deja paso libre a los contratos de protección patronal.

Exige también que los sindicatos demuestren que representan a los trabajadores al iniciar un procedimiento de huelga y ordena archivar los emplazamientos dirigidos a personas que no tengan trabajadores, lo que crearía una especie de inmunidad para las empresas que recurren a la subcontratación total de sus trabajadores.

Proceso laboral. Sin entrar en detalles respecto de los procedimientos jurisdiccionales, es importante destacar que la iniciativa prácticamente anula la

tutela procesal que todavía favorece a la parte trabajadora. Es el caso, por ejemplo, de la suplencia de la deficiencia de la demanda que queda prácticamente cancelada al impedir que el trabajador alegue hechos distintos de los aducidos en el procedimiento conciliatorio ante el organismo descentralizado. El patrón, en cambio, no tiene ninguna obligación de contestar aquellos hechos, lo que le da una gran ventaja al pasar al juicio. No es exagerado decir que la tutela se trasladaría en favor de la parte patronal como cuando se obliga al demandante a ofrecer pruebas con su demanda y no permitirle que agregue luego otras, lo que colocaría al demandado, que casi siempre es el empleador, en una situación privilegiada.

LAS REACCIONES

Es bien sabido que el sindicalismo verdaderamente representativo es escaso en México, pero hay que decir también que tiene una presencia importante cuando se trata de llevar al debate público temas que afectan a la clase trabajadora. Es importante recordar que al entrar en vigor el TLCAN en enero de 1994, esos sindicatos comenzaron a tejer alianzas con los sindicatos de los EEUU y de Canadá, que ejercen una influencia importante con los legisladores de estos países, los que a su vez presionan a sus respectivos gobiernos para condicionar las negociaciones comerciales que sostienen con México al cumplimiento de ciertos estándares o, como en el caso que nos ocupa, al rechazo de las reformas propuestas. Es cierto que los EEUU decidieron salirse del TPP, pero al mismo tiempo exigieron revisar el TLCAN y para ello pesa mucho la acción de los sindicatos de esos países, que se han sumado en contra de la iniciativa del PRI.

El caso es que, a menos de una semana de terminar el último periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión, la iniciativa no ha sido aprobada en el Senado, siendo muy difícil que se apruebe y prácticamente imposible que la apruebe también la Cámara de Diputados. Será un nuevo Congreso el que se ocupe de ella y no parece serio aventurar siquiera la composición que tendrán las dos cámaras a raíz de las elecciones del 1o de julio. No podemos descartar que esta iniciativa, como ocurrió con la del Presidente Peña Nieto se quede definitivamente congelada. Ello no significa, sin embargo, que los trabajadores puedan bajar la guardia, pues algunos representantes patronales tienen sed de venganza y no quitarán el dedo del renglón.

ALGUNAS RESOLUCIONES DE LA SCJN

Progresividad de los derechos humanos. En junio de 2011 la Constitución mexicana tuvo una de las reformas más importantes al incorporar en su primer artículo las reglas básicas y los principios sobre los derechos humanos. Determinó que todas las personas deben gozar de los derechos humanos y las garantías que los protegen, tanto los que reconoce la propia Constitución como los comprendidos en los tratados internacionales de los que México es parte. Dispuso además que las normas relativas a los derechos humanos se deben interpretar de acuerdo con la Constitución y con los correspondientes tratados internacionales “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más

amplia". Obligó también a todas las autoridades a "promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad".

De acuerdo con este artículo, si un tratado internacional que rija en México establece mejores derechos para las personas que la propia Constitución, debe prevalecer la protección que otorga el tratado, además de que el artículo 6o de la LFT obliga a aplicar estos tratados "en todo lo que beneficien al trabajador...". Sin embargo, el propio artículo 1o constitucional prevé que el ejercicio de los derechos humanos y de las garantías para su protección se pueda restringir y hasta suspender en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, previsión que ha dado pie a que la SCJN no reconozca derechos laborales fundamentales como la estabilidad en el empleo de los trabajadores de confianza al servicio del Estado, a pesar de que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o "Protocolo de San Salvador" de noviembre de 1988, reconozca este derecho para todos los trabajadores, con las modalidades correspondientes, de acuerdo con su artículo 7º, inciso d). La conservadora Segunda Sala de la Suprema Corte se ha pronunciado en ese sentido [Jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN: 2a./J. 23/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 4, marzo de 2014, Tomo I, pág. 874, reg. 2005823]. Se basó para ello en que la propia Sala había reiterado la interpretación de que la Constitución únicamente reconoce a estos trabajadores las medidas de protección del salario y los beneficios de la seguridad social, pero que no fue intención del Constituyente otorgarles el derecho de inamovilidad en el empleo y que por esa razón constituye una restricción constitucional. Es obvio que criterios similares pueden servir para rechazar cualquier derecho humano que no esté expresamente consignado en la Constitución, sobre todo si la norma convencional no es del gusto del Estado.

El problema, ahora, es que la Primera Sala de la Suprema Corte ha sostenido que el principio de progresividad de los derechos humanos no es absoluto y que las autoridades pueden adoptar medidas regresivas si se justifican plenamente [Jurisprudencia por reiteración de criterios de la Primera Sala de la SCJN: 1a./J. 87/2017 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 47, octubre de 2017, Tomo I, pág. 188, reg. 2015304]. Esta tesis se refiere concretamente a la falta de recursos de alguna autoridad para tutelar un derecho humano, siempre que haya realizado los esfuerzos necesarios para obtenerlos y que haya aplicado el máximo de los recursos disponibles para tutelar ese u otro derecho humano cuya importancia relativa hubiese sido mayor.

Ni tarda ni perezosa, la Segunda Sala expuso su criterio para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano viola el principio de progresividad. Sostiene que para ello se debe analizar si la disminución busca incrementar el grado de tutela de otro derecho humano y si con ello "genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos". Hasta ahí no se trata sino de la adopción de la teoría de la ponderación de los derechos humanos, pero la Sala sostuvo también que "el operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas

de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada”, lo que parece abrir la posibilidad de que cualquier medida que afecte al Estado como garante de los derechos de la colectividad, deberá vencer a la que solo conlleva una afectación individual [Jurisprudencia por unificación de criterios de la Segunda Sala de la SCJN: 2a./J. 41/2017 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 42, mayo de 2017, Tomo I, pág. 634, reg. 2014218].

Carga de la prueba respecto de una trabajadora despedida durante su embarazo. Un criterio que ha prevalecido durante muchas décadas al que nos referimos antes², sostiene que corresponde al patrón la carga de la prueba cuando niega el despido que alega un trabajador, dado que no es lógico que lo demande si no existió el despido. Como contrapartida, dada la dificultad o imposibilidad de probar lo que no ha ocurrido, se ha sostenido también por largo tiempo que si el patrón niega el despido y ofrece al trabajador que vuelva a su trabajo, la carga de la prueba se revierte, pero solo cuando el ofrecimiento haya sido de buena fe. No obstante, los criterios sobre la buena o mala fe del ofrecimiento cambian constantemente, lo que ha convertido los juicios laborales por despido en viles estrategias que se van adaptando a los criterios de la Corte y que no tienen nada que ver con la verdad.

La Segunda Sala sostuvo recientemente que el ofrecimiento al trabajo que se hace a una mujer que se dijo despedida durante su embarazo, aunque sea de buena fe, no revierte la carga de la prueba, porque la situación “obliga a juzgar con perspectiva de género” para evitar la discriminación: “Así, la prueba de que los motivos del despido no se encuentran relacionados con el embarazo de la trabajadora corresponde al patrón, e independientemente de que el ofrecimiento de trabajo se considere de buena fe, éste pierde el beneficio procesal de revertir la carga probatoria a la trabajadora embarazada o en periodo de licencia postnatal” [Jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN: 2a./J. 66/2017 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, pág. 1159, reg. 2014508]. Suena bien, pero subsiste la gran dificultad que supone para el patrón probar un hecho que nunca tuvo lugar.

24 de abril de 2018

² Al tratar de la propuesta de la iniciativa del PRI respecto del aviso de despido.

Cambios y tendencias en el Derecho del Trabajo panameño y en la Seguridad Social en Panamá en el año 2017

Rolando MURGAS TORRAZZA

Profesor Emérito de la Universidad de Panamá. Tutor en el Doctorado en Derecho, con énfasis en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Miembro de Número y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En el año 2017 hubo en Panamá algunos cambios en materia laboral y de la seguridad social. Pueden destacarse las leyes y decretos que se describen a continuación y los avances en el Proyecto de Relaciones Laborales Colectivas en el Sector Público, pendiente ahora de aprobación por la Asamblea Nacional.

I. AVANCES EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RELACIONES LABORALES COLECTIVAS EN EL SECTOR PÚBLICO

Este Anteproyecto fue el resultado de un consenso en la Comisión Tripartita que tiene como marco la adecuación de la legislación panameña a los Convenios de la OIT. En materia de servidores públicos no existe una legislación que regule debidamente sus derechos colectivos, pese a su reconocimiento constitucional y a la ratificación por Panamá de los Convenios 87 y 98 de la OIT.

El Anteproyecto tenía cuatro ejes fundamentales (Derecho de asociación sindical,

derecho de huelga, derecho de negociación colectiva y conflictos colectivos). Aparte de lo anterior, tiene normas introductorias, un glosario y normas sobre vigencia. Sus líneas generales fueron expuestas en nuestra colaboración para el Anuario 2015 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Debía ser presentado al Consejo de Gabinete, para que en la primera semana de julio de 2016 fuese llevado a la Asamblea Nacional, convertido en Proyecto de Ley. Esto no ocurrió.

El 26 de abril de 2017 la Federación Nacional de Servidores Públicos (FENASEP) y la Confederación Nacional de Unidad Sindical Independiente (CONUSI), lograron que el Anteproyecto consensuado fuese prohiado por la Comisión de Salud, Trabajo y Desarrollo Social, de la Asamblea Nacional y convertido en el Proyecto de Ley N° 500. Con posterioridad, en agosto de 2017, el Consejo de Gabinete, por conducto del Ministro de Trabajo y Desarrollo Laboral, presentó otro Proyecto de Ley, que contenía cambios introducidos por el Consejo de Gabinete, en especial en materia de huelga, arbitraje, conflictos colectivos y otros temas, que los tres sectores acordaron serían rediscutidos en la Asamblea Nacional. Este Proyecto fue recibido y se le asignó el número 511. Luego la Comisión acordó unificar la discusión de los dos Proyectos, lo cual viene a producirse en el año 2018. Se encuentra en Primer Debate en la Asamblea Nacional.

II. EN MATERIA DE CARRERA ADMINISTRATIVA (SERVIDORES PÚBLICOS)

Con la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, se hace una importante reforma a la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa de los servidores públicos

Entre sus principales dispositivos se encuentran:

1. Se modifican los órganos superiores de la Carrera Administrativa.
2. Se establece la convocatoria pública para el procedimiento de ingreso a la Carrera, en coordinación con la Dirección General de Carrera Administrativa.
3. Licencia sin sueldo voluntaria para separarse con el objeto de atender procesos judiciales.
4. Modifica la bonificación por antigüedad de los servidores públicos de Carrera, en caso de renuncia, jubilación, reducción de fuerza o enfermedad; con un mínimo de cinco años desde la adquisición del estatus, hasta el último sueldo devengado. Se establece una tabla que va desde el equivalente de dos meses de sueldo hasta un máximo de diez meses, según la antigüedad entre cinco a veinticinco años.
5. Derecho del beneficiario designado por el servidor fallecido a un mes de sueldo, más todos los derechos adquiridos no cobrados o, en su defecto, a los herederos del fallecido.
6. Trámites previos escritos y derecho de defensa, para la destitución directa de un servidor público.
7. Pago en efectivo por el trabajo extraordinario.

