



Academia Iberoamericana de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

ANUARIO 2018

Coordinador
Óscar Hernández Álvarez
Octubre 2019



***Academia Iberoamericana de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social***
Anuario 2018

Óscar Hernández Álvarez - Compilador

Octubre, 2019

Anuario 2018

© **Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, 2019**

Óscar Hernández Álvarez - *Coordinador*

Depósito legal:

ISBN:

Corrección y diagramación: *José Santana E.*

Portada: *Zembla Narváez.*

Impresión:

Editorial Horizonte C.A.

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

Telfs.: (0251) 4462317 - 4462324

e-mail: edt.horizonte@gmail.com

edt-horizonte@hotmail.com

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Anuario 2018

Sumario

<i>Presentación.....</i>	7
<i>Información de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....</i>	9
 <i>Anuario 2018 / Argentina</i>	
Adrián GOLDIN	
Juan Pablo MUGNOLO.....	13
 <i>Bolivia - Reseña legislativa laboral y jurisprudencial 2018</i>	
Iván CAMPERO-VILLALBA.....	17
 <i>Informes trabalhistas: relatório Brasil 2018</i>	
Nelson MANNRICH.....	25
 <i>Regulación de la tercerización Laboral</i>	
José Roberto HERRERA-VERGARA.....	41
 <i>La evolución legislativa y jurisprudencial en Costa Rica durante el 2018: la influencia del déficit fiscal</i>	
Alexander GODÍNEZ-VARGAS.....	51
 <i>Comentarios a la legislación laboral cubana</i>	
<i>Cuba 2018-2019. Cambios en la legislación de trabajo</i>	
Antonio Raudilio MARTÍN-SÁNCHEZ.....	63
 <i>Informe de la legislación de trabajo y seguridad social adoptada en Chile durante el año 2018</i>	
Emilio MORGADO-VALENZUELA	
Francisco TAPIA-GUERRERO.....	71
 <i>Legislación sociolaboral en España en 2018</i>	
Joaquín GARCÍA-MURCIA.....	97
 <i>La reforma esperada</i>	
<i>¿Fin del corporativismo mexicano?</i>	
Carlos DE BUEN-UNNA.....	121
 <i>Cambios y tendencias en el Derecho del Trabajo panameño y en la seguridad social en Panamá en el año 2018</i>	
Rolando MURGAS-TORRAZZA.....	139

<i>Portugal – Crónica Legislativa 2018</i>	
António MONTEIRO-FERNANDES.....	145
<i>República Dominicana – Anuario 2018</i>	
Rafael F. ALBURQUERQUE.....	151
<i>Uruguay: novedades normativas en materia laboral en el período 2016-2018</i>	
Jorge ROSENBAUM-RIMOLO	
Federico ROSENBAUM-CARLI.....	157
<i>Las reformas legales en materia de trabajo en Venezuela durante el año 2018</i>	
Héctor Armando JAIME-MARTÍNEZ.....	183

PRESENTACIÓN

La Junta Directiva de la ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, presenta como parte de su gestión, la séptima edición de su ANUARIO, correspondiente al año 2018, 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 2018 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, España, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Confiamos en que esta publicación sea de utilidad para los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por razones de costos y de facilidad para la distribución la Academia acordó que a partir de este año la edición del Anuario se hará en forma digital.

Agosto de 2019

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 facilitaran 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. (Portugal)
20. Herrera Vergara, José Roberto. (Colombia)
21. Mesquita Barros, Cássio. (Brasil).
22. González Carlos, Alberto. (Paraguay)
23. Molina Monsalve, Carlos Ernesto. (Colombia)
24. Hernández Contreras, Carlos. (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
30. Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo. (Perú)
31. De Souza Franco Filho, Georgenor. (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 .Alvarez, 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 Carbuccion, Manuel. (República Dominicana)
55. Franco, César Landelino. (Guatemala)

ACADÉMICOS EMÉRITOS

Guerrero Figueroa, Guillermo. (Colombia)

Sandoval Isaac. (Bolivia)

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

Anuario 2018 / Argentina

Adrián GOLDIN

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

Juan Pablo MUGNOLO

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

RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

La negociación salarial durante el año 2018 tuvo inevitable referencia a una creciente tasa de inflación y una devaluación monetaria que desgastaron el poder adquisitivo del salario. Dicho contexto potenció la conflictividad laboral sobre todo en los procesos de negociación colectiva formal.

A fin de “administrar” la conflictividad creciente entre sindicatos, empresas y Gobierno, el entonces Ministerio de Trabajo promulgó el Decreto 508/18 que contempla un *Régimen voluntario simplificado de adecuación del salario anual de negociación colectiva 2018* el cual estableció que durante el año 2018 las partes colectivas podían ajustar los salarios ya negociados en un 5% más respecto del trimestre anterior. Esta decisión gubernamental es una nueva expresión de la lógica intervencionista estatal en el campo de las relaciones laborales colectivas que caracteriza al régimen argentino; el establecimiento de un límite para el aumento futuro de los salarios mediante la negociación colectiva, en efecto, podría interpretarse como una violación del principio de la autonomía colectiva.

En la misma línea intervencionista, el entonces Ministerio de Trabajo promulgó el Decreto 633/18, que estableció la prohibición de homologar o registrarlos convenios colectivos de trabajo o acuerdos con efectos similares que, en el marco del procedimiento de negociación colectiva previsto en la Ley 14.250 (2004), contuvieran sumas o conceptos de naturaleza salarial a los cuales las partes acordaran tratar como si no lo fueran, con el objeto de reducir el costo que deriva de las cotizaciones que ambas partes deben efectuar en relación a ellos.

Por su parte, la Providencia PV-2018-26051140 del Director Nacional de Relaciones y Regulaciones del Trabajo del mismo Ministerio prohibió a los bancos realizar débitos automáticos por aportes sindicales en las cuentas de salarios en favor de los sindicatos menos representativos –los que no cuentan con “*personería gremial*”– impidiéndoles de ese modo el cobro de cuotas de

afiliación por ese medio. En Argentina, los sindicatos más representativos –los que sí han obtenido el reconocimiento de su “*personería gremial*”– son los únicos que pueden representar a los trabajadores en disputas colectivas, negociar salarios y otras condiciones de trabajo, otorgar privilegios a sus delegados y cobrar cuotas de afiliación. Dicha exclusividad atenta contra la creación y desarrollo de los sindicatos menos representativos, vulnerando respecto de ellos el pleno goce de la libertad sindical, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹ en línea con los dictámenes de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹.

SEGURIDAD SOCIAL

El año legislativo precedente había concluido con la sanción de una ley –la que lleva el número 27426– que se propuso principalmente modificar los criterios de actualización de las jubilaciones. El gobierno sostenía esos criterios, que la ley 27426 modificaría, carecían de lógica por combinar el índice de variación semestral del flujo de recursos fiscales destinados al régimen previsional, con el índice general de los salarios publicado por el organismo estadístico oficial (INDEC) o con el elaborado por la Secretaría de Estado de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo (de ellos, el que fuera mayor). El índice establecido en su reemplazo en la nueva ley estaba compuesto en un 70% por el Índice de los Precios al Consumidor (también provisto por el INDEC) y en el 30% restante por el índice de los salarios elaborado por aquella Secretaría de Estado. A juicio de los observadores, estos nuevos criterios implicarían un incremento menor de las prestaciones, razón por la cual fue duramente resistido por la oposición y por algunos movimientos sociales.

La norma, además, garantiza que la jubilación mínima de quienes acrediten 30 años de cotizaciones efectivas no debe en ningún caso ser inferior al 82% del salario mínimo vital.

Finalmente, y con la finalidad de reducir la presión fiscal que pesa sobre los empleadores, la ley excluyó de la obligación de continuar ingresando sus cotizaciones patronales al empleador cuyo dependiente no se jubila pese a haber reunido los requisitos para acceder al beneficio; a partir de ese momento, sólo el propio beneficiario pagará sus propias cotizaciones si opta por continuar trabajando, no así su empleador. La ley consagra además normas relativas al embargo de los salarios, al régimen de las sanciones por incumplimientos del empleador y a la ampliación de las posibilidades de inversión de los recursos del Fondo de Garantía de Sostenibilidad del régimen jubilatorio.

Por otra parte, cabe señalar las reformas al Régimen de Asignaciones Familiares operadas durante el período bajo análisis. Por un lado, el Decreto 702/2018 modifica el régimen de Asignaciones Familiares, que afecta a los trabajadores asalariados formales. En este sentido, se eliminan las zonas

¹ Fallos “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales” - 11/11/2008; “Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) s/ acción de inconstitucionalidad” – 18/6/2018; “Rossi Adriana María c/Estado Nacional, Armada Argentina – 9/12/ 2009

diferenciales para el cobro de la Asignación Familiar por Hijo (que establecía un plus para áreas consideradas prioritarias por ser más caras o desfavorecidas por algún motivo), se incrementa el tope salarial mínimo para percibir la asignación de \$200 a \$2.816 (excepto para los individuos que cobran prestación de desempleo) y se reducen los topes de ingreso familiar e individual máximo de \$94.786 a \$83.917 y \$47.393 a \$41.959, respectivamente.

PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD DE GÉNERO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL TRABAJO

El año 2018 constituyó un hito en la reivindicación de los derechos vinculados con las problemáticas de género. El proyecto de ley sobre el aborto gratuito y legal, aunque fuera rechazado por el Senado de la Nación tras una fuerte presión de las Iglesias Católica y evangélicas, fortaleció la conciencia de género y la capacidad organizativa de los movimientos en favor de los derechos de las mujeres. En ese marco, el gobierno envió al parlamento un proyecto de ley sobre la igualdad de género y la igualdad de oportunidades en el trabajo. El proyecto prevé una estricta igualdad salarial, una recomendación para los empleadores y sindicatos para adaptar sus códigos de conducta y estatutos, como así también promover la discusión de género en la negociación colectiva, además de un título sobre la "conciliación del trabajo con la vida privada y familiar". El proyecto no ha alcanzado aún pleno acuerdo en el Congreso; en cualquier caso, la extensión de los derechos en tiempos de recesión económica y crisis puede destacarse como una acción positiva.

FALLOS RELEVANTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Vale la pena destacar una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso relacionado con un neurocirujano que demandó al hospital en el que trabajaba, alegando que el vínculo que lo unía con la institución era de naturaleza laboral. En el caso *"Rica Carlos Martin c/ Hospital Alemán y otros s/ despido"* (24/4/2018) el Máximo Tribunal enfatizó que la mera prestación de servicios para una empresa no implica que la relación sea dependiente y sostuvo la vigencia de la figura contractual de la prestación de servicios en la legislación argentina.

De ese modo, la Corte Suprema descalificó el fallo del tribunal inferior porque no evaluó la prueba de que la relación no tenía ninguna de las características típicas de la relación laboral. El médico era miembro de una asociación que participaba en la toma de decisiones acerca de qué profesionales podían ser admitidos en el hospital, cómo deberían realizarse las prácticas médicas y cómo se deberían distribuir las tarifas. Además, esos médicos solo cobrarían su remuneración en la medida de las prácticas médicas que le fueran efectivamente encomendadas. .

El Alto Tribunal puso el acento sobre aquellas notas indicativas de la ausencia de relación laboral (el demandante estaba registrado en el impuesto de ley

simplificada, había emitido facturas, no había presentado ninguna reclamación durante siete años y no invocó ni demostró haber disfrutado de permisos o vacaciones pagadas).

Cabe señalar que si bien la decisión del Tribunal Supremo está circunscrita a este caso particular —el cual a su vez encuentra límites en la actividad médica— no ha obstado a que diversos sectores lo hayan leído como un signo de retiro del Derecho del Trabajo y un correlativo avance del derecho común.

Casi sobre el final del período en consideración, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en los autos “Blanco Lucio Orlando c/ANSES s/ reajustes varios”, en el que dispuso la aplicación del índice ISBIC (Índice de Salarios Básicos de la Industria y la Construcción) para la actualización de los haberes jubilatorios de un afiliado al sistema previsional a los efectos del cálculo de su haber inicial de jubilación. El pronunciamiento del Alto Tribunal, adoptado por la mayoría de sus miembros, declaró la inconstitucionalidad de la normativa que disponía la aplicación de otro índice menos beneficioso para el accionante. El fallo, si bien formalmente limitado en sus efectos a quienes fueran parte en el proceso así resuelto, puede tener impacto en las aproximadamente 150.000 causas que se estima se encuentran actualmente en trámite judicial y con idéntica pretensión. Sin perjuicio de ello, el contenido argumental de esta sentencia conlleva la puesta en cuestión del modo en que la administración practica el cálculo de la mayoría de las prestaciones previsionales.

SUPRESIÓN DEL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

En el marco de otras medidas de austeridad y reducción de gastos, el 5 de septiembre de 2018 el Gobierno dictó el Decreto de necesidad y urgencia 801/2018 que introdujera modificaciones en la Ley de Ministerios y dispusiera la supresión de diez ministerios. Entre ellos, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, cuyas atribuciones pasaron al nuevo Ministerio de Producción y Trabajo, en cuyo marco se crearon las Secretarías de Producción y de Trabajo, en tanto que la Secretaría de Seguridad Social pasó a la órbita del Ministerio de Salud y Desarrollo Social.

Finalmente, en atención a la compleja situación económica y social y especialmente la alta inflación registrada durante el año considerado, el Gobierno dictó con fecha 12/11/2018, el decreto 1043/2018, que impuso una “Asignación no remunerativa” para todos los trabajadores del sector privado. Esta Asignación, también denominada “Bono de fin de año” fue puesta a cargo de los empleadores y asciende a la suma de \$ 5.000², pagadera en dos cuotas iguales y consecutivas de \$ 2.500 cada una junto al pago de las remuneraciones de noviembre y diciembre. La excepcional medida resultó luego extendida a los empleados del sector público nacional y provincial, como también, incluso, a titulares de asignaciones familiares, aunque variando en cada caso el monto y las modalidades previstas para su pago.

³ Como dato de referencia se informa que la Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables (RIPTÉ), fue igual a la suma de \$ 33154.28 en el mes de octubre del 2018, según datos oficiales.

Bolivia – Reseña legislativa laboral y jurisprudencial 2018

Iván CAMPERO-VILLALBA

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

SUMARIO

I. Introducción. II. Diferencia entre Derecho del Trabajo y Derecho Civil. III. Normativa de incremento salarial 2018 en Bolivia. IV. Doble aguinaldo 2018. V. Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional boliviano en el 2018, sobre la efectiva tutela de la reincorporación.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Estado, en Bolivia fue promulgada en febrero del año 2009 a 10 años de su vigencia, no se ha incorporado elementos importantes sobre la necesidad de una LEY GENERAL DE L TRABAJO O UN CÓDIGO DE TRABAJO, por lo que no obstante la legislación dispersa, aún no se puede identificar incorporado elementos importantes en el ámbito del contrato de trabajo, ya que la Ley del Trabajo vigente, data del año 1939, es por eso la importancia de la identificación conceptual entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil. A 10 años de la Constitución Política del Estado.

II. DIFERENCIA ENTRE DERECHO DEL TRABAJO Y DERECHO CIVIL

El derecho como ciencia es un conjunto armónico e inseparable de teoría, norma y *praxis* jurídica, que deviene en correspondencia de las relaciones sociales. O mejor, en *correlato* de las relaciones manifiestas y posibles del espectro social.

Este cuerpo o ciencia del derecho, que articula desde la superestructura las relaciones sociales, es decir, desde la abstracción valorativa de la realidad, encuentra su marco explicativo y la especificidad de cada una de sus ramas en lo substancial de sus relaciones posibles y en lo formal de su positividad jurídica.

Esto, porque el derecho como expresión volitiva de los sujetos del negocio jurídico, se desenvuelve en el marco de los condicionante-condicionado que el ordenamiento social permite: la bastedad y los límites de la voluntad individual y del poder ordenador, que subyacen a las determinaciones dadas en la materialidad social.

- Lo que es lo mismo, la dimensionalidad del derecho comprende no solamente las mediaciones de lo económico, social y político en las que se encuentran inmersos los sujetos de la relación jurídica, sino las proyecciones abstractas entre lo público y lo privado, lo individual y lo social, etc., de su configuración jurídica. Aspectos ambos, la matriz constitutiva y lo formal de su construcción valorativa, que informan su naturaleza esencial.
- Por lo que al emerger el derecho moderno como expresión articuladora del espectro de las relaciones sociales, se hace necesario preguntarse sobre las particularidades de esta articulación, lo substancial y formal de su positividad, a fin de entender el sentido general del derecho, así como el de las tramas que lo constituyen.
- Indagando en el caso que nos ocupa sobre ¿cuál la convergencia o diferencia del derecho del trabajo con el derecho civil? o dicho de otra manera ¿cuáles los aspectos que aproximan o separan a estas ramas del derecho? con el propósito de descubrir la ligazón que les une, atendiendo al carácter diacrónico del derecho del trabajo respecto del derecho civil y a la revalorización del derecho en su conjunto con el aparecer del derecho laboral. Es decir, al producirse desde el interior de la modernidad unos contenidos principistas, unas normas y unas prácticas consensuales que cambian el sentido del derecho moderno.
- En este propósito explicativo es necesario señalar que el derecho del trabajo en relación al derecho moderno aparece condensando su propia realidad: El contrato o arrendamiento de servicios u obras del Código Civil, cede el paso al contrato del trabajo, en un proceso de catarsis que deslinda momentos y relaciones históricas consecuentes.
- Aun cuando ligado este proceso por el cordón umbilical del contrato, el arrendamiento de servicios o de obras aparece en el ámbito de la circulación como un negocio jurídico de compra venta de la “cosa”, realizada o prestada a voluntad, en cualquier lugar y en cualquier tiempo. En los hechos, de lo que se trata no es de la compra - venta de la fuerza de trabajo, sino de la “cosa” objeto del servicio a prestarse o del servicio a realizarse. Contrato de arrendamiento cuyos resabios subsisten con la denominación de obra “vendida” en diferentes niveles artesanales y profesionales, acrecentada ahora con el teletrabajador y el avance de la tecnología en innovaciones como las formas de prestación de servicios “Uber” y “delibery”.

III. NORMATIVA DE INCREMENTO SALARIAL 2018 EN BOLIVIA

En Bolivia, el incremento salarial aprobado para la gestión 2018, MEDIANTE D.S. 3544 DE 1RO. DE Mayo de 2018, fija en el **5,5% al haber básico y del 3% al Salario Mínimo Nacional (SMN)**, por lo que quedaría en Bs 2.060. El Gobierno y la Central Obrera Boliviana (COB) acordaron los porcentajes luego de cinco horas de negociación. Además se informó que las proyecciones de crecimiento permiten vislumbrar que esta gestión **se pagará el doble aguinaldo**.

Juan Carlos Huarachi, secretario general de la COB, dio lectura al acuerdo logrado con el Poder Ejecutivo. “Incremento salarial 2018: se acuerda que el incremento al salario mínimo nacional **será del 3%** y en cuanto al salario básico nacional el incremento **será del 5,5%**. Las características del incremento serán definidas mediante un decreto supremo”.

El ejecutivo máximo de la COB dijo que el aumento conseguido **del 5,5%, más el doble aguinaldo, significa casi un 14%**. “Estamos hablando de un **13,75% de incremento salarial en esta gestión**, para nosotros es un avance”, indicó Huarachi.

IV. DOBLE AGUINALDO 2018

Sobre el Doble aguinaldo 2018, se aprueba para la gestión 2018 mediante R.M. 1373/18, a continuación vamos a delinear los procedimientos sobre todo para el sector privado.

MARCO LEGAL

- Según el **DS 1802** se crea el segundo aguinaldo Esfuerzo por Bolivia, en el caso que se supere del 4.5% del PIB en Bolivia.
- Para la gestión 2018 se emitió el DS 3747 que establece nuevos criterios para el pago del Segundo Aguinaldo, añadiendo topes y el porcentaje de pago del 15% para productos nacionales.
- La Resolución Ministerial 1373/18 del Ministerio de Trabajo resume todas las normativas y establece los procedimientos en general para el pago.

MÁXIMAS DOBLE AGUINALDO 2018, SECTOR PRIVADO

CÁLCULO:

- El cálculo para empleados es sobre el total ganado promedio de los últimos 3 meses en la gestión 2018. (Para obreros por lo menos 1 mes antes).

- Es para empleados que trabajaron por lo menos 3 meses y/o se retiraron el 2018. (Para obreros es de 1 mes).
- Si el empleado entró hasta el 1ro de octubre, se toma como dato el total ganado del mes de noviembre de 2018. (Para obreros, el dato es del último mes).
- Opcional para personas que ganan más de 15.000 Bs.

PLAZOS:

- El pago es hasta el 31 de dic. de 2018 sin solicitud de ampliación al Min. de Trabajo (y presentar planillas hasta el 30 de enero de 2019 por Oficina virtual del Min. de Trabajo).
- Hasta el 29 de marzo, con solicitud de ampliación al Min. de Trabajo (y planillas presentar hasta el 30 de abril de 2019 por Oficina virtual del Min. de Trabajo).
- La solicitud de ampliación es una nota justificando la razón de la ampliación, se la debe presentar antes del 28 de dic. de 2018.

Pago del 15% en productos nacionales:

- Es para personas que ganen por encima del Salario Mínimo. Si el empleado gana hasta el mínimo, Bs 2.060, se debe pagar todo en efectivo. Si gana Bs 2061 o más, el 15% debe ser pagado en productos nacionales.
- El pago del 15% en productos nacionales es obligatorio. Ya sea por Billetera móvil o sin adscribirse a ese procedimiento.
- **Es opcional** adscribirse al procedimiento del Min. de Desarrollo Productivo a través de la aplicación denominada “billetera móvil”.
- Si la empresa no se adscribe a la “billetera móvil” debe efectuar el pago del 15% con productos hechos en Bolivia, previo acuerdo entre el empleador y los trabajadores sobre los productos a ser adquiridos (Párrafo III del Art. 5 de la RM 1373/18).

Planilla del doble aguinaldo en la Oficina virtual

La planilla del doble aguinaldo estará disponible en la Oficina Virtual del Min. de trabajo.

El costo del trámite es similar a la planilla del aguinaldo de navidad: según Resolución Ministerial 854/14 es de Bs 65 para planillas menores a 100.000 bs; y de Bs 140 para superiores a 100.001 bs. a la cuenta 1-6036425 del banco unión.

V. JURISPRUDENCIA VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BOLIVIANO GENERA LA OBLIGATORIEDAD DE LA EFECTIVA TUTELA EN EL CASO DE REINCORPORACIÓN

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) declaró la efectiva

tutela en caso de reincorporación, así como la configuración de la SEGURIDAD JURÍDICA, en la reincorporación, por medio de la Sentencia Constitucional N° 0213/2018-S-3 Cuyo contenido sustantivo es el siguiente;

La accionante denuncia la vulneración de sus derechos al trabajo y a la estabilidad laboral; toda vez que, el demandado no cumplió con lo dispuesto en la Conminatoria de Reincorporación JDTEPS-CH/C.R. 002/2017 de 17 de enero, que ordenaba la reincorporación inmediata a su fuente laboral; a pesar que el Ministro de Trabajo, Empleo y Previsión Social, mediante RM 557/17 de 7 de julio de 2017, revocó la RA J.D.T.E. y P.S.-CH./R- 010/17 de 21 de febrero de 2017 y por ende confirmó la vigencia de la Conminatoria de Reincorporación señalada que fue notificada al entonces Gerente General de CESSA el 20 de julio de 2017 y a su persona el 28 del mismo mes y año. En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada. III.1. Posibilidad de acudir a la jurisdicción constitucional en caso de resistencia del empleador a cumplir la conminatoria de reincorporación La SCP 0177/2012 de 14 de mayo, en torno a este supuesto señaló: "...la estabilidad laboral es un derecho constitucional cuya vulneración afecta a otros derechos elementales, a este efecto consideramos que se debe abstraer el principio de subsidiariedad en aquellos casos en que una trabajadora o un trabajador demande la reincorporación a su fuente trabajo ante un despido sin causa legal justificada; con el único requisito previo de recurrir a las Jefaturas Departamentales de Trabajo denunciando este hecho, a objeto de que estas entidades una vez establecido el retiro injustificado conminen al empleador a la reincorporación inmediata en los términos previstos por el DS 0495, y ante su incumplimiento se hace viable la tutela constitucional a través de la acción de amparo constitucional. Entendimiento asumido en virtud a que en estos casos no sólo se halla involucrado el derecho al trabajo, sino otros derechos elementales como la subsistencia y a la vida misma de la persona, ya que cuando se afecta el derecho al trabajo a través de un despido injustificado, no sólo se afecta a la persona individual, sino a todo el grupo familiar que depende de un trabajador o trabajadora por cuanto implícitamente se atenta contra la subsistencia de sus hijos o dependientes, de ahí que el derecho al trabajo constituye uno de los principales derechos humanos. Sin embargo, a efecto de consolidar la protección de la estabilidad laboral que rige en el Estado Plurinacional de Bolivia, a partir de la vigencia de la Constitución, se hace necesaria la modulación sobre el tema: En consecuencia, aplicando las normas legales relativas a la estabilidad laboral descritas, se debe considerar los siguientes supuestos: 1) En caso de que una trabajadora o un trabajador, ante un eventual retiro intempestivo sin causa legal justificada opte por su reincorporación, deberá denunciar este hecho ante las Jefaturas Departamentales de Trabajo; entidades que deberán asumir el trámite previsto por el DS 0495, emitiendo si corresponde la conminatoria de reincorporación en los términos previstos en esta norma, y en caso de que el empleador incumpla la conminatoria, el trabajador o trabajadora podrá interponer la acción de amparo constitucional, misma que resulta más idónea en estos casos por las razones antes expuestas. 2) Aclarando que la conminatoria dispuesta por el Ministerio de Trabajo Empleo y Previsión Social, en los alcances del DS 0495, no constituye una resolución que defina la situación laboral de la trabajadora o el

trabajador, por cuanto el empleador puede impugnar esta determinación en la justicia ordinaria, conforme previene el referido Decreto Supremo; vale decir interponiendo una acción laboral dentro los alcances establecidos por el art. 65 del Código Procesal del Trabajo (CPT), precepto que otorga la posibilidad al empleador de constituirse en parte demandante en una acción social, instancia en la que en definitiva se establecerá si el despido fue o no justificado, esto debido a que la justicia constitucional sólo viabiliza la tutela inmediata ante la decisión unilateral del empleador que opta por un despido intempestivo sin causa legal justificada”. Por su parte la SCP 1372/2015-S2 de 16 de diciembre, respecto a la abstracción del principio de subsidiariedad para estos casos, manifestó que: “...en los casos en los que una trabajadora o trabajador demanda la reincorporación a su fuente de trabajo ante un despido sin causa legal justificada, por la inmediatez que merece la tutela que pretende; sólo exige acudir a las Jefaturas Departamentales de Trabajo. Por lo que, ante la existencia de una conminatoria, aun existiendo la posibilidad de impugnarla por la vía administrativa o judicial, no resulta exigible agotar las mismas, a fin de impetrar su observancia en la jurisdicción constitucional, siendo clara tanto la normativa laboral como la jurisprudencia constitucional emitida sobre el particular, en sentido que, ante su incumplimiento, se hace viable la tutela constitucional a través de la acción de amparo constitucional; resultando necesario reiterar que, en todo caso será la instancia laboral la que producto de la acción social planteada por la parte empleadora, si lo considerare correspondiente, determine en definitiva si el despido fue o no justificado; por cuanto la justicia constitucional únicamente viabiliza la tutela ante la decisión unilateral del empleador que opta por un despido intempestivo; no compeliendo por ende, efectuar pronunciamiento de fondo al respecto” (las negrillas son nuestras). III.2. La conminatoria de reincorporación debe ser cumplida en su integridad, la SCP 0680/2016-S2 de 8 de agosto, sobre el particular precisó: “Del análisis y comprensión del razonamiento constitucional precedentemente glosado, se advierte que el Tribunal Constitucional Plurinacional afirmó que a tiempo de conceder la tutela, no se encuentra habilitado para establecer el pago de los sueldos devengados por despidos injustificados, puesto que dicha labor correspondería realizarla a las autoridades administrativas y/o judiciales, debido a que ellas podrán analizar con mayor debate las pruebas de cargo y descargo. No obstante, consideramos que dicho desarrollo jurisprudencial, no guarda coherencia con lo precisado en la uniforme jurisprudencia constitucional, respecto a la tutela que se brinda por incumplimiento del empleador de la conminatoria de reincorporación, emitida por una Jefatura Departamental del Trabajo dependiente del Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social; toda vez que, la misma se la efectúa en resguardo de los derechos al trabajo y estabilidad laboral, sin necesidad de exigir que previamente se tengan que agotar las instancias administrativas y/o judiciales, por encontrarse en riesgo los derechos del trabajador, así como otros derechos fundamentales relacionados a la subsistencia y vida misma del trabajador y su familia; por lo que no le compete, incluso al Tribunal Constitucional Plurinacional, efectuar pronunciamiento alguno sobre el fondo de la conminatoria (SCP 1372/2015-S2), salvo que en su emisión se hubiesen vulnerado derechos fundamentales (SCP 1712/2013 de 10 de octubre). Consideraciones de las que se establece, que cuando este Tribunal advierta (fuera de este último caso),

que se hubiese incumplido la conminatoria de reincorporación, deberá conceder la tutela de manera provisional y ordenar que el empleador cumpla de manera inmediata lo dispuesto en dicha conminatoria, en razón a que podrá ser modificada en un posterior proceso administrativo y/o judicial. Razonamiento constitucional, que en ningún momento establece que el cumplimiento deba ser únicamente de una parte u otra de la conminatoria, sino más bien se entiende, que debe ser de la totalidad de la misma; toda vez que, al ser emitida por autoridad administrativa competente, previa constatación de los hechos denunciados, verificación de pruebas y aplicación de las normas legales laborales, tal como la misma SCP 0386/2015-S3 lo señala en sus fundamentos, no resultaría lógico establecer que deba cumplirse una parte de la conminatoria (referente a la reincorporación) y se incumpla otra (respecto al pago de sueldos devengados y otros derechos también dispuestos por la administración laboral), cuando dicha posibilidad no se encuentra contemplada ni regulada por la normativa laboral de nuestro Estado ni por nuestra Constitución Política del Estado. Motivo por el que corresponde cambiar la referida línea constitucional y establecer que a partir de la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, cuando se disponga el cumplimiento de una conminatoria, por parte de la jurisdicción constitucional, la misma debe ser entendida en el sentido que debe cumplirse la totalidad y no en una parte u otra, en observancia del parágrafo IV del art. 10 del DS 28699 de 1 de mayo de 2006, incorporado por el DS 0495, que dice: 'IV. La conminatoria es obligatoria en su cumplimiento a partir de su notificación...'; así como de los principios de protección de los trabajadores e in dubio pro operario, más aun si la concesión de tutela resulta ser provisional, lo que significa que podrá ser modificada posteriormente en la vía administrativa y/o judicial, en lo que respecta a la reincorporación del puesto de trabajo, a los sueldos devengados u otros derechos sociales que hubiesen sido dispuestos por la conminatoria". III.3. Cómputo del plazo de la inmediatez ante el incumplimiento de la conminatoria de reincorporación. Al respecto la SCP 1712/2013 de 10 de octubre, que dice: "Por todo lo relatado, corresponde precisar que ante la negativa por parte del empleador de dar cumplimiento de la conminatoria de reincorporación emitida por la Jefatura del Trabajo abre inmediatamente la posibilidad de activar la acción de amparo constitucional, no siendo necesario esperar hasta que la vía administrativa se encuentre en estado de ejecutoria. De ahí que corresponde establecer la reconducción del entendimiento a la SCP 0809/2012, que el cómputo del plazo de los seis meses de inmediatez comenzará a correr a partir de que el empleador se rehúse a cumplir la conminatoria; es decir, posteriormente a su legal notificación el empleador renuente abre la posibilidad para que el trabajador accione la vía constitucional y por tanto el plazo de inmediatez se deberá computar desde el primer acto manifiesto por el cual el empleador demuestra su falta de voluntad de cumplir con la conminatoria" (las negrillas corresponden a la resolución de origen).

Informes trabalhistas: relatório Brasil 2018

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 45 da AIADTSS – Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Advogado em São Paulo.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Principais aspectos legislativos. 1.1. Proteção de dados pessoais. 1.2. Transporte de passageiros intermediado por aplicativos. 1.3. Segurança jurídica. 1.4. Terceirização pela administração pública direta e indireta. 1.5. Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. 1.6. Política Nacional de Trabalho no âmbito do Sistema Prisional. 1.7. Prevenção do câncer. 2. Principais decisões dos tribunais. 2.1. Supremo Tribunal Federal – STF. 2.1.1. Reforma Trabalhista. 2.1.2. Terceirização. 2.1.3. Facultatividade da contribuição sindical. 2.1.4. Efeitos de acordo entre empresa pública e MPT sem a participação do sindicato. 2.1.5. Trabalho artístico de menores. 2.1.6. Comissão de Conciliação Prévia. 2.1.7. Dispensa imotivada de empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista. 2.2. Tribunal Superior do Trabalho – TST. 2.2.1. Aprovação de súmulas. 2.2.2. Prevalência do negociado sobre o legislado. 2.2.3. Greve política. 2.2.4. Fusão Embraer e Boeing. 2.2.5. “Hiring bonus”. 2.2.6. Mensagens via WhatsApp fora do horário de trabalho. 2.2.7. Interpretação da Convenção 132, da OIT. 2.2.8. “Perde d’ une chance”. 2.2.9. Trabalho aos domingos e feriados por detentor de cargo de confiança. 2.2.10. Transferência do empregado para local diverso do local da contratação. 2.2.11. Validade da dispensa por justa causa aplicada no curso da suspensão do contrato de trabalho. 2.2.12. Responsabilidade do empregador por danos ocorridos no ambiente produtivo. 2.3. Tribunais Regionais Trabalho – TRTs. 2.3.1. Arbitragem de ofertas finais para solução de impasse envolvendo PLR. 2.3.2. Relacionamentos afetivos no ambiente de trabalho. 2.3.3. Download de filmes no ambiente de trabalho. 2.3.4. Advertências por WhatsApp. 2.3.5. Cotas

para trabalhadores com deficiência. 2.3.6. Ausências ao trabalho por motivo religioso. 2.3.7. Cobrança de custas processuais de beneficiário de justiça gratuita. 2.3.8. Indenização por perdas e danos em favor da empregadora. 2.3.9. Execução definitiva de decisão sujeita a recurso a tribunal superior. 2.3.10. Efetividade da tutela jurisdicional. Considerações finais

INTRODUÇÃO

Se em 2017 a reforma trabalhista deu grande visibilidade ao direito do trabalho, o mesmo não ocorreu em 2018, quando não houve nenhuma ocorrência legislativa de maior importância. Mesmo assim, merece registro a lei brasileira de proteção de dados pessoais, que terá grande impacto na seara trabalhista. Será destacada, ainda, iniciativa do legislador para regulamentar o transporte de passageiros intermediado por meio de plataformas digitais, além de outras leis relacionadas na primeira parte do presente texto.

No plano jurisprudencial, o texto dará destaque a decisões do Supremo Tribunal Federal, envolvendo aspectos de constitucionalidade da Lei 13.467/17, que implantou a Reforma Trabalhista. Será dado destaque ao posicionamento da mais alta Corte a respeito da facultatividade da contribuição sindical, sob o prisma da liberdade sindical. Haverá destaque, ainda, para julgados envolvendo terceirização, trabalho artístico de menores, entre outras importantes decisões, inclusive de Tribunais do Trabalho.

De qualquer forma, a esperada revisão da Súmulas, por parte do TST - Tribunal Superior do Trabalho, ainda não ocorreu, o que vem causando certa perplexidade, mesmo porque o teor de algumas Súmulas não mais se sustenta em face da ampla reforma da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Mesmo assim, o TST já teve oportunidade de se manifestar a respeito de aspecto controvertido da Reforma: se cláusulas de convênio coletivo podem contrariar o disposto em lei, como será comentado. Outros temas serão explorados nessa parte dedicada à jurisprudência, como greve política, impactos das novas tecnologias nas relações de trabalho e interpretação da Convenção 132, da OIT, por parte da Justiça do Trabalho. Embora com menor repercussão, será examinada a jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, inclusive envolvendo questões processuais, como justiça gratuita, religião e efetividade da tutela jurisdicional.

1. PRINCIPAIS ASPECTOS LEGISLATIVOS

1.1. PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A lei de proteção de dados brasileira, Lei nº 13.709/2018, foi sancionada em 14 de agosto de 2018. Está calcada nos pilares da proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, prestigiando, também, o livre

desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Não contempla disposições específicas para o contexto da relação de trabalho, mas deve naturalmente ser observada pelos empregadores, na condição de agentes de tratamento de dados pessoais.

Há grandes desafios envolvendo privacidade dos trabalhadores, que deve ser protegida contra abusos e mesmo usos indevidos, nessa era da Big Data, sem se falar das tecnologias que invadem a esfera privada das pessoas, notadamente em relação às comunicações eletrônicas. Para tanto, a lei estabelece limites a intromissões indevidas na vida privada do empregado, estabelecendo o respeito à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, entre outros importantes fundamentos.

A lei, além de invocar a boa-fé, aponta, entre outros, os seguintes princípios que devem presidir as atividades de tratamento de dados: finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, não discriminação. Ao enfrentar a questão do tratamento de dados pessoais, a legislação condiciona seu fornecimento ao consentimento do titular. Essa questão é por demais crucial nas relações de trabalho, em especial pelo fato de haver desigualdade de poder entre empregado e empregador.

1.2. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS INTERMEDIADO POR APLICATIVOS

A Lei nº 13.640/2018, sancionada em 26 de março, alterou a Lei 12.587/12, que regulamenta o transporte remunerado privado individual de passageiros, assim considerado o transporte intermediado por aplicativos privados. Um dos impasses do legislador, como também se verifica junto aos Tribunais, é enquadrar simplesmente esses trabalhadores no quadro binário “trabalho autônomo x trabalho subordinado”. O legislador preferiu enquadrar esse profissional em uma relação de trabalho não subordinada. Para tanto, exige sua inscrição como contribuinte individual do INSS, com acesso a benefícios previdenciários.