8. Creación de un Tribunal Administrativo de la Función Pública, para conflictos individuales, con inicio de labores a partir del 2 de julio de 2018.
9. Derecho de los servidores públicos que perdieron su acreditación por la Ley 43 de 2009 y que siguieron ejerciendo las mismas funciones, a su acreditación automática a la Carrera Administrativa. También si tiene otras funciones y cumple con los requisitos para el cargo respectivo.
10. Derecho a una prima de antigüedad al terminar su relación, a razón del equivalente a una semana de salario laborada a partir del inicio de su relación permanente. Las fracciones inferiores a un año se consideran para un cálculo proporcional.
11. Procedimiento especial de ingreso automático a la Carrera Administrativa, para los servidores públicos en funciones, que al ser evaluados demuestren poseer los requisitos mínimos. Los que ya ocupaban un cargo definido como de Carrera Administrativa, antes del 1° de julio de 2009, mantendrán esa condición hasta que sean acreditados en la Carrera Administrativa mediante los mecanismos establecidos en la nueva Ley.
12. A partir de la vigencia de la Ley, todos los servidores públicos permanentes podrán ser acreditados mediante evaluación del desempeño, sin perjuicio de su derecho a participar en los concursos de ingreso a la Carrera Administrativa.
13. Se pasa a la Dirección Nacional de Carrera Administrativa la capacitación de los servidores públicos, responsabilidad anteriormente del Instituto Nacional de Formación Profesional y Capacitación para el Desarrollo Humano.
14. Obligación de pagar las prestaciones finales de los servidores públicos dentro de los treinta días hábiles siguientes a su desvinculación de la Administración Pública.
15. A partir del 2 de enero de 2017 y según el calendario establecido por el Órgano Ejecutivo, se aplicará el Procedimiento Ordinario de Ingreso en las instituciones del Estado. No obstante lo anterior, hasta el 29 de junio de 2018 se podrá nombrar a servidores públicos en cargos definidos como de Carrera Administrativa, sin utilizar el Procedimiento Ordinario de Ingreso, ni el Procedimiento Especial de Ingreso. En esos casos los nombrados tendrán la calidad de personal permanente.
16. Los servidores públicos nombrados a partir del 1° de agosto de 2012 en la Planilla 001 como personal eventual, pasará a la planilla de permanentes, a partir de la entrada en vigencia de la Ley que comentamos.

III. EN MATERIA DE LICENCIA DE PATERNIDAD

III.1 LEY 27 DE 23 DE MAYO DE 2017

Con esta Ley se introduce la obligatoriedad de una pequeña licencia de paternidad a favor de los trabajadores de las empresas privadas y de los servidores públicos.

En el Código de Trabajo no existía esta previsión sino la posibilidad de permisos no remunerados. Ha sido usual, en buena parte de las convenciones colectivas de trabajo, pactar permisos remunerados de dos o tres días. También en los Reglamentos Internos de Trabajo se daban disposiciones al respecto.

Los dispositivos de la Ley 27 de 1937, son los siguientes:

1. Licencia remunerada de paternidad a partir del momento del nacimiento del hijo o hija.
2. La madre debe ser la esposa del trabajador o servidor público o su conviviente en condiciones de singularidad y estabilidad.
3. La duración de la licencia es de tres días *hábiles*¹.
4. Los días de licencia se computarán como tiempo efectivo de servicio.
5. En el período de licencia su beneficiario no podrá laborar para otro empleador o por cuenta propia.
6. El trabajador está obligado a comunicar a su empleador o a la institución donde labora, la fecha probable de parto, con una semana de anticipación.
7. El trabajador está obligado a presentar a su empleador el certificado de nacimiento expedido por el Registro Civil.

III.2 DECRETO EJECUTIVO N° 83 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2017

El Decreto Ejecutivo N° 83 de 27 de diciembre de 2017, hace una breve reglamentación de la Ley 27 de 23 de mayo de 2017².

Su contenido puede resumirse así:

1. Se precisa que la licencia de tres días *hábiles*, se otorgará una sola vez al año.
2. La duración de la licencia es la misma en caso de parto múltiple.
3. En el contrato de trabajo o en el formulario de datos personales, según se trate de trabajador de la empresa privada o de servidor público, constará la declaración del nombre de la esposa o conviviente del trabajador o servidor público. Las empresas y las instituciones públicas actualizarán periódicamente los datos personales del trabajador.
4. Si el trabajador o servidor público se encontrare en uso de vacaciones, hospitalizado o incapacitado, al momento del nacimiento del hijo o hija, debe comunicarlo a su empleador. Finalizados los supuestos anteriores, se computarán los días de licencia.

¹ En realidad debe entenderse que se trata de días laborables. En el derecho panameño los días hábiles son los de despacho en el sector público. Los días de fiesta o de duelo nacional (estos últimos con orden de cierre de los establecimientos públicos), equivalentes a los días festivos o feriados de otros países, son de descanso obligatorio remunerado para ambos sectores. Los días feriados son días de descanso obligatorio en el sector público. De esta manera, por excepción, un día laborable para un trabajador por turnos, por ejemplo, puede darse en días de fiesta o duelo nacional o en días feriados.

² En esta reglamentación se utiliza también, impropriamente, días hábiles, así como la de inhábiles, en lugar de las correctas de días laborables y de días no laborables. Sin embargo, en el artículo 4, aun cuando se utiliza mal la expresión hábiles, se mejora la idea.

5. El trabajador no podrá sustituir discrecionalmente el cómputo de los días de licencia.

IV. EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

En lo relativo a la Seguridad Social, es importante la Ley 45 de 16 de junio de 2017, que reforma la Ley 51 de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social.

Se reconocen beneficios económicos especiales a los trabajadores de las empresas bananeras, en lo relativo a enfermedad, pensión de vejez, retiro anticipado y pensión de invalidez. Se trata de reglas que mejoran el régimen general.

Son los siguientes:

1. Se adiciona un artículo 144-A, en virtud del cual los trabajadores de las empresas bananeras y de los productores independientes, incorporados al régimen obligatorio o al voluntario, en caso de enfermedad que produzca incapacidad para realizar labores en un 50%, la Caja de Seguro Social les reconocerá un subsidio diario equivalente al 80% del salario correspondiente a los dos últimos meses de cotización.
2. Se adiciona un artículo 158-A, conforme al cual para el caso del derecho a una pensión de invalidez por el Subsistema Exclusivamente de Beneficio Definido, se considerará inválido si se padece la pérdida o anormalidad de una estructura psicológica, fisiológica o anatómica con pérdida de un tercio de su capacidad laboral que rige para la actividad bananera.
3. Se adiciona un artículo 161-A, que dispone que para los trabajadores de las empresas bananeras y los productores independientes de banano, se establecerá un salario base mensual para la Pensión de Invalidez, que se calculará de la misma forma que la Pensión de Retiro por Vejez.
4. Se adiciona un artículo 168-A, que considera de alto riesgo para la salud de los trabajadores la prestación de servicios en la actividad bananera, que implique la realización de actividades manuales. En atención a ellos los trabajadores tendrán derecho a un retiro anticipado por vejez.
5. Se adiciona un artículo 168-A, que establece la forma en que se cubrirán las prestaciones de la pensión especial de vejez: los empleadores, el 2.5% de los salarios de sus trabajadores; el Estado el 6% de los salarios.
6. Se adiciona un artículo 170-A, que fija los requisitos para la pensión de retiro anticipado por vejez, de la siguiente manera:
 - 58 años los hombres y 54 las mujeres.
 - Haber cotizado por lo menos 216 cuotas a la Caja de Seguro Social.

Se alcanza el 80% del salario base mensual y se adiciona un 2% del salario base mensual por cada 12 cuotas completas que excedan de las 216 cuotas.

Cambios legislativos y jurisprudenciales en materia de Derecho del Trabajo en el Perú durante el año 2017

Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS¹

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

En el Perú estamos batiendo un record histórico: la continuidad democrática postfujimorista de 4 presidentes. Lo que significa que nos estamos separando del derrotero tradicional de golpes de Estado e interrupciones democráticas que ha signado nuestra historia. Esta circunstancia no se aprecia, infelizmente, en el ámbito del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales, puesto que el respeto por las reglas democráticas formales no ha traído consigo una reforma laboral en la que se traduzca que la democracia es un régimen político profundamente axiológico, y que, desde la derrota barbarie nazi, trasciende las reglas de mayorías y minorías para tomar contenidos sustanciales, que se asientan en el respeto, garantía y eficacia de los derechos fundamentales por los poderes públicos y los particulares (Ferrajoli).

Seguimos, en Perú, bajo la égida de las normas y la organización administrativa extra flexible que nos legó, entre otras cosas, el fujimorismo, produciéndose desde el año 2000 pequeñas reformas o retoques legislativos y administrativos, quedando en manos de la jurisprudencia constitucional, primero, y común, después, la bandera de la defensa de la libertad sindical, el derecho al trabajo, la negociación colectiva en el sector público, etc. En el año 2017, esta tendencia no ha cambiado, aunque debemos señalar que, incluso a nivel jurisprudencial, los pronunciamientos terminan sólo precisando la regulación de un derecho –como en el caso de las licencias– o estableciendo limitaciones –como sucede con el poder de fiscalización del empleador en el caso de la Casación 14614-2016 Lima.

¹ El autor agradece a Renzo Vito Salvador Florián, por su apoyo en este informe.

Así, en los siguientes apartados se reseña las principales disposiciones normativas emitidas durante el año 2017 a nivel de Derecho Individual y Colectivo. Se incluye, además, pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de la República.

I. DISPOSICIONES NORMATIVAS RELEVANTES

1. DERECHO INDIVIDUAL

- **Decreto Supremo 001-2017 TR** (13 de enero 2017) – Decreto Supremo que establece disposiciones a favor de los bomberos voluntarios que laboran en el sector privado y en el sector público.

A través de este Decreto Supremo se amplían los permisos de salida y suspensiones de la relación de trabajo, ambos con goce de remuneraciones, establecidos en favor de aquellos trabajadores, sea del sector público o privado, que se desempeñen como bomberos voluntarios para la atención de cualquier emergencia. De este modo, se deroga el Decreto Supremo N° 017-2007 TR, que limitaba los referidos beneficios solo para los casos de atención a zonas declaradas en estado de emergencia, y además los otorgaba de manera imperfecta.

Por otro lado, para acceder a estos derechos, la norma establece que se deberá presentar al empleador, por única vez, una declaración jurada o cualquier otro formato que se utilice en centro de trabajo comunicando su afiliación al Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (CGBVP). Se detalla, finalmente, que para el goce de los referidos beneficios, el trabajador podrá comunicar, hasta el tercer día de producida su ausencia, que fue convocado por el CGBVP.

- **Ley 30555** (24 de abril 2017) – Ley que incorpora al régimen laboral del DL 728 a los trabajadores profesionales, no profesionales, asistenciales y administrativos de EsSalud que se encuentran bajo el régimen de CAS.

Mediante esta nueva normativa se busca incorporar a ciertas categorías de trabajadores que laboran en EsSalud y que se encuentran sujetos al régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), al régimen de la actividad privada –regulado por el Decreto Legislativo 728. Vale señalar que con este cambio en el estatuto de los dependientes de la mencionada entidad estatal se apunta a otorgarles mayores beneficios sociales, entre los que destaca la estabilidad laboral. No obstante, la norma no hace ninguna referencia al acceso a la carrera administrativa.

En tal sentido, se establece, en el artículo 3, dos requisitos objetivos para el cambio de régimen: i) encontrarse laborando de forma continua dos años; y, ii) haber ingresado a la institución mediante concurso y evaluación. Se precisa, además, que la incorporación se efectuará en un plazo no mayor de tres años, de manera progresiva, meritocrática y acorde a las necesidades de la entidad. Finalmente, tanto el procedimiento de incorporación, como los criterios de ordenación y la conformación de la comisión serán precisados con el Reglamento de la Ley, el cual fue aprobado en el mes de julio del mismo año.

- **Decreto Supremo 008-2017 TR** (31 de mayo 2017) –Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30012, Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedades en estado grave o terminal o sufran accidente grave.

Luego de la promulgación de la Ley 30012, en el año 2013, el presente Reglamento busca desarrollar, de manera más específica, los ámbitos subjetivos y objetivos del derecho de licencia con goce de remuneración, por un máximo de 7 días, a favor de los trabajadores con familiares que se encuentren con enfermedades graves o sufran accidentes. Asimismo, establece también un trámite para el goce de este permiso.

Con relación al ámbito subjetivo, desarrollando la ley, se precisa que todos los trabajadores, al margen del régimen laboral en el que se encuentren, tienen derecho a esta licencia. Se señala, además, que si bien este beneficio es por un plazo máximo de 7 días calendario, en caso de ser necesario, puede aumentarse a cuenta del descanso vacacional y al récord acumulado. Finalmente, en cuanto al trámite, el reglamento establece que el dependiente debe presentar a su empleador una comunicación solicitando el otorgamiento del permiso, así como los certificados médicos correspondientes y la documentación que acredite el vínculo familiar.

- **Decreto Supremo 012-2017 TR** (25 de julio 2017) - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30555, Ley que incorpora al Régimen Laboral del Decreto Legislativo N° 728 a los trabajadores profesionales, no profesionales, asistenciales y administrativos de ESSALUD que se encuentran bajo el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.

En concordancia con la delegación de la reglamentación, establecida en el artículo 5 de la Ley N° 30555, este Reglamento delimita el alcance de la incorporación de los trabajadores de EsSalud sujetos al régimen CAS al establecido para el sector privado –regulado por el Decreto Legislativo N° 728. De esta manera, se desarrolla el procedimiento, así como la constitución de la comisión encargada de realizar éste.

Con relación a la incorporación de los trabajadores, señala el Reglamento que el criterio de ordenación del proceso se hará exclusivamente en función de la antigüedad. Y a partir de esta perspectiva, la Comisión emitirá un listado con aquellos que cumplen los requisitos, sin perjuicio que se pueda presentar una solicitud en caso de algún trabajador que cumpla con éstos y no figure en dicha relación. Finalmente se precisa que este procedimiento culmina con la suscripción de un nuevo contrato sujeto al régimen del Decreto Legislativo 728, previa liquidación de todos los derechos y beneficios pendientes de pago.

- **Decreto Supremo 013-2017 TR** (26 de julio 2017) – Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30119, Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

En observancia de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado

peruano con relación al Convenio 156 de la OIT sobre trabajadores con responsabilidades familiares, y a la Convención sobre Derechos de las personas con discapacidad, el presente Reglamento fija disposiciones que precisan el derecho de licencia que tienen los dependientes para la asistencia médica o de rehabilitación de sus familiares, regulado por la Ley 30119 –promulgada en el 2013. En tal sentido, se establece un procedimiento para el otorgamiento de este beneficio, así como se delimita las reglas para su ejercicio.

En primer lugar, en cuanto al ámbito objetivo, este beneficio otorga un máximo de 56 horas de licencia para la asistencia médica y/o de terapia, por cada hijo que requiera de dicha atención. No obstante, se precisa que se puede hacer uso del tiempo de forma proporcional al récord vacacional acumulado. Finalmente, en cuanto al trámite, se estipula que el dependiente debe presentar a su empleador una comunicación solicitando el otorgamiento de la licencia, indicando los días y horas de su uso, así como los certificados médicos correspondientes.

- **Ley 30647** (15 de agosto 2017) – Ley que precisa el régimen laboral del Congreso de la República, del BCR del Perú y de la SBS.

Por medio de esta Ley se establece que los trabajadores del Congreso de la República; del Banco Central de Reserva (BCR); y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) se rigen por el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728. En consecuencia, por vía legislativa se persigue excluir a los dependientes de las citadas entidades del subjetivo del régimen general de la Administración Pública, regulado por la Ley 30057.

Al respecto, debe de recordarse que en el marco de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, se objetó la constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final, la cual contenía una disposición similar². En dicha ocasión el Tribunal Constitucional sostuvo, con relación a las exclusiones al régimen general de los servidores públicos, que éstas “deben tener un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes”³. Por tanto, debe incidirse en que la citada norma puede tener visos de inconstitucionalidad al no precisar el fundamento que sustente la exclusión de este grupo de trabajadores.

- **Ley 30646** (19 de agosto 2017) – Ley que regula el descanso físico adicional del personal de la salud por exposición a radiaciones ionizantes o sustancias radiactivas.

A través de esta nueva Ley, se otorga a todo el personal de salud –del sector público y privado– que labora expuesto a radiaciones ionizantes o sustancias

² “No están comprendidos en la presente Ley los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1023, así como los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República ni los servidores sujetos a carreras especiales [...]”.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 0025-2013 PI/TC; 0003-2014 PI/TC; 008-2014 PI/TC; 0017-2014 PI/TC. FJ 69.

radiactivas, un descanso físico adicional semestral de diez días calendario, el cual no puede ser acumulable ni disponible. Así, mediante esta norma se busca ampliar el ámbito subjetivo del descanso físico adicional que se otorgaba a ciertas categorías de trabajadores. En tal sentido, se deroga el artículo 52 del Decreto Supremo 024-2001 SA, el literal i) del artículo 21 del Decreto Supremo 016-2005 SA y la Tercera Disposición Final de la Ley 28456, Ley del Trabajo del Profesional de la Salud Tecnólogo Médico.

Por otro lado, se señala que los trabajadores están prohibidos de laborar durante dicho periodo, siendo su incumplimiento sujeto a una sanción determinada a nivel reglamentario. No obstante, debe señalarse que a la fecha de realizado el presente informe no se ha reglamentado la presente Ley.

- **Ley 30697** (15 de diciembre 2017) – Ley que modifica el artículo 84 de la ley 30220, Ley Universitaria.

Por medio de la presente norma se realiza una modificación al cuarto párrafo del artículo 84 de la Ley 30220, Ley Universitaria, relativo a la edad máxima para el ejercicio de la labor docente en las universidades públicas. Se eleva, en ese sentido, el máximo de 70 años a 75 para el desempeño de dicha labor. Debe señalarse, asimismo, que se mantienen las restricciones, para quienes cumplan dicha edad, respecto del ejercicio de cargos administrativos y/o de gobierno. De igual manera, se permite continuar con las actividades educativas bajo la condición de “docentes extraordinarios”.

Conviene precisar, finalmente, que la norma originaria fue objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional. En dicha oportunidad, el máximo intérprete de la Constitución sostuvo, en su voto en mayoría, que en la medida en que no se le impide al docente universitario mayor de 70 años continuar con sus labores, pues lo puede hacer bajo el cargo de docente extraordinario, el límite establecido en el artículo 84 no es inconstitucional⁴.

- **Ley 30709** (26 de diciembre 2017) – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres.

En concordancia con el mandato constitucional de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, así como del lineamiento de igual remuneración por trabajo de igual valor, indicado en la Ley 28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, con esta nueva norma se busca proscribir la discriminación remunerativa por razón de sexo. Para ello, se establece la obligación de que todas las empresas cuenten con cuadros de categorías y funciones, otorgando 180 días para su elaboración. Asimismo, se persigue, también, asegurar que en los planes de formación profesional y desarrollo de capacidades se garantice la igualdad entre sexos. Por otro lado, se reafirma la prohibición de despido o no renovación de la relación laboral por motivos vinculados a la condición de embarazo o periodo de lactancia.

Finalmente, se establece, también, la modificación de los artículos 2 y 3 de las Leyes N° 27270 y N° 26772, respectivamente. En el primer caso se incorpora

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes 0014-2014 PI/TC; 0016-2014 PI/TC; 0019-2014 PI/TC y 0007-2015 PI/TC, FJ 256 y 257.

como práctica discriminatoria el trato salarial distinto entre hombres y mujeres cuando éstos cumplan los mismos requisitos y funciones. En cuanto a la segunda norma, se amplía los supuestos de sanción por conductas discriminatorias, considerando aquellos que puedan ocurrir durante la relación laboral, y ya no solo en el caso de las ofertas en el empleo.

2. DERECHO COLECTIVO

- **Decreto Supremo 003-2017 TR** (3 de marzo 2017) – Decreto Supremo que modifica e incorpora artículos al Decreto Supremo Nº 011-92-TR que aprueba el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

El presente Decreto Supremo modifica el inciso e) del artículo 65. De manera que exige ahora, para la comunicación de la declaración de huelga al empleador, una declaración jurada del Secretario General y del dirigente de la organización sindical que en Asamblea sea designado específicamente para ello.

Por otro lado, se incorpora, también, el artículo 16-A. A través de éste se precisa que, para la deducción de la cuota sindical, la organización sindical debe presentar, i) el acta que fija el monto de las cuotas; ii) una relación de los trabajadores afiliados; y iii) la autorización de descuento por planilla firmada por cada uno de los miembros.

- **Decreto Supremo 009-2017 TR** (30 de mayo 2017) – Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

A través de este Decreto Supremo se modifican una serie de artículos del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Así, en primer lugar, el artículo 46 pasa a indicar que el arbitraje laboral, establecido en el artículo 61 de la Ley, solo es procedente siempre que se configuren las causales del Reglamento (primera negociación o mala fe de alguna de las partes).

Por otro lado, se modifica el artículo 60 para establecer la obligación del presidente del Tribunal Arbitral o del árbitro único de remitir a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) el expediente arbitral en su totalidad en un plazo de cinco días hábiles de emitido el laudo arbitral, bajo sanción de separación del Registro. Indica esta norma también que la Dirección General de Trabajo (DGT) centralizará los laudos arbitrales y los publicará en la página web del Ministerio. Además, se señala que los árbitros inscritos en el Registro deben actualizar su información en forma permanente, y como mínimo dentro del primer mes de cada año.