De qualquer forma, com a alteração introduzida, é da competência dos Municípios e do Distrito Federal a competência para regulamentar e fiscalizar essa modalidade de serviço. Sendo da União a competência exclusiva para legislar sobre trabalho, por óbvio aqueles entes federativos, ao regulamentar essa modalidade de prestação de serviços, não poderiam condicionar o exercício dessa atividade ao reconhecimento prévio do vínculo de emprego.

1.3. SEGURANÇA JURÍDICA

A Lei nº 13.655/2018, sancionada em 25 de abril, alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para incluir disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Entre outras medidas, a lei impede expressamente as autoridades públicas, sejam elas pertencentes à esfera administrativa, controladora ou judicial, de decidir com base em valores

jurídicos abstratos, sem que antes sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Além disso, de acordo como art. 22, ao interpretar norma sobre gestão pública, devem ser considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

1.4. TERCEIRIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

O Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018, regula a terceirização, quando a cargo da administração pública direta e indireta. O Decreto relaciona expressamente os serviços não alcançados pela liberdade de terceirizar da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, como os considerados estratégicos. Há restrições também para empresas públicas e sociedades de economia mista, controladas pela União, impedidas de tomar serviços de profissionais com atribuições inerentes às dos cargos integrantes de seus Planos de Cargos e Salários, admitidas exceções como o caráter temporário do serviço.

O Decreto proíbe contratação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção com relação de parentesco com (i) detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou pela contratação ou (ii) autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade.

1.5. DIRETRIZES NACIONAIS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

As diretrizes foram instituídas pelo Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Aplicam-se às empresas consideradas médias e grandes, incluídas as empresas multinacionais com atividades no país. Contempla uma série de obrigações para o Estado e, sobretudo, para as empresas, como monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva, redigir código de conduta e divulgar aos empregados os instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos, a exemplo das convenções da OIT. As empresas que implementarem as diretrizes – o que ocorrerá de forma voluntária, poderão receber o selo “Empresa e Direitos Humanos”.

1.6. POLÍTICA NACIONAL DE TRABALHO NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL

A política, instituída pelo Decreto nº 9.450, de 24 de julho de 2018, tem em vista a inserção de pessoas privadas de liberdade e egressas do sistema prisional no mundo do trabalho. Será implementada pela União em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo para esse fim ser firmados convênios ou instrumentos de cooperação técnica com diversas entidades, inclusive sindicatos.

Por força da política adotada pelo Estado, prestadoras de serviços signatárias

de contratos com órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com valor anual superior a R\$330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), deverão possuir, em seu quadro de empregados, percentual mínimo de egressos do sistema prisional, exceto quando tal exigência se mostrar inviável.

De qualquer forma, o objetivo dessa política, além de valorizar a pessoa humana do egresso e daqueles que se encontram no sistema prisional privados de sua liberdade, consiste na ressocialização desse público alvo, por meio de sua incorporação no mercado de trabalho. O percentual de trabalhadores a ser contratado varia de 3 a 6 por cento das vagas, a depender do valor do contrato celebrado com a administração pública. O trabalhador, nestes casos, terá direito ao mesmo uniforme utilizado pelos demais terceirizados e mesma remuneração, entre outros direitos.

1.7. PREVENÇÃO DO CÂNCER

A Lei nº 13.767/2018, sancionada em 18 de dezembro, incluiu o inciso XII ao art. 473, da CLT. O empregado, agora, pode justificar sua ausência ao trabalho, por até três dias, em cada doze meses, para realizar exames voltados à prevenção de câncer.

2. PRINCIPAIS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

2.1. STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1.1. REFORMA TRABALHISTA

Ao longo de 2018, o STF recebeu diversas ações para examinar a constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 13.467/2017, que instituiu a Reforma Trabalhista. Estão em discussão na Corte, por força das ações propostas em 2018, temas como correção monetária dos débitos e depósitos trabalhistas¹, exigência de indicação do valor do pedido na reclamação trabalhista², trabalho intermitente³ e tabelamento da indenização por dano moral⁴. Não há qualquer decisão da mais alta Corte a respeito desses temas.

¹ ADCs nº 58 e 59. Cf., ainda, ADI nº 5867.

² ADI nº 6002.

³ ADI nº 5950. Cf., ainda, ADIs nº 5806, 5826 e 5829.

⁴ ADI nº 5870.

2.1.2. TERCEIRIZAÇÃO

O STF julgou recurso extraordinário com repercussão geral⁵ para afirmar a licitude da terceirização de quaisquer atividades, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, pondo fim à distinção entre atividade-meio e atividade-fim, criada pela Súmula 331, do TST. A Corte manteve o entendimento do TST apenas quanto à responsabilidade subsidiária da empresa contratante por débitos trabalhistas e previdenciários relativos ao período da prestação de serviços. Na tese fixada pelo STF, constou ainda a responsabilidade da tomadora com base na idoneidade e capacidade econômica da contratada.

Em outro processo⁶, a Corte, na mesma linha de raciocínio, afirmou a constitucionalidade de dispositivo da Lei Geral das Telecomunicações, que autoriza as concessionárias de telefonia a terceirizar “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço”.

Essas decisões cancelam o marco regulatório da terceirização, implantado por ocasião da Reforma Trabalhista. Além disso, sinalizam a necessária segurança jurídica: apesar de o TST até hoje não ter revisto sua orientação jurisprudencial (Súmula 331), que condiciona a validade da terceirização apenas quando envolver atividade-meio, não há mais receio de retrocesso. Agora é possível terceirizar tanto a atividade-fim, quanto a atividade-meio, tal como implantado pela Reforma Trabalhista de 2017 (Leis 13.467/17 e 13.429/17).

2.1.3. FACULTATIVIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

O STF considerou constitucionais⁷ as alterações introduzidas na CLT pela Lei nº 13.467/2017 para alterar o regime jurídico da contribuição sindical. Foi também considerada constitucional a alteração que tornou facultativo o seu recolhimento, até então compulsório. De acordo com a decisão da Corte, as alterações prestigiam o princípio da liberdade sindical.

2.1.4. EFEITOS DE ACORDO CELEBRADO ENTRE EMPRESA PÚBLICA E MPT SEM PARTICIPAÇÃO DO SINDICATO

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria⁸, suscitada por sindicato que não participou de acordo celebrado entre Ministério Público do Trabalho e empresa pública, visando a decidir, com efeitos *erga omnes*, se é necessária a participação do sindicato em acordos de tal natureza. A discussão não envolve as características especiais de empresa pública, dado que o pleito do sindicato

⁵ RE nº 958.252. Julgado em 30/08/2018, junto com a ADPF 324.

⁶ RE nº 791.932. Julgado em 11/10/2018.

⁷ ADI 5794. Julgada em 29/06/2018. A questão constituiu tema de outras 18 ações diretas de inconstitucionalidade, bem como de uma ação direta de constitucionalidade.

⁸ RE nº 629.647. Julgado em 04/08/2018.

se funda em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, precisamente por não ter sido citado na ação civil pública, onde firmado o acordo. Assim, em tese, é possível que a futura decisão do STF recaia inclusive sobre acordos envolvendo empregadores privados.

2.1.5. TRABALHO ARTÍSTICO DE MENORES

O STF⁹ afastou a competência da Justiça do Trabalho, invocada por normas internas de tribunais trabalhistas, para autorizar o trabalho artístico de menores de idade. Para a Corte, a competência para a autorização prevista pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é da Justiça Comum, precisamente do juiz da Infância e da Juventude, autoridade responsável por processos envolvendo tutela de menores.

2.1.6. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA

O STF conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 625-D, da CLT¹⁰, para considerar que a submissão de conflitos trabalhistas às comissões de conciliação prévia é facultativa, ou seja, não constitui condição de ação. Com essa decisão, as Comissões, já enfraquecidas, acabaram perdendo seu papel de protagonismo na solução dos conflitos trabalhistas, antes de ser ajuizada a ação.

2.1.7. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO

O STF reconheceu a repercussão geral da matéria¹¹, visando a decidir, com efeitos *erga omnes*, se a dispensa de empregado de empresa pública e de sociedade de economia, admitido mediante concurso público, demanda ou não motivação. Em outro processo¹², a corte considerou que somente a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é obrigada a motivar formalmente a dispensa de seus empregados, conferindo-lhes justificativa que permita ao empregado a contestação do ato. Essa questão, até agora pacificada junto ao TST (conforme Sum 390) foi resolvida a contento pelo § 1º, inc. II, do art. 173, da Constituição da República, de 1988: aplica-se aos empregados de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, em matéria trabalhista, a legislação própria das empresas privadas. Portanto, ainda que sua admissão seja precedida de

⁹ Trata-se de decisão, proferida em 27/09/2018, para conceder cautelar nos autos da ADI nº 5326.

¹⁰ ADIs 2139, 2160 e 2237. Julgadas em 01/08/2018.

¹¹ RE nº 688.267. Julgado em 14/12/2018.

¹² RE nº 589.998. Julgado em 10/10/2018.

concurso público, em vista dos princípios que regem a administração pública, os empregados públicos contratados para trabalhar nas referidas empresas não têm estabilidade, motivo pelo qual podem ser dispensados sem necessidade de motivação do ato, exceto quando se tratar de empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em vista de seu regime diferenciado.

2.2. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST

2.2.1. APROVAÇÃO DE SÚMULAS

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, do Tribunal Superior do Trabalho¹³, acolheu arguição de inconstitucionalidade da alínea “f”, do inciso I, e dos parágrafos 3º e 4º, do artigo 702, da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017. Consequentemente, determinou a remessa dos autos para o Tribunal Pleno da Corte.

Os dispositivos contemplam regras relativas à aprovação de súmulas, inclusive no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho. Preveem a participação da sociedade no debate voltado a criar ou alterar súmulas, podendo sustentar oralmente nas sessões de julgamento do TST, 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.

2.2.2. PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A possibilidade de cláusula de convênio coletivo contrariar dispositivo legal – a chamada “prevalência do negociado sobre o legislado”, resulta de expressa previsão em sede constitucional (inciso XXVI, do artigo 7º, da Constituição, de 1988). Não se trata de novidade, pois tal previsão já constava da Constituição de 1934. Porém, por ocasião da Reforma Trabalhista, essa matéria foi objeto de previsão explícita na CLT. O objetivo do legislador reformista, de 2017, foi o de assegurar maior segurança jurídica. Para tanto, introduziu regras para determinar intervenção mínima do judiciário trabalhista nas convenções e acordos coletivos (§ 3º, do art. 8, da CLT). Tudo pode ser livremente negociado, no âmbito da autonomia privada coletiva, exceto matéria relativa a direitos fundamentais do trabalhador ou a outros bens indisponíveis, para preservar a saúde, a segurança e a dignidade do empregado. Foi essa a lógica adotada pela Reforma Trabalhista, ao incluir nos artigos 611-A e 611-B, respectivamente, relações exemplificativas de matérias passíveis de negociação e matérias que não podem ser negociadas.

¹³ E-RR - 696-25.2012.5.05.0463, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 24/05/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/06/2018.

Nessa esteira, a 4ª Turma, do TST¹⁴, reconheceu a validade de norma coletiva que instituiu o denominado ponto por exceção, regulado pela Portaria 373/2011, do antigo Ministério do Trabalho. Segundo a turma, além de o direito à marcação da jornada de trabalho não ser considerado indisponível, o inciso X, do artigo 611-A, da CLT, admite negociação coletiva relacionada à modalidade de registro de jornada de trabalho.

2.2.3. GREVE POLÍTICA

A Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, do TST¹⁵, validou desconto dos dias parados nos salários dos empregados que aderiram à greve política, ocorrida em 30/06/2017.

Não se discutiu a legalidade ou ilegalidade da greve. Nos termos da decisão, apenas as seguintes circunstâncias impedem descontos relacionados à participação de empregado em movimento paretista: “paralisação motivada em face do descumprimento de instrumento normativo coletivo vigente, não pagamento dos próprios salários e más condições de trabalho, que decorrem de inexecução do contrato provocadas pelo próprio empregador”.

Na mesma direção, a Ministra Maria de Assis Calsing, em Ação Declaratória de Nulidade de Greve e Inibitória¹⁶, determinou à Federação Única dos Petroleiros e outros sindicatos que se abstivessem de realizar greve de cunho político nos dias 30 e 31 de maio e 1º de junho de 2018, dada a impossibilidade de a empregadora, Petrobrás, atender demandas envolvendo o poder público.

2.2.4. FUSÃO EMBRAER E BOEING

O presidente do TST, Ministro Brito Pereira¹⁷, cassou decisão do TRT da 15ª Região que impedia a fusão entre Embraer e Boeing. A corte de origem concedeu parcialmente a segurança, em tutela antecipada, à pretensão do Ministério Público do Trabalho de forçar a União a fazer uso de *goldenshare*, ou seja, ação de natureza especial que confere à União poder discricionário de veto às deliberações contrárias ao interesse público. Segundo o presidente do TST, as questões em debate são discricionárias e têm natureza civil-administrativa.

¹⁴ RR - 2016-02.2011.5.03.0011, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 09/10/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/10/2018.

¹⁵ RO - 10836-33.2017.5.03.0000, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 03/04/2018, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 13/04/2018.

¹⁶ Processo: DCG - 1000376-17.2018.5.00.0000, Relatora Ministra: MARIA DE ASSIS CALSING, Data de Publicação: DEJT 29/05/2018.

¹⁷ Suspensão de segurança nº 1000925-27.2018.5.00.0000, noticiada no sítio eletrônico do TST em 17/12/2018. Não foi possível o acesso à decisão porque o caso tramita sob sigilo de justiça.

2.2.5. “HIRING BONUS”

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, do Tribunal Superior do Trabalho¹⁸, confirmou a natureza salarial do bônus de contratação, servindo de base de cálculo do depósito do FGTS do mês do pagamento, bem como da indenização de 40% paga por ocasião da dispensa do empregado sem justa causa.

2.2.6. MENSAGENS VIA WHATSAPP FORA DO HORÁRIO DE TRABALHO

A 3ª Turma do TST¹⁹ considerou como abusivo o fato de o empregador, por meio de WhatsApp, fora do horário de trabalho, cobrar metas. Isso sobretudo por causar sentimentos de apreensão e angústia. Para a Corte, a conduta extrapola os limites do poder diretivo do empregador.

2.2.7. INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO 132, DA OIT

A 5ª Turma, do TST²⁰, reverteu decisão do TRT, da 4ª Região, que havia reconhecido a empregado dispensado por justa causa o direito a férias proporcionais. A decisão do tribunal regional foi fundamentada na Convenção 132, da OIT. Porém, para a 5ª Turma, do TST, a convenção internacional não confere expressamente esse direito aos empregados dispensados por justo motivo, de forma a prevalecer a regra da CLT a respeito, por seu caráter especial. No entanto, quando o Brasil ratificou a Conv. 132, regra mais benéfica passou a vigorar: ao contrário da legislação brasileira, que prevê 12 meses para o empregador adquirir direito a férias, a Conv. 132 estipula prazo menor: 6 meses. Em consequência, o empregado tem direito ao período completo de 6 meses, mesmo quando dispensado por justa causa, apenas perdendo quando a fração é inferior.

2.2.8. “PERTE D’ UNE CHANCE”

A 7ª Turma, do TST²¹, considerou discriminatória a dispensa de empregada em vias de se aposentar, destacando que a aposentadoria conferiria à empregada o direito de complementação do benefício, instituído em política da empregadora. Como consequência, a turma determinou a devolução dos autos para a instância

¹⁸ Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=28083>. Data: 03/12/2018.

¹⁹ RR - 10377-55.2017.5.03.0186, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 17/10/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/10/2018.

²⁰ RR-214-43.2015.5.04.0611, 5ª Turma, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 14/06/2018.

²¹ RR-51200-83.2010.5.17.0006, 7ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 21/06/2018.

de origem a fim de se quantificar a indenização pela perda de uma chance, assim considerada, para a Turma, a “responsabilização do agente causador pela perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”.

2.2.9. TRABALHO AOS DOMINGOS E FERIADOS - CARGO DE CONFIANÇA

A 2ª Turma, do TST²², reconheceu a empregado detentor de cargo de confiança o direito ao pagamento em dobro pelo trabalho aos domingos e feriados. Isso porque o repouso semanal remunerado, previsto no inciso XV, do artigo 7º, da Constituição, é assegurado, indistintamente, a todo e qualquer trabalhador.

2.2.10. TRANSFERÊNCIA DO EMPREGADO PARA LOCAL DIVERSO DO LOCAL DA CONTRATAÇÃO

A 4ª Turma, do TST²³, reconheceu como definitiva a transferência de empregado que permaneceu no local de destino, até a data de seu desligamento, por pouco mais de um ano.

2.2.11. VALIDADE DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA APLICADA NO CURSO DA SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, do TST²⁴, reconheceu que a suspensão do contrato de trabalho por motivo de saúde não impede a produção imediata de efeitos de sua terminação por justa causa, independentemente do momento em que ocorreu o respectivo fato gerador, se anterior ou posterior ao afastamento.

2.2.12. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR POR DANOS OCORRIDOS NO AMBIENTE PRODUTIVO

A 6ª Turma, do TST²⁵, imputou ao empregador a responsabilidade civil em decorrência de assassinato de empregada por colega de trabalho, no ambiente

²² RR - 1231-06.2015.5.06.0144, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 10/04/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/04/2018.

²³ RR - 574-05.2016.5.07.0014, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 15/08/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/08/2018.

²⁴ E-ED-RR - 3164-91.2011.5.12.0045, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 02/08/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 10/08/2018.

²⁵ RR-157800-92.2006.5.07.0024, 6ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 28/06/2018.

e horário produtivo. O fato foi motivado por fofocas, tendo a decisão recorrida considerado que o infortúnio poderia ter ocorrido em qualquer local, fugindo do controle do empregador. Para a 6ª Turma, no entanto, o empregador responde objetivamente por atos praticados por seus empregados no estabelecimento ou na empresa. Ou seja, a responsabilidade civil do empregador é objetiva em face de ato praticado por empregado, não se levando em conta a culpa para sua responsabilização.

2.3. TRIBUNAIS REGIONAIS TRABALHO – TRTs

2.3.1. ARBITRAGEM DE OFERTAS FINAIS PARA SOLUÇÃO DE IMPASSE ENVOLVENDO PLR

A lei da participação nos lucros ou resultados, Lei nº 10.101/2000, possibilita às partes submeterem conflitos envolvendo o tema à arbitragem de ofertas finais, podendo o árbitro ser escolhido mediante comum acordo. No âmbito do TRT da 2ª Região, o sistema foi utilizado pela primeira vez, no ano de 2018²⁶.

2.3.2. RELACIONAMENTOS AFETIVOS NO AMBIENTE DE TRABALHO

A 3ª Turma do TRT da 11ª Região confirmou decisão de 1º grau que anulou a dispensa por justa causa aplicada a empregada surpreendida por câmeras de segurança trocando afetos (beijos e abraços) com um colega de trabalho, durante o expediente. A conduta da empregada, sob a ótica da turma, não poderia ser considerada como incontinência de conduta porque não implicaria ultraje ao pudor público, podendo ser reprimida com advertência²⁷.

2.3.3. DOWNLOAD DE FILMES NO AMBIENTE DE TRABALHO

A 10ª Turma do TRT da 2ª Região confirmou decisão de 1ª instância no sentido de ratificar dispensa por justa causa aplicada a empregado por realizar *download* de filmes no ambiente de trabalho. A decisão foi baseada no caráter ilícito de tal atividade, destacando-se ainda a circunstância de o empregado ter sido previamente advertido a respeito, em duas oportunidades²⁸.

²⁶ Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=27688>. Data: 27/09/2018.

²⁷ Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=28124>. Disponível em: 10/12/2018.

²⁸ https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=27335. Disponível em: 06/08/2018.

2.3.4. ADVERTÊNCIAS POR WHATSAPP

A 9ª Vara do Trabalho de Natal, integrante do TRT da 21ª Região, confirmou dispensa por justa causa, baseada em abandono de emprego, aplicada a empregada advertida a retornar ao trabalho por meio de mensagens via WhatsApp²⁹.

2.3.5. COTAS PARA TRABALHADORES COM DEFICIÊNCIA

A 4ª Turma do TRT da 9ª Região condenou uma empresa a reintegrar empregado portador de deficiência. Isso porque, à época da dispensa, a empresa não estava em conformidade com a lei que determina a contratação de percentual mínimo de trabalhadores com deficiência. Para a turma, o empregador apenas pode dispensar trabalhadores com deficiência se não houver prejuízo à conformidade com o percentual mínimo definido em lei. Assim, se a empresa possuir trabalhadores com deficiência em número igual ou inferior ao percentual determinado em lei, para dispensar qualquer um deles, deve realizar novas contratações até alcançar o percentual fixado em lei³⁰.

2.3.6. AUSÊNCIAS AO TRABALHO POR MOTIVO RELIGIOSO

A 4ª Câmara do TRT da 15ª Região considerou como justificadas ausências fundadas em motivo religioso. No caso concreto, a reclamante, professora, praticante da religião adventista, foi liberada de atividades pedagógicas realizadas entre o por do sol da sexta-feira e do sábado, inclusive porque a alteração das atividades em questão para a noite de sexta-feira ocorreu durante a vigência do contrato de trabalho. A empregadora ficou proibida de realizar novos descontos salariais até estabelecer obrigação alternativa a ser cumprida pela professora³¹.

2.3.7. COBRANÇA DE CUSTAS PROCESSUAIS DE BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA

O TRT da 3ª Região editou súmula para considerar inconstitucionais dispositivos incluídos na CLT pela Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) relativos a custas processuais. Os dispositivos contemplados pela súmula, parágrafos 2º e 3º, do artigo 844, visam a condenar beneficiários da justiça gratuita ao pagamento de custas processuais, inclusive restringindo-lhes a garantia de acesso à justiça³².

²⁹ Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=27918>. Data: 01/11/2018.

³⁰ Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=27376>. Data: 10/08/2018.

³¹ Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=27050>. Data: 22/06/2018.

³² Disponível em: <https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=27690>. Data: 27/09/2018.

2.3.8. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS EM FAVOR DA EMPREGADORA

A 8ª Turma, do TRT da 2ª Região³³, manteve condenação de ex-administrador de empresa ao pagamento de indenização por perdas e danos, no valor de R\$5.000,00. O ex-administrador, no caso, excluiu a página da empresa junto ao Facebook, daí surgindo a condenação em perdas e danos.

2.3.9. EXECUÇÃO DEFINITIVA DE DECISÃO SUJEITA A RECURSO A TRIBUNAL SUPERIOR

O Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Vitória, Espírito Santo³⁴, proferiu decisão para conferir natureza definitiva à execução trabalhista baseada em decisão de segundo grau pendente de recurso e, assim, determinar penhora de ativos do devedor.

A decisão de Vitória tem por base a posição do STF no Habeas Corpus nº 126292, envolvendo o alcance do art. 5º, LVII, da Constituição. À luz do dispositivo, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, impedindo, em tese, a prisão baseada em decisão de 2ª instância. O STF, porém, admitiu a possibilidade de execução de sentença penal condenatória, confirmada por Juízo de 2º grau.

De acordo com a decisão do Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Vitória, o entendimento do STF foi aplicado porque o direito à propriedade, limitado no âmbito da Vara do Trabalho, não se sobrepõe ao direito à liberdade, este restringido pelo STF. Vale dizer, se o STF admite a restrição da liberdade com base em decisão ainda provisória, o Juízo da 9ª Vara do Trabalho de Vitória poderia validamente restringir o direito à propriedade na ação trabalhista, mesmo pendente de recurso.

2.3.10. EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O Tribunal Pleno do TRT da 18ª Região³⁵ confirmou decisão de 1º grau no sentido de determinar a suspensão e apreensão da carteira nacional de habilitação (CNH) de sócios de empresa executada, após frustração de outras tentativas para satisfazer débito em reclamação trabalhista.

Nos termos da decisão, inexistiu violação ao direito de ir e vir dos executados porque podem utilizar outros modais para se locomover. Nessa linha de raciocínio, conforme a decisão, o juízo dispõe de liberdade para determinar medidas coercitivas que assegurem a efetividade e a razoável duração do processo.

³³ Processo nº 1001562-85.2016.5.02.0066, publicação em 29/05/2018.

³⁴ Processo nº 0080901-75.2013.5.17.0009, decisão proferida em 12/04/2018.

³⁵ Mandado de segurança nº 0010837-98.2017.5.18.0000, publicação em 17/05/2018.

Já o Tribunal Pleno do TRT, da 6ª Região³⁶, reconheceu que a determinação de suspensão de passaporte ofende o direito de ir e vir de modo desproporcional e desarrazoado.

A decisão dos tribunais trabalhistas está em linha com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), demonstrada em caso julgado também no ano de 2018. Para a 4ª Turma da Corte³⁷, a suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH) não consubstancia ameaça ao direito de ir e vir de seu titular. Por outro lado, a Turma considera como ilegal e arbitrária a determinação de suspensão de passaporte, visto que ofende o direito de ir e vir de modo desproporcional e desarrazoado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se 2018 não foi um ano de grandes mudanças no Direito do Trabalho, no Brasil, a expectativa para 2019 é de grandes transformações, sobretudo com a perspectiva da reforma do sistema previdenciário brasileiro e do sistema tributário. Há expectativas de mudanças também em questões afetas ao Direito do Trabalho, embora com menos profundidade.

³⁶ Habeas corpus nº 0000446-83.2018.5.06.0000, julgado em 28/08/2018.

³⁷ Habeas corpus nº 97.876, publicação em 09/08/2018.

Regulación de la tercerización laboral

José Roberto HERRERA-VERGARA

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

Con el Decreto 683 de 18 de abril de 2018, el Gobierno Nacional derogó el Decreto 583 de 2016, de conformidad con lo expuesto por la Sala de lo Contencioso del Honorable Consejo de Estado, dado que, si bien el Decreto 583 pretendía restringir la tercerización laboral, en el fondo estaba legalizando que por medio de esta figura las empresas contrataran actividades misionales y permanentes mediante cooperativas, fundaciones o sindicatos, deslindando las responsabilidades directas de la relación laboral.

Así, con la derogación del Decreto 583 de 2016, únicamente las empresas de servicios temporales son las que pueden realizar actividades de tercerización de procesos en tres casos específicos: i) cuando se trate de labores ocasionales, ii) para reemplazar personal en vacaciones, licencia, incapacidad o maternidad, y, iii) para atender incrementos de producción, transporte, ventas y prestación de servicios por un término de 6 meses prorrogables por otros 6 meses más.

SISTEMA DE CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA DE TIEMPOS LABORADOS – CETIL

Con el Decreto 726 de 26 de abril de 2018 se creó el Sistema de Certificación Electrónica de Tiempos Laborados – CETIL, con el cual se pretende implementar un mecanismo que permita mantener de forma completa y unificada los tiempos laborados y salarios de las entidades que reconozcan prestaciones pensionales.

Este avance en los trámites pensionales busca reducir los tiempos para completar la historia laboral, dado que una vez el afiliado informe a la administradora de pensiones que tiene las empresas en las que ha laborado, ésta le solicitará al CETIL el certificado electrónico de los tiempos laborados y los salarios devengados tanto en el sector público como en el privado.

Así, además de facilitar a los afiliados la búsqueda de su historia laboral, también permite que las certificaciones sean más confiables, evitando posibles falsificaciones o errores, lo cual genera una mayor transparencia al momento de efectuar el cálculo de las pensiones.

MARCO JURÍDICO DE LAS COOPERATIVAS ESPECIALIZADAS DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA

Con la Ley 1920 de 12 de julio de 2018 se creó un marco jurídico para el ejercicio de inspección control y vigilancia sobre las Cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada, con el fin de mejorar las condiciones del personal operativo que allí presta su servicio.

Así, las Cooperativas, para obtener su licencia de funcionamiento deben adjuntar copia del régimen de trabajo, previsión, seguridad social y compensaciones debidamente aprobadas por el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, y un seguro de vida anual y colectivo para amparar a todo el personal operativo durante las veinticuatro horas del día.

La norma también condicionó el trabajo suplementario y la jornada laboral por turnos aplicable al sector de la vigilancia y seguridad privada, en la cual debe constar por escrito que el trabajador autoriza, previo acuerdo con el empleador, laborar máximo en jornadas laborales de 12 horas, sin que se pueda exceder la jornada máxima semanal de 60 horas.

En cuanto a la preparación técnica con la que deben contar el personal de vigilancia del sector, la Ley busca profesionalizar la actividad por medio de la implementación de un pensum académico a cargo del SENA, y además, obliga a las empresas de vigilancia a que el personal que desarrolle actividades laborales con la manipulación de armas de fuego deberán contar con el certificado de aptitud psicofísica que tendrá una vigencia máxima de un año y que deberá ser expedida por una IPS o por la ARL.

Finalmente, la Ley busca incentivar la vinculación de mujeres, personas mayores o en condición de discapacidad, otorgando a las empresas y cooperativas especializadas de vigilancia y seguridad privada que lo hagan una puntuación adicional en los procesos de licitación pública, concurso de méritos y contratación directa, sistema de puntuación que deberá ser estipulado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en un decreto reglamentario que deberá ser expedido en un término no mayor a 6 meses.

REGLAMENTACIÓN DE LAS PROPINAS

Con la Ley 1935 de 3 de agosto de 2018, se reglamentó la naturaleza y destinación de las propinas, indicando que son un reconocimiento en dinero que se otorga voluntariamente por el consumidor a las personas que hacen parte de la cadena de servicios en establecimientos comerciales dedicados al consumo de alimentos, bebidas y/o espectáculos públicos, por el buen servicio y el producto recibido.

La aceptación de la propina dependerá de la voluntad del consumidor, por lo cual debe ser sugerida al cliente y no podrá exceder el 10 % del valor del producto o servicio que se paga.

La importancia de la Ley en materia laboral va dirigida a reglamentar en primer lugar, que la propina no constituye salario, ni puede ser considerada como factor salarial, y en segundo lugar, porque protege a los trabajadores que reciben las propinas para que no sean retenidas por los propietarios y administradores de los establecimientos comerciales, ni tengan otra finalidad distinta al pago del trabajador, como reponer elementos de trabajo o pagar turnos.

Respecto de la distribución de las propinas, los miembros de la cadena de servicios deben acordar la proporción en la que será repartida, pero en caso de no llegar a un acuerdo, ésta será distribuida en partes iguales, sin que este pago pueda ser superior a un mes.

PAGO DE APORTES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Con el Decreto 1273 de 23 de julio de 2018 el Ministerio de Salud de Colombia establece las nuevas reglas para el pago de aportes de seguridad social integral y parafiscales de los trabajadores independientes.

En la mencionada norma, todos los trabajadores independientes podrán realizar sus aportes al Sistema General de Seguridad Social de manera vencida para el periodo de cotización desde el mes de septiembre de 2018, es decir, el aporte correspondiente al mes de septiembre deben pagarse en el mes de octubre en los plazos establecidos de acuerdo con los dos últimos dígitos de su documento de identificación, sin que se afecten las coberturas de las del Sistema de Seguridad Social Integral, teniendo las entidades administradoras de los mismos la obligación de garantizar a sus afiliados la prestación de sus servicios.

A partir del mes de junio de 2019, para los contratantes públicos, privados o mixtos que sean personas jurídicas, los patrimonios autónomos y consorcios o uniones temporales conformados por al menos una persona jurídica serán los obligados a efectuar la retención y pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral de los trabajadores independientes con contrato de prestación de servicios personales, reportando el contratante a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) las novedades de inicio, suspensión y terminación del contrato, y en caso de omitir estos deberes pagar al Sistema de Seguridad Social Integral los aportes no retenidos o retenidos por un valor inferior al correspondiente y los intereses moratorios por no cumplir con los plazos establecidos para el pago de los aportes, junto con las respectivas sanciones a que haya lugar.

REGLAMENTACIÓN DE LAS INCAPACIDADES SUPERIORES A 540 DÍAS

Con el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentó el pago de incapacidades por enfermedad general de origen común superiores a 540 días continuos por parte de las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Entidades Obligadas a Compensar (EOC)

Este Decreto también obliga a las EPS a efectuar revisiones periódicas sobre la evolución del paciente con una incapacidad continua, a realizar cada 60 días calendario el avance de la recuperación del paciente al evaluar su proceso de rehabilitación y detectar las situaciones de abuso del derecho, que acarrearán la suspensión del pago de esas incapacidades.

El reconocimiento y pago de las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días se dará cuando ocurran los siguientes casos: i) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico, ii) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante, y, iii) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Finalmente establece las conductas de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de las incapacidades, ya sea cuando se detecten fraudes para su reconocimiento y cuando el cotizante no sigue con el tratamiento y controles necesarios para su rehabilitación, estableciendo un procedimiento administrativo para estos casos.

REGULACIÓN CUOTA DE APRENDICES SENA

Con el Decreto 1334 de 24 de julio de 2018 busca que las empresas informen oportunamente al SENA las variaciones en el número de trabajadores para poder establecer la cuota mínima de aprendices, para lo cual se deberá informar la novedad a la Regional del SENA donde esté el domicilio principal de la compañía en los periodos de julio y enero o marzo y septiembre.

Este Decreto pretende incentivar a las empresas que estén informando al SENA el número de trabajadores que tienen, permitiendo así que la cuota de aprendices esté acorde a la productividad de la empresa, además de permitir aumentar voluntariamente el número de aprendices, siempre y cuando no haya reducido el número de empleados en los tres meses anteriores a la solicitud.

CONDICIONES PARA QUE EL TRABAJADOR PUEDA ACCEDER A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La sala laboral de descongestión de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 7 de febrero de 2018, No. SL088-2018, Rad. 52774, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero, señaló que en el caso de las pensiones especiales de vejez por actividades de alto riesgo es indispensable que el trabajador demuestre que estuvo expuesto realmente a sustancias que afectarán su salud, ya que no basta con que haya laborado en una empresa catalogada de alto riesgo.

“Aunado a lo anterior, lo cierto es que, tal y como lo señaló

el Tribunal, esta Sala de la Corte ha indicado que, para poder ser beneficiario de la pensión especial de vejez, no basta con laborar en una empresa catalogada como de alto riesgo o que maneje sustancias cancerígenas, sino que resulta indispensable demostrar que el trabajador estuvo expuesto realmente a esas sustancias, por razón de las tareas que desempeñaba. Y dicha situación es predicable respecto del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, así como del artículo 117 del Decreto 2150 de 1995, de manera que la discusión sobre la vigencia de dichas normas resulta inane. En la sentencia CSJ SL3963-2014, se dijo al respecto:

Al tenor de la disposición legal es inminente que el trabajador debe estar expuesto a las sustancias referidas; esa y no otra es la exégesis que deriva del parágrafo 1° transcrito en precedencia, que además consagra que para su aplicación debe existir una calificación, por las dependencias de salud ocupacional del ISS, de la actividad que desarrolla la empresa, con la debida investigación sobre los aspectos puntuales allí señalados”.

EXCLUSIÓN DEL PLAZO PRESUNTIVO EN LOS CONTRATOS DE LOS TRABAJADORES OFICIALES

La sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 07 de marzo de 2018, No. SL701-2018, Rad. 45111, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que solo a través de las cláusulas contractuales y convencionales expresas y claras se puede excluir el plazo presuntivo de los contratos a término indefinido de los trabajadores oficiales.

“En línea con lo expuesto, cuando las partes expresamente estipulan que el contrato de trabajo se comprende celebrado a término indefinido, es porque, lógicamente, desean que no tenga tiempo específico o acotado. Es decir, el pacto a plazo indeterminado excluye cualquier acuerdo expreso, tácito o presunto que posea límite temporal.

Como quiera que la cláusula es explícita ha de concluirse que el Tribunal cometió el error imputado al no deducir del instrumento colectivo que el contrato suscrito entre las partes inicialmente a término fijo, luego de 60 días de servicio, mutó a término indefinido”.

ANÁLISIS PARTICULAR DE LAS CAUSAS QUE ORIGINAN LAS FALTAS COMETIDAS POR EL TRABAJADOR

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 28 de

febrero de 2018, No. SL1292-2018, Rad. 43961, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, señaló que el empleador al momento de terminar la relación laboral por el incumplimiento de las obligaciones del trabajador, se debe realizar una evaluación particular del caso, para determinar cuáles fueron las causas que dieron lugar a la falta cometida por el empleado, tal como en el presente caso, en donde la empresa omitió valorar los padecimientos mentales que tenía el trabajador, y de los cuales tenía conocimiento, al momento de terminarle el contrato de trabajo por la ausencia en su cargo.

“(…) en ese sentido para la Sala el Tribunal en su análisis debía estimar si debían ponderarse las especiales circunstancias del trabajador al momento del despido, si podían utilizarse como pruebas aquellas relacionadas con su vida privada, o si, en cambio estas eran necesarias para determinar sobre su desvinculación y su incidencia directa en el marco del contrato de trabajo; no obstante, hizo caso omiso de ellos, pronunciándose insularmente sobre el padecimiento del trabajador, que fue en todo caso desatendido, pues no se le estimó determinante al momento de resolver sobre el trámite del despido disciplinario.

Es decir que el primero de sus equívocos fue el de desconocer que estaba de por medio la existencia de reconocimientos médicos internos previos en los que se evidenciaban los problemas psiquiátricos y de dependencia a las sustancias psicoactivas, de los que sabía el empleador, máxime cuando su padecimiento podía tener repercusiones en la falta por la que se le estaba requiriendo.

Así que tal información, que estaba en manos de la empresa, era requerida en el procedimiento para establecer, con alguna certeza, las razones por las cuales Luis Emilio Osorio Quintero no se presentó a trabajar y la incidencia que aquella tenía al momento de tomar la decisión sobre el despido disciplinario”.