Se incorpora, por último, el artículo 61-B que busca regular la designación de los árbitros y presidente del Tribunal Arbitral. Así, en primer lugar, se señala que las partes deben elegir a sus árbitros en un plazo de cinco días hábiles, o en su defecto, la AAT lo elige. Los árbitros elegidos acuerdan al Presidente del Tribunal en un mismo periodo de tiempo. Finalmente, se establece que, salvo pacto en contrario, no se puede designar como miembro del Tribunal Arbitral a quien dentro de los dos últimos años se haya desempeñado como parte, árbitro, abogado o asesor en algún arbitraje, seguido por alguna de las partes. Dicho periodo de tiempo se contabiliza desde la emisión del laudo.

II. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELEVANTES

- **Casación N° 3289-2015 Callao (19 de enero 2017): no equiparación de remuneraciones devengadas y lucro cesante, y acreditación del daño moral.**

A través de este nuevo pronunciamiento la Corte Suprema establece que no se pueden equiparar las remuneraciones devengadas con el lucro cesante. En ese sentido, y atendiendo a que ambos conceptos difieren en su naturaleza jurídica, se afirma que el lucro cesante derivado del despido debe valorarse de forma independiente, sin necesidad de considerar los posteriores ingresos que pueda percibir el trabajador luego del cese. Finalmente, con relación al daño moral, este pronunciamiento afirma que dicho perjuicio se acredita con la sola conducta antijurídica de dar por concluida la relación laboral.

- **Casación N° 14614-2016 Lima (10 de marzo 2017): inviolabilidad del correo electrónico del trabajador.**

En esta casación, la Corte Suprema de Justicia de la República determinó que constituye una extralimitación de las facultades del empleador la posibilidad de revisar el contenido de las cuentas de correo electrónico del personal a su cargo, sean éstas personales o brindadas por la empresa. Y, por tanto, cualquier política laboral de la empresa que justifique dicha intromisión es ilegal. Sin perjuicio de ello, se precisa que utilizar para fines personales los elementos proporcionados por el centro de trabajos constituye una falta grave, en concordancia a lo establecido en el artículo 25, inciso c) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

Este criterio desarrollado, debe precisarse, recogió las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional (TC) en las sentencias 1058-2004 AA/TC; 4224-2009 PA/TC, 3599-2010 PA/TC y 114-2011 PA/TC. En dichos pronunciamientos el TC precisa que incluso pese a que las plataformas de determinadas comunicaciones sean de propiedad del empleador, estas se encuentran protegidas por la Constitución.

- **Casación N° 1308-2016 Del Santa (19 de octubre 2017).**

Atendiendo a la dispersa jurisprudencia con relación a la reposición en la Administración Pública, la Corte Suprema constituye, mediante este pronunciamiento, un precedente vinculante a través del cual se establece un supuesto de reincorporación en las entidades estatales. Se sostiene, en ese sentido, que en virtud de la Ley N° 24041 se otorga a los trabajadores en condición de contratados, que realicen actividades de manera ininterrumpida por más de 1 año, el derecho a continuar bajo la misma modalidad o similar, sin que ello suponga acceder a la carrera administrativa.

En síntesis, para todos los supuestos referidos a un trabajador sujeto al régimen del Decreto Legislativo 276 y al artículo 1 de la Ley 24041 –esto es, que haya laborado por más de un año de forma ininterrumpida–, en caso pruebe que su contratación se ha desnaturalizado y sea cesado sin que exista causa justificante, no se podrá denegar su derecho a la estabilidad laboral.

V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

A través del presente Pleno Jurisdiccional Supremo, se realizaron acuerdos respecto de tres materias puntuales. En primer lugar, se fijaron las causales de nulidad aplicables a los laudos arbitrales económicos. Luego, se resolvió cuál es la interpretación que deben realizar los jueces con relación al artículo 3 de la Ley 28449. Y, finalmente, se acordó cuál es la indemnización que corresponde para los supuestos de reposición por despido arbitrario y fraudulento.

En cuanto al primer tema, los vocales de la Corte Suprema acordaron que, en el marco de un proceso de impugnación de laudo arbitral económico, son aplicables no solo las causales establecidas en los artículos 56, y 63 a 66 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino que, además, pueden alegarse también los literales b) y d) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley General de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071.

Respecto del segundo tema desarrollado por el Pleno, relativo a la interpretación del artículo 3 de la Ley 28449, se acordó que los jueces deberán interpretar que la norma ordena que cada pensión máxima mensual equivalga a 2 Unidades Impositivas Tributarias vigentes al momento en que se efectúa el pago del monto pensionario.

Por último, con relación a la indemnización que corresponde otorgar a los trabajadores que hayan sido repuestos por la vía ordinaria en caso de despido arbitrario o fraudulento, se acordó, por mayoría, que se podrá acumular una indemnización por daños y perjuicios, la cual sustituirá la pretensión de remuneraciones devengadas. Asimismo, y como novedad, se establece que el juez, de oficio, ordenará pagar una suma a título de daños punitivos, la cual tendrá como monto máximo el equivalente a la cantidad que el trabajador hubiera aportado al Sistema Nacional o Privado de Pensiones.

Portugal (2015-2017)

António MONTEIRO FERNANDES

Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

1. Os antecedentes próximos. O Código do Trabalho português, na sua actual versão que data de 2009, sofreu, até ao final de 2017, doze alterações, de importância variável. A tradicional relutância com que, no meio académico, se encarava a codificação em Direito do Trabalho, fundada na presumível cristalização normativa que ela poderia ter por consequência, está hoje inteiramente ultrapassada.

O período de vigência do Código foi, no que respeita à conjuntura económica e financeira do país, bastante agitado. A crise financeira que, um pouco por todo o mundo, se desenvolveu a partir de 2008, e que atingiu, em Portugal, o seu momento crítico em 2011, forneceu a oportunidade para inúmeras “reformas laborais”, tomadas como remédio indispensável para a normalização das dificuldades económicas que surgiram associadas a essa crise.

Deverá recordar-se que, entre 2011 e 2014, Portugal viveu uma situação de condicionamento da soberania, em consequência do regime de assistência financeira internacional a que teve que recorrer. Esse condicionamento traduziu-se na intervenção de uma estrutura política internacional, de carácter informal, constituída por representantes do Fundo Monetário Internacional, do Banco Central Europeu e da Comissão Europeia, junto das autoridades portuguesas. Por essa estrutura, conhecida como “troika”, foi estabelecido com as autoridades portuguesas – em manifesto estado de necessidade – um acordo pelo qual se colocava à disposição do Estado português um empréstimo internacional importante (perto de 80 mil milhões de euros), tendo como contrapartida a obrigação da concretização de um vasto conjunto de políticas públicas, praticamente em todos os domínios da governação.

2. A austeridade laboral. Uma das áreas em que foram impostas medidas legislativas de largo alcance foi – como se relatou em crónica anterior – a da legislação do trabalho. Em 2012, foi publicada uma lei – a Lei 23/2012, de 25 de junho – que introduzia importantes modificações ao Código, conforme anteriormente se referiu. Essas modificações eram tributárias de uma estratégia de “desvalorização interna”, considerada necessária para reverter a crise económica grave que se gerou. Essa “desvalorização interna” incidiu sobre as condições de trabalho e a respectiva contrapartida económica, envolvendo uma generalizada redução de benefícios e direitos para os trabalhadores, incluindo aqueles que derivassem da contratação colectiva anterior. Como oportunamente se relatou, também, uma pequena parte dessas modificações foi considerada,

pelo Tribunal Constitucional, incompatível com a Lei Fundamental do país, do que resultou a sua anulação.

Todo o período de “assistência financeira externa”, ou seja, de intervenção activa da “troika” na orientação geral das políticas públicas em Portugal, coincidiu com o mandato de um governo de centro-direita, de inspiração néo-liberal (cujo primeiro-ministro era Pedro Passos Coelho). Foram, assim, tomadas medidas de austeridade, nomeadamente no âmbito laboral, mesmo para além do exigido pelos compromissos internacionais anteriormente assumidos.

Em 2015, embora o partido de Passos Coelho fosse ainda o mais votado, não lhe foi possível reunir apoio maioritário. Por outro lado, o Partido Socialista, liderado por António Costa, conseguiu convencer as forças políticas à sua esquerda – Partido Comunista e Bloco de Esquerda – a apoiarem no Parlamento um governo daquele partido, com base num programa acordado entre as três forças. O Presidente da República de então – Cavaco Silva – viu-se, assim, forçado a dar posse a um governo minoritário, mas apoiado numa nítida maioria parlamentar. Esta solução política insólita – pois assentava na convergência de partidos tradicionalmente concorrentes — recebeu a designação popular de “geringonça”, termo que designa uma realidade informe, difícil de perceber quanto ao seu funcionamento e, provavelmente, incapaz de funcionar. É, porém, esse governo que se mantém em funções no momento em que escrevemos (junho de 2018).

Segue-se a indicação sucinta das principais medidas legislativas sobre matéria laboral, adoptadas já no quadro dessa realidade política, ou seja, no triénio 2015-2017.

3. A identidade de género como factor de discriminação. Ainda em 2015, foi publicada a *Lei 28/2015, de 14 de abril*, que introduziu uma alteração, aparentemente muito ligeira, no art. 24º do Código do Trabalho. Este artigo insere-se num conjunto de disposições acerca da igualdade e não discriminação no acesso ao emprego e nas condições de trabalho. No seu nº 1, é enunciada, de acordo com um padrão estabelecido pelo direito europeu, uma longa lista de factores de discriminação, isto é, de razões pelas quais nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser “privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever”. Na versão originária dessa lista de factores de possível discriminação, encontravam-se já o sexo e a “orientação sexual”. A alteração de 2015 consistiu no adição, como possível factor de discriminação no trabalho ou no acesso ao emprego, da “identidade de género”, conceito diferenciado que pode definir-se como “o género com o qual uma pessoa se identifica, que pode ou não concordar com o género que lhe foi atribuído quando de seu nascimento” (Jacqueline de Jesus, *apud* Wikipedia).

4. A protecção da maternidade e da paternidade. A protecção da “parentalidade” – conceito que abrange a maternidade e a paternidade – constitui há muito tempo um ponto forte da legislação do trabalho portuguesa. No Código do Trabalho, a matéria é minuciosamente tratada ao longo de 33 artigos. Neles se consagra um conjunto de direitos que se referem a licenças e dispensas de trabalho, isto é, a tempos livres subtraídos à prestação de trabalho para serem dedicados à assistência familiar, e a modalidades especiais de organização do

tempo de trabalho que podem ser solicitadas pelos trabalhadores em certas condições. A *Lei 120/2015, de 1 de setembro*, veio apurar o regime de alguns desses direitos, nomeadamente o da licença parental inicial, que passa a poder ser parcialmente usufruída em simultâneo pelo pai e pela mãe trabalhadores, e o da prática de trabalho a tempo parcial ou de horário de trabalho flexível, por opção do trabalhador, da qual não pode resultar para ele qualquer prejuízo em matéria de avaliação de desempenho e de progressão na carreira profissional.

5. A reposição de feriados nacionais. Consta, tradicionalmente, da legislação do trabalho a definição dos dias que são considerados “feriados nacionais”. Sob o ponto de vista jurídico, a qualificação de feriado nacional implica, como regra sujeita a naturais e numerosas excepções, o dever de suspensão do funcionamento das actividades económicas, em ordem a permitir aos trabalhadores que disponham do tempo livre necessário para, se quiserem, participarem na comemoração dessas datas festivas, de natureza religiosa ou cívica. No quadro da política legislativa de “austeridade laboral”, concretizada sobretudo através da citada *Lei 23/2012*, foram abolidos dois feriados religiosos (o dia do Corpo de Deus e o Dia de Todos-os-Santos, a 1 de novembro) e dois feriados civis (o dia da Implantação da República, a 5 de outubro, e o da Restauração da Independência, a 1 de dezembro). A abolição dos feriados religiosos envolveu negociações com a Igreja Católica, que aceitou mediante a garantia de que se trataria de situação temporária. Na verdade, a *Lei 8/2016, de 1 de abril*, repôs esses feriados, regressando, pois, ao quadro tradicional que a legislação do trabalho portuguesa sempre consagrou.

6. Uma lei contra “as formas modernas de trabalho forçado” ... No verão de 2016, surgiu no *Diário da República* um diploma legal – a *Lei 28/2016, de 23 de agosto* – que a si mesma atribuía o objectivo e o papel de “combate” às “formas modernas de trabalho forçado”. Na realidade, tratava-se de um conjunto de alterações pontuais do Código do Trabalho e de outra legislação (referente à promoção da segurança e saúde no trabalho, e ao exercício e licenciamento das agências privadas de colocação e das empresas de trabalho temporário), apontadas à questão da responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que cabem, originariamente, às empresas de trabalho temporário relativamente aos trabalhadores por elas contratados e cedidos a outras entidades, e a empresas prestadoras de serviços em regime de subcontratação relativamente aos seus trabalhadores. Tomando em conta várias situações em que os empregadores directos podem ser responsabilizados, quer por créditos dos trabalhadores, quer por violações da lei indutoras de sanção pecuniária, a lei estabelece regimes de envolvimento, em termos de solidariedade passiva, de uma larga rede de entidades que se encontrem em posições de controlo directo ou indirecto daquele empregador ou beneficiem economicamente da sua actuação. Trata-se, nomeadamente, dos gerentes, administradores ou diretores do empregador directo, assim como das sociedades que com este se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo. Sob o ponto de vista técnico, parece correcto entender que essa rede de responsáveis só é accionável face a incumprimento do empregador primário e directo, ou seja, funciona a título subsidiário, embora, no interior da rede, actue o regime de responsabilidade solidária, permitindo que o trabalhador vítima de

incumprimento aborde qualquer das entidades que a constituem. O regime legal tem certamente por efeito a elevação do nível de garantia dos créditos dos trabalhadores nessas precárias situações, embora pareça algo desajustado dizer-se que ele “combate as formas modernas de trabalho forçado”.

7. A prevenção do assédio. O tema do assédio (*acoso, harassment, harcèlement*) é abordado num artigo do Código do Trabalho (art. 29º) que, embora intitulado “Proibição de assédio”, não enunciava expressamente essa proibição, limitando-se a definir os conceitos de assédio em geral e de assédio sexual, e a estender a tais comportamentos o regime sancionatório definido para “a prática de acto discriminatório lesivo de trabalhador ou candidato a emprego”, regime esse constante do art. 28º. A situação foi modificada pela *Lei 73/2017, de 16 de agosto*. Assim, foi introduzido no citado art. 29º o exposto enunciado da proibição legal, acrescentando-se um conjunto de disposições destinadas a garantir a protecção de denunciantes e testemunhas e a adensar a responsabilidade das entidades empregadoras pela prevenção e repressão dos aludidos comportamentos. As empresas com mais de seis trabalhadores passaram a estar obrigadas a adoptar “códigos de boa conduta para a prevenção e combate ao assédio no trabalho”, cabendo-lhes ainda a responsabilidade pela reparação dos efeitos de doenças profissionais resultantes de assédio (os chamados “riscos psico-sociais”). Dado que, no sistema português, a reparação de prejuízos causados por doenças profissionais cabe, como princípio, à Segurança Social, a lei atribui a esta, no caso concreto dos efeitos de assédio, o direito de exigir ao empregador a restituição dos valores pagos por ela ao trabalhador.

Novedades jurisprudenciales en República Dominicana

Rafael F. ALBURQUERQUE

Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Manuel Ramón HERRERA CARBUCCIA

Primer Sustituto del Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia. Miembro
de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

El actual Código de Trabajo cumplió sus veinticinco años en el 2017. Producto de una concertación tripartita su promulgación por el Poder Ejecutivo se produjo en mayo de 1992. Al momento de entrar en vigor predominaba en Europa y América Latina la corriente neoliberal, que en el mundo del trabajo se traducía en el postulado de la flexibilidad, una morigeración del estatuto protector del asalariado. El Código de 1992 operó en sentido contrario, pues reforzó y amplió dicho estatuto, situación explicable por tratarse de un instrumento que vino a sustituir al Código de 1951, promulgado bajo la tiranía de Trujillo.

Aunque el sector empresarial ha insistido y presionado para su modificación, con el argumento de que la globalización y el desarrollo de la tecnología obligan a introducir reformas que armonicen la reglamentación laboral con la realidad de la era digital, reclamando la limitación del auxilio de cesantía, la flexibilidad de la regulación de la jornada laboral y la aceptación de nuevas formas de contratación, hasta hoy no ha logrado sus propósitos. El gobierno nombró una comisión revisora, cuya propuesta fue enérgicamente rechazada por las organizaciones sindicales; luego, se le pidió a la academia mediar entre los actores sociales, en un diálogo que finalmente no tuvo éxitos; y en la actualidad, el Ministerio de Trabajo reúne a empleadores y trabajadores en un intento de encontrar la esperada avenencia.

Por consiguiente, la legislación de 1992 continúa en vigencia. No obstante, es necesario señalar que en el 2017 se produjeron dos acontecimientos que comienzan a repercutir en la relación de trabajo. Ambos sucesos se vinculan directamente a la norma internacional. En la República Dominicana rige el sistema monista, por el cual es suficiente que un convenio o un tratado sea aprobado por el Congreso Nacional para que en lo inmediato se incorpore al orden jurídico nacional. En efecto, por mandato constitucional, las normas

vigentes de convenios internacionales rigen en el ámbito interno, una vez publicadas de manera oficial (Art. 26, ordinal 2, Constitución). Si esas normas consagran derechos humanos, una vez ratificadas por el Estado dominicano gozan de jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado (Art. 74, ordinal 3, Constitución).

Pues bien, la República Dominicana ha ratificado los convenios 183 y 189 de la OIT. El primero, sobre la Protección de la Maternidad, aprobado por los poderes públicos en el año 2014, y el segundo, sobre Trabajadores y Trabajadoras Domésticos, aprobado en el 2013.

El concerniente a la protección a la maternidad ha comenzado a aplicarse desde los primeros meses del pasado año, sin mayores protestas por parte de las empresas. Esencialmente, el descanso por maternidad, fijado en doce semanas, seis previas al parto y las restantes una vez producido el alumbramiento, aunque en la práctica casi siempre acumuladas para ser disfrutadas después del nacimiento, han sido extendidas, en virtud del Convenio 183, a catorce semanas, con las modalidades de aplicación previstas en la norma internacional. No solo el Código de Trabajo queda así modificado, en consonancia con el principio de la condición más favorable al trabajador, sino que, además, la seguridad social ha tenido que adaptarse, y el subsidio, fijado por la Ley que rige esta materia, ha tenido que extenderse a catorce semanas.

De mayor alcance resultan los efectos del Convenio sobre trabajadoras y trabajadores domésticos. Conforme al mismo, éstos deben gozar de un régimen laboral igual al resto de los trabajadores, lo que representa un cambio profundo al estatuto de los domésticos consagrado en el Código de Trabajo de 1992. Hasta ahora, éstos solo han gozado del derecho a un descanso semanal, al disfrute de vacaciones y al salario de navidad; por el contrario, carecen de un límite a su jornada de trabajo, no se benefician del salario mínimo de ley; y al terminar su contrato de trabajo, aunque el despido sea injustificado, no tienen derecho a prestaciones laborales.

Las autoridades administrativas del trabajo han advertido, desde el pasado año 2017, que el Convenio 189 ya está en vigor y debe ser aplicado. Hasta ahora, es justo decirlo, los resultados deseados por los poderes públicos han resultado infructuosos, dada la dificultad de vigilancia e inspección en el ámbito del trabajo doméstico. Varios juristas han advertido que por mandato constitucional el hogar, el domicilio y todo recinto privado son inviolables, salvo en los casos que sean ordenados, de conformidad con la ley, por autoridad judicial competente o en caso de flagrante delito (Art. 44, ordinal 1, Constitución). Por lo demás, hasta hoy son escasas las demandas de los trabajadores domésticos, aunque ya comienzan a ser conocidas algunas ante los tribunales de primer grado, por lo que en los años por venir la Corte de Casación tendrá que sentar jurisprudencia en torno a una materia tan sensitiva como lo es el trabajo doméstico. En general hay consenso en la doctrina de que el régimen del trabajo doméstico ha quedado igualado por disposición del Convenio al que se aplica a los demás trabajadores, pero persiste un punto de discrepancia: algunos juristas entienden que la norma internacional no prevé expresamente el derecho a prestaciones laborales e indemnizaciones por terminación del

contrato de trabajo. Habrá que aguardar la decisión del más alto tribunal del Poder Judicial.

En conclusión, una lectura del Código de Trabajo de 1992 podría resultar engañosa si no se toma en cuenta que los convenios ratificados por el Estado, han modificado su contenido, como ha acontecido con el descanso de maternidad y las disposiciones nacionales que regulan al trabajo doméstico

Santo Domingo, 20 de junio de 2018

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN REPÚBLICA DOMINICANA, ENTRE LOS PRINCIPIOS Y LA REALIDAD

*Manuel Ramón Herrera Carbuccia**

Ante un Código de Trabajo que pasa de 25 años, el Estado, los empleadores y los trabajadores, no logran pasar el trance que tienen las comisiones para reformar el referido código, donde los intereses no ceden, ni se visualiza un feliz término.

En ese ir y venir, ante un derecho donde la realidad va más rápido que la norma, cada día se presentan situaciones nuevas que ameritan respuestas.

Sin entrar en el giro copernicano que ha dado la jurisprudencia laboral dominicana, en el constitucionalismo social, teniendo como base la Constitución del 26 de enero de 2010, el Bloque de Constitucionalidad, los Tratados y Convenios, la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la opinión del Comité de Expertos de la Organización Internacional de Trabajo, el diálogo judicial¹, los Convenios de los Derechos Humanos y del Pacto de San José, así como decisiones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos², que caracteriza la actualidad en los tribunales, en el estudio y análisis de los casos sometidos a su jurisdicción, la realidad no se presenta solo en forma uniforme, hay fuertes tempestades tendentes a privatizar el derecho de trabajo y a igualar lo desigual en una época un tanto difícil al derecho del trabajo.

Examinaremos brevemente dos decisiones las cuales levantan sus críticas y su posición, no es pacífica, ni en la doctrina ni en la judicatura.

¹ Valdés Dal-Re, Fernando: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Editorial Bomarzo, primera edición, España 2016.