CAMBIO JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL DESPIDO POR CAUSA LEGÍTIMA DE UN TRABAJADOR EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 11 de abril de 2018, No. SL1360-2018, Rad. 53394, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, manifestó que es legítima la terminación con justa causa de una persona discapacitada, dado que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 lo que busca es sancionar el despido cuando éste se produce por un criterio discriminatorio sobre la discapacidad, pero en el caso de que el despido se efectúe por una causa legal legítima, sí tendría efectos, es decir, que esté soportada en un criterio objetivo que no tenga relación alguna con la discapacidad, en cuyo caso no es necesario solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo.

“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva”.

“Es en tal dirección que, a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador *«por razón de su limitación»* y al tiempo vedarlo cuando esté fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales”.

“Nótese, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional del año 2000 no proscribió la terminación del contrato sin aval ministerial por razón diferente a la discapacidad del trabajador. Por el contrario, lo que señaló es que cuando estuviese soportada en esa razón –la limitación– se requería la autorización del Ministerio del Trabajo para comprobar si, en efecto, esa deficiencia era incompatible e insuperable o, dicho de otro modo, si la prosecución del vínculo laboral se tornaba imposible por razón de la situación de discapacidad del trabajador”.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA EN CONTRATACIONES DE INCLUSIÓN SOCIAL

Con la sentencia SU-040 de 2018, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la estabilidad laboral reforzada de una persona cuya vinculación se

produce en el marco de la política de inclusión social, determinando si al encontrarse en situación de discapacidad se le violaron sus derechos fundamentales al terminarse la relación laboral sin autorización del Ministerio de Trabajo.

La Corte consideró que, en el caso particular, la persona contratada era una persona discapacitada y se le había reconocido pensión de invalidez con anterioridad, además que el contrato de trabajo había sido pactado por un lapso de tiempo determinado, por lo cual, la finalización de la relación laboral no obedeció a su discapacidad ni fue en un acto discriminatorio por su condición, sino su desvinculación obedeció al vencimiento del pacto inicialmente acordado y a la pérdida de vigencia de la política pública distrital bajo la cual fue contratada.

“En esta oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que en las vinculaciones que se producen en el marco de una política pública específica de inclusión social y, en consecuencia, la situación de discapacidad de la persona es determinante en la suscripción del contrato, no existe un componente de discriminación negativa en el desarrollo o terminación de la relación laboral.

Así, en el caso de la accionante la contratación se realizó con conocimiento de su discapacidad y en virtud de la misma, bajo una política específica de inclusión de personas con discapacidad adoptada en desarrollo del Plan de Desarrollo vigente para la época. Consecuentemente, la terminación del contrato suscrito entre el Fondo de Vigilancia y Seguridad de Bogotá—hoy Secretaría Distrital de Seguridad, Convivencia y Justicia de Bogotá— y María Eugenia Leyton Cortés no vulnera sus derechos fundamentales, al no gozar la actora, del derecho a la estabilidad laboral reforzada y haberse vencido el plazo inicialmente acordado entre las partes. De manera que en este caso, no era necesaria la autorización previa de la oficina de Trabajo”.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE UNA TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO CUANDO EL EMPLEADOR DESCONOCE SU ESTADO DE GRAVIDEZ

La Corte Constitucional en sentencia SU-075 de 24 de julio de 2018 presentó un cambio en el precedente constitucional respecto de los deberes del empleador cuando se termina la relación laboral de una trabajadora en estado de embarazo, dado que si al finalizar el contrato de trabajo se desconoce que estaba embarazada, el empleador debe sufragar las cotizaciones para que la trabajadora pueda acceder a la licencia de maternidad, ni pagar dicha prestación como medida sustitutiva, y tampoco reintegrarla, dado que no existe discriminación por parte del empleador.

“Así pues, el sustento del cambio de jurisprudencia se basa justamente en que el entendimiento de los artículos 13, 25

y 43 de la Constitución Política –que soportan el fuero de maternidad– implica que las protecciones que se desprenden para la mujer en el ámbito del trabajo deben conducir efectivamente a protegerla de la discriminación originada en el embarazo, en lugar de extender dichos beneficios a otro tipo de situaciones.

En efecto, la regla jurisprudencial objeto de modificación impone una obligación desproporcionada para el empleador cuando no existe discriminación de su parte, pues cuando es claro que el motivo del despido no tuvo que ver con el estado de embarazo de la trabajadora, es decir, no se fundó en un trato ilegítimo derivado del ejercicio de la función reproductiva de las mujeres, no es posible imponer cargas económicas por haber actuado dentro del margen de apreciación del trabajo que tiene el empleador”.

GARANTÍAS A LA IDENTIDAD DE GÉNERO DENTRO DEL AMBIENTE LABORAL

La Corte Constitucional en sentencia T-143 de 23 de abril de 2018 ha señalado que el empleador debe garantizar el derecho de identidad de género del trabajador, dado que no puede obligarlo a usar una vestimenta, aun cuando no coincida con su sexo biológico, lo cual conllevaría una grave transgresión a los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana del empleado.

“Sobre el particular, advierte la Sala que no existe una justificación para que el empleador obligue a un trabajador a usar una vestimenta contraria al género con el que realmente se identifica así no coincida con su sexo biológico. De tal forma, el uso del uniforme no es un hecho aislado en la relación laboral sino que materializa el ejercicio de otros derechos, pues como lo ha reconocido esta Corporación “la indumentaria y demás aspectos relacionados con la apariencia física construyen la imagen que expresa la propia identidad, razón por la que esas manifestaciones están protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

De ahí que la decisión del accionado inicialmente vulneró los derechos del accionante en tanto le impidió expresar libremente su identidad de género en el ámbito laboral y, al abocarla a usar imperativamente el uniforme femenino, ocasionó un trato discriminatorio y humillante hacia el trabajador trans que tenía derecho a ser tratado conforme su propio reconocimiento y no de acuerdo al sexo asignado al momento de su nacimiento”.

La evolución legislativa y jurisprudencial en Costa Rica durante 2018: la influencia del déficit fiscal

Alexander GODÍNEZ-VARGAS

Profesor de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Estatal a Distancia

SUMARIO

Introducción. 1. La Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas y sus efectos. 1.1. Acciones previas a la aprobación de la Ley. 1.2. La Ley. 1.3. El derecho de huelga en la Reforma Procesal Laboral y las protestas sociales derivadas de la Ley. 2. Seguridad Social. 3. Discriminación.

INTRODUCCIÓN¹

Durante el 2017 el país alcanzó el déficit fiscal más alto registrado desde 1980, llegando a un 6,2% del PIB. En todos los indicadores macroeconómicos existió una desmejora: “menor crecimiento real del PIB, desaceleración de las demandas interna y externa, reducción en los puestos de trabajo, alza en los precios, incremento en las tasas de interés y mayor desgaste de las finanzas públicas”². En estas circunstancias, era muy reducido el margen del Gobierno para el incremento del gasto público como herramienta de fomento y reactivación de la producción.

En el Programa Macroeconómico 2018- 2019 elaborado por el Banco Central de Costa Rica, se proyectaba que “el déficit financiero del Gobierno Central sería equivalente al 7,2% del PIB en 2018 y 7,5% en 2019 (6,7% y 6,9% para el Sector Público Global Reducido, respectivamente)”, constituyéndose así en el principal riesgo macroeconómico del país³.

¹ Los datos macroeconómicos incluidos en esta introducción provienen del Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Informe Estado de la Nación: 2018, PEN-CONARE, San Jose, Costa Rica: Servicios Gráficos AC, 2018.

² *Ibidem*, p. 99.

³ Banco Central de Costa Rica. Revisión Programa Macroeconómico 2018-2019, San José Costa Rica, 2018, p. 5, que fue aprobado en el artículo 4 del acta de la sesión de Junta Directiva N° 5834-2018 del 20 de julio de 2018.

En este contexto, el Gobierno de la República, recién electo en segunda vuelta el 1º de abril del 2018 y en funciones, a partir del 8 de mayo del 2018, sometió a la aprobación de la Asamblea Legislativa, donde su partido es minoría, un proyecto de reforma fiscal que se aprobaría con un respaldo importante de los demás grupos políticos –34 de los 57 diputados–, en medio de enormes tensiones por la alegada inconstitucionalidad del trámite legislativo seguido para su aprobación, que finalizaría con diversas acciones judiciales ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia –de las que saldría indemne– y de una enorme confrontación social que pondría a prueba la regulación del derecho de huelga introducida por la Reforma Procesal Laboral de 2016 y a la propia administración de justicia.

Alcanzar finanzas públicas sostenibles, significaba para el Gobierno nuevos ingresos y un recorte en el gasto, sin provocar una desaceleración de la economía. La generación de nuevos ingresos no podía seguirse haciendo, como venía sucediendo, por medio del incremento de la deuda pública, cuyo pago de intereses ya de por sí era asfixiante. De hecho, en el 2017, “la mitad del desbalance financiero se explicaba por la falta de ingresos para cubrir el gasto total sin incluir intereses (déficit primario: 3,1% del PIB) y la otra mitad correspondía al pago de intereses de la deuda ya adquirida”⁴.

En lo que respecta a los gastos, advertía la Contraloría General de la República la necesidad de aplicar medidas urgentes en las remuneraciones de los empleados públicos. La suma presupuestada en el 2018 en el sector público, para atender el pago de las remuneraciones, era del 24,3% de los presupuestos iniciales, con un incremento del 5,7% más que en el presupuesto definitivo del año anterior. Adicionalmente, el rubro de incentivos salariales “es la subpartida de mayor peso relativo, como ha sido usual desde el año 2011; año a año el crecimiento de los incentivos es mucho más dinámico que el de las remuneraciones básicas (salario base), consecuencia directa del diseño del sistema compensatorio, que crece en forma vegetativa, sin necesariamente una medible asociación directa con el desempeño laboral y el contexto macroeconómico”⁵. De hecho, en algunas instituciones, el rubro de incentivos ha llegado a constituir más de un 200% de la remuneración básica del funcionario, y una parte significativa de ellos fueron creados por medio de las convenciones colectivas de trabajo –un instrumento casi inexistente en el sector privado de la economía, con una escasa implantación sindical–. De allí, que en concepto de la Contraloría, “bajo las estructuras actuales, eventuales incrementos en los ingresos serían absorbidos de forma casi automática por la dinámica del gasto corriente, dentro del cual las remuneraciones, transferencias e intereses absorben gran parte”⁶ de aquellos.

⁴ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, *op. cit.*, pp.108-109.

⁵ Contraloría General de la República. Presupuestos públicos 2018: Situación y perspectivas, San José, Costa Rica, febrero 2018, p. 8.

⁶ *Ibidem*, p. 53.

En este contexto, deben ubicarse las principales iniciativas legales durante el 2018, tal y como detallaremos a continuación y ellas han comprometido en gran parte, las próximas reformas, incluyendo no sólo el régimen de empleo público sino también el derecho colectivo.

1. LA LEY DE FORTALECIMIENTO DE LAS FINANZAS PÚBLICAS Y SUS EFECTOS

Antes de la promulgación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, N° 9635 del 3 de diciembre de 2018, el Poder Ejecutivo aprobó una serie de medidas de restricción del gasto, enfocadas en la contención del incremento de beneficios salariales de los empleados del Estado, tanto bajo régimen administrativo –funcionarios públicos en estricto sentido–, como si estaban en un régimen de empleo privado.

1.1. ACCIONES PREVIAS A LA APROBACIÓN DE LA LEY

De previo a la aprobación de la Ley N° 9635, el Poder Ejecutivo por la vía de directrices o decretos –es decir, de manera unilateral, sin necesidad de que fueran aprobados por la Asamblea Legislativa–, reguló: a) la renegociación de las convenciones colectivas de trabajo; y b) diversas condiciones de trabajo como: dedicación exclusiva, reestructuraciones y reasignaciones, vacantes, viáticos, horas extras, pluses e incentivos y teletrabajo, anualidades e incrementos salariales.

A) RENEGOCIACIÓN A LA BAJA DE LAS CONVENCIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Mediante la Directriz dirigida al sector público “Sobre la renegociación de convenciones colectivas de instituciones públicas”, suscrita por el Presidente de la República y la Ministra de Hacienda, la N° 009-H del 1° de junio del 2018, se le instruyó a los jefes, tanto de la Administración Central como Descentralizada, que ante la realidad económica y fiscal que atraviesa el Estado y con el fin de promover una política de austeridad, “todas las instituciones que conforman la Administración Pública Central que cuenten con convenciones colectivas, deberán renegociarlas una vez se llegue a su vencimiento” (artículo 1°).

La directriz es especialmente relevante porque la orden girada pretende contrarrestar la práctica seguida en las instituciones públicas de prórroga automática de las convenciones colectivas, del consentimiento implícito de una ultractividad *ad infinitum* del texto convencional o de la simple evasión del tema para no generar conflictos adicionales en una especie de confort del *status quo* existente. En cualquier caso, se trata de una suerte de expresión del característico anquilosamiento del modelo de negociación colectiva costarricense.

En consecuencia, a partir de la directriz los jefes “tendrán la responsabilidad personal de impedir la prórroga automática de las convenciones

colectivas vigentes en sus instituciones”, y proceder a denunciar en el plazo debido (que es al menos de un mes antes de su vencimiento) la convención ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (artículo 2). Sin embargo, la denuncia podría limitarse a las cláusulas convencionales “que se consideren abusivas y que atenten contra el buen manejo de las finanzas públicas” (artículo 3). Además, la norma que no está exenta de contradicciones, también recuerda que otro objetivo de la denuncia es “procurar, por parte de la Administración, la racionalización en el uso de recursos públicos, y tender a la baja en el costo que significa el funcionamiento de la convención colectiva” (artículo 4). Luego, se extiende una atenta invitación a los demás poderes del Estado a que hagan lo mismo –Poder Legislativo, Poder Judicial y Tribunal Supremo de Elecciones– (artículo 5).

La norma ha propiciado, en efecto, una lenta y progresiva negociación de las convenciones colectivas, con una tímida tendencia “a la baja” y en el mejor de los casos, a una imaginativa reconstrucción de los beneficios convencionales.

En todo caso, esta progresiva revisión de las convenciones colectivas, va de la mano de la perenne revisión judicial por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de los acuerdos alcanzados, y que ha propiciado la nulidad de las cláusulas que se estiman irrazonables y desproporcionadas o incluso discriminatorias, en comparación con los beneficios que perciben el resto de empleados públicos y especialmente, en atención a que se financian con recursos públicos, un criterio que además, en plena crisis fiscal, ha salido reforzado. Todo ello, mientras subsisten las críticas de la Comisión de Expertos en Convenciones y Recomendaciones de la OIT, desde su primer comentario en el 2005, sobre los roces de la doctrina judicial con el Convenio núm. 87.

B) DEDICACIÓN EXCLUSIVA

Mediante el Decreto Ejecutivo N° 41161-H del 1° de junio del 2018, suscrito por el Presidente de la República y la Ministra de Hacienda, se aprobó la reforma al artículo 5 del Decreto Ejecutivo N° 23669 del 18 de octubre de 1994, “Normas para la aplicación de la dedicación exclusiva para las instituciones y empresas públicas cubiertas por el ámbito de la autoridad presupuestaria”, con el fin de reducir el valor del reconocimiento económico que se le otorga a los empleados públicos que han convenido con la Administración la prestación de servicios bajo esta modalidad.

La regulación vigente antes de la reforma disponía un pago del 20% del salario a los servidores que poseen el grado académico de bachillerato universitario y ocupen un puesto para el que se requiere la condición anterior y un 55%, a aquellos otros que ostentando el grado académico de licenciatura u otro superior, ocupen un puesto para el que se requiere como mínimo el grado académico de bachillerato universitario. Con la reforma, los que posean grado de bachillerato se les reduce el beneficio a un 10% y a un 25% a los que ostentan el grado académico de licenciatura u otro superior (artículo 1).

La reforma no afectaría los derechos adquiridos de quienes mantienen suscrito

y vigente un contrato de dedicación exclusiva, pero sí se aplicaría a los nuevos contratos que se suscriban (artículo 2). El respeto de derechos adquiridos y de situaciones jurídicas consolidadas, ampliamente desarrollados por la Sala Constitucional, funcionaría en estos casos y en otros que fueron objeto de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, como límite infranqueable de las reformas implementadas.

No obstante, estas medidas directamente dirigidas contra los pluses salariales, comienzan a plantear algunos efectos “no deseados” en la carrera administrativa, pues la promoción o ascenso mediante concurso interno, no necesariamente significará una mejora en la remuneración, si las condiciones salariales del nuevo puesto ya están afectadas por estas disposiciones.

C) REESTRUCTURACIONES Y REASIGNACIONES

Como complemento a lo ya expuesto, mediante el Decreto Ejecutivo N° 411614-H del 1° de junio del 2018, suscrito por el Presidente de la República y la Ministra de Hacienda, se aprobó la “Limitación a las reestructuraciones”, de modo que únicamente serán aprobadas aquellas que afectando ministerios, órganos desconcentrados y entidades cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, su propósito “sea hacer más eficiente la gestión del Estado, siempre que no impliquen la creación de plazas adicionales, reasignaciones de puestos, así como nuevos gastos” (artículo 1).

La medida adoptada se orienta a contener el crecimiento sostenido de planilla del Estado, así como aquellas acciones que como la reasignación de puestos, impliquen un gasto adicional por vía del incremento del presupuesto destinado a remuneraciones.

D) VACANTES, VIÁTICOS, HORAS EXTRAS, PLUSES E INCENTIVOS Y TELETRABAJO

Otro ejemplo de estas medidas de reducción del gasto fue la Directriz dirigida al sector público de “Modificación a la directriz N° 098-H”, suscrita por el Presidente de la República y la Ministra de Hacienda, la N° 003-H del 1° de junio del 2018, por la que se dispuso que durante el 2018, los ministerios, los órganos desconcentrados y entidades que reciben transferencia de Gobierno para el pago de remuneraciones y que están cubiertos por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, únicamente podrán utilizar hasta un máximo del 25% de las vacantes existentes y las que se generen en lo que resta del periodo” (artículo 9).

Adicionalmente deberán recortar el presupuesto disponible para el pago de transporte y viáticos en el exterior hasta un 30% y para el pago de tiempo extraordinario hasta un 30% (artículo 18).

Tampoco se podrán crear nuevos pluses o incentivos salariales y a los pluses ya existentes, no se les autorizará incremento alguno (artículo 21).

Finalmente, se les instó a los ministerios, órganos desconcentrados y entidades cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria, que fomenten la utilización del teletrabajo (artículo 22).

D) ANUALIDADES

De las medidas adoptadas, la de mayor impacto presupuestario y conflicto social, fue la Directriz dirigida al sector público de “Racionalización del gasto por concepto de anualidades”, suscrita por el Presidente de la República y la Ministra de Hacienda, la N° 013-H del 1° de junio del 2018, por la que se dispuso que la Dirección General de Servicio Civil debería calcular las anualidades de los funcionarios bajo su régimen —que cubre especialmente el Poder Ejecutivo—, no en “un porcentaje del salario base, sino como un monto nominal fijo, con independencia de la base”, para lo cual tomará como referencia la última anualidad reconocida (artículo 1). Todo ello, sin perjuicio de derechos adquiridos (artículo 3), lo que significará en ausencia de una definición clara de lo que ello significa, que a partir de la entrada en vigencia de la directriz, las anualidades ya cumplidas seguirán calculándose como un porcentaje acumulativo sobre el salario base —normalmente entre el 1.94% y el 2.56% por cada año laborado—, que se incrementará cada vez que aumente el mismo y las nuevas anualidades, como un monto fijo equivalente al valor de la última anualidad recibida antes de la entrada en vigor de la reforma, el cual se mantendrá fijo a futuro, independientemente de que el salario base aumente.

En el caso de las demás instituciones públicas, la directriz les invita a adaptar medidas similares (artículo 2).

Las anualidades son el componente salarial de mayor impacto exponencial en el gasto público por remuneraciones de los trabajadores del Estado y desde hace mucho, era el objetivo de regulación de las medidas fiscales. A su vez, era uno de los principales responsables de que ciertos salarios del sector público, estuvieran muy por encima del valor de mercado para puestos similares.

E) INCREMENTOS SALARIALES

Por medio del Decreto Ejecutivo N° 41167-MTSS-H del 1° de junio del 2018, se hace la fijación de salarios mínimos para el sector público (Aumento salarial II semestre 2018 y I semestre del 2019).

La novedad es que por medio del decreto, el Poder Ejecutivo suspende temporalmente el “Acuerdo de negociación de la comisión negociadora de salarios del sector público del año 2007”, en el cual se había definido reconocer la inflación acumulada y conocida del semestre anterior al momento de la fijación salarial del siguiente semestre. El motivo de la medida es “la difícil situación fiscal imperante” (artículo 1).

En su lugar, se dispuso dos aumentos generales semestrales al salario base, que se fijan en una suma fija nominal.

1.2. LA LEY

Con la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, aprobada a inicios de diciembre de 2018, se pretende recaudar aproximadamente, un 2% del producto interno bruto (PIB) y para cumplir con ese objetivo, entre otras medidas, se aplicará: a) el impuesto al valor agregado (IVA) –de un 13%– a una mayor cantidad de servicios que estaban exentos; b) el impuesto sobre la renta al concepto de renta global; y c) una modificación a la progresividad del impuesto de renta, como sucede con el impuesto al salario de los trabajadores subordinados, que verá incrementado el monto de las retenciones fiscales en algunos casos, pues antes la deducción máxima era del 10% al 15% según el monto percibido y ahora oscila entre el 10% y el 25% (artículo 14).

Sin embargo y en lo que interesa, se disponen diversas modificaciones a la Ley de Salarios de la Administración Pública, incorporan con rango de ley, algunas de las regulaciones ya expuestas anteriormente, que habían sido aprobadas por normas de menor jerarquía y se ratifican las limitaciones impuestas al contenido de la negociación colectiva.

El pago adicional por dedicación exclusiva no podrá ser menor de un año, ni mayor de cinco, no constituirá un beneficio permanente ni un derecho adquirido y se fijará en los mismos parámetros que ya se habían aprobado mediante el Decreto Ejecutivo N° 41161-H del 1° de junio del 2018.

Con el pago de prohibición, también se reduce el porcentaje. Antes de la reforma era de un 65% para los profesionales en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior, de un 45% para los egresados de programas de licenciatura o maestría, de un 30% para quienes sean bachilleres universitarios o hayan aprobado el cuarto año de la respectiva carrera universitaria y de un 25% para quienes hayan aprobado el tercer año universitario o cuenten con una preparación equivalente; y a partir de ella, se reduce a un 30% del salario base para los servidores en el nivel de licenciatura u otro grado académico superior y a un 15% para los profesionales en el nivel de bachiller universitario.

La indemnización por concepto de auxilio de cesantía, quizás el mayor de los beneficios que pretenden los trabajadores en las convenciones colectivas, no podrá superar los 8 años, que es el tope legal (artículo 29 del Código de Trabajo), salvo en aquellos casos en los que ya exista una convención anterior a la vigencia de la ley que lo regule. Aunque la doctrina de la Sala Constitucional en materia de revisión de cláusulas convencionales había fijado la constitucionalidad del beneficio en 20 años, es precisamente en este mismo año 2018, que el criterio cambia, para reducirlo a 12 años (Res. N° 2018-008882 de las 16 horas y 30 minutos del 5 de junio de 2018).

Se prohíbe la creación, el incremento, o el pago, por medio de la negociación colectiva o por cualquier otro medio, de cualquier remuneración por concepto de “discrecionalidad y confidencialidad”, así como el pago o reconocimiento de bienes, quinquenios u otra remuneración por acumulación de años de servicio salvo el de anualidades.

Como ya se anticipaba en la Directriz N° 013-H del 1° de junio del 2018, el

incentivo por anualidad será un monto nominal fijo, que permanecerá invariable y ya no estará indexado al salario base; adicionalmente se concederá únicamente si el resultado de la evaluación del desempeño tiene una calificación mínima de “muy bueno” y para ello, el 80% de la calificación anual, depende del cumplimiento de metas anuales individualizadas según los indicadores cuantitativos de cumplimiento.

Adicionalmente, cualquier incentivo o compensación existente que esté expresado en términos porcentuales, se modificará a un monto nominal fijo, según el valor del salario base a enero de 2018 y la creación de ellos solo podrá realizarse por medio de ley y no por medio de convenciones colectivas, como venía siendo usual.

1.3. EL DERECHO DE HUELGA EN LA REFORMA PROCESAL LABORAL Y LAS PROTESTAS SOCIALES DERIVADAS DE LA LEY

Durante el trámite legislativo de aprobación de la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas se originó una protesta social de ámbito nacional y multisectorial, apoyada por diversas organizaciones sociales incluyendo, sobre todo, sindicatos. Las huelgas convocadas en el sector público pusieron a prueba la nueva regulación del derecho de huelga, recién aprobada con la Reforma Procesal Laboral, Ley N° 9343 del 25 de enero de 2016, que había entrado en vigencia 18 meses después, el 25 de julio del 2017.

El balance de la efectividad de la nueva normativa es relativamente decepcionante. Lo positivo fue confirmar que las reglas existentes, al contrario del régimen tradicionalmente restrictivo del derecho, permitió que un número aceptable de huelgas fueran declaradas legales. Entre los aspectos negativos deben resaltarse los siguientes: a) la mora judicial, que pese a los plazos legales en que los tribunales debían resolver la calificación de legalidad de la huelga, terminó rebasando en demasía lo que puede estimarse como razonable; b) las nulidades decretadas por los Tribunales de Apelaciones, de las resoluciones de primera instancia que establecían la calificación de la huelga, incluyendo algunas por una inadecuada fundamentación, que denota la falta de dominio de las reglas procesales existentes; c) la ausencia de regulación expresa de las huelgas “políticas”; d) el desconocimiento por una parte significativa de los sindicatos de los requisitos normativos para obtener la calificación judicial de legalidad del movimiento; y e) la imposición normativa al empleador del pago de salarios mientras la huelga no sea declarada ilegal, de modo genérico y universal.

Como consecuencia de todas estas deficiencias juntas, se llegó a situaciones difícilmente comprensibles, como fueron las huelgas “sin fin”, que siendo declaradas legales por el simple cumplimiento de un breve *check list*, que solo por una grave impericia se dejaría de cumplir, se ejercen por los trabajadores con derecho a percibir salario, *ad infinitum*. No faltaron los casos de huelguistas con derecho a salario, que soportaron más de medio año en huelga y que incluso, anunciaron su suspensión para el receso de Navidad y la vuelta a la misma después de sus vacaciones. La lista de anécdotas caricaturescas con

las que cerró el año 2018, incluso después de aprobada la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, es inacabable.

2. SEGURIDAD SOCIAL

Durante el año 2018, los problemas derivados de la insuficiencia de fondos para el sostenimiento de los distintos regímenes de jubilaciones a cargo de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), siguió siendo objeto de diversas acciones legislativas y administrativas, todas ellas de naturaleza paliativa a la espera de una intervención de mayor grado, que ofrezca una solución definitiva.

Se aprobó la Ley para trasladar recursos al régimen no contributivo de pensiones, administrado por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), N° 9578 del 22 de junio del 2018. Estos recursos provienen de los depósitos en cuentas bancarias, certificados a plazo o cualquier otro producto financiero, depositados en procesos judiciales concluidos o abandonados y que, no han sido reclamados en un plazo de 10 años. Este régimen está dirigido a las personas que se encuentren en necesidad de amparo económico inmediato o que no califiquen en los regímenes contributivos existentes (artículo 1) y desde 2009, también cubre a las personas que padecen parálisis cerebral profunda.

Días después, también fue aprobada la Ley N°9583 de 26 de junio del 2018, dereforma del artículo 78 de la ley 7893 Ley de Protección del Trabajador, de 16 de febrero del 2000, para hacer efectiva la universalización de la pensión a los trabajadores no asalariados. La norma establece una contribución obligatoria del 15% de las utilidades netas de ciertas empresas públicas del Estado, para fortalecer el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y para universalizar la cobertura de la CCSS a los sectores de trabajadores no asalariados en condiciones de pobreza (artículo 1).

Hasta ese entonces, algunas de las instituciones ahora obligadas, se negaban a realizar tales aportes, advirtiendo que no existía ley que se los exigiera; vacío normativo que ahora se subsana. Para hacer efectiva la ley, se dispuso de una contribución gradual de un 5% en los primeros tres años, un 10% en los siguientes tres y a partir del séptimo el 15%.

Por otra parte, la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, adoptó dos normas internas de especial importancia. En un caso para dar claridad sobre las prácticas y pasantía en las empresas, especialmente privadas y en otro, para luchar contra la informalidad de los recolectores de café.

Un Instructivo sobre el Aseguramiento de Estudiantes de Educación Técnica que realizan Prácticas Profesionales y Pasantías, fue conocido y aprobado por el Consejo de Presidencia y Gerencias de la CCSS, en su Sesión N°519 del 21 de mayo del 2018.

Como se expuso por parte de la misma CCSS⁷, la importancia de este instructivo se encuentra en que aclara las condiciones en las que las prácticas

⁷ www.ccss.sa.cr/noticia?estudiantes-que-realizan-practicas-profesionales-en-empresas-no-son-sujetos-de-aseguramie (Consultado el 1 de junio del 2019).

y las pasantías se van a considerar como de naturaleza no laboral, sino con fines educativos, dejando de lado la incertidumbre que en los empresarios generaba recibir personas en el centro de trabajo bajo esta modalidad, lo que reducía la posibilidad de que se les diera apoyo.

Sin embargo, los requisitos exigidos van a plantear un cambio de cultura organizativa en algunas empresas que venían implementando estas prácticas o pasantías, dado que deberán contar, entre otros, con la autorización del centro educativo en el que se encuentra matriculada la persona y deberá disponerse de una ficha técnica-educativa en la que se especifiquen las actividades curriculares que efectuará el estudiante. Por consiguiente, se refuerza que la finalidad de estas actividades es formativa y no productiva.

Si se cumplen estos requerimientos, deberá completarse una exigencia más, que los estudiantes sean beneficiarios de una póliza con vigencia por el plazo de la práctica o pasantía, que deberá ser cubierta por la institución educativa o la empresa, salvo que, esté cubierto por el seguro familiar o en su defecto, opte por un aseguramiento voluntario de estudiante.

También debe señalarse que el instructivo si bien supone un progreso en el fomento de la formación dual en el centro de trabajo, todavía no representa una solución completa y eficaz, dado que a falta de una regulación expresa, que no avanza en la Asamblea Legislativa, precisamente por la discusión sobre si debe o no de considerarse esta modalidad formativa como laboral o no, los cuerpos de inspección del trabajo y los tribunales de justicia siguen teniendo diversas interpretaciones sobre el tema, que siguen añadiendo incertidumbre.

En el artículo 312 de la sesión N° 8986, celebrada el 30 de agosto del 2018, se aprobó el Reglamento del aseguramiento contributivo de la población recolectora de café en el Seguro Social, algo que resulta especialmente importante no solo para los nacionales que participan de la actividad, sino también para la población extranjera que interviene en estas tareas, independientemente de su condición migratoria (artículo 1), entre los que se encuentran los indígenas de la etnia Ngabe y Bugle, provenientes de Panamá.

El modelo de aseguramiento contributivo les ofrece acceso al seguro de salud, por la temporalidad de la cosecha (artículo 3) y los familiares de los asegurados directos podrán ser atendidos por medio del Beneficio Familiar.

Este aseguramiento se financiará con aportes del Instituto Costarricense del Café (ICAFE) y el Estado, previo registro de los recolectores ante aquél, lo que esperaría que facilite a futuro las labores de fiscalización de los cuerpos de inspección, especialmente del Ministerio de Trabajo.

3. DISCRIMINACIÓN

La tercera área de importancia en la normativa aprobada durante el 2018, es la relacionada con la protección de la discriminación.

Ley N° 9608 de 14 de setiembre de 2018, aprueba el convenio sobre la

igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares (Convenio núm. 156 de la OIT). Con la decisión adoptada, el país se compromete a llevar a cabo políticas nacionales que desarrollen el contenido de la norma internacional.

La expectativa que pueda generar este compromiso internacional es especialmente importante, si se tiene en cuenta que en el 2018, entre los hogares en pobreza, en la mayoría de los casos “hay al menos una mujer que, queriendo trabajar, no puede hacerlo porque debe dedicarse a ciertas obligaciones familiares como, por ejemplo, el cuidado de personas”⁸.

⁸ INEC. Encuesta Nacional de Hogares Julio 2018: Resultados Generales, San José, Costa Rica, octubre 2018.

Comentarios a la legislación laboral cubana Cuba 2018-2019. Cambios en la legislación de trabajo

Antonio Raudilio MARTÍN-SÁNCHEZ

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

El 2018 se caracterizó por algunas transformaciones en el trabajo del sector privado –no estatal– término usado en el lenguaje político social. También el sector empresarial estatal tuvo en el centro de los debates, con el propósito de perfeccionar la empresa estatal socialista o pública, con la ampliación de sus competencias, autonomía y gestión. La importancia de estas transformaciones está, en cuanto podrán repercutir en el empleo.

En el aspecto cuantitativo son escasas las normas jurídicas dispuestas. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictó solo tres Resoluciones que versaron sobre el empleo y las tres se relacionaron con el Trabajo por Cuenta propia. Las Resoluciones números 11 y 12 de 29 de 2018, se establecen el “Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia” y “las actividades que se pueden ejercer, su denominación y alcance” en cierta medida se correspondía con los análisis efectuados en la sesión de la Asamblea Nacional de Poder Popular de diciembre de 2017, y la proyección era restrictiva.

Lo que sí tuvo una trascendencia importante fue el proceso de análisis del anteproyecto de la nueva Constitución que abarcó varios meses y donde se argumentaron criterios sobre la economía, la propiedad, el empleo. Ello influyó que se dictara la Resolución No. 24 de 5 de diciembre que resolvió.

PRIMERO: Modificar de la Resolución No. 11, de la que suscribe, de 29 de junio de 2018, el artículo 2, el que queda redactado de la manera siguiente:

“ARTÍCULO 2: Las personas naturales pueden ser autorizadas a ejercer más de una actividad, siempre que cumplan lo regulado para el ejercicio del trabajo por cuenta propia”.

SEGUNDO: Modificar de la Resolución No. 12, de la que suscribe, de 29 de junio de 2018, en el Anexo No. 1, la descripción del alcance, en la Actividad No. 52, la que queda redactada de la manera siguiente:

“Panadero –dulcero: Elabora y expende pan, dulces, otros productos derivados de la harina y bebidas no alcohólicas, incluye cerveza asociadas al servicio. Cumple las normas establecidas sobre la inocuidad de los alimentos. Requiere licencia sanitaria”.

TERCERO: Eliminar del Anexo No. 1 de la mencionada Resolución No. 12, el límite de 50 capacidades en las actividades números 86, “Servicio Gastronómico en Cafetería”; 87, “Servicio Gastronómico en Restaurante” y 88, “Servicio de bar y recreación”, las que estarán en correspondencia con la capacidad de los locales.

UN COMENTARIO ADICIONAL SOBRE LA CONSTITUCIÓN

Para ilustrar la magnitud que tuvo el ejercicio de análisis, el proceso de participación popular abarcó 133.681 reuniones en la población, colectivos de trabajadores, campesinos, estudiantes universitarios y de la enseñanza media y residentes en el exterior, con una asistencia de 8.945.521 personas. Se formularon 783.174 propuestas que se clasificaron, como modificaciones, adiciones, eliminaciones y dudas. Es de advertir que el proyecto final muy distinto al original presentado por la comisión encargada. Contribuyó notablemente en la discusión los Documentos aprobados en el VII Congreso del Partido sobre “La Conceptualización de Modelo Económico y Social de la Sociedad Cubana”.

No se recuerda una acción popular tan profunda como esta, destacar tres elementos, acrecentó en la población la cultura del debate, mayor conocimiento jurídico y sobre todo que se tomó muy en serio por la dirección del país las opiniones de la sociedad. Hasta donde fue posible se logró un Pacto Social de nuevo tipo.

El proceso culminó con un referéndum el 24 de febrero de 2019. Proclamada y entrada en vigor el 10 de abril en sesión solemne de la Asamblea Nacional del Poder Popular máximo órgano de poder del Estado Cubano.

Los elementos que conforman los fundamentos políticos, económicos y la definición estructural del Estado, los órganos de poder, los derechos, deberes, garantías es objeto de estudios por los constitucionalistas y otros especialistas. En tal sentido comentaré solo sobre:

PROPIEDAD Y TRABAJO

En especial advertiré cómo se refleja la propiedad, el trabajo y su influencia en el empleo y la participación de los trabajadores, en fin, cómo impactará en los cambios necesarios a la legislación laboral y su influencia en la Doctrina Cubana del Derecho de Trabajo y Seguridad Social.

TÍTULO II FUNDAMENTOS ECONÓMICOS

El Artículo 22 reconoce las formas de propiedad siguiente:

A. Socialista de todo el pueblo: en la que el Estado actúa en representación y beneficio de aquél como propietario.

B. Cooperativa: la sustentada en el trabajo colectivo de sus socios propietarios y en el ejercicio efectivo de los principios del cooperativismo;

C. De las organizaciones políticas, de masas y sociales: la que ejercen estos sujetos sobre los bienes destinados al cumplimiento de sus fines.

D. Privada: la que se ejerce sobre determinados medios de producción por personas naturales o jurídicas cubanas o extranjeras; con un papel complementario en la economía;

E. Mixta: la formada por la combinación de dos o más formas de propiedad;

F. De instituciones y formas asociativas: la que ejercen estos sujetos sobre sus bienes para el cumplimiento de fines de carácter no lucrativo;

G. Personal: la que se ejerce sobre los bienes que, sin constituir medios de producción, contribuyen a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de su titular.

“Todas las formas de propiedad sobre los medios de producción interactúan en similares condiciones; el Estado regula y controla el modo en que contribuyen al desarrollo económico y social”.

DISTRIBUCIÓN DEL EMPLEO POR LAS FORMAS DE PROPIEDAD Y GESTIÓN

Según datos aportados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en números redondos, al cierre de 2018 los empleados ascendían a 4.500.000. De ellos 3,1 millones en el sector del Estado y 1.400.000 en el sector no estatal-privado que incluye la base productiva agrícola, con cooperativas agropecuarias, otras cooperativas, trabajadores por cuenta propia y actores asociados al ámbito de la cultura.

Según datos de la Oficina Nacional de Estadísticas e Información en octubre 2018 existían:

1.785 Empresas estatales y 2.241 Unidades Presupuestadas – el llamado sector estatal, las empresas agrupan el 52% de los trabajadores y las entidades dependientes del presupuesto el 48%.

Cooperativas: las de más vieja creación son las agropecuarias, que pueden ser de dos tipos: las llamadas **Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA)**, que se definen como “una entidad económica que representa una forma avanzada y eficiente de producción socialista con patrimonio y personalidad jurídica propios, constituida con la tierra y otros bienes aportados por los

agricultores pequeños y las **Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS)**, que a diferencia de las primeras, son el resultado de “la asociación voluntaria de los agricultores pequeños que tienen la propiedad o el usufructo de sus respectivas tierras y demás medios de producción, así como sobre la producción que obtienen y que por el hecho mismo de la forma en que se estructuran no es difícil de entender que se encuentran muy cercanas a la actividad privada.

En el otro extremo, pero también bajo una forma cooperativa, se encuentran las llamadas **Unidades Básicas de Producción Cooperativas (UBPC)**, creadas a inicios de los noventa, siendo una de las principales transformaciones emprendidas con motivo de la caída del campo socialista, que dio lugar a un importante proceso de desestatización de la explotación de la tierra.

Existen 434 Cooperativas de nuevo tipo que operan en varias actividades como es el transporte, la construcción, gastronomía y otros servicios, con un proceso de aprobación aún muy centralizado. Hay muchas expectativas con este movimiento cooperativo, que puede ser un potencial de desarrollo.

En el caso de los trabajadores por cuenta propia, debemos diferenciar que de los 579.417, hay 152.251 contratados en condición de trabajadores subordinados y dependientes del titular que ostenta la licencia y está autorizado como empleador, se evidencia que esta actividad requiere de urgentes transformaciones para que los empleadores asuman su responsabilidad social ante los trabajadores y el Estado.

Esta variedad conforma el sector no estatal – privado, reúne un número de trabajadores cercano al empleado en el sector empresarial del Estado.

Cuál será el papel de los trabajadores en el proyecto económico que establece la nueva Constitución. Economía socialista. Propiedad de todo el pueblo de los medios fundamentales. La planificación de la economía. Dirección planificada y control del Estado y tiene en cuenta el mercado, concilia interés nacional con los territoriales, encarar equilibrios entre los sectores: Veamos cómo lo refleja.

Artículo 20. “Los trabajadores participan en los procesos de planificación, regulación, gestión y control de la economía.

La ley regula la participación de los colectivos laborales en la administración y gestión de las entidades empresariales estatales y unidades presupuestadas”

Artículo 27. “La empresa estatal socialista es el sujeto principal de la economía nacional. Dispone de autonomía en su administración y gestión; desempeña el papel principal en la producción de bienes y servicios y cumple con sus responsabilidades sociales.

La Ley regula los principios de organización y funcionamiento de la empresa estatal socialista”.

Comentario a la Empresa estatal. Ésta, por su parte, ha sido definida una y otra vez como el eslabón fundamental de la economía cubana, desde las tesis y resoluciones adoptadas en los diferentes congresos del Partido Comunista de Cuba, hasta su actual visión en la denominada “Conceptualización del Modelo Económico y Social”. Esto, a pesar de encontrar un reflejo las

diferentes disposiciones legales que se han aprobado para regular su creación, organización y funcionamiento, no ha logrado dar paso al necesario reconocimiento a su autonomía.

ARTÍCULO 31. “El trabajo es un valor primordial de nuestra sociedad. Constituye un derecho, un deber social y un motivo de honor de todas las personas en condiciones de trabajar.

El trabajo remunerado debe ser la fuente principal de ingresos que sustenta condiciones de vida dignas, permite elevar el bienestar material y espiritual y la realización de los proyectos individuales, colectivos y sociales.

La remuneración con arreglo al trabajo aportado se complementa con la satisfacción equitativa y gratuita de servicios sociales universales y otras prestaciones y beneficios”.

Comentario: En el título II, Fundamentos económicos están los principales enunciados que necesitan reglamentación.

Sobre la participación de los trabajadores en los procesos de planificación, regulación, gestión y control de la economía. Se refiere a los colectivos laborales de las Empresas estatales y unidades presupuestadas, no necesita argumentación, es el corazón de la Economía y del socialismo. Además, la participación de los trabajadores puede ser determinante en el sentido de pertenencia y su defensa y arma estratégica contra males muy peligrosos: corrupción y burocracia.

A mi manera de ver se derivan varias e importantes leyes, me referiré a tres que considero vitales:

- Ley de la Empresa Estatal o Pública.
- Ley de Cooperativa.
- Ley de la Empresa: Familiar. Pequeña, Mediana de propiedad privada.

Lo argumentado en el artículo anterior es válido para la Empresa Estatal o Pública., que también se deriva del Artículo 27, que la señala como el sujeto principal de la Economía nacional.

En cuanto a la cooperativa es urgente su definición, sobre las cooperativas de propiedad de los medios y del capital y diferenciar otras formas de gestión en el cual los participantes no son dueños. Hoy hay confusión al respecto y en ocasiones no se sabe qué son. Debe de elaborarse una Ley general de cooperativas con salida a las distintas formar de organizarse.

La Ley de la Empresa familiar, pequeña y mediana impacta en el Código de Trabajo de manera notable, hará que se derogue el capítulo VII De las Relaciones Especiales, y transforme las regulaciones del trabajo por cuenta propia a por cuenta ajena, se pondrán las cosas en su lugar.

El pago por el trabajo, es el tema más complejo que se reclama urgente solución, es uno de los asuntos más difícil de enfrentar, para ello deben cumplirse algunos presupuestos económicos de trascendencia, como la dualidad monetaria y fijar tasas de cambio, aumentar la de productividad, desafiar y

resistir las agresiones económicas, para ello, resulta indispensable la puesta en vigor de las leyes enunciadas.

CAPÍTULO II LOS DERECHOS

Este capítulo es, en mi opinión, el más desarrollado y mejor logrado de la Constitución, que va desde el artículo 46 al 80, se reconocen nuevos derechos a los ciudadanos en general y se perfeccionan o amplían otros. Se incluyen 7 artículos como derechos de los trabajadores, con una amplitud de temas que, a la larga, junto a otros, impactan en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y condicionarán modificaciones a las actuales Leyes del Código de Trabajo y la Ley de Seguridad Social.

ARTÍCULO 64. “Se reconoce el derecho al trabajo. La persona en condición de trabajar tiene derecho a obtener un empleo digno, en correspondencia con su elección, calificación, aptitud y exigencias de la economía y la sociedad.

El Estado organiza instituciones y servicios que faciliten a las familias trabajadoras el desempeño de sus responsabilidades”.

ARTÍCULO 65. Toda persona tiene derecho a que su trabajo se remunere en función de la calidad y cantidad, expresión del principio de distribución socialista “de cada cual, según su capacidad, a cada cual según su trabajo”.

ARTÍCULO 66. “Se prohíbe el trabajo de las niñas, los niños y los adolescentes.

El Estado brinda especial protección a aquellos adolescentes graduados de la enseñanza técnica y profesional u otros que, en circunstancias excepcionales definidas en la ley, son autorizados a incorporarse al trabajo, con el fin de garantizar su adiestramiento y desarrollo integral”.

Comentario. Existe una cultura bien arraigada en la sociedad cubana de la prohibición del trabajo infantil, además están las instituciones educacionales para alcance de todos. Al resurgir determinadas actividades de carácter privado, se dan ciertas alarmas al respecto, sin dudas, en mi criterio no hay peligro, dado lo alcanzado en ese campo resulta irreversible.

ARTÍCULO 67. “La persona que trabaja tiene derecho al descanso, que se garantiza por la jornada de trabajo de ocho horas, el descanso semanal y las vacaciones anuales pagadas.

La ley define aquellos otros supuestos en los que excepcionalmente se pueden aprobar jornadas y regímenes diferentes de trabajo, con la debida correspondencia entre el tiempo de trabajo y el descanso”.

ARTÍCULO 68. “La persona que trabaja tiene derecho a la seguridad social. El Estado, mediante el sistema de seguridad social, le garantiza la protección adecuada cuando se encuentre impedida de laborar por su edad, maternidad, paternidad, invalidez o enfermedad.

Asimismo, de conformidad con la ley, el Estado protege a los abuelos u otros familiares del menor de edad, en función del cuidado y atención a éste.

En caso de muerte de la persona que trabaja o se encuentra pensionada, el Estado brinda similar protección a su familia, conforme a lo establecido en la ley”.

Comentario. La Seguridad Social es una institución bien privilegiada por el Estado y garantiza que todos los trabajadores estén protegidos, nuestro reto a futuro está en la complejidad, ya presente, del envejecimiento poblacional y la baja tasa de natalidad que nos sitúa entre los países más envejecidos de la región. Está presente, además, la inmigración de forma latente.

“Según los datos dados por la Ministra de Trabajo: el 61 % de los ocupados tiene 40 años o más, tendencia que no se recupera a corto plazo y es causa del alto grado de envejecimiento de nuestra sociedad”.

ARTÍCULO 69. “El Estado garantiza el derecho a la seguridad y salud en el trabajo mediante la adopción de medidas adecuadas para la prevención de accidentes y enfermedades profesionales.

La persona que sufre un accidente de trabajo contrae una enfermedad profesional tiene derecho a la atención médica, a subsidio o jubilación en los casos de incapacidad temporal o permanente de trabajo o a otras formas de protección de la seguridad social”.

ARTÍCULO 70. “El Estado, mediante la asistencia social, protege a las personas sin recursos ni amparo, no aptas para trabajar, que carezcan de familiares en condiciones de prestarle ayuda; y a las familias que, debido a la insuficiencia de los ingresos que perciben, así lo requieran, de conformidad con la ley”.

Comentario. Ampliando el comentario del artículo 68, es en este segmento poblacional, que debe ser protegido, donde radican los mayores retos con la ampliación de los servicios e instituciones que garanticen servicios especializados.

COMENTARIOS FINALES

Aunque el Procedimiento de solución de conflictos laborales no tuvo eco en el centro de los debates en la Constitución, sí lo tuvieron las garantías de todos los Derechos, ello incluye los derivados de las relaciones laborales. A tal fin la Disposición Transitoria DÉCIMA de la nueva Constitución ordena al “Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el plazo de dieciocho meses a partir de la entrada en vigencia de la Constitución, presentar a la Asamblea Nacional del Poder Popular el Proyecto de nueva Ley de los Tribunales Populares, ajustada a los cambios que en la presente Constitución se establecen, así como las propuestas de modificaciones de la Ley de Procedimiento Penal y a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”.

Siempre existe una tendencia administrativista de sustraer de los órganos judiciales determinados conflictos que encuentran soluciones en procedimientos ajenos y llamados especiales. A tal efecto es una oportunidad para fortalecer la Justicia laboral con cambios acordes a las transformaciones económicas

introducidas, con aires de modernidad, pero con las garantías del debido proceso en lo laboral, sin perder la esencia de nuestra participación de los colectivos laborales en la toma de decisiones.

De otra parte, cumplimentar la Constitución con toda la legislación necesaria para hacerla efectiva, es el gran reto de la sociedad cubana, dentro de ella los juristas, la academia y los especialistas dirán presente una vez más.

Mayo 15 de 2019.

Informe de la legislación de trabajo y seguridad social adoptada en Chile durante el año 2018

Emilio MORGADO-VALENZUELA

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

Francisco TAPIA-GUERRERO

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

LEY N° 21.061 (13.2.2018), QUE OTORGA INCENTIVO POR RETIRO VOLUNTARIO A LOS FUNCIONARIOS DEL PODER JUDICIAL

1. Los funcionarios y funcionarias mencionados en la Ley, que desempeñen cargos pertenecientes al escalafón Primario, de la Primera Serie del escalafón Secundario que perciban sueldo fiscal correspondiente a los grados V y VI del artículo 5 del decreto ley N° 3.058, de 1979, del Ministerio de Justicia, los miembros de los consejos técnicos, los bibliotecarios judiciales, los administradores de tribunales, y el personal titular de planta y a contrata de la Corporación Administrativa del Poder Judicial podrán optar a la bonificación por retiro voluntario a partir del cumplimiento de 60 años de edad en el caso de las mujeres y 65 años de edad en el caso de los hombres, y hasta el cumplimiento de 73 años de edad en ambos casos, según lo dispuesto en la Ley.

Ese personal tendrá derecho a la bonificación por retiro voluntario siempre que, entre el 1 de julio de 2015 y el 31 de diciembre de 2024, hayan cumplido o cumplan 60 años de edad en el caso de las mujeres y 65 años de edad en el caso de los hombres. Tendrán también este derecho los funcionarios y funcionarias que ya hayan cumplido las edades ya señaladas al 30 de junio de 2015.

La bonificación por retiro voluntario ascenderá a un mes de remuneración imponible por cada dos años de servicio o fracción superior a doce meses, prestados por el funcionario o funcionaria en las entidades señaladas

precedentemente, con un máximo de once meses. El reconocimiento de periodos discontinuos para el cálculo de la bonificación por retiro voluntario sólo procederá cuando el funcionario o funcionaria tenga, a lo menos, cinco años de desempeño continuo, anteriores a la fecha de la postulación, en alguna de las entidades señaladas en la Ley.

La remuneración que servirá de base de cálculo de la bonificación será la que resulte del promedio de remuneraciones mensuales imponibles que le haya correspondido al funcionario o funcionaria durante los últimos doce meses inmediatamente anteriores al cese de funciones, actualizadas según el Índice de Precios al Consumidor entregado por el Instituto Nacional de Estadísticas, o por el sistema de reajustabilidad que lo sustituya, con un límite de 90 unidades de fomento. El valor de la unidad de fomento que se considerará para el cálculo de la bonificación adicional será el vigente al día que corresponda al cese de funciones. La bonificación por retiro voluntario será de cargo fiscal, no constituirá remuneración ni renta para ningún efecto legal, y no será imponible ni tributable.

Podrán acceder a la bonificación por retiro voluntario hasta un total de 1.750 beneficiarios y beneficiarias. De haber mayor número de postulantes que cupos disponibles en un año, según se trate de escalafón Primario u otros beneficiarios, se seleccionarán conforme a los siguientes criterios: en primer término se atenderá a la mayor edad del funcionario de acuerdo a la fecha de nacimiento; en igualdad de edad, se recurrirá al mayor número de años, meses y días de servicio en la institución; de persistir la igualdad, se utilizará el sistema de sorteo público.

Quienes postulen cumpliendo los requisitos, y no sean seleccionados por falta de cupos en la anualidad respectiva, no perderán los beneficios ni requerirán postular nuevamente y quedarán priorizados para el año o años siguientes. Una vez incorporados a la nómina de beneficiarios y beneficiarias, si quedaren cupos disponibles, éstos se completarán con los y las postulantes de dicho año que resulten seleccionados o seleccionadas.

2. En la Ley también se otorga, por una sola vez, **una bonificación adicional**, de cargo fiscal, a los funcionarios y funcionarias que accedan a la bonificación por retiro voluntario de la presente ley, que se encuentren afiliados y afiliadas al Sistema de Pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980; que coticen o hubieren cotizado, según corresponda, en dicho sistema, y tengan a la fecha de postulación a la bonificación veinte o más años de servicio, continuos o discontinuos, en las instituciones ya mencionadas. El reconocimiento de años de servicio discontinuos en las instituciones señaladas sólo procederá cuando el funcionario o funcionaria tenga, a lo menos, cinco años de desempeño continuos inmediatamente anteriores a la fecha de postulación a la bonificación por retiro voluntario.

También podrán acceder a la bonificación adicional los funcionarios o funcionarias que, cumpliendo los demás requisitos a que se refiere la Ley, tengan a la fecha de postulación de la bonificación por retiro voluntario, entre dieciocho y menos de veinte años de servicio, continuos o discontinuos, en las instituciones ya señaladas.

El monto de la bonificación adicional varía según los años de servicio que se tengan a la fecha de postulación a la bonificación por retiro voluntario. El valor de la unidad de fomento que se considerará para el cálculo de la bonificación adicional será el vigente al día que corresponda al cese de funciones. El monto establecido en el inciso anterior será para funcionarios y funcionarias con régimen de jornada completa de trabajo. En los casos de jornadas parciales, el monto establecido se calculará en forma proporcional. La bonificación adicional no será imponible ni tributable, ni constituirá renta para ningún efecto legal, y en consecuencia, no estará afectada a descuento alguno.

Los funcionarios y funcionarias que se desempeñen en cargos del escalafón Primario, de la Primera Serie del escalafón Secundario que perciban sueldo fiscal correspondiente a los grados V y VI del artículo 5 del decreto ley N° 3.058, de 1979, del Ministerio de Justicia, los miembros de los consejos técnicos, los bibliotecarios judiciales y los administradores de tribunales, deberán postular conforme a el o los plazos que se fijen mediante auto acordado, según lo establecido en la Ley, accediendo a los beneficios decrecientes que se señalan, conforme a las siguientes reglas: (a) las funcionarias que postulen en el proceso en que cumplan 60 y hasta 70 años de edad y los funcionarios que postulen en el proceso en que cumplan 65 y hasta 70 años de edad, tendrán derecho a la totalidad de la bonificación por retiro voluntario que les corresponda y a la bonificación adicional, siempre que cumplan con los requisitos respectivos; (b) las funcionarias y los funcionarios que postulen en el proceso en que cumplan 71 años de edad, tendrán derecho al 75% de la bonificación por retiro voluntario que les corresponda y al 75% de la bonificación adicional, siempre que cumplan con los requisitos respectivos; (c) las funcionarias y los funcionarios que postulen en el proceso en que cumplan 72 años de edad, tendrán derecho al 50% de la bonificación por retiro voluntario que les corresponda y al 50% de la bonificación adicional, siempre que cumplan con los requisitos respectivos; (d) las funcionarias y los funcionarios que postulen en el proceso en que cumplan 73 años de edad, tendrán derecho al 25% de la bonificación por retiro voluntario que les corresponda y al 25% de la bonificación adicional, siempre que cumplan con los requisitos respectivos. Si no postularen en este proceso, se entenderá que renuncian irrevocablemente a los beneficios de esta ley.

Los beneficios decrecientes señalados serán aplicables desde el proceso de postulación para la asignación de cupos correspondiente al año 2018. En el proceso de asignación de cupos del año 2018 también podrán postular los funcionarios y funcionarias señalados en el inciso primero que tengan entre 73 y hasta 74 años de edad a la fecha de publicación de esta ley. En este caso accederán a los beneficios de la presente ley en los porcentajes señalados en la letra d) de este artículo. Si no postularen en ese proceso, se entenderá que renuncian irrevocablemente a los beneficios de esta ley. Con todo, no podrán postular en ese proceso quienes tengan más de 74 años de edad a la fecha de publicación de la presente ley.

Si los funcionarios y funcionarias beneficiarios de esta ley no postularen en este proceso, se entenderá que renuncian irrevocablemente a los beneficios de esta ley. Con todo, las funcionarias podrán postular a la bonificación por retiro voluntario, en cualquiera de los procesos que establezca el auto acordado,

desde que cumplan 60 años de edad y hasta el proceso correspondiente a los 65 años de edad, sin perder los beneficios establecidos en esta ley. Si no postularen en este último proceso, se entenderá que renuncian irrevocablemente a los beneficios de esta ley. Las mujeres que cumplan entre 60 y 65 años de edad durante el año 2024 podrán postular en el proceso correspondiente para ese año según lo fije el auto acordado, y de ser seleccionadas deberán hacer efectiva su renuncia voluntaria de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley. .

Los beneficios establecidos en esta Ley son incompatibles con cualquier otro incentivo al retiro percibido por el funcionario o funcionaria con anterioridad en razón de su renuncia voluntaria al cargo o función. Asimismo, son incompatibles con toda indemnización o bonificación que por concepto de término de la relación laboral o años de servicio le pueda corresponder al funcionario o funcionaria, cualquiera sea su origen y a cuyo pago concurra el empleador. Sin embargo, será compatible con el desahucio a que se refiere el artículo 13 transitorio del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, respecto de quienes resulte actualmente aplicable.

Del mismo modo, quienes sean beneficiados por esta Ley no podrán utilizar los mismos años de servicio para acceder a otras leyes que otorguen bonificaciones o beneficios asociados al retiro voluntario, ni tampoco los años de servicio que se hubiesen considerado para otros incentivos al retiro.

Quienes cesen en sus empleos por aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, no podrán ser nombrados ni contratados asimilados a grado o sobre la base de honorarios en ninguno de los organismos señalados en la Ley, ni en general en cualquier institución que conforma la Administración del Estado, durante los cinco años siguientes al término de su relación laboral, salvo que previamente devuelvan la totalidad de los beneficios percibidos, debidamente reajustados por la variación del Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes del pago del beneficio respectivo y el mes anterior al de la restitución, más el interés corriente para operaciones reajustables.

El personal que, cumpliendo los requisitos que establece esta ley, no postule a la bonificación por retiro voluntario y bonificación adicional dentro del plazo establecido, o no informe la fecha en que hará efectiva su renuncia voluntaria, o no la haga efectiva en los plazos señalados en esta ley, se entenderá que renuncia irrevocablemente a los beneficios que ella concede, sin que proceda consideración ni reconsideración alguna.

Las bonificaciones por retiro voluntario y adicional de la presente ley, serán transmisibles por causa de muerte si el funcionario o la funcionaria fallece entre la fecha de postulación a las referidas bonificaciones y antes de percibirla, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en esta ley para acceder a ellas y sea beneficiario de un cupo de los establecidos en el artículo 3. Un auto acordado de la Corte Suprema fijará el o los períodos de postulación a los beneficios de la presente Ley, de tal forma que el gasto fiscal se ejecute según el número de cupos para la anualidad respectiva, el procedimiento de otorgamiento

de los mismos, y los procedimientos aplicables para su heredabilidad, debiendo escuchar previamente a las Asociaciones de Funcionarios del Poder Judicial.

LEY N° 21.077 (13.2.2018), QUE MODIFICA EL LÍMITE DE DESCUENTOS VOLUNTARIOS EN FAVOR DE COOPERATIVAS

Esta Ley modifica la Ley General de Cooperativas, estableciendo que “Tratándose de funcionarios del sector público, el límite para los descuentos voluntarios por planilla establecido en el artículo 96 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, o bien el límite contemplado en el artículo 95 de la ley N° 18.883, que aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, será del 25% cuando los descuentos adicionales sean a favor de cooperativas de las que el funcionario sea socio”.

LEY N° 21.080 (20.3.2018), QUE MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES CON EL OBJETO DE MODERNIZAR EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

En el párrafo 7° del Título I de esta Ley se establecen las siguientes normas acerca del personal del Ministerio de Relaciones Exteriores:

“Artículo 31.- El personal de planta y a contrata de la Secretaría y Administración General del Ministerio de Relaciones Exteriores y el personal de planta y a contrata de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, estarán afectos a la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda; al régimen de remuneraciones del decreto ley N° 249, de 1973, del Ministerio de Hacienda, y su legislación complementaria; y, en materia de destinaciones al extranjero, a las normas contenidas en el decreto con fuerza de ley N° 33, de 1979, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y su normativa complementaria.

No obstante lo dispuesto en el decreto con fuerza de ley N° 33, de 1979, del Ministerio de Relaciones Exteriores, y su normativa complementaria, tratándose del personal de la Secretaría y Administración General, profesionales de su escalafón Directivo, Profesional y Técnico destinados a las representaciones permanentes ante organizaciones internacionales y misiones especiales en el exterior, en casos excepcionales, debidamente calificados por decreto supremo, el plazo de dos años de destinación podrá prorrogarse hasta por un máximo de un año adicional.

La destinación al exterior deberá señalar la categoría de la Planta “A”, presupuesto en moneda extranjera, del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores en la que se desempeñará el funcionario destinado, de conformidad con lo establecido en esta ley y en el decreto con fuerza de ley N° 33, de 1979, del Ministerio de Relaciones Exteriores, según corresponda.

Artículo 32.- Cuando sea necesario que un funcionario de la Subsecretaría

de Relaciones Exteriores, de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales y de los servicios dependientes y relacionados de éstas, sea comisionado a prestar servicios en alguno de los servicios mencionados, la respectiva comisión podrá designarse por hasta el máximo de tres años y será autorizada por resolución fundada del respectivo jefe de servicio.

El término de la referida comisión quedará sujeto a la misma formalidad antes señalada. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a los funcionarios que sean de la exclusiva confianza del Presidente de la República”.

LEY N° 21.086 (12.4.2018), QUE PERFECCIONA LOS BENEFICIOS OTORGADOS A BOMBEROS POR ACCIDENTES Y ENFERMEDADES Y LA DEMÁS LEGISLACIÓN APLICABLE A DICHAS INSTITUCIONES

En esta Ley se dispone que “se entenderá por acto de servicio toda actividad desempeñada por los miembros de los Cuerpos de Bomberos en situaciones de emergencia, tales como incendios, rescates, salvamentos de personas y animales, en medios acuáticos, montaña, acantilados, mineros, subterráneos, túneles, pozos, inundaciones, aluviones, temporales, derrames, contención y recuperación de materias peligrosas, fugas de gas o similares. De igual manera, se considerará acto de servicio la participación en actividades de capacitación y entrenamiento bomberil en Chile o en el extranjero, acuartelamientos, guardias nocturnas y prestación de servicios a la comunidad consistentes, entre otros, en distribución de agua, cambios de drizas de banderas y lavado de calzadas”.

A la vez, se establece que “se entenderá como labores que tengan relación directa con la institución bomberil aquellas consistentes en la participación de los miembros de los Cuerpos de Bomberos en exposiciones de materiales y equipos, en formaciones para funerales y desfiles, en actos de representación institucional y en actividades para recaudación de fondos institucionales, entre otras”.

Junto a estas normas conceptuales, existentes otras que incorporan expresas menciones de hechos o personas a las que se concede acceso a derechos y beneficios reconocidos a los miembros de los Cuerpos de Bomberos, en materias tales como: la Prueba de Selección Universitaria, la invalidez, las rentas vitalicias, las pensiones, las personas con quien el causante haya mantenido un acuerdo de unión civil vigente al momento del fallecimiento

LEY N° 21.084 (21.4.2018), QUE ESTABLECE INCENTIVOS AL RETIRO PARA LOS FUNCIONARIOS DEL SENADO, DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS Y DE LA BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Y LES OTORGA EL DERECHO A PERCIBIR LA BONIFICACIÓN POR RETIRO DEL TÍTULO II DE LA LEY N° 19.882, EN LA FORMA QUE INDICA

1. A contar de la fecha de publicación de la presente Ley, los funcionarios y funcionarias de planta y a contrata que se desempeñen en el Senado, en la Cámara de Diputados y en la Biblioteca del Congreso Nacional tendrán derecho

a percibir la bonificación por retiro establecida en el Título II de la ley N° 19.882, en los mismos términos que establece ese ordenamiento legal. Para tal efecto, se computarán los años de servicios en las instituciones señaladas en el inciso anterior y en las entidades afectas al Título II de dicha ley.

Los funcionarios y funcionarias que perciban esta bonificación por retiro no podrán ser nombrados ni contratados, ya sea a contrata, a honorarios de cualquier clase o conforme al Código del Trabajo en el Senado, en la Cámara de Diputados, en la Biblioteca del Congreso Nacional ni en ninguna de las instituciones que conforman la Administración del Estado, durante los cinco años siguientes al término de su relación laboral, a menos que previamente devuelvan la totalidad del beneficio percibido, debidamente reajustado por la variación del Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes del pago del beneficio respectivo y el mes anterior al de la restitución, más el interés corriente para operaciones reajustables. Sin perjuicio de lo anterior, los funcionarios y funcionarias que perciban los beneficios antes señalados, podrán ser contratados para el desempeño de labores académicas hasta por 12 horas semanales siempre que al cese de sus funciones hubieren estado desempeñando una jornada de trabajo semanal de 44 o más horas. La bonificación por retiro de este artículo será financiada conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del Título II de la ley N° 19.882. A contar del mes de publicación de la presente ley, las instituciones señaladas en el inciso primero de este artículo deberán efectuar el aporte del 1,4% de la remuneración mensual imponible de cada funcionario de planta y a contrata de las entidades antes indicadas con un límite máximo de 90 unidades de fomento, que será de cargo del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Biblioteca del Congreso Nacional, según corresponda.

2. Se otorga una bonificación adicional, por una sola vez, a los funcionarios y funcionarias de planta y a contrata del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Biblioteca del Congreso Nacional, que perciban la bonificación por retiro del Título II de la ley N° 19.882, siempre que se encuentren afiliados al sistema de pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, cotizando o habiendo cotizado en dicho sistema, según lo dispuesto en su artículo 17, que a la fecha de postulación tengan veinte o más años de servicios, continuos o discontinuos, en las señaladas instituciones, y cumplan los demás requisitos que establece esta ley. Además, para tener derecho a la bonificación adicional, los funcionarios deberán haber cumplido o cumplir 60 años de edad, si son mujeres, o 65 años de edad si son hombres, entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2020, o haber cumplido dichas edades, según corresponda, al 30 de junio de 2014. Asimismo, para tener derecho a la bonificación adicional, los funcionarios y funcionarias deberán renunciar voluntariamente a todos los cargos y al total de horas que sirvan dentro de los plazos que señalen esta ley y su reglamento interno.

3. El reconocimiento de años de servicios discontinuos en el Senado, en la Cámara de Diputados o en la Biblioteca del Congreso Nacional sólo procederá en los casos siguientes: (a) cuando el funcionario o funcionaria tenga, a lo menos, cinco años de desempeño continuo inmediatamente anteriores a la fecha de postulación; (b) cuando el funcionario o funcionaria tenga, a lo menos,

un año de servicio anterior a la fecha de publicación de esta ley y, al menos, cinco años de desempeño continuo, inmediatamente anteriores al 11 de marzo de 2010, en el Senado, en la Cámara de Diputados o en la Biblioteca del Congreso Nacional.

Los funcionarios y funcionarias podrán completar la antigüedad requerida con hasta diez años servicios en calidad de honorarios, sujetos a jornada ordinaria de trabajo de cuarenta y cuatro horas semanales, prestados con anterioridad al 1 de enero de 2015, en el Senado, en la Cámara de Diputados o en la Biblioteca del Congreso Nacional.

4. También podrán acceder a la bonificación adicional los funcionarios y funcionarias que, cumpliendo los demás requisitos establecidos en esta Ley, tengan a la fecha de postulación entre dieciocho años y menos de veinte años de servicios, continuos o discontinuos, en el Senado, en la Cámara de Diputados o en la Biblioteca del Congreso Nacional. Tratándose del personal comprendido en la definición de exiliado contenida en la letra a) del artículo 2 de la ley N° 18.994, que haya sido registrado como tal por la Oficina Nacional de Retorno, la exigencia de años de servicio establecida en el inciso primero del artículo 2 se rebajará a quince años, continuos o discontinuos.

5. La bonificación adicional ascenderá a los montos fijados en la Ley teniendo presente los años de servicios. El valor de la unidad tributaria mensual que se considerará para el cálculo de la bonificación adicional será el vigente a aquel mes en que el funcionario haya cesado en su cargo. El monto establecido será para jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales, calculándose en forma proporcional si esta fuere inferior.

Para los funcionarios y funcionarias a contrata que cumplan los requisitos para acceder a la bonificación adicional y que en los últimos veinticuatro meses anteriores a la dejación voluntaria de su empleo, hayan cambiado la calidad jurídica de su designación desde un cargo de planta a un empleo a contrata, el monto de la bonificación adicional será el que correspondiere a la categoría original de planta que poseían al momento de cambiar de calidad jurídica.

6. La bonificación adicional será de cargo fiscal y se pagará por la respectiva institución empleadora al mes siguiente de la fecha de cese de funciones. La bonificación adicional no será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal y, en consecuencia, no estará afecta a descuento alguno.

7. Podrán acceder a la bonificación adicional, conjuntamente con otros beneficios de naturaleza homologable que se originen en una causal similar de otorgamiento y que hubieren sido otorgados por el Senado, la Cámara de Diputados o la Biblioteca del Congreso Nacional, los funcionarios y funcionarias de planta y a contrata que hayan obtenido u obtengan pensión de invalidez regulada en el decreto ley N° 3.500, de 1980, entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2020; que cumplan 60 años de edad si son mujeres o 65 años de edad si son hombres, dentro de los tres años siguientes al cese en su cargo por obtención de la referida pensión o por declaración de vacancia por salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del mismo y que reúnan los demás requisitos para su percepción. En ningún caso las edades señaladas

podrán cumplirse más allá del 31 de diciembre de 2020. Para tener derecho a la bonificación adicional los funcionarios y funcionarias deberán tener veinte o más años de servicios continuos o discontinuos, en las instituciones anteriormente mencionadas, a la fecha del cese de funciones por cualquiera de las causales señaladas en esta Ley.

En la Ley también se regulan otras materias conexas, tales como lo atinente a la época de postulación a esa bonificación adicional; la situación de los que no fueren seleccionados por falta de cupos; el desistimiento de la postulación, las posibles rebajas de la edad para postular; el fallecimiento de el o la postulante.

8. Los funcionarios y funcionarias de planta y a contrata que se desempeñen en el Senado, en la Cámara de Diputados o en la Biblioteca del Congreso Nacional y que se acojan a la bonificación adicional de la presente Ley, tendrán derecho a percibir la bonificación por retiro del referido Título II, en las condiciones especiales que se indican en la Ley.

9. Además, en la Ley se concede **un bono por antigüedad**, por una sola vez, a los funcionarios y funcionarias de planta y a contrata del Senado, la Cámara de Diputados o de la Biblioteca del Congreso Nacional que se indican. El bono por antigüedad ascenderá a 10 unidades de fomento por cada año de servicio por sobre los 40 años, con tope de 100 unidades de fomento. El valor de la unidad de fomento que se considerará para el cálculo de este beneficio será el vigente al día que corresponda al cese de funciones. El reconocimiento de períodos discontinuos sólo procederá cuando los funcionarios y funcionarias tengan, a lo menos, cinco años de desempeño continuo, inmediatamente anteriores a la fecha de postulación a la bonificación adicional, en una o más de las entidades ya señaladas.

El bono será de cargo fiscal, no será imponible ni constituirá renta para ningún efecto legal y, en consecuencia, no estará afecto a descuento alguno. Asimismo, se pagará por la institución empleadora en el mes siguiente al de la fecha de cese de funciones.

10. Asimismo en la Ley se otorga **un bono por trabajo pesado**, por una sola vez, a los funcionarios y las funcionarias de planta y a contrata del Senado, de la Cámara de Diputados y de la Biblioteca del Congreso Nacional que, entre la fecha de publicación de esta Ley y el 31 de diciembre de 2020, perciban la bonificación por retiro del Título II de la Ley N° 19.882 o se acojan a la bonificación adicional, siempre que al hacer efectiva su renuncia voluntaria, se encuentren realizando o acrediten haber realizado trabajos calificados como pesados.

Los funcionarios y funcionarias que perciban la bonificación adicional y bonos ya mencionados, no podrán ser nombrados ni contratados, ya sea a contrata, a honorarios de cualquier clase o conforme al Código del Trabajo en el Senado, en la Cámara de Diputados, en la Biblioteca del Congreso Nacional ni en ninguna de las instituciones que conforman la Administración del Estado, durante los cinco años siguientes al término de su relación laboral, a menos que previamente devuelvan la totalidad del beneficio percibido, debidamente reajustado por la variación del Índice de Precios al Consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes del pago del beneficio respectivo y el

mes anterior al de la restitución, más el interés corriente para operaciones reajustables. Sin perjuicio de lo anterior, los funcionarios y funcionarias que perciban los beneficios antes señalados, podrán ser contratados para el desempeño de labores académicas hasta por 12 horas semanales siempre que al cese de sus funciones hubieren estado desempeñando una jornada de trabajo semanal de 44 o más horas.

LEY N° 21.093 (23.5.2018), QUE MODIFICA LA LEY N° 19.070 QUE APROBÓ EL ESTATUTO DE LOS PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN, Y DE LAS LEYES QUE LA COMPLEMENTAN Y MODIFICAN, PARA PERFECCIONAR LA CAUSAL DE TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS DOCENTES MUNICIPALES, DETERMINADA POR SALUD INCOMPATIBLE

En lo substancial, en la Ley se dispone que:

1. El alcalde podrá considerar como salud incompatible con el desempeño del cargo, a que se refiere la letra h) del artículo 72, haber hecho uso de licencia médica en un lapso continuo o discontinuo superior a seis meses en los últimos dos años, sin mediar declaración de salud irrecuperable. No se considerarán para el cómputo de esos seis meses, las licencias otorgadas en los casos a que se refiere el artículo 114 de la ley N° 18.883 y el Título II del Libro II del Código del Trabajo.
2. Para ejercer esa facultad, el Alcalde deberá requerir previamente a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la evaluación del profesional docente respecto a la condición de irrecuperabilidad de su salud y que no le permite desempeñar el cargo.
3. La facultad señalada será ejercida por el Director Ejecutivo del Servicio Local de Educación Pública a partir de la fecha en que sea traspasado el respectivo servicio educacional de conformidad a la ley N° 21.040. Si se hubiere declarado irrecuperable la salud de un profesional de la educación, éste deberá retirarse de la municipalidad o del Servicio Local de Educación Pública, según corresponda, dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que se le notifique la resolución por la cual se declare su irrecuperabilidad.
4. Si transcurrido este plazo el empleado no se retirare, procederá la declaración de vacancia del cargo. A contar de la fecha de la notificación y durante el referido plazo de seis meses, el profesional de la educación no estará obligado a trabajar y gozará de todas las remuneraciones correspondientes a su empleo, las que serán de cargo del sostenedor.