² Petit Guerra, Luis Alberto: *Estudios sobre el debido proceso*. Ediciones Paredes, Caracas, Venezuela, 2011.

I. PREAVISO Y CONDENACIÓN AL TRABAJADOR

Los tribunales de base (primer y segundo grado), no se ponían de acuerdo con la aplicación de las disposiciones del artículo 102 del Código de Trabajo, el cual sostiene: “Si no se comprueba la justa causa invocada como fundamento de la dimisión, el tribunal la declarará injustificada, resolverá el contrato de trabajo por culpa del trabajador y condenará a éste al pago de una indemnización a favor del empleador igual al importe del preaviso previsto en el artículo 76”.

Para algunos, no condenaban al trabajador al pago del preaviso, salvo que el empleador a través de su abogado, lo haya solicitado en audiencia, para otros, condenaban al trabajador si perdía su demanda por dimisión, sin que la parte contraria se lo pidiera, en ese tenor, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en una sentencia del 26 de abril de 2017, a cargo de Iris Petra Rehberger contra Go Caribic, mantuvo esa misma línea, cuando sostuvo: “Considerando, que la condenación al trabajador del preaviso establecido en el Código de Trabajo violenta el principio protector del trabajo y como estableció la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la misma es excesiva (comentarios al proyecto del Código de Trabajo, Hernández Rueda, Lupo, pág. 438. Código de Trabajo anotado, pág. 438) y solo debería aplicarse a entender de esta Corte, si el demandante que reclama sus derechos, es un litigante de mala fe o improbo; Considerando, que el principio de igualdad establecido en el artículo 34 de la Constitución de la República no puede ser interpretado en materia de trabajo, en forma gramatical, sino a través del contenido razonable de la ley de la materia, en ese tenor, “no puede olvidarse que la igualdad no es tratar a todos igualitariamente, sino, hacerlo si frente a quienes estén en igualdad de condiciones” (Sent. 101 del 2 de agosto de 1991. T. S. Uruguay), en esa razón y en virtud del desequilibrio natural del derecho laboral, es contrario al principio protector que permea tanto la parte sustantiva como procesal, condenar al trabajador por el ejercicio de la pretensión del pago de sus derechos, salvo como se ha dicho, que la misma sea temeraria; Considerando, que la última parte del artículo 102 del Código de Trabajo, solo puede aplicarse cuando exista una demanda temeraria o una terminación clara y evidente del contrato de trabajo por voluntad del trabajador de causar un daño a la empresa, pues aplicar esa disposición en forma literal o exegética, violenta el principio protector del carácter compensatorio propio de la naturaleza de la relación laboral ante el desequilibrio económico de las partes; Considerando, que el preaviso tiene por finalidad dar aviso previo a la contra parte de la terminación del contrato de trabajo, en ese tenor, esa parte hará la diligencia necesaria para cubrir esa vacante y de acuerdo a una corriente doctrinal, tiene un carácter preparatorio, que se asimila a la expresión que figura en el Código de Trabajo; sin embargo, ésta no puede aplicarse al trabajador que no está en las mismas condiciones en la relación de trabajo que el empleador, lo cual constituye una violación al principio de no discriminación y atenta a un acceso a la justicia en lo relativo a la tutela judicial efectiva; Considerando, que el principio protector como principio, va más allá de la aplicación de la norma de trabajo y debe tener preferencia ante una contradicción en la ejecución de los derechos que conforman los sujetos de trabajo; Considerando, que el último párrafo mencionado del artículo 102 choca con el carácter tuitivo propio de la naturaleza del derecho de trabajo,

que ha sido criticado por la OIT por estar en contra de los principios del derecho de trabajo; Considerando, que contrario a lo sostenido, la Corte a-qua sí aplica el derecho a la igualdad establecido en el artículo 39 de la Constitución dominicana del 26 de enero de 2010, pero acorde al principio protector y a la desigualdad compensatoria propia del derecho del trabajo, en consecuencia dicho medio carece de fundamento y debe ser desestimado y rechazado el presente recurso”.

De la lectura de los motivos de la referida sentencia, vemos que la misma es contra-ley, es decir, se da un choque entre la norma y los principios que rigen el derecho de trabajo, como lo es el principio protector, la opinión de la OIT y la interpretación del principio de igualdad establecido en la Constitución dominicana, en su artículo 34, así como una visión más acorde a la naturaleza de la materia, a través del dialogo judicial con decisiones de otros países, cierra un capítulo doloroso que atentaba al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

II. ARBITRAJE Y CLÁUSULA COMPROMISORIA

En una decisión de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, del 23 de agosto de 2017 (Vladimir Martínez vs. Los Angeles Dodger, LLC), se da respuesta a una situación cuyos debates no se cierran y se viven muy constantemente en un sector del país, en ella se delimita el conflicto de competencia, el arbitraje, la llamada cláusula compromisoria y los principios fundamentales del Código de Trabajo, la cual sostiene: “Considerando, que el artículo 38 del Código de Trabajo establece que son nulas las cláusulas que tengan por objeto la renuncia o limitación de los derechos que acuerda este Código en beneficio de los trabajadores, y el contrato de trabajo se ejecutará como si tales cláusulas no existieran”; Considerando, que en el caso que nos ocupa, el contrato suscrito entre las partes, contiene una cláusula compromisoria donde pactaron que en caso de litigio el mismo será conocido en arbitraje, que reclama la parte recurrente en su demanda original valores por concepto de prestaciones laborales y otros derechos laborales, cuya jurisdicción competente para conocer la misma, según el ordenamiento jurídico establecido, es la jurisdicción laboral; Considerando, que si bien es cierto, que la normativa laboral dominicana, en su afán de ofrecer alternativas para la solución de los conflictos en su materia, permite que por la vía del arbitraje estas diferencias puedan ser dirimidas una vez materializadas, tal y como consta en el artículo 419 del Código de Trabajo por la vía del arbitraje, no menos cierto es, que la naturaleza del derecho laboral que es en primer orden un derecho social, revestido por todas las garantías que ofrece el Estado puede ser disminuido por un acuerdo o contrato entre partes, máxime que una de las cláusulas de dicho acuerdo se conciba en detrimento de uno de éstos, como se estableciera en parte anterior de esta sentencia; que, en ese sentido, las partes no pueden, en modo alguno, renunciar (Principio V y XIII del Código de Trabajo) a las vías establecidas por la ley para solucionar las discusiones que surjan en el curso de la relación laboral; Considerando, que al decidir el Tribunal a-quo como lo hace en su sentencia, que la jurisdicción laboral era incompetente para conocer el caso de la especie, incurrió en una falta de base legal y violación a las normas de procedimiento y al Principio Protector en materia procesal de trabajo, debido a

que se trata de una competencia de atribución establecida expresamente en el artículo 480, del Código Laboral, que le otorga competencia exclusiva a los tribunales laborales para conocer de las demandas en reclamos de prestaciones y demandas accesorias, y al tratarse de una competencia de atribución establecida por la ley con carácter de orden público, lo que no admite convenio en contrario entre los particulares, que al fallar como lo hizo el Tribunal a—quo violó los Principios V y XII, así como los artículos 38 y 480 del Código de Trabajo, razón por la cual procede casar la sentencia recurrida”.

En la práctica esos casos se dan para profesionales, técnicos y empleados de alto nivel especializado, casi siempre extranjeros, sin embargo el llamado arbitraje y la cláusula compromisoria se ha estado utilizando mucho en el sector deportivo, específicamente en el béisbol profesional.

La sentencia analiza la competencia en razón de la materia, la irrenunciabilidad, el arbitraje y el principio protector, entendemos que la misma cierra una brecha de privatizar el derecho de trabajo y remite al principio protector y al procedimiento laboral, los conflictos de trabajo.

Las reformas legales en materia de trabajo en Venezuela durante el año 2017

Héctor Armando JAIME MARTÍNEZ

Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica del Táchira. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y del Instituto Venezolano de Derecho Social

El año 2017 no se han notado cambios legislativos en materia laboral, sino que al igual que en el año 2016, se ha continuado con la práctica de limitarse a decretar incrementos salariales y de elementos remunerativos de carácter no salarial, como es el caso del llamado *cestaticket socialista*.

Antes de entrar a analizar los escasos cambios producidos en la normativa legal que rige la materia del trabajo en Venezuela se hace necesario aclarar una situación atípica que se produce en el país en cuanto al proceso de formación de las Leyes. Como se hiciera referencia en el informe correspondiente al año 2016, el Poder Legislativo ejercido por la Asamblea Nacional se encuentra dominado por una mayoría de diputados que pertenecen a los partidos de oposición, no obstante, la anterior Asamblea Nacional en las postrimerías del mes de diciembre de 2015, mediante el artilugio de una ley habilitante, despojó a la legítima Asamblea Nacional de sus poderes legislativos. A esto se agrega el hecho de que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, totalmente integrada por magistrados adeptos del gobierno, declara nulas las leyes aprobadas por el Poder Legislativo legítimo. Sin embargo, este procedimiento ya había sido empleado por el difunto presidente Chávez, quien amparado por la ley habilitante reformó en el año 2011 la Ley Orgánica del Trabajo para establecer el régimen de los trabajadores residenciales que

reemplaza el régimen especial de los conserjes y luego en el año 2012 mediante decreto, dictó una nueva Ley que reemplazó la Ley Orgánica del Trabajo de 1990 reformada en el año 1997.

El gobierno actual continuó con la práctica de decretar normas en materia de trabajo, sin embargo en 2017 se procuró otro mecanismo que le permite actuar en una forma aun más contundente, pese a la violación continuada de los procedimientos previstos en la Constitución para la aprobación de las leyes.

Es así como el 1 de mayo de 2017, mediante Decreto presidencial N° 2830, el cual contempla la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y fija las bases comiciales para las elecciones de los componentes de la misma.

Tal convocatoria se hizo en abierta violación del artículo 347 de la Constitución nacional, la cual establece que *el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario*, razón por la cual, si bien se le permite al Presidente tomar la iniciativa de la convocatoria, de acuerdo con el criterio de la doctrina constitucional, se requiere que tal convocatoria se someta a referéndum, lo cual no se hizo. Es de hacer notar que en 1999, para la actual Constitución, la convocatoria se hizo a través de referéndum.

Las bases comiciales fueron absolutamente manipuladas para lograr que la mayoría absoluta de sus integrantes fuesen partidarios del ejecutivo, lo que llevó a los partidos de la oposición a llamar a la abstención. Cabe señalar que el Consejo Nacional Electoral está integrado por cuatro directoras militantes del partido de gobierno y uno independiente.

El 30 de julio de 2017 se llevó a cabo la elección de los 545 integrantes de la llamada Asamblea Nacional Constituyente, los cuales en su totalidad son integrantes del Partido Socialista Unido de Venezuela, partido del gobierno y asumió prácticamente la función legislativa desplazando a la legítima Asamblea Nacional. La Asamblea no se ha limitado a elaborar una Constitución, función única que debería tener, sino que ha destituido funcionarios, inhabilitado partidos, convocado elecciones y aprobado las denominadas *Leyes Constitucionales*, las cuales no han sido previstas en la Constitución.

La Asamblea Nacional Constituyente no ha sido reconocida por un considerable número de Estados que se han pronunciado en contra de su legalidad.