LEY N° 21.094 (5.6.2018), SOBRE UNIVERSIDADES ESTATALES

En el Título II de la Ley (Normas comunes a las Universidades del Estado) se regula específicamente lo referido a los académicos y funcionarios no académicos, estableciéndose:

1. Los académicos y funcionarios no académicos de las universidades del Estado tienen la calidad de empleados públicos. Los académicos se regirán por los reglamentos que al efecto dicten las universidades y, en lo no previsto por dichos reglamentos, por las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Por su parte, los funcionarios no académicos se regirán por las normas del decreto con fuerza de ley precitado y por las demás disposiciones legales que les resulten aplicables.

2. La carrera académica en las universidades del Estado se organizará en razón de requisitos objetivos de mérito y estará sustentada en los principios de excelencia, pluralismo, no discriminación, publicidad y transparencia.

A través de un reglamento de carrera académica, las universidades del Estado deberán establecer las funciones, los derechos y las obligaciones de sus académicos. Este reglamento deberá contener las normas sobre la jerarquía, el ingreso, la permanencia, la promoción, la remoción y la cesación de funciones, así como los respectivos procedimientos de evaluación y calificación de los académicos, de acuerdo a las exigencias y principios señalados en el inciso precedente.

El reglamento, además, establecerá metas y objetivos concretos relacionados con las áreas de docencia, investigación y vinculación con el medio, acorde a los Planes de Desarrollo de las Instituciones; y señalará, asimismo, las políticas de estímulos e incentivos tendientes a fomentar su cumplimiento.

3. Sin perjuicio de los requisitos internos para acceder a las jerarquías académicas de Instructor, Profesor Asistente, Profesor Asociado y Profesor Titular, u otras equivalentes, las universidades del Estado podrán establecer, de consuno, una jerarquía máxima nacional situada por sobre la jerarquía de Profesor Titular, que disponga de requisitos comunes y pueda ser aplicable y oponible a todas las instituciones universitarias estatales en el quehacer propio de sus funciones de educación superior.
4. Las comisiones de servicio de los funcionarios académicos y no académicos que deban efectuarse en el extranjero se regirán por los reglamentos universitarios dictados por cada institución.
5. Los académicos, investigadores, profesionales, conferencistas o expertos extranjeros, y que tengan residencia o domicilio permanente fuera del territorio nacional, estarán exentos de solicitar la autorización para desarrollar actividades remuneradas, señalada en el artículo 48, inciso primero, del decreto ley N° 1.094, de 1975, del Ministerio del Interior, siempre que dichas labores correspondan a actividades académicas organizadas por instituciones universitarias y no se extiendan más allá de treinta días o del término del respectivo permiso de turismo.
6. Las universidades del Estado deberán promover la capacitación de sus funcionarios no académicos, con el objeto de que puedan perfeccionar,

complementar o actualizar sus conocimientos y competencias necesarias para el eficiente desempeño de sus funciones.

7. Las universidades del Estado podrán contratar, sobre la base de honorarios, sólo la prestación de servicios o labores accidentales y que no sean las habituales de la institución. Las personas contratadas a honorarios se registrarán por las cláusulas del respectivo contrato de conformidad a la legislación civil y no les serán aplicables las disposiciones del decreto con fuerza de ley N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.
8. Las prohibiciones para el personal académico y no académico de las universidades del Estado, relativas a actos atentatorios a la dignidad de los demás funcionarios, incluido el acoso sexual, el acoso laboral y la discriminación arbitraria, se entenderán referidas también a conductas del mismo tipo que resulten atentatorias a la dignidad de estudiantes, y de toda persona vinculada, de cualquier forma, a las actividades de la respectiva institución.

Además, en los procedimientos instruidos para determinar la responsabilidad administrativa en este tipo de casos, las víctimas y personas afectadas por las eventuales infracciones tendrán derecho a aportar antecedentes a la investigación, a conocer su contenido desde la formulación de cargos, a ser notificadas e interponer recursos en contra de los actos administrativos, en los mismos términos que el funcionario inculpado.

LEY N° 21.096 (16.6.2018), QUE REFORMA LA CONSTITUCIÓN CONSAGRANDO EL DERECHO A PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Se agrega, en el numeral 4° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, a continuación de la expresión “y su familia”, lo siguiente: “, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

LEY N° 21.101 (30.7.2018), QUE ESTABLECE EL 15 DE AGOSTO DE CADA AÑO COMO EL DÍA NACIONAL DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS DE TAXIS COLECTIVOS

LEY N° 21.106 (18.8.2018), QUE DELEGA FACULTADES PARA LA MODIFICACIÓN DE LAS PLANTAS DE PERSONAL DE PROFESIONALES DE LOS SERVICIOS DE SALUD

Se faculta al Presidente de la República para que establezca, dentro del plazo de un año contado desde la fecha de publicación de la presente ley, mediante uno o más decretos con fuerza de ley expedidos por intermedio del Ministerio de Salud, los que también deberán ser suscritos por el Ministro de Hacienda, las normas necesarias para:

- 1° Modificar la planta de profesionales de los servicios de salud, establecidos en artículo 16 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, creando un total de 7.873 cargos adicionales para el conjunto de dichos servicios, de acuerdo con la distribución total por grados de la Escala Única de Sueldos que se indica.
- 2° Establecer normas de encasillamiento complementarias a las fijadas en esta Ley.
- 3° Establecer la o las fechas de entrada en vigencia de las modificaciones a la planta de profesionales y de los encasillamientos del personal que se practique.

El encasillamiento de los cargos que se creen en las plantas de profesionales de los servicios de salud, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo anterior, se proveerán mediante concursos internos y quedarán sujetos a las condiciones que se establezcan en el o los decretos con fuerza de ley que se dicten, de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley, debiéndose en todo caso considerar lo siguiente:

- 4° En los concursos internos sólo podrán participar los funcionarios a contrata asimilados a la planta de profesionales del respectivo servicio de salud, que se encuentren en el mismo grado de la vacante convocada, y que reúnan los requisitos de antigüedad, tanto en dicho grado como dentro del servicio de salud respectivo. Ambas antigüedades deberán verificarse a la fecha de publicación del respectivo decreto con fuerza de ley, según la tabla que establece la Ley.

Para participar en el concurso interno, los funcionarios deberán cumplir con los siguientes Requisitos copulativos a la fecha del llamado al mismo:

- a. Tener una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro horas semanales.
- b. Encontrarse calificados en lista N° 1, de distinción.
- c) No haber sido objeto de medidas disciplinarias, ni sanciones administrativas dentro de los dos años anteriores al concurso.
- d. Reunir los requisitos del cargo respectivo.

En las bases de dichos concursos deberán considerarse sólo los siguientes factores: antigüedad en el grado, antigüedad en el servicio de salud respectivo y mérito.

La provisión de los cargos de los concursos internos a que se refiere este artículo se efectuará en orden decreciente de acuerdo al puntaje obtenido por los postulantes. En caso de producirse empate, los funcionarios serán designados conforme al resultado de la última calificación obtenida, y en el evento de mantenerse esta igualdad, a la antigüedad en el servicio de salud, considerando año, mes y día. Finalmente, en caso de mantenerse el empate, decidirá el jefe superior del respectivo servicio de salud..

El concurso mencionado será preparado y realizado por un comité de

selección, cuya conformación será establecida en el o los decretos con fuerza de ley ya mencionados.

Los funcionarios que resulten encasillados mantendrán la antigüedad en el servicio de salud respectivo y conservarán el número de bienios y el tiempo de permanencia en el grado para tal efecto.

Los cargos que se creen en ejercicio de la facultad señalada en la Ley y que no resulten provistos en el concurso interno, se extinguirán por el solo ministerio de la Ley. Lo anterior se formalizará mediante resolución de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, visada por la Dirección de Presupuestos.

- 5° La Subsecretaría de Redes Asistenciales encargará, durante el segundo semestre de 2018, un estudio cuyo propósito es proponer los principios sobre los cuales debiera basarse un nuevo modelo de carrera funcionaria para el estamento profesional, que impacte positivamente en la gestión de los servicios de salud y en el mejoramiento del acceso a la atención de salud de las personas. Las bases del estudio deberán ser visadas por la Dirección de Presupuestos y copia del informe final del mismo deberá ser enviado a las comisiones de Salud y de Hacienda de la Cámara de Diputados y del Senado.

LEY 21.112 (24.9.2018), QUE REAJUSTÓ EL MONTO DEL INGRESO MÍNIMO MENSUAL, EL MONTO DE LAS ASIGNACIONES FAMILIAR Y MATERNAL, Y EL MONTO DEL SUBSIDIO FAMILIAR

1. En lo atinente al *Ingreso Mínimo Mensual*, la Ley distingue dos categorías de ingreso mínimo mensual (IMM): la remuneracional y la no remuneracional, dependiendo de su finalidad remuneratoria mínima o de factor de referencia para otros fines laborales o de seguridad social.

En lo referente al IMM remuneracional (*IMMr*), la ley distingue dos tipos: (a) el aplicable a los mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad; (b) la aplicable a los trabajadores menores de 18 años o mayores de 65 años.

A. IMM DE MAYORES DE 18 AÑOS Y MENORES DE 65 AÑOS

A contar del 1 de septiembre de 2018 se eleva a \$288.000 el IMM.

A contar del 1 de marzo de 2019, se eleva el IMM a \$301.000.

A contar del 1 de marzo de 2020, el monto del IMM se reajustará y elevará sobre la base del ingreso mínimo mensual vigente al 29 de febrero de 2020, de conformidad con la proyección de crecimiento del Producto Interno Bruto de acuerdo a los siguientes porcentajes: (i) en caso de que el Producto Interno Bruto tenga una proyección de crecimiento, para el año 2020, de hasta un 4% anual, el ingreso mínimo mensual se reajustará en un 2,5% real sobre la base del ingreso mínimo mensual vigente al 29 de febrero de 2020; y (ii) en caso de

que el Producto Interno Bruto tenga una proyección de crecimiento, para el año 2020, superior al 4% anual, el ingreso mínimo mensual se reajustará en un 2,5% real sobre la base del ingreso mínimo mensual vigente al 29 de febrero de 2020, aumentado en los mismos puntos porcentuales en que el crecimiento exceda dicho 4%. Los reajustes reales antes mencionados considerarán el 100% de la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor, determinado e informado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el 1 de marzo del año calendario anterior y el 29 de febrero del año calendario en que se aplica el reajuste. El Producto Interno Bruto a considerar será el que se determine según el promedio del rango de la proyección de crecimiento del Informe de Política Monetaria del Banco Central o el instrumento que lo reemplace, cuya fecha de publicación sea la más reciente a la del reajuste señalado. Los montos así reajustados, cuyos últimos tres dígitos asciendan a cantidades iguales o inferiores a \$249 se depreciarán al millar inferior; aquellos que asciendan a cantidades entre \$250 y \$749, ambas inclusive, se aproximarán a \$500; y aquellos que asciendan a cantidades iguales o superiores a \$750 se elevarán al millar superior. Si de la aplicación del reajuste recién indicado para el 1 de marzo de 2020 resultare un monto inferior al ingreso mínimo mensual que rigió en el periodo inmediatamente anterior, el ingreso mínimo mensual equivaldrá a este último monto.

B. IMM DE MENORES DE 18 AÑOS Y MAYORES DE 65 AÑOS

A contar del 1 de septiembre de 2018, el IMM se eleva a \$ 214.999.

A contar del 1 de septiembre de 2019, el IMM se eleva a \$ 224.704.

A partir del 1 de marzo de 2020, el IMM se reajustará y elevará sobre la base IMM vigente al 29 de febrero de 2020, de conformidad con la proyección de crecimiento del Producto Interno Bruto de acuerdo a los siguientes porcentajes: (i) en caso de que el Producto Interno Bruto tenga una proyección de crecimiento, para el año 2020, de hasta un 4% anual, el ingreso mínimo mensual se reajustará en un 2,5% real sobre la base del ingreso mínimo mensual vigente al 29 de febrero de 2020; y (ii) en caso de que el Producto Interno Bruto tenga una proyección de crecimiento, para el año 2020, superior al 4% anual, el ingreso mínimo mensual se reajustará en un 2,5% real sobre la base del ingreso mínimo mensual vigente al 29 de febrero de 2020, aumentado en los mismos puntos porcentuales en que el crecimiento exceda dicho 4%. Los reajustes reales antes mencionados considerarán el 100% de la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor, determinado e informado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el 1 de marzo del año calendario anterior y el 29 de febrero del año calendario en que se aplica el reajuste. El Producto Interno Bruto a considerar será el que se determine según el promedio del rango de la proyección de crecimiento del Informe de Política Monetaria del Banco Central o el instrumento que lo reemplace, cuya fecha de publicación sea la más reciente a la del reajuste señalado. Los montos así reajustados de conformidad cuyos últimos tres dígitos asciendan a cantidades iguales o inferiores a \$249 se depreciarán al millar inferior; aquellos que asciendan a

cantidades entre \$250 y \$749, ambas inclusive, se aproximarán a \$500; y aquellos que asciendan a cantidades iguales o superiores a \$750 se elevarán al millar superior. Si de la aplicación del reajuste recién indicado en el inciso primero para el 1 de marzo de 2020 resultare un monto inferior al ingreso mínimo mensual que rigió en el periodo inmediatamente anterior, el ingreso mínimo mensual equivaldrá a este último monto.

En lo atinente al IMM para efectos no remuneracionales (*IMMnr*), en la ley se dispuso que: (a) a contar del 1 de septiembre de 2018, el *IMMnr* será de \$185.778; (b) a contar del 1 de marzo de 2019, el *IMMnr* será de \$194.164, y (c) a contar del 1 de marzo de 2020, el monto del *IMMnr* se reajustará y elevará en el porcentaje y de acuerdo al mecanismo establecido para el *IMMr*. Si de la aplicación del reajuste indicado en el inciso anterior resultare un monto inferior al ingreso mínimo mensual que rigió en el periodo inmediatamente anterior, el ingreso mínimo mensual equivaldrá a este último monto.

2. En lo referido a la *Asignación Familiar y Maternal*.

Se reemplaza el artículo 1 de la ley N° 18.987 por el siguiente:

La asignación familiar y maternal del Sistema Único de Prestaciones Familiares, regulada por el decreto con fuerza de ley N° 150, de 1982, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, tendrá para los años que se señalan los siguientes valores según los siguientes tramos:

- A contar del 1 de agosto de 2018:
 - a) De \$11.887 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual no exceda de \$302.200.
 - b) De \$7.259 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$302.200 y no exceda de \$441.395.
 - c) De \$2.295 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$441.395 y no exceda de \$688.427.
 - d) Las personas que tengan acreditadas o que acrediten cargas familiares, cuyo ingreso mensual sea superior a \$688.427, no tendrán derecho a las asignaciones aludidas.
- A contar del 1 de marzo de 2019:
 - a) De \$12.364 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual no exceda de \$315.841.
 - b) De \$7.587 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$315.841 y no exceda de \$461.320.
 - c) De \$2.398 por carga, para aquellos beneficiarios cuyo ingreso mensual supere los \$461.320 y no exceda de \$719.502.
 - d) Las personas que tengan acreditadas o que acrediten cargas familiares, cuyo ingreso mensual sea superior a \$719.502, no tendrán derecho a las asignaciones aludidas.
- A contar del 1 de marzo de 2020, se reajustarán los montos y tramos de

la asignación familiar y maternal del Sistema Único de Prestaciones Familiares referidos en el numeral 2 del inciso anterior, en la misma proporción en que se aumente el monto del ingreso mínimo mensual para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta de 65 años de edad, para esa misma fecha, según se indica en el inciso primero del artículo 1 de la ley que reajusta el monto del ingreso mínimo mensual, así como de la asignación familiar y maternal y del subsidio familiar del año 2018.

Sin perjuicio de lo establecido en las normas recién mencionadas, en la ley se establece que mantendrán plena vigencia los contratos, convenios y otros instrumentos que establezcan beneficios para estos trabajadores.

Dichos afiliados y sus respectivos causantes y los demás beneficiarios de esas asignaciones o de subsidio de cesantía, mantendrán su calidad de tales para los demás efectos que en derecho correspondan.

3. En lo que se relaciona con el *Subsidio Familiar*.

El subsidio familiar establecido en la ley N° 18.020 será de \$11.887 a contar del 1 de agosto de 2018. Desde el 1 de marzo de 2019 será de \$12.364. Luego se reajustará en la misma fecha, proporción y mecanismo indicado para el caso de la asignación familiar y maternal del Sistema Único de Prestaciones Familiares.

En la primera quincena del mes de marzo de 2020, mediante decreto supremo dictado por el Ministro de Hacienda, que además deberá ser suscrito por el Ministro del Trabajo y Previsión Social, se comunicarán los valores resultantes de acuerdo a los reajustes previstos a contar del 1 de marzo de 2020.

A más tardar en agosto de 2020 el Presidente de la República deberá enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley que proponga un nuevo reajuste al monto del ingreso mínimo mensual, así como de la asignación familiar y maternal, y del subsidio familiar con el objeto de que comience a regir a contar del 1 de septiembre de 2020.

LEY N° 21.109 (2.10.2028), QUE ESTABLECE EL ESTATUTO FUNCIONARIO DE LOS ASISTENTES DE LA EDUCACIÓN PÚBLICA

La Ley se aplica a los asistentes de la educación que se desempeñen en establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales de Educación Pública. Son asistentes de la educación, para efectos de esta ley, los funcionarios que, desempeñándose en uno o más establecimientos educacionales dependientes de los Servicios Locales de Educación Pública, sin perjuicio de su forma de financiamiento, incluidos aquellos establecimientos de educación parvularia financiados vía transferencia de fondos, colaboren en el desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje de los estudiantes y la correcta prestación del servicio educacional, a través de funciones de carácter profesional distintas de aquellas establecidas en el artículo 5° del decreto con fuerza de ley N° 1, del Ministerio de Educación, promulgado el año 1996 y publicado el año 1997; técnicas; administrativas o auxiliares.

Se considerará asimismo asistente de la educación al personal que cumpla funciones en internados escolares que dependan de los servicios locales.

Los asistentes de la educación tienen derecho a trabajar en un ambiente tolerante y de respeto mutuo. Del mismo modo, tienen derecho a que se respete su integridad física, psicológica y moral, no pudiendo ser objeto de tratos vejatorios, degradantes o maltratos psicológicos por parte de los demás integrantes de la comunidad educativa; a participar de las instancias colegiadas de ésta, y a proponer las iniciativas que estimaren útiles para el progreso del establecimiento en los términos previstos por la normativa interna.

Revestirá especial gravedad todo tipo de violencia física o psicológica cometida por cualquier medio, incluyendo los tecnológicos y cibernéticos, en contra de los asistentes de la educación.

Las relaciones laborales entre los servicios locales y los asistentes de la educación de su dependencia se regirán por las disposiciones de esta Ley y, para estos efectos, serán considerados como funcionarios públicos. En lo no regulado expresamente por esta Ley se aplicará supletoriamente el Código del Trabajo.

Los asistentes de la educación regidos por esta Ley, de acuerdo a la función que desempeñen y a las competencias requeridas para su ejercicio, se clasificarán en alguna de las siguientes categorías: profesional, técnica, administrativa y auxiliar.

Serán clasificados en la categoría profesional aquellos asistentes de la educación que, en posesión de un título profesional, desempeñen funciones de apoyo al aprendizaje y otras relacionadas con los proyectos de mejoramiento educativo y de integración de cada establecimiento educacional; de carácter psicosocial o psicopedagógico, desarrolladas por profesionales de la salud y de las ciencias sociales; de administración de un establecimiento educacional; y otras de análoga naturaleza, para cuyo ejercicio se requiera contar con un título profesional de una carrera de, a lo menos, ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste.

Serán clasificados en la categoría técnica aquellos asistentes de la educación que desempeñen funciones, dentro o fuera del aula, tareas de apoyo al proceso educativo o desarrollo de labores de administración y otras para cuyo ejercicio se requiera contar con un título técnico. Se requerirá estar en posesión de un título de una carrera técnica de nivel superior otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste, de a lo menos cuatro semestres de duración, o estar en posesión de un título técnico de nivel medio.

Serán clasificados en la categoría administrativa aquellos asistentes de la educación que desempeñen funciones de apoyo administrativo, que requieren de competencias prácticas y destrezas adquiridas a través de la enseñanza formal y no formal. Para acceder a esta categoría se deberá contar con licencia de educación media.

Serán clasificados en la categoría auxiliar los asistentes de la educación

que realizan labores de reparación, mantenimiento, aseo y seguridad en los establecimientos educacionales, y otras funciones de similar naturaleza, excluidas aquellas que requieran de conocimientos técnicos específicos. Para acceder a esta categoría se deberá contar con licencia de educación media.

La Ley regula específicamente lo referido al desarrollo laboral de los asistentes de la educación, su ingreso a una dotación pública, sus obligaciones funcionarias, sus derechos funcionarios (a ser defendidos, a permutar sus cargos, usar licencias médicas, a ser trasladados, a permisos maternales y post natales, a ser atendido por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, a permisos por razones particulares, a permisos no remunerados, a seguro de cesantía, a constituir asociaciones de funcionarios de conformidad con la Ley 19.296.

En forma especial la Ley regula lo concerniente a materias tales como: (a) la terminación de la relación laboral; (b) las condiciones de desempeño; (c) las condiciones laborales; (d) las remuneraciones y asignaciones; (e) el bono de desempeño; (f) la bonificación de excelencia académica; (g) la asignación por destinación geográfica; (h) la asignación de experiencia; (i) el bono de desempeño laboral.

LEY 20.122 (28.11.2018), QUE MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO EN MATERIA DE CONTRATO DE TRABAJO POR OBRA O FAENA

Entre las normas generales que regulan el contrato individual de trabajo, en el artículo 10 del Código del Trabajo se establecen las materias que necesariamente deben ser estipuladas en el mismo, como el lugar y fecha del contrato, la individualización de las partes, la determinación de la naturaleza de los servicios, y plazo del contrato (núm. 6 del artículo 10), por ejemplo.

Mediante la Ley 20.122, a continuación del mencionado artículo 10 se ha agregado el siguiente nuevo artículo 10 bis: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el número 6 del artículo 10, las partes podrán celebrar un contrato por una obra o faena determinada.

El contrato por obra o faena es aquella convención por la que el trabajador se obliga con el respectivo empleador a ejecutar una obra material o intelectual específica y determinada, en su inicio y en su término, cuya vigencia se encuentra circunscrita o limitada a la duración de aquélla. Las diferentes tareas o etapas de una obra o faena no podrán por sí solas ser objeto de dos o más contratos de este tipo en forma sucesiva, caso en el cual se entenderá que el contrato es de plazo indefinido.

No revestirán el carácter de contratos por obra o faena aquellos que implican la realización de labores o servicios de carácter permanente y que, como tales, no cesan o concluyen conforme a su naturaleza, lo cual se determinará en cada caso específico por la Inspección del Trabajo respectiva, sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia en caso de controversia”.

En la misma Ley se modifican diversas normas del Código del Trabajo para

regular, especialmente, el acceso de los trabajadores contratados en el marco de esta nueva modalidad el ejercicio de derechos como: (a) el de feriado anual (artículo 67 del Código del Trabajo); (b) el recibir una comunicación escrita del empleador en la que le informa la terminación de un contrato celebrado para una obra o faena determinada, cuando corresponda el pago de indemnización por el tiempo servido, y (c) el pago de indemnización por el tiempo servido, determinada en la forma expresada en la citada Ley, particularmente en las siguientes situaciones: (i) en los contratos celebrados durante los primeros dieciocho meses de vigencia de dicha norma, los trabajadores tendrán derecho al pago de una indemnización equivalente a un día de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días; (ii) en los contratos celebrados a partir del primer día del decimonoveno mes de vigencia de dicha norma y por los siguientes doce meses, los trabajadores tendrán derecho al pago de una indemnización equivalente a un día y medio de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días; (iii) en los contratos celebrados a partir del primer día del trigésimo primer mes de vigencia de dicha norma y por los siguientes seis meses, los trabajadores tendrán derecho al pago de una indemnización equivalente a dos días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días, y (iv) en los contratos celebrados con posterioridad al último día del tramo anterior, los trabajadores tendrán derecho al pago de la indemnización en los mismos términos que se señalan en la norma permanente.

Si el contrato por obra o faena determinada es celebrado durante alguno de los períodos señalados en (i), (ii) o (iii) y termina durante un período distinto, el trabajador tendrá derecho al pago de la indemnización que corresponde por los meses trabajados en cada uno de dichos períodos. Con todo, si en los meses de inicio y término de un contrato por obra o faena se produce el cambio de tramo, conforme a los literales del inciso primero, la indemnización corresponderá en dichos meses al tramo vigente el primer día del mes de inicio y primer día del mes de término, respectivamente.

Si el contrato por obra o faena determinada es celebrado durante alguno de los períodos arriba señalados, y termina durante un período distinto, el trabajador tendrá derecho al pago de la indemnización que corresponde por los meses trabajados en cada uno de dichos períodos.

Con todo, si en los meses de inicio y término de un contrato por obra o faena se produce el cambio de tramo, conforme a los literales del inciso primero, la indemnización corresponderá en dichos meses al tramo vigente el primer día del mes de inicio y primer día del mes de término, respectivamente.

Adicionalmente, en el artículo 2 de la Ley se establece que tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones de salud al Fondo Nacional de Salud, al menos durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización. El Director del Fondo Nacional de Salud deberá emitir, en un lapso no superior a sesenta días contado desde la vigencia de la presente Ley, una resolución que establezca un procedimiento expedito, directo y completo

que garantice el derecho a cobertura de salud, a partir del término de la relación laboral de los trabajadores contratados por obra o faena determinada, en la forma establecida en la legislación vigente.

Finalmente, en la Ley 21.122 se dispone que sus normas se aplicarán a los contratos por obra o faena determinada, que se celebren a contar del 1 de enero de 2019.

LEY N° 21.126 (17.12.2018), QUE OTORGA REAJUSTE DE REMUNERACIONES A LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO, CONCEDE AGUINALDOS QUE SEÑALA, CONCEDE OTROS BENEFICIOS QUE INDICA, Y MODIFICA DIVERSOS CUERPOS LEGALES

Como es usual en Chile, en el mes de diciembre de cada año el Poder Ejecutivo envía al Congreso un proyecto de ley reajustando las remuneraciones que se pagan en el sector público, a la vez que renovando el monto de “aguinaldos” (remuneraciones suplementarias concedidas atendiendo diversas consideraciones no salariales), y concediendo otros beneficios que en cada año se indican.

En esta oportunidad el reajuste aprobado por el Congreso fue del 3,5% a las remuneraciones, asignaciones, beneficios y demás retribuciones en dinero, imponibles para salud y pensiones, o no imponibles, de los trabajadores del sector público, incluidos los profesionales regidos por la Ley N° 15.076 y el personal del acuerdo complementario de la Ley N° 19.297.

El reajuste no regirá para los trabajadores del mismo sector cuyas remuneraciones sean fijadas de acuerdo con las disposiciones sobre negociación colectiva establecidas en el Código del Trabajo y sus normas complementarias, ni para aquellos cuyas remuneraciones sean determinadas, convenidas o pagadas en moneda extranjera. Tampoco regirá para las asignaciones del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1982, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, ni respecto de los trabajadores del sector público cuyas remuneraciones sean fijadas por la entidad empleadora.

El reajuste será del 0,0% para el Presidente de la República, los ministros de Estado, los subsecretarios, los intendentes, los funcionarios de la Corte Suprema pertenecientes a los grados I y II de la escala del personal superior del Poder Judicial y para el Contralor General de la República. También será del 0,0% para el Secretario del Senado, el Secretario de la Cámara de Diputados y el Director de la Biblioteca del Congreso Nacional.

En el caso de las universidades estatales, en el marco de la autonomía económica, ellas podrán reajustar las remuneraciones de sus funcionarios, teniendo como referencia el mencionado reajuste del 3,5%.

También en la Ley se concede, “por una sola vez”, un **aguinaldo de Navidad** a los trabajadores que indica, cuyo monto varía según el monto de la remuneración que percibe, siendo mayor el asignado a los de menores ingresos: casi 100 USD para los que ganan, aproximadamente, menos de 1.000 USD y de aproximadamente 50 USD para los que ganan más de 1.000 USD, aproximadamente.

Igual aguinaldo será pagado: (a) a los trabajadores de los establecimientos particulares de enseñanza subvencionados por el Estado conforme al decreto con fuerza de ley N° 2, de 1998, del Ministerio de Educación, y de los establecimientos de Educación Técnico Profesional traspasados en administración de acuerdo al decreto ley N° 3.166, de 1980; (b) a los trabajadores de las instituciones reconocidas como colaboradoras del Servicio Nacional de Menores, de acuerdo con el decreto ley N° 2.465, de 1979, que reciban las subvenciones establecidas en el artículo 30 de la ley N° 20.032, y (c) de las Corporaciones de Asistencia Judicial.

En similares condiciones se concede, por una sola vez un **aguinaldo de Fiestas Patrias** del año 2019 a los trabajadores que, al 31 de agosto del año 2019, desempeñen cargos de planta o a contrata en las entidades que se indican. El monto del aguinaldo será de \$72.486.- para los trabajadores cuya remuneración líquida, que les corresponda percibir en el mes de agosto del año 2019, sea igual o inferior a \$752.209.-, y de \$50.318.-, para aquellos cuya remuneración líquida supere tal cantidad. Para estos efectos, se entenderá como remuneración líquida el total de las de carácter permanente correspondientes a dicho mes, excluidas las bonificaciones, asignaciones y bonos asociados al desempeño individual, colectivo o institucional; con la sola deducción de los impuestos y de las cotizaciones previsionales de carácter obligatorio.

Los aguinaldos establecidos en los artículos precedentes: (a) no corresponderán a los trabajadores cuyas remuneraciones sean pagadas en moneda extranjera; (b) no serán imponibles ni tributables y, en consecuencia, no estarán afectos a descuento alguno. De otra parte, los trabajadores a que se refiere esta Ley, que se encuentren en goce de subsidio por incapacidad laboral, tendrán derecho al aguinaldo respectivo de acuerdo al monto de la última remuneración mensual que hubieren percibido.

Cuando, por efectos de contratos o convenios entre empleadores y los trabajadores de entidades contempladas en los artículos anteriores, correspondiere el pago de aguinaldo de Navidad o de Fiestas Patrias, éstos serán imputables al monto establecido en esta Ley y podrán acogerse al financiamiento que ésta señala. La diferencia a favor del trabajador que de ello resulte será de cargo de la respectiva entidad empleadora. Quienes perciban maliciosamente los aguinaldos que otorga esta Ley deberán restituir quintuplicada la cantidad recibida en exceso, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que pudieren corresponderles.

También en la Ley se concede, por una sola vez, a los trabajadores que indica, un **bono de escolaridad** no imponible ni tributable, por cada hijo de entre cuatro y veinticuatro años de edad, que sea carga familiar reconocida para los efectos del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Este beneficio se otorgará aun cuando no perciban el beneficio de asignación familiar por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 18.987, y siempre que se encuentren cursando estudios regulares en los niveles de enseñanza pre básica del 1 nivel de transición, 2 nivel de transición, educación básica o media, educación superior o educación especial,

en establecimientos educacionales del Estado o reconocidos por éste. El monto del bono ascenderá a la suma de \$70.494.- el que será pagado en 2 cuotas iguales de \$35.247.- cada una, la primera en marzo y la segunda en junio del año 2019. Para su pago, podrá estarse a lo que dispone el artículo 7 del decreto con fuerza de ley N° 150, de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Cuando por efectos de contratos o convenios entre empleadores y los trabajadores de entidades contempladas en el inciso anterior, correspondiere el pago del bono de escolaridad, éste será imputable al monto establecido en este artículo y podrán acogerse al financiamiento que esta Ley señala. En los casos de jornadas parciales, concurrirán al pago las entidades en que preste sus servicios el trabajador, en la proporción que corresponda. Quienes perciban maliciosamente este bono deberán restituir quintuplicada la cantidad percibida en exceso, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que pudieren corresponderles.

A los trabajadores que perciben el bono de escolaridad mencionado precedentemente, se les concede –durante el año 2019– una **bonificación adicional** por cada hijo que cause el derecho al bono de escolaridad, cuando a la fecha de pago del bono, los funcionarios tengan una remuneración líquida igual o inferior a \$752.209, la que se pagará con la primera cuota del bono de escolaridad respectivo y se someterá en lo demás a las reglas que rigen dicho beneficio. Esos valores señalados en el inciso anterior se aplicarán, también, para conceder la bonificación adicional establecida en el artículo 12 de la ley N° 19.553. Esta bonificación adicional es incompatible con la referida en el inciso precedente.

Además, en la Ley se concede un **bono de invierno** en favor de los pensionados del Instituto de Previsión Social, del Instituto de Seguridad Laboral, de las Cajas de Previsión y de las Mutualidades de Empleadores de la Ley N° 16.744, cuyas pensiones sean de un monto inferior o igual al valor de la pensión mínima de vejez del artículo 26 de la Ley N° 15.386, para pensionados de 75 o más años de edad, a la fecha de pago del beneficio; a los pensionados del sistema establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, que se encuentren percibiendo pensiones mínimas con garantía estatal, conforme al título VII de dicho cuerpo legal; a los pensionados del sistema establecido en el referido decreto ley que se encuentren percibiendo un aporte previsional solidario de vejez, cuyas pensiones sean de un monto inferior o igual al valor de la pensión mínima de vejez del artículo 26 de la Ley N° 15.386, para pensionados de 75 o más años de edad, a la fecha de pago del beneficio; y a los beneficiarios de pensiones básicas solidarias de vejez, un bono de invierno de \$62.791. El bono se pagará en el mes de mayo del año 2019, a todos los pensionados antes señalados que al primer día de dicho mes tengan 65 o más años de edad. Será de cargo fiscal, no constituirá remuneración o renta para ningún efecto legal y, en consecuencia, no será imponible ni tributable y no estará afecto a descuento alguno.

No tendrán derecho a dicho bono quienes sean titulares de más de una pensión de cualquier tipo, incluido el seguro social de la Ley N° 16.744, o de pensiones de gracia, salvo cuando éstas no excedan, en su conjunto, del valor de la pensión mínima de vejez del artículo 26 de la Ley N° 15.386, para pensionados de 75 o más años de edad, a la fecha de pago del beneficio

A dichos pensionados se les concede, un **aguinaldo de Fiestas Patrias del año 2019**, de \$19.535.-. Este aguinaldo se incrementará en \$10.022.- por cada persona que, a la misma fecha, tengan acreditadas como causantes de asignación familiar o maternal, aun cuando no perciban dichos beneficios por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 18.987. En los casos en que las asignaciones familiares las reciba una persona distinta del pensionado, o las habría recibido de no mediar la disposición citada, el o los incrementos del aguinaldo deberán pagarse a la persona que perciba o habría percibido las asignaciones. Asimismo, los beneficiarios de pensiones de sobrevivencia no podrán originar, a la vez, el derecho al aguinaldo a favor de las personas que perciban asignación familiar causada por ellos. Estas últimas sólo tendrán derecho al aguinaldo en calidad de pensionadas, como si no percibieren asignación familiar.

Al mismo aguinaldo, con el incremento, cuando corresponda, que concede el inciso primero de este artículo, tendrán derecho quienes al 31 de agosto del año 2019 tengan la calidad de beneficiarios de las pensiones básicas solidarias; de la Ley N° 19.123; del artículo 1° de la Ley N° 19.992; del decreto ley N° 3.500, de 1980, que se encuentren percibiendo pensiones mínimas con garantía estatal, conforme al título VII de dicho cuerpo legal; del referido decreto ley que se encuentren percibiendo un aporte previsional solidario; de las indemnizaciones del artículo 11 de la Ley N° 19.129, y del subsidio para las personas con discapacidad mental a que se refiere el artículo 35 de la Ley N° 20.255.

Cada beneficiario tendrá derecho sólo a un aguinaldo, aun cuando goce de más de una pensión, subsidio o indemnización. En el caso que pueda impetrar el beneficio en su calidad de trabajador afecto al artículo 8 de esta Ley, sólo podrá percibir en dicha calidad la cantidad que exceda a la que le corresponda como pensionado, beneficiario del subsidio a que se refiere el artículo 35 de la Ley N° 20.255 o de la indemnización establecida en el artículo 11 de la Ley N° 19.129. Al efecto, deberá considerarse el total que represente la suma de su remuneración y pensión, subsidio o indemnización, líquidos. En todo caso, se considerará como parte de la respectiva pensión el monto que el pensionado perciba por concepto de aporte previsional solidario.

A la vez, en la Ley se concede, por una sola vez, a los pensionados a que se refiere este artículo, que tengan alguna de las calidades que en él se señalan al 30 de noviembre del año 2019 y a los beneficiarios del subsidio a que se refiere el artículo 35 de la Ley N° 20.255 y de la indemnización establecida en el artículo 11 de la Ley N° 19.129 que tengan dicha calidad en la misma fecha, un **aguinaldo de Navidad del año 2019** de \$22.452. Dicho aguinaldo se incrementará en \$12.685 por cada persona que, a la misma fecha, tenga acreditadas como causantes de asignación familiar o maternal, aun cuando no perciban esos beneficios por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.987.

En la Ley también se establece el pago de diversos beneficios a los trabajadores que indica. Entre ellos

- **Bonificación extraordinaria trimestral** a los profesionales que indica.