Considera el autor que esta exposición era necesaria para que el lector extranjero pueda llegar a comprender el estado de la legislación en Venezuela, habida cuenta de que en febrero de 2018 se aprobó la Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadoras y Trabajadores, la cual tendrá gran impacto sobre el ejercicio de la libertad sindical.

1. SALARIO

Se continúa con la práctica de decretar el salario mínimo sin acudir al sistema de someterlo a consideración de los interlocutores sociales, pese a que el artículo 25 del Decreto con Valor, Rango y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo,

los Trabajadores y las Trabajadoras, dispone que *se favorecerá y estimulará el diálogo social amplio*. La fijación del salario mínimo se continúa haciendo a través de decretos presidenciales.

Durante el año 2017 se dictaron cinco decretos que fijaron diferentes tipos de salarios mínimos, las variaciones obedecen a la galopante inflación que azota al país.

El Presidente de la República, por medio de Decreto 2.660 de fecha 9 de enero de 2017, publicado en Gaceta Oficial N° 41.070 de igual fecha, incrementó el salario mínimo mensual en un cincuenta por ciento (50%) sobre el anterior y el cual entraría en vigencia a partir del 1 de enero 2017. La entrada en vigencia anticipada será objeto de un comentario aparte, por cuanto esta situación se repite en lo que a los salarios mínimos se refiere.

El nuevo salario mínimo se fijó en la cantidad mensual de cuarenta mil seiscientos treinta y ocho bolívares con quince céntimos (Bs. 40.638,15), o sea la cantidad diaria de mil trescientos cincuenta y cuatro bolívares con sesenta céntimos (Bs. 1.354,60) diarios, por jornada diurna.

El salario mínimo para los aprendices se fijó en la cantidad de treinta mil doscientos veintidós bolívares con ochenta y cinco céntimos (Bs 31.221,85) y mil siete bolívares con 40 céntimos (Bs.1.007, 40) diarios, por jornada diurna.

El 2 de mayo de 2017, fue publicado en la Gaceta Oficial el Decreto N° 2.832 que establece un aumento del sesenta por ciento (60%) sobre el salario mínimo mensual para los trabajadores. Pese a haber sido publicado en la Gaceta Oficial N° 6.296 Extraordinario, de fecha 2 de mayo de 2017, como el Decreto del 1 de enero al que se hizo referencia antes prevé su entrada en vigencia para una fecha anterior.

El nuevo salario mínimo mensual se fijó en la cantidad de sesenta y cinco mil veintidós bolívares (Bs. 65.021,00) lo que equivale a dos mil ciento sesenta y siete bolívares con treinta y siete céntimos (Bs. 2.167,37) diarios, por jornada diurna.

El salario mínimo para los aprendices se fijó en la cantidad mensual de cuarenta y ocho mil trescientos cincuenta y cuatro bolívares con noventa y seis céntimos (Bs 48.354,96) y mil seiscientos once bolívares con ochenta y tres céntimos (Bs. 1.611,83) diarios, por jornada diurna.

El Decreto en cuestión contempla una disposición especial en materia de pensiones. Las pensiones del seguro social están equiparadas al salario mínimo sin que en su determinación influya el monto de las cotizaciones pagadas por el trabajador durante su vida activa. No obstante los pensionados no disfrutaban del pago del cestaticket socialista sustituto del beneficio de alimentación al cual se hará referencia más adelante. Como quiera que los montos de las pensiones se encuentran muy alejados del costo de la canasta alimentaria, el gobierno creó un *bono especial de guerra económica* equivalente a un treinta por ciento (30%) del salario mínimo.

Un tercer aumento en el salario mínimo es decretado el 2 de julio de 2017, con la publicación en la Gaceta Oficial del Decreto N° 2.966 que fija el aumento

del cincuenta por ciento (50%) sobre el salario mínimo mensual para los trabajadores e igualmente, otorga a los pensionados un bono especial mensual equivalente a un treinta por ciento (30%) del salario mínimo.

A partir de esa fecha, el salario mínimo se establece en la cantidad mensual de noventa y siete mil quinientos treinta y un bolívares con cincuenta y seis céntimos (Bs. 97.531,56) y en tres mil doscientos cincuenta y un bolívares con cinco céntimos (Bs. 3.251,05) diarios, por jornada diurna.

El salario mínimo para los adolescentes aprendices se fijó en la cantidad mensual de setenta y dos mil quinientos treinta y dos bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs 72.532,44) y dos mil cuatrocientos diecisiete bolívares con setenta y cuatro céntimos (Bs. 2.417,75) diarios, por jornada diurna.

Por otra parte, el ingreso mínimo que recibirán los pensionados asciende a la cantidad de ciento veintiséis mil setecientos noventa y un bolívares con tres céntimos (Bs. 126.791,03).

Un nuevo aumento del salario mínimo es establecido el 7 de septiembre de 2017 mediante Decreto N° 3.068 publicado en Gaceta de esa misma fecha. El nuevo salario mínimo entraría en vigencia a partir del 1 de septiembre de 2017 y no a partir de la fecha de su publicación en gaceta. Esta vez el salario mínimo se fijó en la cantidad mensual de ciento treinta y seis mil quinientos cuarenta y cuatro bolívares con dieciocho céntimos (Bs. 136.544,18) y en cuatro mil quinientos cincuenta y un bolívares con cuarenta y siete céntimos (Bs. 4.551,47) diarios, por jornada diurna. El salario mínimo para los adolescentes aprendices se fijó en la cantidad mensual de ciento dos mil cuatrocientos ocho bolívares con catorce céntimos (Bs 102.408,14) y tres mil cuatrocientos trece bolívares con sesenta céntimos (Bs. 3.413,60) diarios, por jornada diurna.

Por su parte los pensionados continuarían recibiendo el *Bono Especial de Guerra Económica* de cuarenta mil novecientos sesenta y tres bolívares con veinticinco céntimos (40.963,25), razón por la cual el ingreso mínimo que recibirán los pensionados asciende a la cantidad de ciento setenta y siete mil quinientos siete bolívares con cuarenta y tres céntimos (Bs. 177.507,43).

Dos meses después, el 1 de noviembre de 2017, aparece publicado en la Gaceta Oficial el Decreto N° 41.269, de la misma fecha, que establece el último de los incrementos del salario mínimo y lo elevó a la cantidad mensual de ciento setenta y siete mil quinientos siete bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs. 177.507,44) y en cinco mil novecientos dieciséis bolívares con noventa y un céntimos (Bs. 5.916,91) diarios, por jornada diurna.

El salario mínimo para los adolescentes aprendices quedó establecido en la cantidad mensual de ciento treinta y tres mil ciento treinta bolívares con cincuenta y ocho céntimos (Bs 133.130,58) y cuatro mil cuatrocientos treinta y siete bolívares con sesenta y nueve céntimos (Bs. 4.437,69) diarios, por jornada diurna.

En lo que respecta a las pensiones del Seguro Social éstas que incluyen el *Bono Especial de Guerra Económica* de cincuenta y tres mil doscientos cincuenta y dos bolívares con veintitrés céntimos (Bs. 53.252,23), ascienden a la cantidad

de doscientos treinta mil setecientos cincuenta y nueve bolívares con sesenta y siete céntimos (Bs. 230.759,67).

Una ligera lectura de los incrementos en los salarios mínimos pudiera llevarnos a concluir en la preocupación del gobierno por mantener el poder de compra de los trabajadores. El salario mínimo, en el año 2017 experimentó un incremento del seiscientos cincuenta y cinco por ciento (655%). Sin embargo, si tenemos en cuenta que la inflación acumulada para el año 2017 fue de 2.616%, de acuerdo a las estimaciones del diputado José Guerra, Presidente de la Comisión de Finanzas de la Asamblea Nacional¹, es evidente el deterioro del salario real.

La existencia de varios tipos de cambio en Venezuela hace dificultosa la referencia al cambio internacional; no obstante, de acuerdo con la tasa oficial denominada DICOM, tasa flotante que a finales del año 2016 establecía que un dólar equivalía a Bs. 697,93, para el 12 de marzo de 2018 la quinta subasta arrojó que el valor de un Euro² equivale a 45.112 bolívares, lo que quiere decir que un dólar se adquiere con 55.298,29 bolívares. Al aplicar esas tasa oficiales al salario mínimo mensual actual (última aumento al 1 de marzo de 2018) que es de 392.646,46, equivaldría a la exigua cantidad de 7,10 dolares, en tanto que en el informe de 2016 se situaba en \$ 38,82 por mes³.

1.1. EL VICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS DE FIJACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO

Como una muestra de la forma ligera como se toman las decisiones que pueden impactar la vida de las personas, la economía y, en general, el desarrollo del país, los decretos que incrementan el salario mínimo y el beneficio de alimentación, de manera recurrente son anunciados sin haber sido publicados en la Gaceta Oficial y su vigencia se retrotrae a la fecha del anuncio o, incluso, hasta una fecha anterior al anuncio. En otras palabras, ello implica darle a los decretos del salario mínimo un efecto retroactivo.

Este tipo de medidas constituye una clara violación al principio de la irretroactividad de las leyes contemplado en el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece: *Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo.*

2. BENEFICIO DE ALIMENTACIÓN

A la par que se incrementa el salario mínimo, se dictan decretos con la finalidad de incrementar el llamado *Cestaticket Socialista*, que no es en realidad sino un instrumento para incrementar el ingreso del trabajador sin que este

¹ www.el-nacional.com/noticias/.../inflacion-acumulada-2017-cerro-2616_217974. Consulta del 17/03/2018. Hay que acudir a fuentes no oficiales puesto que en Venezuela el Banco Central no publica cifras desde el año 2016, pese a estar obligado por Ley a hacerlo.

² Debido a su posición de confrontación con el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, se toma con referencia otras monedas y no el dólar americano.

³ En realidad la inmensa mayoría de la población no tiene acceso a esa tasa de cambio, sino al llamado dólar paralelo cuya tasa de cambio al día de hoy (17/03/2018) oscila entre Bs. 551.00,00 por dólar y Bs. 650.000,00. La inflación interanual acumulada al mes de marzo de 2018 se sitúa en 9.000%.

incremento tenga impacto alguno en los beneficios, indemnizaciones, prestaciones y otros derechos que corresponden al trabajador y que se determinan o calculan con base en el salario.

Este mecanismo de descomposición del salario fue creado mediante Decreto-Ley del 23 de octubre de 2015, dentro del marco de una Ley habilitante, en abierta violación al Convenio 95 OIT sobre la protección del salario en especial en lo que se refiere a la definición de salario contenida en el artículo 1 del convenio y que, por cierto, inspira la definición contenida en el artículo 104 del Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

La Ley desvirtúa el beneficio, para convertirlo en un incremento de la remuneración percibida por el trabajador por su labor, es decir: en salario, pese a que pretenda darle un carácter no salarial.

Los decretos de incremento del *Cestaticket Socialista* van a la par con los decretos de incremento del salario mínimo. Para el mes de noviembre del año 2017, el *cestaticket socialista* estaba establecido en 930 unidades tributarias lo que equivalía a la cantidad de doscientos setenta y nueve mil bolívares sin céntimos (Bs. 279.000,00), en tanto que, para la misma fecha, el salario mínimo mensual era de ciento setenta y siete mil quinientos siete bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs. 177.507,44). Ello significa que del ingreso total del trabajador, sólo el 38,88% tiene carácter salarial.

La importancia radica en el hecho de que beneficios y derechos como, por ejemplo, la remuneración de las horas extraordinarias, de los días de descanso y las indemnizaciones y beneficios que corresponden a un trabajador por sus servicios, son calculadas sin incluir la parte más importante del ingreso total del trabajador por el trabajo convenido o, mejor aun, a causa de las obligaciones asumidas por el trabajador en el contrato de trabajo.

3. NORMAS ESPECIALES EN MATERIA DE TRABAJO

LOS CONSEJOS PRODUCTIVOS DE TRABAJADORES

Tal como se hizo referencia en el Informe 2016, el 8 de noviembre de 2016 se dictó el Decreto N° 2.365 mediante el cual se crean los Consejos Productivos de Trabajadores (CPT). Durante el año 2017 se crearon en algunas empresas estos consejos, ahora bien, la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) aprobó una denominada *Ley Constitucional de los Consejos Productivos de Trabajadores y Trabajadoras*, la cual aparece publicada en la Gaceta Oficial N° 41.336, de fecha 6 de febrero de 2018. Si bien ello ocurre en el año 2018, por su temprana aparición en este año y por cuanto dicha norma modifica la estructura y las reglas de funcionamiento de dichos organismos puestos en marcha desde el año 2016, el autor considera necesario comentar en este informe esta reforma sin esperar hacerlo en el año 2018.

La ley de la ANC define a los CPT como organizaciones laborales en empresas públicas, privadas, mixtas y comunales a nivel nacional, para impulsar, evaluar y controlar los procesos de producción, abastecimiento, comercialización y

distribución de los bienes y servicios. Asimismo, la finalidad de la ley de la ANC es:

- Garantizar a la población el acceso oportuno de bienes y servicios.
- Coadyuvar en la construcción de un modelo económico socialista.
- Proteger y resguardar las actividades productivas desde las empresas.
- Fortalecer la clase obrera.

Los CPT estarán conformados por un número impar que puede variar entre tres (3) a siete (7) trabajadores. Los miembros deberán ser electos como voceros, mediante votación en una asamblea de trabajadores convocada por el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social de Trabajo (“MPPPST”), y en la cual deberá estar presente un funcionario de esta institución, a fin de que la elección tenga validez.

Entre los requisitos que impone la ley de la ANC para ser electos, como voceros, se encuentra el de ser trabajador activo de la empresa. No obstante, ni éstos ni los trabajadores que participen en la asamblea podrán ser empleados que ejerzan cargos de confianza o dirección, o que funjan como representantes del empleador.

Los voceros durarán dos (2) años en el ejercicio de sus funciones, podrán ser reelectos y revocados al cumplir la mitad de su período. Entre los integrantes deberá existir –o coexistir en una o más personas– las siguientes condiciones:

Una (1) mujer.

Un (1) joven entre quince (15) y treinta y cinco (35) años.

Un (1) trabajador de la Milicia Bolivariana⁴.

Por cada empresa deberá existir, por lo menos, un CPT y el número de sus integrantes será determinado por la asamblea de trabajadores al momento de su elección. Sin embargo, el MPPPST podrá aumentar el número de CPT en cada empresa, conforme con su estructura.

Los voceros gozarán de inamovilidad desde su elección y hasta los seis (6) meses siguientes al vencimiento de su cargo. Asimismo, la ley de la ANC contempla que todos los trabajadores de la empresa gozarán de inamovilidad, desde el momento en el que el empleador sea notificado de la convocatoria a la elección de los voceros.

La ley de la ANC contempla que los CPT tendrán, entre sus funciones, las siguientes:

- Conocer, evaluar y fiscalizar los procesos de producción, abastecimiento, comercialización y distribución de productos y servicios de la empresa.
- Impulsar la producción dentro de la empresa.

⁴ La Milicia Bolivariana, es un cuerpo de milicias compuesto por civiles, creado por decreto bajo ley habilitante por el difunto presidente Hugo Chávez el 2007, con la finalidad de servir como un complemento de la Fuerza Armada Nacional.

- Proponer y hacer ejecutar las medidas preventivas y correctivas para evitar la ilegítima paralización o afectación de la producción, salvo que se trate de una huelga legítima.
- Informar al empleador cualquier decisión tomada, a fin de que adopte los correctivos necesarios.
- Vigilar y controlar las acciones que puedan ocasionar una distorsión en el abastecimiento.
- Denunciar la reventa especulativa de productos, el acaparamiento, la usura, el boicot, la alteración fraudulenta de precios, contrabando de extracción y otros ilícitos, así como cualquiera acción contraria al sistema socioeconómico que rige en el país.

Para asegurar el ejercicio de sus funciones, la ley de la ANC contempla una serie de garantías para los voceros del CPT, cuyo incumplimiento es sancionado. A saber:

- a. Permiso remunerado, hasta por un máximo de dieciséis (16) horas al mes.
- b. Acceso a información veraz sobre la ejecución del proceso productivo.
- c. Acceso a los órganos competentes a fin de denunciar cualquier paralización o afectación del proceso productivo, el desvío de las líneas de distribución y el uso indebido de la materia prima y los recursos disponibles.
- d. Prohibición de discriminación contra los voceros de los CPT.

Los CPT podrán cooperar con las organizaciones sindicales u otras organizaciones de trabajadores, pero no podrán ejercer funciones sindicales ni afectar el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva.

La realidad es otra, con los Consejos en realidad se pretende sustituir, en parte, la actividad de las organizaciones sindicales.

La ley de la ANC contempla que dentro de los noventa (90) días siguientes a su publicación en la Gaceta Oficial, deberá instalarse un CPT en cada empresa, mediante la renovación de todos los CPT que ya existen o la elección de uno nuevo.

El tema de los Consejos Productivos de Trabajadores se encuentra estrechamente relacionado con un proyecto ideológico que pretende sustituir el actual modelo productivo por un modelo de producción basado en la propiedad social, orientado hacia la eliminación de la división social del trabajo propio del modelo capitalista. El modelo de producción socialista está dirigido a la satisfacción de necesidades crecientes de la población, a través de nuevas formas de generación y apropiación así como la reinversión social del excedente. Para conseguir este propósito se dictaron previamente, durante el gobierno de Chávez a partir del año 2010 una serie de leyes que pretenden establecer el régimen legal del denominado poder popular, como son: Ley Orgánica del Poder Popular, Ley Orgánica de las Comunas, Ley de la Contraloría Social,

Ley de Consejos Comunales y Ley Orgánica del Sistema Económico Comunal. Esta última, plantea una organización productiva que parece alejarse de la noción de trabajo asalariado. Para la implantación de este modelo productivo pareciera que sus promotores han considerado necesario acabar con el sistema productivo actual, de manera que han destruido paulatinamente el sector productivo privado y reemplazándolo por empresas bajo control estatal absolutamente improductivas, manejadas por personas incapaces, en su mayoría militares, políticas que han destruido casi por completo el aparato productivo sumiendo el país en una grave crisis económica, social y política y, lo que es peor, humanitaria.

En este sentido debe tenerse presente que el Decreto-Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, de 2012, previó en los artículos 497 y 498, la creación de consejos de trabajadores a los que considera las *expresiones del Poder Popular para la participación protagónica en el proceso social de trabajo*, su ubicación dentro del título que regula las instituciones del Derecho Colectivo de Trabajo, lleva a pensar que con ellos se pretende sustituir las organizaciones sindicales.

3. ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DIÁLOGO SOCIAL

En el mes de marzo de 2017, un grupo de profesores ligados al Derecho del Trabajo y, en especial, al sector sindical a través del Instituto de Altos Estudios Sindicales, encabezados por el profesor Enrique Marín Quijada, presentaron ante la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Nacional un documento elaborado luego de varias consultas, en las cuales participaron los miembros de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, capítulo de Venezuela.

La ley en cuestión, de ser aprobada por la Asamblea Nacional, tiene por objeto: *garantizar el ejercicio de la libertad sindical, modernizar e impulsar las relaciones colectivas de trabajo, y establecer un espacio institucional para el diálogo social, con especial énfasis en la creación de instancias tripartitas de concertación*, de acuerdo a lo que se lee en la exposición de motivos de la misma.

El anteproyecto obedece a la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo de la libertad sindical y superar los controles que la actual Ley contiene para reducir la acción sindical y colocar obstáculos a la negociación colectiva y a los conflictos, sobre todo, en el sector público, dado que el Estado es el principal empleador.

Los proyectistas consideran necesario superar la injerencia que el Estado ha venido ejerciendo en las organizaciones sindicales en materia electoral, a lo que se agrega lo que los proyectistas denominan el *entramamiento férreo del proceso de registro de las organizaciones, la parálisis de las juntas directivas sindicales declaradas en "mora electoral" y la injerencia en la negociación colectiva del sector público y del privado*. Lo que le ha permitido al Estado implantar una estrategia que ha resultado eficaz para cercenar la libertad sindical.

El Anteproyecto se propone, entonces, *una rectificación de fondo y un amplio respeto a la libertad sindical, la promoción de las relaciones colectivas de trabajo y la institucionalización de una instancia tripartita de diálogo social,...*

Entre sus objetivos destacan los siguientes:

Amplio respeto a la libertad sindical y en tal sentido agilizar los controles establecidos para el registro de las organizaciones gremiales así como garantizar la autonomía organizativa y la libertad en materia electoral;

- § Fomento y modernización de las relaciones colectivas de trabajo así como la promoción de la negociación colectiva;
- § El derecho de actuar libremente cuando exista un conflicto colectivo mediante un procedimiento claro para proceder en las diversas eventualidades que puedan presentarse en los conflictos colectivos de trabajo, sin restringir por ello la libertad sindical; pudiendo ser sometido a una comisión de encuesta para su solución, dada la complejidad del conflicto o a las consecuencias que pudiere tener para la sociedad.
- § Se contempla la creación de un Consejo Nacional de Diálogo Social, para el encuentro regular e institucional entre los interlocutores sociales, con el objetivo de promover y organizar el diálogo tripartito en todo lo relativo al trabajo, las relaciones laborales y en general para la discusión y concertación de políticas económicas y sociales

El anteproyecto contempla la derogación no sólo de las disposiciones del Decreto con Rango Valor y Fuerza de ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras relacionadas con el Derecho Colectivo en general, sino también las contenidas en otras leyes y decretos que obstaculizan el ejercicio de la libertad sindical, especialmente en materia de conflictos colectivos y que no tienen otro objeto que criminalizar la protesta social, a punto tal que numerosos dirigentes sindicales han sido objeto de enjuiciamiento y privación de la libertad por haber encabezado protestas y reclamaciones de los derechos de sus afiliados.

La Ley en general se adapta a los convenios 87 y 98 de la OIT, no obstante su discusión se encuentra estancada en la Asamblea Nacional y, por el momento mientras no haya un cambio en la situación política del país, no creemos que sea aprobada en un futuro cercano, puesto que varias leyes aprobadas por la Asamblea, han sido declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional.

San Cristóbal, marzo de 2017.

Esta publicación
fue impresa en la Editorial Horizonte C.A.
en la ciudad de Barquisimeto, República Bolivariana de Venezuela