- **Bono de vacaciones** a los trabajadores que indica.
- **Bono de desempeño laboral** al personal asistente de la educación que se desempeñaba, al 31 de agosto del año 2017, en establecimientos educacionales administrados directamente por las municipalidades o por corporaciones privadas sin fines de lucro creadas por éstas para administrar la educación municipal, aun cuando hayan sido traspasados a los Servicios Locales de Educación Pública, o en los establecimientos regidos por el decreto ley N° 3.166, de 1980. Para los efectos de determinar el valor que percibirán por este beneficio, el Ministerio de Educación establecerá un indicador de carácter general denominado “indicador general de evaluación”, el cual estará compuesto por la sumatoria de cuatro variables, a las cuales se les asignará un porcentaje de cumplimiento. Las mencionadas variables y sus respectivos porcentajes de cumplimiento serán las siguientes: (a) años de servicio en el sistema; (b) escolaridad; (c) asistencia promedio anual del establecimiento, y (d) resultados controlados por índice de vulnerabilidad escolar del Sistema de Medición de la Calidad de la Educación (SIMCE) por establecimiento, considerando el último nivel medido entre los años 2016 y 2017. El valor del bono de desempeño laboral será de \$277.861 para los asistentes de la educación que, por la sumatoria de las 4 variables indicadas, obtengan el 80% o más del valor del indicador general de evaluación. En el caso de aquellos asistentes de la educación que obtengan un resultado menor al 80% pero superior al 55% por la sumatoria de las 4 variables, el bono que percibirán será de \$212.625. Cuando el resultado del índice general de evaluación sea igual o inferior al 55%, el bono será de \$163.
- **Asignación especial** para el personal que desempeñe cargos de planta o empleos a contrata asimilados al estamento de profesionales en el Servicio Médico Legal y que además se encuentre regido por la Ley N° 15.076. Su monto mensual varía según la antigüedad en el cargo y a la jornada de trabajo que cumplen.
- **Asignación por desempeño en condiciones difíciles** al personal asistente de la educación que ejerza sus funciones en establecimientos educacionales que sean calificados como de desempeño difícil, conforme a lo establecido en el artículo 84 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 1997, del Ministerio de Educación, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.070 que aprobó el estatuto de los profesionales de la educación, y de las leyes que la complementan y modifican, que estuvieren vigentes antes de la Ley N° 20.903.

Legislación sociolaboral en España en 2018

Joaquín GARCÍA MURCIA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. Presentación. II. Protección de datos personales y garantía de derechos digitales: 1. *El nuevo marco normativo*. 2. *Los “derechos digitales” en el medio laboral*. 3. *La protección de la intimidad del trabajador con ocasión del uso de dispositivos digitales como herramienta de trabajo*. 4. *El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral*. 5. *Protección del trabajador frente a dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos*. 6. *La implantación de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral*. III. Otras normas de interés o contenido sociolaboral: 1. *Cláusulas de contenido laboral o social en la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado*. 2. *Real Decreto-ley 28/2018 sobre revalorización de pensiones públicas y otras normas urgentes en materia social, laboral y de empleo*. 3. *La subida del salario mínimo interprofesional*. 4. *Protección y prevención de riesgos laborales*. 5. *Contratación de trabajadores extranjeros y compromisos por pensiones*. 6. *Acceso a prestaciones sanitarias*. IV. Apunte final.

I. PRESENTACIÓN

Como es fácil de entender, la legislación sociolaboral española del año 2018 ha seguido acusando la particular situación política de nuestro país durante ese periodo. Recuérdesse que a mediados de ese año tuvo lugar un cambio de Gobierno a partir de una moción de censura aprobada por el Congreso de los Diputados, y que el Gobierno anterior ya se encontraba en una posición de cierta provisionalidad como consecuencia de su insuficiente respaldo parlamentario. Todo eso quiere decir que en ese tramo temporal no se ha podido desarrollar en verdad un programa legislativo propiamente dicho, ni en el primer semestre, regido por el Gobierno precedente (respaldado por el partido Popular), ni en el segundo semestre, ocupado ya por el nuevo Gobierno (auspiciado y sustentado por el Partido Socialista). Téngase en cuenta, en este contexto, que en el sistema español el principal promotor de las leyes es el Gobierno (mediante el correspondiente “proyecto de ley”), y que la potestad de iniciativa legislativa de la que naturalmente goza el Parlamento (mediante la aprobación de “propuestas de ley”) tampoco pudo quedar al margen de todas esas circunstancias. Como cabía suponer, la fragmentación parlamentaria que ha dificultado en ese tiempo la acción de Gobierno también ha entrañado un grave obstáculo para que pudieran arraigar y culminar su tramitación las propuestas legislativas que eventualmente nacieran en esa institución representativa de la soberanía popular.

En todo caso, al año 2018 pertenecen algunos textos legales de indudable interés desde el punto de vista laboral y de seguridad social, aunque no dejen de tener alguna singularidad, por una u otra razón. La norma de mayor envergadura en este periodo es sin duda la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. No es una norma específicamente laboral, pues sus mandatos se proyectan sobre el conjunto del sistema jurídico, pero no puede negarse su particular relevancia para el ámbito de las relaciones de trabajo, e incluso para las instituciones de protección social. Otro texto normativo importante en dicho tramo temporal es la Ley 6/2018, de 3 de julio, que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para ese ejercicio anual y que, de nuevo, une a su consustancial nota de generalidad en la ordenación de la vida pública una incidencia nada despreciable en nuestro terreno sociolaboral. El tercer texto destacable en esta pequeña presentación es el Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, que tiene por objeto la revalorización de pensiones públicas y la puesta en marcha de diversas actuaciones en materia social, laboral y de empleo, y que ha sido aprobado, como norma legal de urgencia, por la imperiosa necesidad de tomar determinadas medidas de contenido financiero y presupuestario ante la imposibilidad de sacar adelante la pertinente ley de presupuestos generales para 2019 (año en el que sigue operando la norma presupuestaria anterior en situación de prórroga), precisamente por la aludida situación de precariedad política reinante en aquellos momentos. A todo este material legal básico habría que unir, desde luego, otros textos legales y reglamentarios también relevantes para nuestro propósito, aunque su impacto sea bastante más relativo, limitado o localizado.

Muchas de las normas legales o reglamentarias aparecidas en España en ese periodo han sido objeto de diálogo y debate con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, mediante un proceso, conocido originalmente como “concertación social” y más modernamente como “diálogo social”, que es muy tradicional y muy común en España. Como es natural y previsible, estos procesos no siempre se desarrollan con la misma intensidad ni con el mismo grado de disposición por parte de los implicados, pero es muy habitual que deje su huella en las normas finalmente impulsadas o aprobadas por el Gobierno, como es perceptible en esta ocasión. Junto a esta consideración de carácter general, también puede valer la pena ofrecer en esta breve crónica algunos otros datos complementarios atinentes al desarrollo de las relaciones laborales en España durante ese periodo de referencia. El primero de ellos debe ir referido a la actividad de negociación colectiva, que en algunas ocasiones discurre por caminos paralelos a esas prácticas de diálogo social y que, como en tantos otros países, constituye en el sistema español un cauce especialmente relevante para la regulación de condiciones de empleo y de trabajo. No es este momento apropiado para hablar en todos sus aspectos de la estructura y la dinámica de la negociación colectiva en España, pero con seguridad tiene interés poner de relieve que dicha actividad se ha incorporado desde hace tiempo al ámbito particular de las Administraciones públicas, y que en ese terreno ha llegado a adquirir un alto grado de desarrollo (incluso en lo que se refiere a los empleados públicos que tienen la condición de funcionarios). Hasta el punto de que muchas de las innovaciones que se vienen registrando en el contenido de los acuerdos y convenios colectivos proceden de ese terreno.

Una muestra muy representativa de esa actividad negociadora en el ámbito de los servicios públicos la viene ofreciendo desde hace algún tiempo el convenio colectivo para el personal laboral de la Administración General del Estado, que en 2019 ha alcanzado ya su cuarta edición y que proporciona una regulación muy completa y detallada de las relaciones de trabajo en ese amplio sector, con cláusulas de mucho interés sobre flexibilidad horaria, reducción de jornada, permisos, formación profesional o representación del personal, entre otros temas. Otro buen ejemplo es el II Acuerdo para la mejora del empleo público y las condiciones de trabajo firmado por el Gobierno con las organizaciones sindicales más representativas del sector público, que actúa como una especie de acuerdo marco para el conjunto de los empleados públicos y que se sitúa a medio camino entre la negociación colectiva propiamente dicha y el proceso de diálogo social al que antes hicimos referencia, pues, además de incluir reglas concretas para ese ámbito de trabajo, sirve de sustento para posteriores medidas de las correspondientes instancias gubernamentales. En ese Acuerdo se incluyen previsiones, por ejemplo, para el incremento de retribuciones de los empleados públicos durante el periodo 2018-2020, sobre la oferta de empleo público durante 2018, sobre la puesta en marcha de procesos de estabilización de los empleados públicos contratados de forma temporal o interina, sobre duración de la jornada de trabajo y sobre conciliación de la vida laboral y familiar, con compromisos de estudio y preparación de medidas adicionales sobre planes de igualdad, control del absentismo, formación o jubilación parcial.

Dentro aún de esa parcela de la negociación colectiva conviene dar un segundo

dato, esta vez relativo al IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva firmado con fecha de 17 de julio de 2018 por las principales organizaciones empresariales (CEOE y CEPYME) y los sindicatos de mayor representatividad (CCOO y UGT), que continúa la senda de los acuerdos interprofesionales iniciados en nuestro país en los años ochenta del siglo pasado y que tiene vigencia para los años 2018, 2019 y 2020. Como sus precedentes, este acuerdo colectivo nace de la habilitación legalmente concedida a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas para regular la estructura de la negociación colectiva y, a la postre, para establecer pautas generales sobre el desarrollo de los procesos de negociación colectiva en ámbitos inferiores, esto es, en los diferentes sectores de actividad y en las empresas. El legislador español no ha querido fijar directamente la estructura de la negociación, ni ha querido condicionar el contenido de los convenios colectivos más allá de las exigencias del “orden público laboral”, pero de alguna forma ha encargado esa labor a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Como es fácil de suponer, un componente clásico y fundamental en este tipo de acuerdos es el económico, pues suelen utilizarse para fijar criterios con vistas a la negociación de la cuantía de los salarios en ámbitos sectoriales y empresariales y, a la postre, para controlar el incremento de los salarios conforme a la marcha de la economía. El acuerdo interconfederal de 2018 aporta asimismo contiene cláusulas interesantes sobre el propio proceso de negociación colectiva, con un propósito muy claro de activar la renovación y actualización de los convenios colectivos para hacer frente a la previsión legal, incorporada en la reforma laboral del año 2012, que conduce a su pérdida de vigencia, si no son objeto de renegociación, al cabo de un año desde su denuncia (con el consiguiente fin del periodo de “untraactividad”). El Acuerdo de 2018 también contiene previsiones reseñables sobre absentismo, jubilación gradual e igualdad entre mujeres y hombres.

Un último apunte en esta especie de noticiario de las relaciones laborales en España queremos dar a propósito de la fijación de servicios mínimos para los supuestos de huelga que afecte a servicios esenciales de la sociedad. El dato parece reseñable por dos motivos, al menos en una crónica de estas características. En primer lugar, porque en el año 2018 ha aparecido en el diario oficial español un gran número de decisiones gubernamentales de ese tipo, probablemente más que en años anteriores, lo que pone de relieve que han sido relativamente numerosas las convocatorias de huelga o paro laboral en actividades o servicios de aquellas características. Y en segundo lugar porque permite recordar al lector extranjero la particularidad del sistema español en relación con las huelgas que afectan a los mencionados “servicios esenciales” de la comunidad, que, en interpretación de nuestro Tribunal Constitucional, son aquellos servicios que tienen por objeto satisfacer bienes o derechos de relevancia constitucional (como el transporte o la atención sanitaria, por citar los más paradigmáticos). Pues bien, para tales supuestos el ordenamiento español ha previsto, ya desde los años de lo que nosotros conocemos como “transición política” (1975-1978), la intervención de la autoridad gubernativa competente, que puede ser del Estado o de una Comunidad Autónoma y que tiene como cometido particular en estos casos el de fijar unos “servicios mínimos”, esto es, una “cuota” de trabajo o unas determinadas tareas que en todo caso han de

desarrollarse, aun cuando se hubiera convocado lícitamente una huelga. Estas decisiones de la autoridad gubernativa no requieren acuerdo previo con los convocantes de la huelga (ni, en general, con las organizaciones sindicales), y deben estar especialmente motivadas, por afectar a un derecho constitucional como el de huelga. Pueden (y suelen) ser impugnadas ante los tribunales de lo contencioso-administrativo y, en última instancia, ante el propio Tribunal Constitucional, hecho que ha propiciado la formación de una rica y abundante doctrina jurisprudencial sobre esa particular temática.

II. PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y GARANTÍA DE DERECHOS DIGITALES

1. EL NUEVO MARCO NORMATIVO

Se acaba de decir que la LO 3/2018 es probablemente la norma española más destacada del periodo anual que tomamos como referencia para esta pequeña crónica. Como también se ha dicho, no es una ley que pertenezca formalmente al sector laboral o social del ordenamiento jurídico, pero tiene enorme trascendencia en el ámbito de las relaciones de trabajo y de la protección social, entre otras razones porque incluye algunos preceptos destinados de modo específico a la relación entre trabajadores y empresarios. La causa más directa de su aprobación ha sido la entrada en vigor –en mayo de 2018– del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea sobre protección de datos personales, que, pese a tener eficacia directa en todos los países miembros de la UE (a diferencia de las “directivas”, que son en esencia mandatos de transposición al ordenamiento interno), requiere el auxilio de una norma nacional para su adecuada aplicación. No es la primera vez, por otra parte, que el ordenamiento legal español se hace cargo de estos temas, pues ya contaba, desde los años noventa del siglo pasado, con normas sobre protección de datos personales, en un primer momento impulsadas por un Convenio aprobado en el año 1981 en el seno del Consejo de Europa, y con posterioridad reorientadas por una Directiva de 1995 de la propia Unión Europea. Lógicamente, esas primeras normas españolas en la materia (de 1992 y 1999) han quedado sustituidas por la nueva regulación, más actualizada.

Aunque su origen más directo e inmediato se ubica en el Reglamento UE 2016/679, la LO 3/2018 ha querido responder también a las exigencias del artículo 18.4 de la Constitución española de 1978, en el que, desde la versión original de dicha carta magna y con irreprochable visión de futuro, se dispuso que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Ese es el motivo de que la LO 3/2018 se componga de dos partes relativamente diferenciadas: de un lado, la que se dedica justamente a la protección de datos personales, y de otro, la que contiene más bien garantías para los que el legislador ha llamado “derechos digitales”. La primera parte –protección de datos personales– está más conectada a la norma europea que le sirve de base y tiene como principal cometido contribuir a su buena y efectiva aplicación en España. La segunda parte, de confección más autóctona y con mayor grado de

autonomía respecto de aquellos instrumentos normativos de carácter supranacional, se ocupa más bien de la relevancia de los dispositivos informáticos y digitales en la sociedad actual, con la finalidad principal de procurar un uso razonable de los mismos y de salvaguardar los derechos que pudieran verse afectados con ocasión de su implantación o su funcionamiento. Sobre todo, trata de evitar sus previsibles riesgos para la intimidad o la vida privada de las personas.

Como hemos dicho, la primera parte de la LO 3/2018 está muy condicionada por la regulación comunitaria que le sirve de sustento, respecto de la que actúa con dos objetivos principales: precisar el alcance de sus reglas conforme al margen de apreciación o adecuación que esa norma europea deja a los Estados miembros, y poner en pie los instrumentos administrativos o institucionales necesarios para la buena marcha de este tipo de regulación en el contexto de las relaciones sociales. Para alcanzar el primero de esos objetivos, la LO 3/2018 matiza, por ejemplo, las condiciones en las que se puede dar por válida la prestación de consentimiento para que sea admisible el tratamiento de datos personales, y para cumplimentar el segundo identifica y regula las agencias públicas especializadas encargadas en España de la pertinente tarea de supervisión, al mismo tiempo que establece los procedimientos que han de seguirse para la interposición de reclamaciones o para la imposición de sanciones. Esta parte de la LO 3/2018 no contiene apenas reglas específicas para el ámbito de la relación de trabajo o de la protección social, aunque no existe ninguna duda sobre su aplicación en esos terrenos. Dicho de otro modo: valen para nuestra materia, como para el resto de las relaciones sociales, las exigencias, cautelas o previsiones que derivan con carácter general de esta regulación. Tal es el caso de la necesidad de contar, como regla general, con el consentimiento del interesado para que sea lícito el tratamiento de datos personales. Lo mismo ocurre con la exclusión de esa exigencia de consentimiento de aquellos datos personales que sean necesarios para la ejecución del contrato o para el cumplimiento de obligaciones legales. Y algo similar puede decirse a propósito de la protección reforzada que en todo este contexto reciben los datos “especialmente sensibles”, entre los que figuran, por cierto, algunos de clara raigambre laboral (como el dato de afiliación sindical).

No hay que olvidar, por otro lado, que esta primera parte de la LO 3/2018 contiene algunas referencias directas a la materia laboral a lo largo de su articulado. En algunos de sus pasajes se hace cargo, por ejemplo, del “tratamiento por el empleador de datos obtenidos a través de sistemas de cámaras o videocámaras” (art. 22), un tratamiento en el que, sin perjuicio de otras exigencias más específicas a las que luego nos referiremos, se han de observar las reglas generales de información a los interesados y de supresión de las correspondientes anotaciones o grabaciones al cabo de un determinado plazo. También es interesante desde esa perspectiva laboral la regulación que proporciona la LO 3/2018 para la hipótesis de implantación de “sistemas de información de denuncias internas” (art. 24), que pueden ser utilizados en el seno de una empresa (o de una Administración pública) y que pueden servir de base para la imposición de sanciones disciplinarias a sus empleados, siempre que se observen las estrictas cautelas (confidencialidad de los datos, por ejemplo) impuestas por la ley.

2. LOS “DERECHOS DIGITALES” EN EL MEDIO LABORAL

La segunda parte de la LO 3/2018 (arts.79 a 97) se dedica a proporcionar “garantías” para los denominados “derechos digitales”. A diferencia de la anterior, en esta segunda parte se incluyen no sólo reglas de carácter general, aplicables a todos los ciudadanos y al conjunto de las relaciones sociales, sino también reglas específicas para el ámbito de la empresa y de la relación de trabajo (y para el ámbito de la Administración pública y sus empleados, con independencia de su régimen laboral o funcionarial). Entre las reglas de carácter general –que en algún caso tal vez puedan ser también de aplicación en el ámbito de la empresa– figuran, principalmente, una serie de derechos de nuevo cuño que no sólo tratan de dar a las personas una mínima seguridad en el uso de estas novedosas vías de información y comunicación, sino también de facilitarles el acceso a los mismos y de proporcionarles los medios necesarios para hacer frente a sus posibles efectos nocivos, especialmente en lo que se refiere a los menores de edad. De ahí que junto al derecho a “la seguridad digital” (o a los correspondientes derechos de rectificación, actualización u “olvido”), se hable del derecho a “la educación digital”, del derecho a “la neutralidad en el ámbito de internet” (que comprende a su vez el derecho a no sufrir discriminación por razones económicas, sociales, geográficas o de género), o del derecho de “portabilidad” de los datos (para que, llegado el caso, puedan ser transmitidos entre diferentes prestadores de servicios).

En la parte especialmente dedicada al ámbito de la empresa y de la relación de trabajo, la LO 3/2018 ha realizado dos operaciones normativas, que actúan de modo complementario. Por un lado, ha introducido un nuevo precepto en la norma laboral básica del ordenamiento español –el Estatuto de los Trabajadores, que ahora cuenta con un art. 20 *bis* a tales efectos– con el fin de que se reconozcan de modo expreso tres nuevos derechos de los trabajadores, ligados en última instancia a la dignidad de la persona: derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización por parte del empresario, y derecho a la desconexión digital. Por otro, ha procedido a dotar de contenido a tales “derechos digitales” dentro de su propio articulado (arts. 87 a 91 LO 3/2018), que de ese modo sirve de nutriente o sustento material para el nuevo precepto estatutario. Ambas operaciones normativas, por cierto, se han efectuado también en el ámbito particular de los empleados públicos, con la consiguiente modificación del Estatuto Básico de los Empleados Públicos (que constituye la principal fuente de regulación para los funcionarios públicos y que actúa como franja complementaria de regulación para los empleados públicos que prestan sus servicios mediante contrato de trabajo).

Si bien se mira, y pese a los rótulos empleados a tal efecto, la LO 3/2018 no persigue exactamente el reconocimiento de derechos digitales al trabajador (es decir, derechos de uso o acceso a medios informáticos o electrónicos), sino más bien que el empresario ejerza de modo correcto sus poderes de control y vigilancia en este contexto de las nuevas tecnologías. La LO 3/2018, por decirlo de otra forma, trata de impedir que la incorporación de todo este moderno instrumental a la empresa suponga una afectación indebida a la persona del

trabajador y, particularmente, a su intimidad y su vida privada. Tampoco puede decirse que esta parte de la LO 3/2018 tenga por objeto el tratamiento de datos personales, pero es evidente que el uso de esa clase de medios para organizar la producción y el trabajo en el ámbito de la empresa puede proporcionar mucha información acerca del trabajador (empezando por su imagen) y que tal información debe ser tratada conforme a las reglas generales que ese mismo texto legal proporciona para la protección de datos personales. En todo caso, la LO 3/2018 (en su art. 91) ha habilitado a los convenios colectivos para que establezcan, si así lo estiman oportuno, “garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”. Muchas de sus reglas, por lo demás, están inspiradas en la jurisprudencia que se ha ido forjando a lo largo de los últimos lustros a propósito de los problemas que está suscitando el uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la empresa.

3. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR CON OCASIÓN DEL USO DE DISPOSITIVOS DIGITALES COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO

La primera de las reglas que contiene la LO 3/2018 con esos fines de salvaguarda de los derechos de los trabajadores, y, especialmente, para la salvaguarda de su derecho a la intimidad, se encuentra en su artículo 87 y tiene que ver con el uso por parte del trabajador “de dispositivos digitales” para la realización de su trabajo, tanto en el ámbito de la empresa privada como en el ámbito de la Administración Pública o del sector público en general. El mencionado precepto legal se compone de tres apartados: el primero reconoce el derecho de los trabajadores “a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador”; el segundo habilita al empleador para “acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”, y el tercero exige a los empleadores que establezcan “criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente” (con participación en su elaboración de “los representantes de los trabajadores” y con la debida información a los trabajadores), para precisar a continuación que “el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”.

Como se puede apreciar, este precepto legal contiene en realidad dos tipos de previsiones, con sentido bien distinto: por un lado, trata de proteger al trabajador frente a las medidas o actuaciones del empleador, pero, por otro, confiere al titular de la empresa específicas facultades de control y vigilancia en relación con la actividad del trabajador. De su contenido probablemente puedan

extraerse las siguientes conclusiones: 1) el trabajador siempre tiene derecho a la protección de su intimidad en relación con los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador para realizar su trabajo (por ejemplo, lo que en España conocemos como “ordenador” y en otros países se conoce como “computadora”); 2) el empleador puede ejercer sus facultades de control en relación con dichos dispositivos, ya sea para verificar el cumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, ya sea para el cuidado de esos bienes empresariales, pero siempre habrá de hacerlo con el máximo respeto a la intimidad del trabajador, esto es, de la manera menos afectante o menos invasiva posible (aspectos éstos en los que la labor de los tribunales sigue siendo imprescindible); 3) el empleador debe establecer criterios de uso de tales dispositivos, que supuestamente habrán de ajustarse a las pautas o necesidades de organización de la producción y el trabajo pero que en todo caso habrán de ser respetuosos con los derechos que pudieran quedar afectados y particularmente con el derecho a la intimidad; 4) el trabajador debe usar tales dispositivos únicamente para el trabajo, salvo que el empresario permita su uso con fines privados, ya sea por decisión unilateral, ya sea porque así lo hubiera pactado con los trabajadores o con los representantes de los trabajadores, siempre con suficiente especificación respecto del tipo de uso y del tiempo en el que puede hacerse tal uso; 5) el empleador puede acceder al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados siempre que se observen las debidas garantías para preservar la intimidad de los trabajadores.

Como resultado final podría decirse que las facultades empresariales de control sólo pueden ejercerse respecto de estos dispositivos digitales con fines de verificación del cumplimiento de sus obligaciones laborales por parte de los trabajadores, y que el uso privado que éste eventualmente haga de esos medios de trabajo queda fuera de tales poderes de control empresarial cuando se ajuste a las condiciones legalmente establecidas, con salvaguarda en todo caso de la intimidad del trabajador. Repárese, por lo demás, en que el artículo 87 de la LO 3/2018 habla de dispositivos digitales puestos por el empresario a disposición del trabajador, no de instrumentos que pertenezcan al trabajador. Eso quiere decir que estos otros dispositivos quedan en principio al margen de las facultades de control empresarial, pero tampoco puede descartarse del todo que puedan suscitar problemas desde este punto de vista. Piénsese en la hipótesis de que se utilicen con fines de trabajo y de que, como consecuencia de ello, alberguen o registren operaciones de trabajo de interés empresarial. Piénsese también en el supuesto de que tales dispositivos sean utilizados para captar o almacenar información sensible de la empresa para transmitirla a un tercero.

4. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL

El artículo 88 de la LO 3/2018 reconoce el “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, y a tal efecto proporciona tres reglas. La primera de ellas dispone que los trabajadores (y los empleados públicos) tienen derecho “a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o

convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar”. La segunda admite diversas “modalidades de ejercicio de este derecho” en función de “la naturaleza y objeto de la relación laboral”, aunque en todo caso se habrá de contemplar como una vía de “conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar” y se habrá de sujetar a lo dispuesto por convenio colectivo o a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. La tercera, en fin, exige al empleador que elabore “una política interna” para sus trabajadores en la que se definan tanto “las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión” como “las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”, con inclusión de quienes ocupen “puestos directivos” y con particular atención a quienes trabajen “a distancia” o en su propio “domicilio”, previa audiencia en todo caso de los representantes de los trabajadores.

Como vemos, el artículo 88 de la LO 3/2018 –que seguramente está influido por lo que no hace mucho tiempo se hizo en el ordenamiento francés– trata sobre todo de impulsar la desconexión en un contexto (tecnológico) en que se corre el riesgo de que el trabajador esté pendiente sin interrupción de los encargos o compromisos laborales. Aunque su redacción no es del todo clara, no carece de sentido sostener que a partir de esta previsión legal el trabajador tiene derecho en todo caso a la “desconexión” si ello es necesario para el disfrute de los tiempos de descanso reconocidos legal o convencionalmente. Parece claro asimismo que la desconexión del trabajo se concibe como presupuesto prácticamente indispensable para dar cumplimiento al objetivo general de conciliación de la vida laboral y familiar, cada vez más presente en el sustrato de la legislación laboral. De todos modos, es también evidente que el legislador no ha querido dar pautas concretas sobre cómo proceder a esa desconexión del trabajo, sino que, probablemente con buen sentido, ha optado más bien por remitir esa cuestión más práctica u operativa a la negociación colectiva y a las pautas de organización o “política interna” de la empresa (que deberá ajustarse en todo caso a lo pactado en convenio colectivo o mediante acuerdo *ad hoc* con los representantes de los trabajadores). Cabe pensar también en una relación de complementariedad entre esos dos cauces de articulación del derecho a la desconexión: la negociación colectiva puede establecer las pautas más generales y la “política” empresarial puede descender a un terreno más concreto y preciso. En ausencia de previsiones pactadas corresponderá al poder empresarial fijar los términos de ejercicio del derecho a la desconexión, previa audiencia a los representantes de los trabajadores y sin perjuicio de que el trabajador haga valer sus derechos legítimos ante eventuales excesos o defectos de la empresa.

5. PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A DISPOSITIVOS DE VIDEOVIGILANCIA Y DE GRABACIÓN DE SONIDOS

El artículo 89 de la LO 3/2018 trata, según su propio enunciado, del “derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de

sonidos en el lugar de trabajo”. Como en los casos anteriores, el precepto en cuestión alberga en su seno varias reglas, que de nuevo tienen por objeto proteger la intimidad u otros derechos de la persona del trabajador pero que también encierran, de forma más o menos explícita, ampliaciones o especificaciones de los poderes empresariales de dirección y control del trabajo. La primera de esas reglas habilita a los empleadores para “tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos”, siempre que esas funciones se ejerzan “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”, con la condición de “informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida”, y con la precisión de que “en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica”, esto es, un dispositivo general de información al público y a los posibles interesados. La segunda regla dispone que “en ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”. Y la tercera establece que “la utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores”, con la apostilla de que “la supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley”, relativo sobre todo a los plazos en que ello ha de hacerse.

Estamos ante un precepto legal que se ha nutrido de manera muy patente de la jurisprudencia acumulada a lo largo de estos años, constitucional y europea, y que alcanza su mayor firmeza y claridad cuando prohíbe taxativamente la instalación de sistemas de grabación de sonidos o de videovigilancia “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos”, algo totalmente explicable desde el momento en que el interés legítimo que supuestamente pudiera invocar el empleador no puede justificar un sacrificio de tal calibre para el trabajador. A partir de ahí, sin embargo, las previsiones legales empiezan a flaquear u oscurecerse, sobre todo por su excesiva generalidad. Un primer ejemplo de ello puede ponerse a propósito de los sistemas de grabación de sonidos, cuyo uso queda en principio restringido a aquellos casos en que “resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo”, y siempre condicionado a que se respeten, no sólo los derechos de la persona que pudieran verse implicados (como la intimidad), sino también los principios “de proporcionalidad” y “de intervención mínima”. Un segundo ejemplo puede ponerse a propósito de los sistemas de cámaras o videocámaras, que, según el tenor

literal del precepto en cuestión, pueden utilizarse siempre que las pertinentes funciones de control se ejerzan “dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo”. Es claro que la ley habilita al empresario para el uso de esos medios de control, y lo es igualmente que el titular de la empresa habrá de observar un especial cuidado hacia los derechos del trabajador. Pero a nadie se le escapa que el ejercicio de esta clase de poderes por parte del empresario no queda exento de problemas con esta regulación legal, y que en esta materia seguirá siendo inexcusable el auxilio de los jueces y tribunales.

De todos modos, tal vez el mayor problema interpretativo que encierra este precepto legal se encuentre en su alusión a la hipótesis en que “se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores”. A este respecto, el legislador se ha limitado a decir que, en tal caso, “se entenderá cumplido” el pertinente deber de informar cuando se hubiese colocado “un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible” en el que conste al menos la existencia de “tratamiento” de datos y la identidad del responsable de dichas operaciones. Como se ve, el precepto alude a la comprobación circunstancial de un hecho de tales características, pero no afronta ni mucho menos todos los problemas a los que ha de hacer frente la labor de control empresarial ante la sospecha fundada de incumplimiento o comportamiento ilícito por parte de los trabajadores. ¿Puede el empresario instalar sistemas de vigilancia especiales o ad hoc en esos casos? ¿Puede hacerlo de forma oculta? ¿Ha de dar en todo caso información a los interesados? Son problemas, entre otros muchos, que en ocasiones han tenido que afrontar los tribunales y que aún carecen en el sistema español de una respuesta clara y contundente.

6. LA IMPLANTACIÓN DE SISTEMAS DE GEOLOCALIZACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

El artículo 90 de la LO 3/2018 lleva por rótulo “derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral”. A diferencia de los anteriores preceptos, y pese a que consta de dos apartados, el contenido de esta previsión legal puede condensarse en una sola regla, en virtud de la cual se habilita a los empleadores para “tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control”, con la condición de que “estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo” y de que con carácter previo se informe, tanto a los trabajadores como a sus representantes, acerca de “la existencia” de esos dispositivos, de sus “características” y de los correspondientes derechos “de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión” respecto de “los datos obtenidos”, información que habrá de transmitirse “de forma expresa, clara e inequívoca”.

Aunque la redacción del precepto habría podido ser más explícita y directa, es evidente que esa habilitación para “tratar” los datos ha de entenderse como habilitación para usar sistemas de “geolocalización” del trabajador; de hecho, el término “tratamiento” significa en este contexto, según la pertinente definición oficial (del Reglamento UE 2016/679, no sólo uso y conservación, sino también “captación”. El problema estriba de nuevo en el escaso compromiso del legislador

en la formulación de esta regla, que también presenta un excesivo tono general, sin perjuicio de que pueda ser completada y precisada a través de la negociación colectiva. Más allá del deber de información, que se le impone con bastante nitidez, ¿qué condiciones debe observar el empresario para que sea legítima la “geolocalización”? ¿Cabe el uso de sistemas de ese tipo para cualquier clase de trabajo o sólo para ciertos trabajos? ¿Ha de ajustarse también el uso de aparatos de geolocalización al principio de proporcionalidad o forma parte sin más del panel de posibilidades con las que hoy en día puede contar el empresario para el control de sus trabajadores? Lo que sí queda claro es que la información relativa al trabajador obtenida a través de esos sistemas –al igual que la información que se obtenga a través de cámaras de videovigilancia o de grabación de sonido– ha de someterse a las reglas generales de protección de datos personales.

III. OTRAS NORMAS DE INTERÉS O CONTENIDO SOCIOLABORAL

1. CLÁUSULAS DE CONTENIDO LABORAL O SOCIAL EN LA LEY 6/2018 DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO

Como dijimos, entre las disposiciones legales reseñables en este periodo por su aportación al ordenamiento laboral o social debe figurar la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que en buena lógica debería haberse aprobado en los últimos compases del año 2017 pero que por las circunstancias políticas a las que ya se hizo alusión sufrió un considerable retraso en su elaboración y tramitación. Como probablemente ocurra en otros países, en España las leyes de presupuestos contienen sobre todo la programación financiera y contable del correspondiente ejercicio anual en el conjunto del Estado, con atención especial al desenvolvimiento del sector público (ingresos de la Hacienda pública o de otras instituciones públicas, plantillas de empleados públicos, sueldos a cargo del erario público, pensiones públicas, gasto en política social y de empleo, etc.), pero con la pertinente e inevitable incidencia en el sector privado de la economía (al que por definición afectan las reglas tributarias o, en sentido ciertamente distinto, las previsiones de contratación y adjudicación de obra pública, por ejemplo). Todo ello supone, *per se*, algún tipo de incursión en el ámbito laboral y de la protección social, pues la ordenación general de la cosa pública requiere algún tipo de previsión sobre la contratación de personal, sobre el coste salarial de los empleados públicos, sobre la cotización de empresas y trabajadores a la seguridad social, o sobre el montante y el incremento de las pensiones y prestaciones públicas en el ejercicio correspondiente. Sucede, además, que desde hace tiempo las leyes de presupuestos son aprovechadas en España para introducir algún retoque en las leyes laborales y de seguridad social, o para poner en marcha alguna medida de carácter coyuntural en el terreno del empleo, lo que lógicamente acentúa su importancia para nuestra materia. En buena lógica, este tipo de actuaciones en una ley presupuestaria tan sólo es aceptable si se acredita su afectación al capítulo de ingresos y gastos del Estado.

Por lo que hemos dicho, en la Ley 6/2018 no podían faltar las previsiones relativas a tres importantes capítulos de la política laboral y social: las retribuciones de los empleados públicos, la cuantía de las pensiones y prestaciones públicas, y la fijación de bases y tipos de cotización a la seguridad social. Demos alguna pista sobre cada uno de ellos. Respecto de los sueldos del personal “al servicio del sector público”, baste decir que para el año 2018 se fijó un incremento máximo global del 1,5% sobre las retribuciones vigentes el año anterior, con posibilidad de ampliarlo en un 0,25% en función de la evolución del producto interior bruto. En todo caso, son valores globales que pueden admitir subidas más altas en determinados ámbitos siempre que queden debidamente compensadas en el conjunto. Respecto de las pensiones públicas, la Ley 6/2018 procedió en principio a una revalorización del 0,25% respecto de las cuantías del año anterior, conforme a lo establecido en la legislación española de seguridad social a partir de las reformas de hace algunos años. No obstante, la propia Ley 6/2018 dispuso un incremento adicional del 1,35%, e incluso mayores incrementos para las pensiones más bajas, como respuesta a las quejas de insuficiencia que se venían haciendo a la ya mencionada tasa de revalorización del 0,25% fijada en los años de mayor impacto de la crisis económica vivida desde 2008 en el entorno occidental y europeo, y a la espera, tal vez, de una reconsideración más estructural de aquellas medidas de contención y austeridad en el gasto público. Respecto de las cotizaciones a la seguridad social, digamos en síntesis que para 2018 se fijó una base máxima de cotización de 3.803,70 euros, y una base mínima equivalente al salario mínimo interprofesional (que para ese año fue de 735,9 euros mensuales). Recuérdesse que sobre esas bases se aplica –además de otros tipos complementarios o más específicos– un tipo básico que en 2018 siguió siendo del 28,30%, y que en el caso de los trabajadores asalariados es la empresa la que asume la mayor parte de la cotización (un 23,60% a cargo de la empresa y un 4,70% a cargo del trabajador).

Algunas otras reglas de la Ley 6/2018 vale la pena citar en estos momentos, tanto por su contenido como, en algún caso, por lo que ponen de relieve acerca de la evolución de la sociedad española desde el punto de vista económico y social. Una primera previsión de interés en este sentido es la que fija en 37,5 horas de promedio a la semana la jornada de trabajo en el sector público, sin perjuicio de su distribución a lo largo del año y con independencia de que en determinados ámbitos se fijen jornadas inferiores siempre que se cumplan los objetivos de “estabilidad presupuestaria”. En contraste con la regla general del Estatuto de los Trabajadores, que habla de un máximo de 40 horas a la semana, supone una mejora significativa, aunque son numerosos los sectores de actividad en los que la jornada de trabajo se sitúa por debajo de esa cifra. Una segunda previsión de interés es la que supone una modificación de las reglas legales sobre permiso de “paternidad”, que con la Ley 6/2018 experimentó una nueva mejora en su duración hasta alcanzar las cinco semanas, aunque hay que advertir inmediatamente que esta medida se ha visto sobrepasada en los últimos meses por otros cambios legales de mayor impacto, que han supuesto a la postre la equiparación de hombres y mujeres en el descanso por nacimiento de hijo y que serán objeto de comentario en la correspondiente crónica legislativa. Y una tercera medida de interés en la Ley 6/2018 ha sido la puesta en marcha

de un “subsidio extraordinario de desempleo” para las personas desempleadas que, careciendo aún de oportunidades de empleo, hubieran agotado las prestaciones y subsidios de carácter ordinario. Esta medida, como algunas otras de parecida factura, es una muestra muy patente del proceso de recuperación económica que tras varios años de crisis se viene notando en España, con el consiguiente aumento de las disponibilidades financieras y el previsible cambio de estrategia en la determinación del gasto en política social.

2. REAL DECRETO-LEY 28/2018 SOBRE REVALORIZACIÓN DE PENSIONES PÚBLICAS Y OTRAS NORMAS URGENTES EN MATERIA SOCIAL, LABORAL Y DE EMPLEO

La ya aludida situación de falta de un respaldo parlamentario suficiente para los Gobiernos formados en España en los últimos semestres ha provocado con cierta frecuencia la aprobación de normas legales de urgencia por el Poder Ejecutivo, haciendo uso para ello de una habilitación constitucional que puede entrar en escena cuando concurre una situación de “extraordinaria y urgente necesidad”. El RDL 28/2018, de 28 de diciembre, es uno de los frutos recientes del ejercicio de esa potestad gubernamental, y tiene por objeto actualizar diversas previsiones presupuestarias ante la falta del consenso necesario en el órgano legislativo competente para aprobar la pertinente ley de presupuestos generales del Estado. El RDL 28/2018 contiene previsiones de diverso tipo, pero la mayor parte de las mismas pertenece al ámbito social y de empleo, como da a entender su propia denominación (“medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo”). La medida más directa en ese sentido es la revalorización de las pensiones públicas para el año 2019, que se fija con carácter general en un incremento del 1,6% respecto de la cuantía de las mismas en el año precedente, con un límite máximo para tales pensiones de 2.659,41 euros al mes o 37.231,74 euros al año. A ello se une un complemento especial con fines de “mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones”, a partir del incremento registrado en el año 2018 por el IPC (“índice de precios al consumo”), que ascendió al 1,7%. Complementariamente, el RDL 28/2018 también actualiza las bases y reglas de cotización a la seguridad social para 2019.

Además de esas medidas típicamente presupuestarias, el RDL 28/2018 contiene otras muchas previsiones en el terreno de la política laboral y social. Probablemente entre las medidas de mayor trascendencia dentro de esa norma legal de urgencia se encuentre la derogación de algunas vías de contratación laboral que se habían puesto en marcha con la reforma laboral de 2012 o con otras leyes posteriores impulsadas igualmente por el Gobierno del Partido Popular entonces existente (entre las que destacaba el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, famoso sobre todo por tener legalmente impuesto un periodo de prueba de un año). Muchas de estas fórmulas de contratación tenían condicionado su uso a que el desempleo en España no bajara del 15%, por lo que iban perdiendo protagonismo con la progresiva mejora del mercado de trabajo, pero con esta norma legal de final de 2018 pierden radicalmente su vigencia, sin perjuicio de que se dejen con vida los contratos ya celebrados hasta el momento fijado para su extinción. Una segunda medida laboral de envergadura

dentro del RDL 28/2018 es la recuperación de la denominada “jubilación forzosa” por vía convencional, que no es otra cosa que una habilitación expresa a los convenios colectivos para que incluyan cláusulas en virtud de las cuales se posibilite que el empresario, o quienes negocien un plan de reestructuración de plantillas, por ejemplo, decidan la extinción del contrato de trabajo de aquellos trabajadores que cumplan las condiciones (entre ellas, la edad) para acceder a pensión de jubilación en el sistema de seguridad social. Una tercera medida laboral de indudable interés en el RDL 28/2018 es lo que podríamos llamar “atemperación” en el impacto de las subidas experimentadas por el salario mínimo interprofesional, de la que hablaremos un poco más en el epígrafe siguiente.

Tampoco se agota el contenido social o laboral del RDL 28/2018 con esas previsiones. El número de medidas que proporciona en ese terreno es en verdad amplísimo, por lo que resulta prácticamente imposible dar cuenta ahora de todos sus extremos. Baste con mencionar, pues, algunas de ellas, como la inclusión en el sistema de seguridad social de quienes desarrollan programas de formación o práctica en las empresas sin tener la condición de trabajadores, el incremento en un 40% de la cuota empresarial a la seguridad social en los contratos de duración igual o inferior a cinco días con el fin de combatir la precariedad laboral, o la extinción de ciertas modalidades de colaboración en la gestión de la seguridad social (en relación con el aseguramiento del trabajador para los casos de enfermedad común y accidente no laboral). El RDL 28/2018 lleva a cabo además una amplia reforma de la ley española de seguridad social, especialmente en lo que atañe a los trabajadores autónomos, para los que se ha potenciado su particular seguro de desempleo, consistente en una prestación por “cese de actividad”. También ha procedido, por cierto, a una significativa mejora de algunas previsiones de contenido económico o financiero del Estatuto del Trabajo Autónomo, que se traducen fundamentalmente en la concesión de subvenciones o bonificaciones en las cuotas de seguridad social a dichos profesionales. Recuérdese que ese Estatuto fue aprobado por una Ley del año 2007 y que desde entonces ha experimentado frecuentes reformas de ese tipo, con el objetivo siempre de atender las demandas de un sector de la población activa que cada vez viene cobrando mayor protagonismo.

También conviene señalar que el RDL 28/2018 no ha sido la única norma de urgencia aprobada en el año 2018 con contenido laboral o social. Poco antes había sido aprobado el RDL 20/2018, de 7 de diciembre, por el que se adoptaron diversas medidas de “impulso de la competitividad económica”. Como da a entender su título, su principal campo de destino era el sistema económico y productivo, pero dentro de ese contexto se consideró pertinente atender algunas peticiones de determinados sectores de actividad en relación con la denominada “jubilación parcial”. Se trata de una modalidad de jubilación que tiene ya cierta tradición en España y que sólo puede utilizarse si se combina con el llamado “contrato de relevo”, mediante el que se ha de incorporar un nuevo trabajador a la empresa para que ocupe, al menos, el tiempo de trabajo dejado vacante por el trabajador que se jubila de modo parcial. El régimen jurídico de esta modalidad de jubilación fue reformado en el año 2011 para introducir algunas reglas más estrictas y exigentes que tenían por fin evitar un uso impropio de esa medida, pero se dejó vigente transitoriamente la regulación anterior, para permitir el

acceso a esta vía de jubilación de quienes, por decirlo así, ya lo habían programado atendiendo a las condiciones precedentes. Con el RDL 20/2018 se concede una nueva prórroga (hasta el año 2023) para esa vigencia transitoria del régimen anterior, tratando con ello de facilitar la adopción de medidas de reestructuración y renovación de plantilla en los sectores económicos afectados, principalmente el de la industria manufacturera.

Otras tres normas legales de urgencia aprobadas por el Ejecutivo español durante 2018 vale la pena citar ahora para poner fin a este apartado. La primera de ellas, por orden cronológico: es el RDL 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica un programa denominado de “activación para el empleo” que se había puesto en marcha en el año 2014, y que tenía por objeto facilitar el acceso a formación, asesoramiento con vistas al empleo y “ayudas económicas de acompañamiento” a personas desempleadas de larga duración que hubieran agotado las prestaciones ordinarias de desempleo. La segunda es el RDL 25/2018, de 21 de diciembre, que aprueba un paquete de “ayudas sociales” que se dirigen primordialmente a trabajadores de “edad avanzada” y que tienen por objeto hacer frente a los costes laborales (indemnizaciones y otras compensaciones económicas) derivados de la adopción de medidas de reestructuración y cierre de empresas en el sector de la minería del carbón, afectado desde hace algún tiempo por diversos planes nacionales y europeos de progresiva reducción de actividad hasta su extinción. La tercera es el RDL 26/2018, de 28 de diciembre, que adopta diversas medidas de apoyo a la creación artística y a los profesionales de dicho sector, entre ellas su mantenimiento en el sistema de seguridad social durante los periodos de “inactividad” en tanto se cumplan determinadas condiciones, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad de creación artística, y la previsión de una nueva norma para la relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos.

3. LA SUBIDA DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL

Como todos los años, en las fechas finales de 2018 fue aprobada la norma reglamentaria que, por encargo del Estatuto de los Trabajadores, fija la cuantía del salario mínimo interprofesional en España (SMI) para el año siguiente. La competencia para cumplimentar esa tarea pertenece al Gobierno, que sistemáticamente, y normalmente con periodicidad anual, adopta a tales fines el correspondiente reglamento. La norma encargada de hacerlo en esta ocasión ha sido el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, que procede a una subida del SMI para 2019 del 22,3% respecto de la cifra vigente en 2018. Según se expone en el preámbulo de esa norma reglamentaria, el Gobierno justifica un incremento de tal magnitud en base “a la mejora de las condiciones generales de la economía”, guiado en todo caso por el objetivo social de “prevenir la pobreza en el trabajo y fomentar un crecimiento salarial general más dinámico”, y con las miras puestas en que el SMI sea realmente una remuneración suficiente y que se vaya situando en el 60% del salario medio de los trabajadores. En cualquier caso, y como resultado de ello, el SMI para el año 2019 en España queda fijado en 30 euros al día o 900 euros al mes, según el tipo de salario del

trabajador. Estas cifras son aplicables a “cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores”, y corresponden a una jornada completa, por lo que se aplican proporcionadamente en caso de trabajo a tiempo parcial. Como viene siendo regla desde hace algún tiempo en España, el SMI está referido estricta y exclusivamente a retribución en dinero, de modo que el eventual pago de salario en especie no puede en ningún caso suponer una minoración de esa cantidad.

La cifra del SMI entra en acción cuando el salario dispuesto para el trabajador, o el salario realmente percibido, queda por debajo de la misma. Eso quiere decir que la subida del SMI no siempre tiene repercusión en las cuantías salariales. No la tiene, concretamente, cuando el salario del trabajador es igual o superior a la cifra del SMI, pues en esos casos entra en juego la conocida regla de compensación y absorción, que opera en cómputo anual (y que toma como referencia una cantidad fijada en términos anuales, que para 2019 asciende a 12.600 euros, para efectuar la pertinente operación de comparación o contraste). Con esa misma finalidad de atemperar en lo posible el impacto del SMI en los niveles salariales del país, y, en especial, para hacer más digerible económicamente una subida tan notable del salario mínimo, el RDL 28/2018 contiene diversas reglas que, en esencia, tratan de evitar que se utilice la cifra del SMI fijado para 2019 como referencia para determinar la cuantía o la subida de los salarios establecidos por convenio colectivo, salvo que las partes pacten otra cosa y siempre que la cuantía convenida sea igual o superior al SMI. La misma precaución se aplica en aquellos casos en los que la cuantía del salario es determinada por “normas no estatales” (por ejemplo, normas de Comunidades Autónomas para su personal) o mediante “contratos y pactos de naturaleza privada”.

4. PROTECCIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

El sistema español de seguridad social aún distingue entre “riesgos profesionales” (accidente de trabajo y enfermedad profesional) y “riesgos comunes” (accidente no laboral y enfermedad común) a determinados efectos, entre ellos el de la financiación de las correspondientes prestaciones. A diferencia de los riesgos comunes, en los riesgos profesionales tal financiación se lleva a cabo mediante unas cuotas (conocidas tradicionalmente como “primas”) se imputan de forma total y exclusiva a la empresa, y su montante depende del grado de riesgo de la actividad correspondiente (conforme a una tabla que, por cierto, ha sido revisada y actualizada por el RDL 28/2018, ya citado). En ese contexto, y con el fin de incentivar a todas las empresas a mejorar la prevención de riesgos laborales, la legislación de seguridad social prevé la implantación de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales para las empresas que contribuyan especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral. Como puede apreciarse, es una medida que se sitúa a medio camino entre la prevención de riesgos laborales (en tanto que actúa como incentivo o revulsivo para que las empresas tomen mayor conciencia sobre ese problema y actúen en consecuencia) y la protección del trabajador frente a los accidentes y las enfermedades profesionales (pues, al fin y al cabo,

tales aportaciones empresariales tienen por objeto la constitución de fondos específicamente destinados a reparar los efectos de esas contingencias, principalmente mediante el pago al trabajador afectado, o a sus familiares supervivientes, de prestaciones o pensiones).

El sistema de reducción de cuotas empresariales se puso en marcha en el año 2010, y fue revisado en 2017, sobre la base de que, aunque constituye “un instrumento eficaz para la disminución de la siniestralidad”, estaba necesitado de algunos ajustes de tipo procedimental, para una mejor verificación o comprobación de las circunstancias concurrentes y para una aplicación apropiada de esas medidas. Pues bien, en el año 2018 este sistema ha sido objeto de dos intervenciones normativas de signo distinto. En un primer momento, una Orden del Ministerio de Empleo y seguridad Social de 12 de marzo de 2018, tratando de reforzarlo y racionalizarlo, creó un “fichero informático” para la recepción y registro de los “informes-propuesta” que con carácter no vinculante deben elaborar y remitir las entidades gestoras o colaboradoras del sistema de seguridad social como paso previo a la concesión o denegación de los mencionados incentivos, y al mismo tiempo adoptó diversas medidas con la precaución, enteramente razonable, de que la cuantía total de los incentivos que se reconocieran a las empresas no superara el volumen de fondos disponibles a tales efectos. Pero, por otro lado (y ya con un nuevo Gobierno), el tantas veces mencionado RDL 28/2018 dispuso la suspensión durante el año 2019 de este sistema de reducción de cotizaciones a la seguridad social en función del grado de siniestralidad laboral, a la espera de su reforma.

En este mismo terreno de los riesgos profesionales también han incidido, en fin, dos disposiciones reglamentarias de 2018. Por una parte, el Real Decreto 257/2018, de 4 de mayo, que modifica el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de seguridad social vigente desde el año 2006, con el fin de ampliar y actualizar su contenido y de precisar las correspondientes operaciones de notificación y registro. Por otra parte, el Real decreto 860/2018, de 13 de julio, por el que se regulan las actividades de carácter preventivo que pueden y deben llevar a cabo las mutuas colaboradoras de seguridad social, que, como seguramente sabrá el lector, son asociaciones de empresarios (conocidas tradicionalmente como “mutuas patronales”) que colaboran con las entidades gestoras de seguridad social en las tareas de protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, entre otras contingencias.

5. CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS Y COMPROMISOS POR PENSIONES

La normativa española sobre contratación de trabajadores extranjeros también ha experimentado algunas reformas en el año 2018. Probablemente valga la pena decir, antes que nada, que se trata de una normativa de mucha tradición en España, aunque con el paso del tiempo ha ido experimentando importantes cambios de formato y diversas adaptaciones. En sus primeras manifestaciones, se trataba de una normativa puramente laboral, con la que se atendían en exclusiva los aspectos relativos a la incorporación al mercado de trabajo español de personas procedentes de otros países. Sin embargo, desde hace algunas

décadas las reglas sobre trabajo de extranjeros en España han pasado a formar parte de una regulación mucho más amplia, que se ocupa en general del estatuto jurídico de esas personas en relación con nuestro país, y no sólo en lo que se refiere a su trabajo. Se trata, por otra parte, de una regulación que tiene base e impulso constitucional pero que cada vez está más condicionada e influida por la normativa de la Unión Europea, que ya tiene importantes competencias en la materia y que, como resultado de las mismas, viene dando las correspondientes directrices a los Estados miembros, además de aprobar en algunos casos normas de aplicación directa en esta materia.

La adaptación a esos mandatos de la Unión Europea es, precisamente, la razón de ser del Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, por el que se reforman algunos pasajes de nuestra legislación interna sobre extranjeros. Es una norma legal de urgencia que tiene por objeto particular la adaptación de un texto legal anterior (la Ley 14/2013, de 27 de septiembre) a una Directiva UE de 2016, referida a la entrada y residencia en el espacio europeo de “nacionales de terceros países” (es decir, de ciudadanos no comunitarios) no con el objetivo estricto y directo de trabajar pero sí con fines que pueden dar lugar a trabajo, como son concretamente los fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *aupair*. Entre otros aspectos de interés, con esta norma de 2018 se contempla la posibilidad de concesión a estudiantes de autorizaciones de residencia que les habilitan, junto a las tareas propias del estudio, para la búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial.

A la entrada de extranjeros en España se refiere también, ya desde un punto de vista estrictamente laboral, una Orden del Ministerio de Trabajo de 25 de diciembre de 2018. Para entender su alcance seguramente vale la pena recordar que conforme a la legislación española las personas que procedentes del exterior deseen trabajar en España deben contar con una autorización de trabajo junto a la pertinente autorización de entrada y residencia, regla general que desde luego está acompañada por algunas excepciones (como, señaladamente, la que atañe a los titulares o beneficiarios del derecho a la libre circulación reconocido en el ámbito de la Unión Europea). También dispone nuestra legislación que las autorizaciones de trabajo quedan condicionadas en principio a la situación del mercado de trabajo español, de modo que, salvo en determinados supuestos, sólo la escasez de mano de obra nacional puede fundar la concesión de aquellos permisos. Pues bien, con el fin de facilitar la operatividad de esta última regla, el ordenamiento español prevé que el servicio público de empleo elabore trimestralmente un “catálogo de ocupaciones de difícil cobertura” y que la Administración laboral pertinente haga una “previsión anual” de las ocupaciones o empleos (a modo de cuota o “contingente”) que se podrían cubrir, en un determinado periodo, mediante la contratación de extranjeros. Esto último es lo que se conoce como “gestión colectiva de contrataciones en origen”, que consiste a la postre en una acción coordinada de ofertas de empleo dirigidas a nacionales de otros países residentes fuera de España. Es, dicho de otro modo, un cálculo anticipado y provisional de los puestos de trabajo, estables o de temporada, que pueden ser cubiertos por trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España.

La regulación de esta particular vía de contratación de extranjeros para trabajar en España se inició en el año 2012, y ha sido revisada y actualizada por esa Orden de 2018, conforme a la cual pueden presentarse las pertinentes solicitudes de contratación o bien por parte de los empresarios directamente, o bien a través de organizaciones empresariales. La solicitud, acompañada de una oferta de empleo, ha de presentarse al correspondiente servicio público de empleo, y puede formularse de forma genérica o de forma nominativa (esto es, con relación a “un trabajador extranjero concreto”). Las ofertas de empleo pueden ir referidas al desarrollo de actividades de carácter estable o de carácter temporal, ya sea para actividades de temporada o campaña con una duración máxima de nueve meses dentro de un periodo de doce meses consecutivos, ya sea para la realización de obras o servicios cuya duración no exceda de un año (como, por ejemplo, el montaje de plantas industriales o eléctricas; la construcción de infraestructuras, edificaciones o redes de suministro eléctrico, telefónico, de gas o de ferrocarriles, o la instalación y mantenimiento de equipos productivos). También contiene esta norma una previsión acerca de la concesión de visados para la búsqueda de empleo a favor de hijos o nietos de españoles de origen.

El RDL 11/2018, anteriormente mencionado a propósito de la normativa sobre entrada de extranjeros en España, también ha sido aprovechado para incorporar al ordenamiento español una Directiva UE de 2014 sobre lo que habitualmente conocemos como previsión social complementaria, vista desde esa dimensión supranacional. Esa norma comunitaria tiene por objeto, concretamente, reforzar los niveles de protección de “los derechos complementarios de pensión” en los supuestos de movilidad de los trabajadores entre los Estados miembros de la Unión Europea, para evitar que el ejercicio de las facultades de libre circulación de las que gozan los ciudadanos comunitarios cause perjuicios en ese terreno de la protección social. La adaptación del ordenamiento español a esa norma comunitaria se ha traducido en una nueva reforma de nuestra legislación sobre planes y fondos de pensiones, cuyo texto vigente fue aprobado en el año 2002. Dentro de esta norma legal se han reformado, en particular, las reglas sobre los denominados “compromisos por pensiones”, esto es, aquellas reglas relativas a la asunción por parte de las empresas, normalmente a través de la negociación colectiva, de la obligación de constituir fondos o poner en marcha instrumentos encaminados a proporcionar a los trabajadores una determinada prestación económica en los supuestos de jubilación, como complemento a las prestaciones del sistema público de seguridad social. Con esta reforma legal se modifican, entre otras, las reglas sobre adquisición de derechos y conservación de los derechos adquiridos por parte del trabajador en caso de extinción de la relación laboral, entre otras razones para evitar obstáculos a la movilidad.

Previamente, el Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero, había modificado las normas reglamentarias que regulan tanto esos compromisos por pensiones como la puesta en marcha en las empresas de planes y fondos de pensiones, para revisar y actualizar algunas de sus previsiones. El RD 62/2018 se ocupa principalmente de la posibilidad de disponer de forma anticipada de los derechos consolidados por el partícipe con el fin de obtener la pertinente liquidez, de las posibilidades de movilización de derechos entre distintos planes de pensiones en función de los cambios profesionales del trabajador, de las comisiones de

gestión y depósito establecidas a favor de las entidades gestoras y depositarias de los fondos de pensiones, y de las inversiones de dichos fondos a la vista de la tipología de activos aptos para esos fines. Muchas de estas modificaciones venían exigidas por cambios legales anteriores y por necesidades de adaptación a la correspondiente normativa europea.

6. ACCESO A PRESTACIONES SANITARIAS

Dentro de la legislación de urgencia aprobada en España durante 2018 y relacionada con temas laborales o sociales se encuentra también el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, que ha procedido a una nueva reforma de la legislación sanitaria española, en este caso, y a diferencia de lo que tuvo que hacerse en los años de mayor impacto de la crisis económica, para potenciar lo que se viene conociendo como “acceso universal” al Sistema Nacional de Salud, sobre el que recae la importante tarea de organizar y gestionar la sanidad española. El RDL 7/2018 constituye una manifestación muy patente de los nuevos derroteros de la política social en nuestro país, en un contexto en el que formalmente parecen darse por superadas las dificultades financieras de aquellos otros tiempos y en el que se pretenden asumir nuevos retos de “justicia social”, como dice el propio legislador en el preámbulo de esta norma de urgencia.

El objetivo principal del RDL 7/2018 es ampliar la relación de beneficiarios de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos, y a tal efecto revisa la condición de titular del “derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria” para dejarla atribuida a quienes tienen nacionalidad española y residencia habitual en el territorio español, a quienes tienen reconocido su derecho a la asistencia sanitaria en España por cualquier otro título jurídico, aun no teniendo su residencia habitual en territorio español, siempre que no exista un tercero obligado al pago de dicha asistencia, y a las personas extranjeras y con residencia legal y habitual en el territorio español que no tengan obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, con la precisión de que quienes no queden incluidos en esa primera relación pueden obtener dicha prestación mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Además, dispone que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, y que la citada asistencia será con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes siempre que dichas personas no tengan la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable, que no puedan exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia, y que no exista un tercero obligado al pago de la misma.

IV. APUNTE FINAL

El año 2018 no ha protagonizado en España grandes reformas de la legislación laboral o de seguridad social. Pero tampoco puede decirse que haya sido un año anodino o insignificante desde ese punto de vista. En parte, porque durante esos meses se han llevado a cabo algunos ajustes en las normas de empleo y de seguridad social que denotan y en ocasiones anuncian un nuevo escenario para las relaciones de trabajo y los sistemas de protección social, con una progresiva toma de distancia respecto de las intervenciones normativas de la crisis y con una tendencia cada vez más perceptible a ir dejando a un lado los objetivos de contención salarial y reducción del gasto público tan presentes en otros momentos. Y en otra buena parte, porque el ordenamiento laboral se ha visto enriquecido por la incidencia de la normativa general sobre protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, que ha sido aprovechada para abordar en el ámbito de la relación laboral algunas tareas que hasta el momento venían quedando exclusiva o primordialmente en manos de la jurisprudencia, como es todo lo relativo a la organización del trabajo y al ejercicio de los poderes empresariales en un contexto de generalización de las nuevas tecnologías.

La reforma esperada ¿Fin del corporativismo mexicano?

Carlos DE BUEN-UNNA

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

ANTECEDENTES

En los dos anuarios previos de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social aludimos a una “reforma constitucional de gran calado” que se publicó el 24 de febrero de 2017 con la finalidad de suprimir la jurisdicción laboral tripartita a través de las juntas de conciliación y arbitraje (JCA) y lograr la democratización de los sindicatos. El año de plazo que el Constituyente otorgó al Congreso de la Unión y a las legislaturas de las entidades federativas para adecuar sus leyes se prolongó por un año y un par de meses más, hasta que, por fin, el 1º de mayo de 2019 se publicó la más importante reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT). Aún se requieren las correspondientes adaptaciones en el ámbito de las legislaciones locales para contemplar los nuevos juzgados laborales dentro de sus respectivos poderes judiciales, pero la parte esencial ya se dio.

Vale la pena recordar, como lo hicimos en el anuario anterior, los cinco puntos en que hemos resumido los cambios a la Constitución: a) la sustitución de las JCA por tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación (PJF) 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 (CCT); d) la obligación de los sindicatos de acreditar la representatividad de sus miembros como condición para poder celebrar CCT y e) el voto libre y secreto dentro las organizaciones sindicales.

Hablamos también de la presión ejercida por los Estados Unidos de América (EEUU) para modificar el modelo corporativo y de la falta de ratificación del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva. En ambos rubros el 2018 trajo

cambios significativos de los que hablaremos a continuación, no sin antes hacer hincapié en la importancia de las elecciones del 1º de julio que ganó con mayoría absoluta Andrés Manuel López Obrador al frente de una alianza encabezada por el Partido MORENA que surgió en octubre de 2011 como el Movimiento Regeneración Nacional dentro del Partido de la Revolución Democrática (PRD) y que en julio de 2014 obtuvo su registro como partido político nacional, luego de que López Obrador rompiera con el partido por el que había contendido por la presidencia de la República en 2006 y 2012. Las elecciones de julio no solo le dieron la presidencia sino también la mayoría absoluta en las dos cámaras legislativas, con 308 de 500 diputados y 69 de 128 senadores (solo MORENA obtuvo 191 diputados y 55 senadores). Los porcentajes obtenidos por las distintas coaliciones en las elecciones presidenciales dan una idea clara de la contundencia de la victoria de López Obrador, quien obtuvo el 53.19% de los votos, contra el 22.28% del candidato de la alianza armada por el Partido Acción Nacional (PAN), que gobernó el país de 2000 a 2012 (con Vicente Fox y Felipe Calderón), con el PRD y Movimiento Ciudadano, y el 16.41% del candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI) que lo había gobernado ininterrumpidamente desde su creación en 1930 hasta 2000 y que volvió a ocupar la presidencia de 2012 a 2018 (con Peña Nieto), partido que para estas elecciones se alió con el Partido Verde Ecologista de México y con Nueva Alianza. Así las cosas, MORENA puede legislar sin necesidad de obtener un solo voto adicional, salvo por lo que hace a las reformas constitucionales para las que se requieren dos terceras partes de los votos en cada una de las cámaras y la mayoría simple de las legislaturas de las entidades federativas.

El 20 de septiembre de 2018, ya con la nueva legislatura dominada por MORENA (aunque López Obrador no tomaría posesión como presidente de la República sino hasta el 1º de diciembre) el Senado ratificó el Convenio 98 de la OIT, que era el único de los ocho “convenios fundamentales” que México no había ratificado. El 30 de noviembre de 2015 el presidente Peña Nieto había puesto a consideración del Senado la ratificación de este Convenio, pero no porque súbitamente se hubiese convertido en un demócrata convencido de la necesidad de hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva, sino como una de las exigencias de los EEUU, en ese entonces para la firma del Tratado Transpacífico (TPP)¹, todavía con el presidente Barack Obama, y posteriormente para la negociación del nuevo tratado comercial de Norteamérica, ya en los tiempos aciagos de Donald Trump.

Hay que estar conscientes de que, en México, la inmensa mayoría de los CCT (probablemente más del 90%) forman parte de esa categoría tristemente célebre de los “contratos colectivos de trabajo de protección patronal” o simplemente “contratos de protección”, como se les suele conocer. Son supuestos contratos que se pactan con un “líder sindical” a modo elegido por el empleador (por su abogado, en realidad), en los que se reconoce al sindicato como el único representante de los trabajadores, quienes normalmente ni siquiera saben de la existencia del sindicato ni de un contrato que no hace sino repetir

¹ Se le llamó finalmente “Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico” y México fue el primer país en ratificarlo el 24 de abril de 2018.

*La reforma esperada
¿Fin del corporativismo mexicano?*

las condiciones de trabajo que fija como mínimos la LFT². Estos contratos de protección tienen la doble intención de evitar que los trabajadores ejerzan su derecho para organizarse como lo decidan y las extorsiones que muchos “líderes sindicales” suelen practicar mediante emplazamientos a huelga en los que exigen la celebración de un CCT, de los que acaban desistiendo a cambio de alguna suma de dinero. Ni siquiera es garantía que el empleador sepa que sus trabajadores no apoyan al líder, pues no es raro que el día anunciado para el estallido de la huelga, se presente con un grupo de golpeadores para amenazar no solo al empleador sino a los propios trabajadores en caso de que quieran impedir la suspensión de las labores. El procedimiento jurisdiccional de “inexistencia” para levantar la huelga por no ser apoyada por la mayoría de los trabajadores suele tomar algunas semanas durante las cuales la empresa no puede trabajar, con las consecuentes pérdidas económicas que a menudo llevan al empleador a ceder a la extorsión. Las autoridades laborales han tolerado estas prácticas con una actitud que hace presumir su complicidad.

En realidad, no se trata de dos diferentes tipos de “líderes” sino de los mismos personajes que primero emplazan a huelga a la empresa, alegando que son los verdaderos representantes de sus trabajadores, y luego ofrecen al empleador firmar un contrato de protección que no le implicará ningún costo, salvo un pago mensual o anual al líder por sus servicios de blindaje respecto de otros sindicatos. No obstante, siempre acaban por “sacrificar” a sus supuestos representados y desistir del emplazamiento a huelga por alguna suma mayor, que habrá que cubrir en una sola exhibición para proceder al desistimiento. Es probable que el negocio esté encabezado por algún reconocido abogado empresarial de muy escasos escrúpulos. No es coincidencia la semejanza de esta práctica con el famoso pago por “derecho de piso” de las mafias de Chicago en los años treinta, que actualmente se practica en muchas zonas del territorio nacional.

Los contratos de protección existen desde hace muchas décadas, pero en tiempos recientes han proliferado a grado tal que acaban siendo excepcionales los contratos verdaderos, sobre todo en las empresas medianas y pequeñas, aunque cada vez es más común ver que grandes empresas lleven a cabo las mismas prácticas, habitualmente a través de subcontrataciones o tercerizaciones simuladas. Los gobiernos federales y locales no solo han tolerado estos contratos de protección, sino que los han promovido como una de las ventajas competitivas que ofrece México a los inversionistas nacionales y extranjeros que, de esta manera, no tienen que lidiar con sindicatos reales.

Luego de que durante la presidencia de George Bush (el padre), México había negociado el primer Tratado de Libre Comercio con los EEUU y Canadá, el presidente Bill Clinton condicionó su firma a la suscripción de dos “acuerdos paralelos”, uno en materia ambiental y el otro en el ámbito laboral, con la intención de que el incumplimiento del Estado mexicano respecto de sus propias normas no se convirtiera en una ventaja competitiva. Finalmente entró en vigor el 1º de

² En los últimos años se ha llegado al extremo de “pactar” en estos contratos de protección que el empleador podrá modificar unilateralmente la jornada de trabajo y las actividades de los trabajadores e incluso elegir a los delegados sindicales.

enero de 1994, pero los procedimientos de quejas y sanciones resultaron tan complicados que nunca alcanzaron a cumplir sus objetivos. Al menos en lo laboral, México acabó burlándose de sus vecinos, mantuvo el control corporativo de los sindicatos y logró reducir aun más los bajísimos salarios, haciendo que la negociación colectiva y el derecho de huelga no fuesen sino meras aspiraciones, salvo casos verdaderamente excepcionales. Los gobiernos mexicanos presumían su política de “cero huelgas” que cumplían mediante una violación franca del derecho correspondiente, archivando los expedientes bajo cualquier excusa para que no se pudieran estallar si las partes no llegaban a un arreglo. Es esa la razón por la que México se negó a ratificar el Convenio 98 de la OIT durante tanto tiempo.

Al negociar los nuevos tratados comerciales, primero el Transpacífico y luego el México-Estados Unidos-Canadá (el T-MEC, como se le llama aquí), consciente el gobierno de los EEUU de la violación permanente al derecho de negociación colectiva, impuso como condiciones para su firma la ratificación del Convenio 98 y una reforma laboral que garantizara la presencia de sindicatos verdaderamente representativos y negociaciones colectivas auténticas. Los sindicatos estadounidenses jugaron un papel fundamental en estas exigencias. Así las cosas, luego de que en septiembre de 2018 Trump decidiera abandonar el TPP, se firmó el T-MEC, con un Anexo 23-A verdaderamente vergonzoso para el gobierno mexicano, que paradójicamente sentó las bases para una futura reforma laboral de corte democrático. Vale la pena detenernos brevemente en este instrumento.

Para empezar, el anexo lleva por título “La representación de los trabajadores en la negociación colectiva en México” y en su proemio dice que las medidas que contiene son necesarias para el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva y anuncia que el próximo gobierno de México (el actual de López Obrador) había confirmado que tales medidas eran acordes al mandato que recibió del pueblo en las pasadas elecciones. Resulta inevitable advertir en esta manifestación el reconocimiento, por parte de la administración del presidente Peña Nieto, de que los gobiernos del PRI y del PAN nunca toleraron una negociación colectiva real y que siempre se opusieron a una verdadera libertad sindical.

En el punto 8 y último del anexo, México se comprometió a adoptar la legislación descrita en los siete puntos previos, antes del 1º de enero de 2019, en el entendido de que, de no ser así, la entrada en vigor del acuerdo se podría retrasar hasta que la nueva legislación fuese efectiva. En otras palabras, no basta la expedición de la ley o leyes correspondientes, sino que deberán estar vigentes para que el acuerdo comercial pueda entrar en vigor. El 24 de febrero de 2017 se publicó la reforma constitucional que fue el primer paso para cumplir lo dispuesto en el Anexo 23-A, pero la reforma reglamentaria apenas se publicó el 1º de mayo de 2019 y, como veremos más adelante, entrará en vigor en diversas etapas, algunas de ellas hasta el año 2023. Mientras tanto, las partes siguen sin suscribir el T-MEC y no está claro si finalmente se firmará, pero el gobierno de López Obrador decidió seguir adelante con la reforma.

¿A qué se compromete México en el Anexo 23-A? Fundamentalmente a lo siguiente:

*La reforma esperada
¿Fin del corporativismo mexicano?*

1. La legislación debe reconocer la libertad sindical y el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva y prohibir toda interferencia patronal en las actividades sindicales, así como los actos de discriminación y coerción en contra de los trabajadores por participar en esas actividades.
2. Se debe establecer y mantener un órgano independiente que se ocupe de la conciliación de los conflictos laborales y del registro de los CCT y constituir juzgados laborales independientes para la resolución de las disputas.
3. Se debe crear un sistema efectivo que verifique que las elecciones sindicales se lleven a cabo a través del voto personal, libre y secreto de sus miembros.
4. Hay que garantizar que los conflictos entre sindicatos por la representación de los trabajadores sean resueltos por los tribunales laborales mediante el voto secreto, sin dilaciones procedimentales.
5. Un órgano independiente debe verificar, a través del voto personal, libre y secreto de los trabajadores, que la mayoría apoya el CCT como condición para que sea registrado y para que surta sus efectos, debiendo constatar que el centro de trabajo realmente opera y que los trabajadores conocen su contenido.
6. La ley debe garantizar que los acuerdos de revisión de los salarios y demás condiciones de los CCT sean conocidos y estén respaldados por la mayoría de los trabajadores mediante el voto personal, libre y secreto, como condición para su depósito, y que todos los contratos se revisen al menos una vez dentro de los primeros cuatro años de la vigencia de la nueva norma.
7. Los CCT y los estatutos sindicales deberán estar disponibles y ser de fácil acceso para todos los trabajadores involucrados y se deberá establecer un sitio web central que provea el acceso público a todos los contratos, que opere el órgano independiente encargado de su registro.

En su mayoría, estos compromisos se incorporaron a la Constitución en las reformas de febrero de 2017 y algunos forman parte del Convenio 98 que el Senado ratificó en septiembre de 2018, pero las disposiciones constitucionales requieren de la reglamentación correspondiente y, aunque en forma oficial las reformas entraron en vigor este 2 de mayo, lo cierto es que tomará varios años implementarlas.

El 1º de septiembre de 2018 inició la LXIV legislatura del Congreso de la Unión que recibió diversas iniciativas para reformar la LFT que concluyeron con el decreto que se publicó el 1º de mayo. La iniciativa que en diciembre de 2017 presentaron dos senadores del PRI, líderes del sindicalismo corporativo, que era absolutamente favorable a los intereses patronales, quedó en el olvido, junto con las amenazas de las que dimos cuenta en el Anuario de 2017. Los verdaderos debates se dieron al interior de los grupos parlamentarios de MORENA en las cámaras de diputados y senadores pues, como ya lo anticipamos, tiene en ambas la mayoría necesaria para aprobar las reformas sin necesidad de

hacer pactos con otros partidos. Junto con la LFT se reformaron la Ley Orgánica del PJF, la Ley Federal de Defensoría Pública, la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y la Ley del Seguro Social, para adaptarlas a las nuevas disposiciones de la primera.

Durante el proceso legislativo se produjeron pronunciamientos en diversos rubros como la prohibición del “outsourcing” y la reglamentación del trabajo doméstico, pero esas y otras cuestiones quedaron en la lista de los pendientes³, dado que se optó por concentrarse en la reglamentación de las reformas constitucionales que se dividen en dos grandes apartados: por un lado, la libertad sindical y la negociación colectiva y, por el otro, las autoridades laborales y los procedimientos jurisdiccionales. Sin embargo, hubo algunos cambios adicionales de los que también hablaremos en la parte final de nuestro reporte. Las referencias van acompañadas del número del artículo o artículos principales de la LFT que las contienen.

LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE HUELGA

Libertad sindical. Se mantienen las reglas generales para constituir sindicatos, esto es, que reúnan al menos a veinte trabajadores en servicio activo, que aprueben sus estatutos y elijan a su directiva, pero se les impone la obligación de elegir a sus representantes mediante el voto personal, libre, directo y secreto (de hecho, a partir de las reformas todas las decisiones en que participen los trabajadores deberán realizarse de este modo), respetando la representación proporcional por género, prohibiendo que su duración sea indefinida o de una temporalidad tal que obstaculice la participación democrática. La LFT permite que los empleadores descuenten de los salarios de los trabajadores las cuotas sindicales ordinarias, lo que tradicionalmente se aplica también a los trabajadores que no forman parte del sindicato titular del CCT, pero ahora se establece el derecho de cada trabajador a negarse a que se le descuenten (art. 110 fr. VI), lo que ha preocupado incluso a los sindicatos democráticos, pues es previsible que los trabajadores que no formen parte del sindicato titular del CCT o incluso que los que siendo parte de éste, no apoyen a la directiva, se nieguen a que se les descuenten las cuotas. Es, sin duda, un reto interesante. Las sanciones sindicales deberán cumplir con el derecho de audiencia y el libre proceso y las directivas deberán rendir cuenta completa y detallada de la administración del patrimonio sindical (art. 358). Los sindicatos tendrán que adecuar sus estatutos en lo que se refiere a las elecciones de sus directivas en un plazo de 240 días (art. transitorio vigésimo tercero).

Se conserva la clasificación de los sindicatos de trabajadores en sindicatos de empresa, de industria, nacionales de industria, gremiales y de oficios varios, pero se agrega que tal clasificación es meramente enunciativa y que se podrán constituir en la forma en que los propios sindicatos lo decidan (art. 360).

³ El 14 de mayo fue aprobada en el Senado la reforma sobre “las personas trabajadoras del hogar” y se ordenó su remisión al Ejecutivo Federal para su promulgación y publicación.

*La reforma esperada
¿Fin del corporativismo mexicano?*

El registro de los sindicatos que correspondía a las JCA en el ámbito de las entidades federativas y a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) en el del gobierno federal⁴, se transfiere en exclusiva al Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral (CFCRL) (arts. 365, 527 y 590-A) que se habrá de constituir como un organismo descentralizado de la administración pública federal (art. 590-B), cuyas funciones registrales deberán iniciar a más tardar el 1º de mayo de 2021 (art. transitorio segundo).

Este cambio restará poder a los gobernadores de los estados y al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México (antes Distrito Federal) que, entre otras cosas, se han valido de las juntas locales de conciliación y arbitraje para conceder o negar a los sindicatos su registro y a expedirles la correspondiente “toma de nota”, sin la cual no son reconocidos por ninguna autoridad y, en consecuencia, no pueden celebrar CCT ni ejercer el derecho de huelga.

Se supone que el CFCRL será un organismo autónomo, cuya máxima autoridad será la Junta de Gobierno que estará conformada por los titulares de la STPS, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y por los presidentes del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) y del Instituto Nacional Electoral (INE) (art. 590-B). En realidad, la autonomía del CFCRL será relativa ya que los titulares de la STPS y de la SHCP son nombrados y removidos libremente por el presidente de la República, quien también nombra al presidente del INEGI, aunque en este caso requiere de la aprobación de la Cámara de Senadores, además de que durante los primeros tres años de su gobierno federal “hereda” al presidente del INEGI nombrado por el anterior presidente de la República. EL INAI y el INE gozan de una autonomía mayor. El comisionado presidente del INAI es nombrado para un periodo de tres años, que se puede extender a seis y lo designan los otros siete comisionados que a su vez son nombrados por la Cámara de Senadores con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes y duran en su encargo siete años. El consejero presidente del INE es elegido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados y dura en su encargo nueve años.

El director general del CFCRL será designado por la Cámara de Senadores con el voto de dos terceras partes de los integrantes presentes, de una terna que elabore el presidente de la República. En caso de que el Senado la rechace en su integridad, el presidente enviará una nueva terna y si fuese nuevamente rechazada, el propio presidente lo designará de la segunda terna. Es, por cierto, el mismo sistema que se utiliza para designar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que ha permitido a los últimos presidentes, incluido el actual, llevar a la Corte a personas de su absoluta confianza. La reforma constitucional de febrero de 2017 dio al Ejecutivo Federal el plazo de un año para someter a la Cámara de Senadores la terna para la designación del titular del CFCRL, obligación que no se cumplió. La reforma a la LFT dice que el

⁴ Los del ámbito federal son, en términos generales, los de las ramas industriales de mayor relevancia económica y de las empresas administradas por el gobierno federal o que actúan mediante contratos o concesiones del propio gobierno.

titular será su director general (art. 590-B) y establece que la primera sesión de la Junta de Gobierno se convocará dentro de los 90 días naturales a la designación del titular (art. transitorio décimo cuarto), pero se olvidó establecer un nuevo plazo para que el presidente de la República presente su terna al Senado.

Con respecto a la transparencia de los sindicatos, en lo que se ha venido avanzando en los últimos años⁵, la reforma la amplía al imponer al CFCRL la obligación de publicar en su sitio de internet el texto íntegro de los documentos de registro de los sindicatos y el derecho de cualquier persona a solicitar copia de éstos, incluyendo los tabuladores salariales (arts. 365 bis y 391).

Una vieja demanda patronal tuvo cabida en la reforma al agregar entre las causales de cancelación del registro sindical que sus dirigentes o representantes incurran en actos de extorsión a los empleadores (art. 369 fr. III), sanción que es bienvenida por los sindicatos verdaderamente representativos.

Negociación colectiva. Las nuevas reglas sobre los CCT traen cambios radicales que pretenden acabar con los contratos de protección y los correspondientes actos de extorsión y, en general, con la simulación en la representación de los trabajadores, para revertir de raíz el sistema corporativo del que los líderes sindicales se han servido para favorecer sus propios intereses y dar pie a un sindicalismo verdaderamente representativo en el que los trabajadores no solo estén permanentemente informados de las acciones de sus representantes, sino que deban ser consultados, tanto para iniciar como para cerrar las negociaciones de los CCT. Los nuevos requisitos y procedimientos pueden parecer demasiado complejos y hasta excesivos, pero responden a una historia que hace aconsejable poner trabas de más a la simulación que quedarse cortos. Esperamos que luego de algún tiempo en el que podamos alcanzar una cultura sindical diferente, con verdadera libertad y autonomía de las organizaciones, con negociaciones reales y con trabajadores empoderados, se puedan relajar estas reglas y hacer más fluidas las relaciones colectivas de trabajo. Por lo pronto, los nuevos candados son, al menos en su mayoría, del todo necesarios.

Los CCT se pueden convenir directamente o a través del ejercicio del derecho de huelga para exigir su celebración al empleador. Sin embargo, se impone ahora como requisito para su validez el voto favorable de los trabajadores (art. 388 bis) que, como ya vimos, deberá ser personal, directo y secreto.

Anteriormente un sindicato podía emplazar a huelga a una empresa sin necesidad de acreditar la representación de los trabajadores, lo que favorecía los actos de extorsión, pues era muy difícil para el empleador saber si efectivamente el sindicato contaba con el respaldo de los trabajadores o de alguna parte de ellos y aun si sabía que no era así, no podía asegurar que un grupo de golpeadores, muchas veces con el apoyo o el disimulo de las autoridades, no fuese a suspender los trabajos. Las nuevas disposiciones exigen que los sindicatos obtengan del CFCRL una "constancia de representatividad" para poder emplazar a huelga, la cual tendrá una vigencia de seis meses, que

⁵ Ver el reporte sobre México en el Anuario 2014.

se prorrogará en caso de que la huelga estalle, hasta que concluya el conflicto. Mientras tanto no se dará trámite a ninguna otra solicitud ni se admitirá a otros sindicatos en el procedimiento (art. 387).

La obtención de la constancia de representatividad será compleja: a) la podrán pedir uno o más sindicatos, acompañando un listado en el que acrediten que cuentan con el respaldo de por lo menos el 30% de los trabajadores cubiertos por el CCT (el que el centro de trabajo opere de manera informal o bajo esquemas de simulación no impedirá la negociación); b) el CFCRL deberá conservar en secreto el listado y sus anexos; c) de ser el caso, el CFCRL deberá prevenir al solicitante para que subsane lo que haga falta; d) el CFCRL publicará la solicitud en su sitio de internet, la fijará en el centro de trabajo y pedirá al empleador que la coloque en los lugares de mayor afluencia y f) el CFCRL verificará que el solicitante cumpla con la representación mínima exigida y si procede, emitirá la constancia (art. 390 bis fracs. I a III).

Si otro u otros sindicatos pretenden también obtener la constancia de representatividad podrán adherirse a la solicitud, acompañando su listado con el que acrediten que tienen el respaldo del 30% de los trabajadores que deberán ser cubiertos por el CCT (los mismos trabajadores podrán aparecer en los listados de los diferentes sindicatos). En tal caso, el CFCRL deberá determinar cuál de los sindicatos contendientes representa al mayor número de trabajadores cubiertos por el CCT cuya celebración se pide, pues será ese el que tenga derecho a celebrarlo (art. 390 bis fr. III).

Para tales efectos, el CFCRL pedirá informes a las autoridades o instancias correspondientes a fin de validar la representatividad exigida y elaborar un padrón en el que deberá incluir a los trabajadores de base (concepto que excluye a los empleados de confianza) que ingresaron antes de que se presentara la solicitud y a los que hubiesen sido despedidos en los tres meses previos o posteriores a su presentación. Posteriormente emitirá la convocatoria, la notificará a los sindicatos solicitantes, la publicará en su página de internet y la fijará en el centro laboral. Cada sindicato podrá acreditar hasta dos representantes por cada lugar de votación, pero no podrán estar presentes durante la misma. El voto se hará en forma personal, libre, directa y secreta, el CFCRL proporcionará las boletas y un funcionario suyo dirigirá la votación, practicará el escrutinio y anunciará el resultado, levantará el acta correspondiente y, de ser necesario, pedirá el auxilio de la fuerza pública. Deberá votar al menos el 30% de los trabajadores. El CFCRL resolverá sobre la procedencia de la solicitud y, en su caso, expedirá la constancia al sindicato más representativo (art. 390 bis).

Hasta antes de las reformas, los CCT y sus convenios de revisión se depositaban en las JCA y no requerían de su aprobación para su validez. Ahora los CCT se deberán depositar en el CFCRL que deberá resolver sobre el registro en 30 días (art. 390), luego de verificar que su contenido sea aprobado por la mayoría de los trabajadores cubiertos por el contrato a través de una consulta que deberá realizar el propio sindicato bajo la supervisión del CFCRL que podrá anular la consulta y ordenar su reposición si encuentra inconsistencias (art. 390 Ter). Los efectos de los convenios de revisión de los CCT quedarán también condicionados a la aprobación del CFCRL o, en su caso, del tribunal o del centro local de conciliación

ante los que se celebren (art. 399 ter) y cuando se trate de la revisión general del CCT (que debe llevarse a cabo cada dos años) los convenios correspondientes deberán ser aprobados por la mayoría de los trabajadores afectados (art. 400 bis). Los sindicatos deberán adecuar sus procedimientos de consulta en el plazo de un año (art. transitorio vigésimo segundo).

Los actuales CCT deberán revisarse al menos una vez antes del 3 de mayo de 2023 y el CFCRL deberá verificar que los trabajadores los conozcan y que la mayoría los respalda. Mientras el CFCRL no entre en funciones, la STPS deberá llevar a cabo las consultas (art. transitorio décimo primero).

La terminación de los CCT por mutuo consentimiento que por parte del sindicato podía decidirla cualquier representante facultado para ello, deberá ahora ser aprobada por la mayoría de los trabajadores (art. 401).

La llamada “cláusula de exclusión” tradicionalmente ha sido motivo de debates sobre su constitucionalidad. Desde su origen en 1970, la LFT permitió incorporarla en los CCT en sus dos versiones (art. 395): la cláusula de exclusión por ingreso, que obliga al empleador a contratar solamente a los trabajadores que son miembros del sindicato, y la cláusula de exclusión por separación, que lo obliga a separar a quienes renuncian o son expulsados del sindicato. Luego de que la SCJN sostuvo por décadas la constitucionalidad de esta cláusula, en 2001 emitió una tesis aislada en la que dijo que la cláusula de exclusión por separación es inconstitucional por atentar contra la libertad de trabajo, contra la libertad general de asociación y contra la libertad sindical. Sin embargo, han pasado dieciocho años sin que se haya vuelto a pronunciarse sobre el tema, por lo que aquella resolución sigue siendo un mero precedente que no obliga a ninguna autoridad. En las reformas de 2012 se suprimió el párrafo que permitía incorporar la cláusula de exclusión por separación, pero tampoco se prohibió, por lo que, bajo el principio de que los particulares pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, esta cláusula podía continuar en los CCT e incluso pactarse en los nuevos contratos, si bien su aplicación podía ser impugnada de inconstitucional con apoyo en el precedente referido. Por fin, las recientes reformas prohibieron expresamente la cláusula de exclusión por separación (art. 391) y determinaron que las sanciones impuestas por los sindicatos a los trabajadores no podrán afectar su permanencia en el empleo ni sus condiciones de trabajo (art. 395). Se mantuvo, sin embargo, la posibilidad de pactar la cláusula de exclusión por ingreso.

La figura del contrato-ley, que es un instrumento semejante a los convenios de industria de otros países, no ha tenido mayor desarrollo. De diez contratos-ley que se llegaron a celebrar, hoy existen solo ocho, cinco de ellos en diferentes ramos textiles, uno en la radio y la televisión, otro en la industria azucarera y alcoholera y uno más en la transformación del hule. Aunque la LFT prevé la existencia de estos contratos tanto en el ámbito nacional como en el estatal y en el regional, no conocemos ninguno que no sea del ámbito nacional. De cualquier manera, la figura subsiste y se le hicieron algunas adaptaciones para hacerla compatible con los CCT como la exigencia de la constancia de representatividad y su registro ante el CFCRL que deberá presidir la convención correspondiente (arts. 408, 409 y 411).

Huelga. Por lo que hace al derecho de huelga, entre los cambios más importantes destaca la posibilidad expresa de que el patrón someta el conflicto a la decisión del tribunal (art. 469) cuando la huelga se extienda por más de 60 días (art. 937). Los trabajadores, como antes, pueden hacerlo en cualquier momento.

El procedimiento de huelga que se desarrollará ante los nuevos juzgados laborales tiene también cambios importantes en el mismo tenor de los relativos a la libertad sindical. Si el emplazamiento a huelga tiene por objeto obtener la celebración del CCT, el sindicato deberá anexar la constancia de representatividad (art. 920), pero el tribunal no le dará trámite si ya hay un contrato registrado, salvo que no se hubiere revisado en los últimos cuatro años (art. 923). El tribunal deberá notificar al centro local de conciliación que podrá citar a las partes a negociar antes de que la huelga estalle y asignar conciliadores ante el propio tribunal (art. 921 bis). El momento del estallido de la huelga podrá posponerse por una sola ocasión hasta por 30 días, a petición del sindicato, aunque el tribunal podrá admitir prórrogas adicionales.

El CCT o el convenio de revisión que resulten de las negociaciones deberán ser aprobados por los trabajadores. En caso de que los rechacen, el sindicato podrá estallar la huelga o prorrogar unilateralmente el momento de su estallido hasta por 15 días, pero de nueva cuenta, el tribunal podrá autorizar una prórroga mayor, hasta por 30 días (arts. 390 ter y 927).

Si se pide que la huelga sea declarada inexistente por no tener el apoyo mayoritario de los trabajadores, se deberá llevar obligatoriamente un recuento, debiendo formularse previamente el padrón de los trabajadores con derecho a votar, mediante voto personal, libre, directo y secreto (arts. 930 y 931).

Los conflictos entre sindicatos se resolverán únicamente mediante la consulta a los trabajadores a través del voto personal, libre, secreto y directo y no serán materia de negociación (art. 897-A) ni se admitirá el allanamiento a la demanda como medio para finalizar los juicios de titularidad de los CCT (art. 897-B)⁶. La reforma pone especial énfasis en la forma como se deberán llevar a cabo las consultas o recuentos, comenzando por la elaboración del padrón de los trabajadores con derecho a voto, para lo cual el tribunal deberá pedir la información correspondiente al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y a otras autoridades y requerir al empleador para que proporcione el nombre, puesto, salario y fecha de ingreso de sus trabajadores, incluyendo a los que hayan sido despedidos o hayan dejado de laborar en los tres meses previos. Si hay objeciones a los informes por parte de los sindicatos contendientes deberán resolverse en una audiencia incidental. Una vez que haya elaborado el padrón definitivo, lo dará a conocer a las partes, señalará día y hora para el recuento y posteriormente resolverá el conflicto en la audiencia de juicio (art. 897-F).

⁶ Son aquellos juicios en los que dos o más sindicatos pretenden tener la representación mayoritaria de los trabajadores y, por ende, la administración exclusiva del CCT.

TRIBUNALES DEL PODER JUDICIAL CON PROCEDIMIENTOS PREDOMINANTEMENTE ORALES

Tribunales laborales. Atendiendo a la reforma constitucional de febrero de 2017 se transfiere la competencia para conocer y resolver los conflictos de trabajo de las JCA a los tribunales de los poderes judiciales, a cargo de un juez que deberá estar presente en las audiencias, pudiendo auxiliarse de un secretario instructor que dicte las resoluciones durante la etapa escrita del procedimiento (arts. 604, 605 y 606).

Hay que recordar que las JCA son organismos jurisdiccionales de composición tripartita que dependen de los poderes ejecutivos, ya sea de la federación o de las entidades federativas, tanto para el nombramiento y la libre remoción de sus presidentes, como para la asignación de los presupuestos correspondientes, y que han sido uno de los pilares del modelo sindical corporativo que prevalece hasta nuestros días, el cual ha subordinado siempre los intereses de los trabajadores a los de los gobiernos, que en los tiempos del neoliberalismo se han identificado plenamente con los de los empresarios. Estas alianzas han hecho proliferar los contratos de protección patronal sobre los que hablamos a lo largo de esta reseña, que al tiempo que dañan a los trabajadores, han permitido mantener los costos laborales muy por debajo de los de los socios comerciales de México en el mercado norteamericano, lo que a su vez provocó las protestas airadas de nuestros vecinos del norte. La necesidad de seguir siendo parte del mercado norteamericano llevó al gobierno de Peña Nieto a aceptar la desaparición de las JCA, entre otras condiciones.

De acuerdo con el artículo transitorio segundo de las reformas al artículo 123 de la Constitución, el Congreso de la Unión y las legislaturas locales tendrían que haber adecuado sus leyes respectivas en el término de un año, lo que no ocurrió. De hecho, las reformas publicadas este primero de mayo son apenas el primer paso, pues faltan otras de gran importancia, entre ellas que el Congreso Federal expida la Ley Orgánica del CFCRL y que las legislaturas de las entidades federativas expidan las leyes que regulen sus centros de conciliación y modifiquen las leyes orgánicas de sus poderes judiciales.

En franca violación a lo dispuesto en la reforma constitucional, cuyo artículo transitorio sexto ordena que las JCA y demás autoridades transfieran los procedimientos, expedientes y demás documentos a los tribunales laborales, a los centros de conciliación o al CFCRL, la reciente reforma determina que los procedimientos en trámite sean concluidos por las propias autoridades (art. transitorio séptimo), incluyendo los que inicien después del Decreto, mientras no entren en funciones los nuevos tribunales y los centros de conciliación (art. transitorio octavo) e incluso que si un juicio se encuentra en trámite conforme a las disposiciones todavía vigentes y otro se sustancia conforme a las nuevas, no podrán acumularse (art. transitorio noveno). Al parecer se trató de una condición que impusieron el Consejo de la Judicatura Federal y la SCJN, que no quieren “heredar” los procedimientos tramitados por las JCA, por más que el PJF acabe resolviéndolos por la vía del juicio de amparo. En este proceso se ha advertido un claro desprecio de la Judicatura Federal hacia los funcionarios de las JCA.

Centros de conciliación. Antes de acudir a los tribunales, las partes deberán asistir a los centros de conciliación (art. 684-B) salvo que se trate de conflictos por discriminación, de la designación de beneficiarios por muerte del trabajador, prestaciones de seguridad social, libertad de asociación, negociación colectiva, titularidad de los CCT y contrato-ley, impugnación o modificación de los estatutos sindicales, trata laboral, trabajo forzoso y trabajo infantil (art. 685 ter).

Cada entidad federativa deberá constituir un centro de conciliación local (art. 590-F), mientras que, en el ámbito federal, la función conciliatoria estará a cargo del CFCRL (art. 590-A) que de esta manera reunirá dos funciones totalmente diferentes, sin una aparente justificación, salvo la muy relativa de algún ahorro presupuestal. En el ámbito local, los centros de conciliación y los tribunales laborales deberán iniciar sus actividades en un plazo máximo de tres años (art. transitorio quinto), mientras que el CFCRL deberá hacerlo en uno de cuatro años (art. transitorio sexto).

La conciliación prejudicial iniciará con la solicitud correspondiente que, tratándose de los casos de despido injustificado, interrumpirá la prescripción que en tal supuesto es de dos meses (art. 518). La autoridad conciliadora citará a las partes a una audiencia a la que deberá acudir personalmente el trabajador, sin apoderado, aunque podrá acompañarlo una persona de su confianza y recibir asistencia legal. El empleador podrá comparecer personalmente o por conducto de su apoderado. La audiencia podrá diferirse de común acuerdo entre las partes, pero el procedimiento no podrá exceder de 45 días naturales. La autoridad deberá formular una propuesta de arreglo y si las partes están de acuerdo, se celebrará un convenio escrito con valor de cosa juzgada; si no lo están, se emitirá la constancia de haberse agotado la conciliación obligatoria y se reanudarán los plazos de prescripción (arts. 684-D y 684-E). Las declaraciones de las partes y los elementos que aporten en la conciliación no podrán comunicarse a ninguna persona ni autoridad y no constituirán prueba ni indicio en ningún procedimiento administrativo o judicial ni podrán invocarse en el procedimiento ordinario (arts. 684-C y 870 bis).

Aunque se prevé que tanto los trabajadores como los empleadores deban asistir a la instancia conciliadora antes de acudir a los tribunales (art. 684-B), la forma en que está redactado el procedimiento de conciliación se refiere fundamentalmente al supuesto en el que es el trabajador quien hace la solicitud, lo que atribuimos a un descuido del legislador.

El proceso laboral. Aunque los principios procesales no cambian mayormente, se expresan de manera diferente y se hace hincapié en que el juez deberá atender al principio de realidad sobre los elementos formales que lo contradigan y que privilegiará la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales, pero sin afectar el debido proceso ni los fines del derecho del trabajo (art. 685). Es interesante señalar que se reconoce el derecho de todas las partes a su debida defensa y representación y que si el tribunal advierte que existe “una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del apoderado legal...” deberá prevenir a la parte afectada para que designe otro, ello sin distinguir entre trabajadores y empleadores (art. 685 bis).

En otras ocasiones hemos hablado del vicio exageradamente difundido por

parte de los abogados de los empleadores de negar el despido del que se les acusa y ofrecer al trabajador que se reincorpore a sus labores como una forma de acreditar una supuesta buena fe que vendría a revertir la original carga de la prueba por la que tendrían que desvirtuar el despido, para que la obligación de demostrar que en efecto ocurrió recaiga en el trabajador⁷. En contra de los criterios con los que la SCJN ha venido solapando esa estrategia por muchas décadas, se establece ahora que la negativa del despido y el ofrecimiento del empleo no eximen al patrón de probar su dicho (art. 784), aunque por otro lado se determina que la falta del aviso de despido hace presumir que la separación ha sido injustificada, siendo que antes se consideraba que esa falta era suficiente para considerarla injustificada, pasando así de una presunción *iuris et de iure* a una presunción *iuris tantum*.

Los procedimientos laborales seguirán siendo uniinstanciales y solo se admitirá el recurso de reconsideración como la única vía para que el juez revoque las resoluciones del secretario instructor (arts. 848, 871 y 873-K). Desde luego subsiste el juicio de amparo como garantía para impugnar los actos de autoridad que se estimen contrarios a la Constitución o a los tratados internacionales.

Las audiencias serán públicas, las presidirá el juez y las intervenciones serán orales. El juez dirigirá el debate, moderará la discusión, impedirá digresiones, podrá limitar el tiempo y el número de las intervenciones y determinará el inicio y la concusión de cada etapa. Las partes podrán solicitar copia simple o certificada de las actas y copia electrónica de los registros del procedimiento (art. 720).

Se recurrirá a los medios electrónicos para realizar algunas notificaciones, siempre que las partes lo soliciten (art. 739), para tramitar exhortos (art. 753) y para registrar las diversas actuaciones (arts. 721 y 815).

En lo que toca al desahogo o recepción de los medios de prueba, destacan las facultades del juez para interrogar libremente a las partes y a todos los que intervengan en el juicio (art. 782), para desechar o reducir las confesionales que estime innecesarias o que causen dilaciones indebidas (arts. 787 y 788) y para ordenar a los testigos que aclaren los puntos que lo requieran (art. 815). Las confesionales y testimoniales de quienes residan fuera del lugar del tribunal se recibirán por videoconferencia (art. 791). Ya no habrá peritos de las partes; el tribunal los designará sin perjuicio de que las partes se asesoren durante la recepción de la pericial (art. 824).

Procedimientos. Se prevén los mismos tres tipos de procedimientos jurisdiccionales para resolver los diversos tipos de conflictos: 1) el ordinario, para los conflictos individuales y colectivos de naturaleza jurídica que no tengan una tramitación especial (art. 870); 2) los especiales, para determinados conflictos que permitan soluciones más ágiles como el cobro de prestaciones que no excedan del importe de tres meses de salarios y la designación de beneficiarios del trabajador fallecido, entre otros (art. 892) y 3) los conflictos colectivos de

⁷ Ver el apartado que dedicamos al aviso de despido en el reporte sobre México en el Anuario 2017.

naturaleza económica para la modificación o implantación de nuevas condiciones de trabajo y para la suspensión o terminación de las relaciones colectivas (art. 900). No obstante, dentro de los conflictos especiales hay reglas particulares para dos tipos de conflictos que podemos considerar como dos procedimientos diferentes: los conflictos en materia de seguridad social (art. 899-A) y el procedimiento especial colectivo (arts. 897 a 897-G) para los conflictos entre sindicatos por la titularidad de los CCT y la administración de los contratos-ley (arts. 389 y 418), para subsanar las omisiones de los reglamentos interiores de trabajo y revisar la legalidad de sus disposiciones (art. 424 fr. IV), para resolver la suspensión temporal y la terminación de las relaciones de trabajo bajo ciertas circunstancias (arts. 427 fracs. I, II y VI y 434 fracs. I, III y V) y para otorgar la autorización para reducir el personal como consecuencia de la introducción de maquinaria o nuevos procedimientos de trabajo (art. 439).

Se conserva también el procedimiento de huelga, que no es jurisdiccional sino administrativo (art. 920), aunque su estallido puede dar lugar a procedimientos jurisdiccionales para que se declare inexistente (art. 930) y el para que se califique de ilícita (art. 933). Si se pide que se determine la imputabilidad de la huelga, dependiendo de las razones invocadas se seguirá el procedimiento ordinario o el de los conflictos colectivos de naturaleza económica (art. 937).

Están además los procedimientos de ejecución de los convenios y de las resoluciones de los tribunales y árbitros (art. 939), los de las tercerías (art. 976) y preferencias de crédito (art. 979) y los procedimientos paraprocesales o voluntarios cuando se requiera la intervención del tribunal, sin que esté promovido un conflicto jurisdiccional (art. 982).

El esquema de los diversos procedimientos no cambió, pero sus reglas sí lo hicieron, para adaptarlos a la nueva oralidad y a la sustitución de las JCA por los tribunales judiciales. En los procedimientos especiales, por ejemplo, se deberá privilegiar la substanciación en línea (art. 893) y se tratará de sustituir la audiencia preliminar por acuerdos escritos, con la posibilidad de emplear videoconferencias para formular las prevenciones y aclaraciones que sean necesarias para emitir el auto de depuración (art. 894). En los conflictos entre sindicatos, como ya lo vimos, se privilegia, sobre todo, la decisión de los trabajadores mediante el voto personal, directo y secreto.

Por ahora nos concentramos en el procedimiento ordinario que constará de una etapa escrita de fijación de la controversia que, en términos generales, incluirá: a) la demanda con el ofrecimiento de pruebas (art. 872); b) la contestación con el ofrecimiento de pruebas y una posible reconvencción (art. 873-A); c) en su caso, la contestación del actor a la reconvencción con el respectivo ofrecimiento de pruebas y la objeción a las pruebas del demandado (art. 873-A); d) la réplica del actor con la objeción a las pruebas del demandado y un posible ofrecimiento de pruebas adicional (art. 873-B); e) la contrarréplica del demandado con la objeción a las nuevas pruebas del actor y un eventual ofrecimiento de pruebas adicional (art. 873-C), y f) las manifestaciones adicionales del actor (art. 873-C). Vendrá después la audiencia preliminar que tendrá por objeto depurar el procedimiento y resolver las excepciones dilatorias; establecer los hechos no controvertidos; admitir o desechar las pruebas y ordenar

su preparación y resolver los recursos de reconsideración (art. 873-E). Por último, se llevará a cabo la audiencia de juicio en la que se recibirán las pruebas, de ser posible todas en la misma fecha, (arts. 873-I y 873-F), las partes formularán sus alegatos y el tribunal emitirá su sentencia en la misma audiencia y solo por excepción dentro de los cinco días siguientes (art. 873-J).

Algunos detalles adicionales que conviene señalar son la posibilidad de que el secretario instructor prevenga al actor para que subsane su demanda y de que, en su defecto, lo haga el propio tribunal (art. 873); la de que el demandado oponga excepciones procesales, que no podrán suspender el procedimiento (873-A), y la de que las partes llamen a juicio a terceros, justificando la necesidad de hacerlo, quienes podrán acudir mientras no se lleve a cabo la audiencia preliminar (art. 873-D).

Hasta antes de la audiencia preliminar, el secretario instructor dictará los acuerdos sobre su admisión o la prevención para subsanarla, sobre las pruebas relacionadas con las excepciones dilatorias y las providencias cautelares (art. 871).

Se nos antoja demasiado amplia la parte escrita y creemos que, a partir de la contestación a la reconvención, lo que sigue se podría llevar a cabo en la misma audiencia preliminar, lo que ahorraría un tiempo considerable. Aun así, es evidente que se trata de reducir drásticamente la duración de los juicios que hoy pueden rebasar los diez años con cierta facilidad. Ojalá que haya éxito.

MISCELÁNEA

Aunque la reforma se centró en los derechos colectivos y en la transferencia de la facultad jurisdiccional de las JCA a los tribunales judiciales, se tocaron algunos aspectos que importa relatar aquí.

A pesar de que se dejó para más adelante una nueva reflexión y una posible reforma adicional sobre la subcontratación que se reglamentó en la reforma de 2012⁸, lleva especial dedicación a esa cuestión la fracción que se agregó para declarar nulos los actos jurídicos simulados para encubrir relaciones laborales (art. 5º fr. XIV).

Hablamos ya de las consecuencias de la falta del aviso de despido al tratar los principios procesales y las presunciones y cargas probatorias, por lo que no abundamos al respecto en este capítulo.

Un tema novedoso tiene que ver con el derecho de los empleadores a no reinstalar a los trabajadores de confianza, a aquellos con los que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo por estar en contacto directo y permanente con el empleador (a juicio del tribunal), a los eventuales, a los que tienen menos de un año y a los trabajadores del hogar, mediante el pago de una indemnización agravada. Es un viejo derecho patronal que emana del artículo

⁸ Ver el apartado dedicado a los cambios en el derecho individual en el reporte sobre México en el Anuario 2014.

*La reforma esperada
¿Fin del corporativismo mexicano?*

123 de la Constitución, pero que hasta ahora no se había reglamentado suficientemente, lo que impedía ejercerlo en forma oportuna antes de que se generaran los salarios vencidos. Se permite ahora que el empleador utilice el procedimiento paraprocesal para dar por terminada la relación de trabajo y deposite la indemnización, lo que en todo caso quedará sujeto a que, si el trabajador no está de acuerdo en que en su caso procede la indemnización, podrá demandar al empleador y si resulta vencedor, el depósito de la indemnización no surtirá efecto alguno y el tribunal dispondrá del monto depositado a cuenta de la condena. Asimismo, si el tribunal considera procedente la negativa a reinstalar, pero halla insuficiente el monto depositado, condenará al empleador al pago de las diferencias e intereses (arts. 49 y 991 bis).

Se prevé la posibilidad de sustituir como medios de prueba los recibos impresos de salarios y otras prestaciones por los comprobantes fiscales digitales por internet (CFDI) que, en todo caso, estarán sujetos a que se verifique su autenticidad en el portal del Servicio de Administración Tributaria (art. 101).

Finalmente se establece la obligación de inscribir en el IMSS a los trabajadores del hogar (llamados antes “trabajadores domésticos” lo que es exactamente lo mismo, pero para algunas mentes complicadas suena mejor). Sin embargo, esta obligación no entrará en vigor sino hasta que lo hagan las adecuaciones normativas que deberá llevar a cabo el Congreso de la Unión, luego de que el Instituto implemente el “programa piloto” al que la SCJN lo obligó al resolver un juicio de amparo en el que estimó que es inconstitucional el artículo 13 de la Ley del Seguro Social que permite la inscripción voluntaria de estos trabajadores en el régimen obligatorio del Seguro Social (arts. 337 y transitorio vigésimo quinto).

Como ya lo anticipamos, está por publicarse la nueva reforma que ubica formalmente a “las personas trabajadoras del hogar” como sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio y que modifica algunas disposiciones de la LFT respecto de esta categoría.

Ciudad de México, 18 de mayo de 2019.

Cambios y tendencias en el Derecho del Trabajo panameño y en la seguridad social en Panamá en el año 2018

Rolando MURGAS TORRAZZA

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

En el año 2018 hubo en Panamá algunos cambios en materia laboral, pero no en la de la seguridad social. Pueden destacarse las leyes y decretos que se describen a continuación.

I. DECRETOS EJECUTIVOS SOBRE LICENCIA DE PARTENIDAD

En este año se aprobaron normas relativas a una llamada **licencia de paternidad**, aunque en el fondo, por su duración, se trata más bien de un permiso remunerado por paternidad.

Este tipo de permisos remunerados han sido muy frecuentes en las convenciones colectivas de trabajo y, en menor medida, en los reglamentos internos de trabajo.

La licencia o permiso de paternidad fue introducida por la Ley 27 de 23 de mayo de 2017, reglamentada inicialmente por el Decreto Ejecutivo 83 de 27 de diciembre de 2017. En el año 2018 se atendieron, mediante decretos ejecutivos, aspectos reglamentarios.

El Decreto Ejecutivo N° 35 de 31 de mayo de 2018, reglamentó la mencionada licencia. Sus principales aspectos son los siguientes:

- La licencia es aplicable al sector público y al sector de la empresa privada.
- Es remunerada y se reconoce por tres días hábiles a partir del nacimiento.

- Solo hay derecho a la licencia una vez al año.
- El trabajador debe indicar en el contrato de trabajo el nombre de su cónyuge o conviviente.
- Si el trabajador está de vacaciones o incapacitado, deberá avisar de inmediato al empleador. Terminadas las vacaciones o la incapacidad, deberá acogerse de inmediato a la licencia.
- Define lo que debe considerarse como días hábiles.
- Al reincorporarse, el trabajador debe entregar a su empleador el respectivo certificado de nacimiento.

Mediante Decreto Ejecutivo 117 de 30 de agosto de 2018, se derogó el Decreto Ejecutivo 35 de 31 mayo 2018, por considerarse que había una dualidad de reglamentación, dado que era suficiente con lo dispuesto en la Ley 27 de 2017 (que creó la licencia) y en su reglamentación por el Decreto Ejecutivo 83 de 27 de diciembre de 2017.

Pueden destacarse los puntos reglamentados por el Decreto Ejecutivo 83 de 2017:

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.
5. El trabajador no podrá sustituir discrecionalmente el cómputo de los días de licencia.

II. EN MATERIA DE PERMISOS DE TRABAJO

El Decreto Ejecutivo 114 de 30 de agosto de 2018, modifica el Decreto Ejecutivo N° 17 de 11 de mayo de 1999, de la siguiente manera:

1. Autoriza la expedición de permisos de trabajo a los que tengan la condición de asilados en Panamá
2. Establece los requisitos, trámite y costo del permiso.
3. No se puede otorgar a personas condenadas o vinculadas a actividades

delictivas, como blanqueo de capital, narcotráfico, trata de personas, pandillerismo, sicariato y terrorismo.

El Decreto Ejecutivo N° 24 de 30 de mayo de 2018, reglamenta la cancelación de permisos de trabajo a extranjeros. Establece como causas: la pérdida o cancelación del permiso migratorio; ejercer labores prohibidas o protegidas por las leyes panameñas; y por declaratoria de falsedad de algún documento presentado con la solicitud.

III. RÉGIMENES ESPECIALES DE TRABAJO

Se da continuidad a la extensión de normas con condiciones de trabajo favorables a las empresas multinacionales y, en algunos aspectos, de menor protección laboral.

III.1 SEDES DE EMPRESAS MULTINACIONALES

Con la Ley 57 de 24 de octubre de 2018, se modifica y adiciona la Ley 41 de 2007. En lo que concierne a aspectos laborales, se reconoce el derecho a residencia permanente al extranjero que trabaje o haya trabajado cinco años en cualquier sede. Además, los que tengan visa de personal permanente de sede de empresa multinacional, quedan exentos del pago de impuesto sobre la renta, seguro social y seguro educativo sobre los salarios y otras remuneraciones, incluido el salario en especie.

III.2 CENTROS DE LLAMADAS PARA USO COMERCIAL (CALL CENTERS)

La Ley 52 de 17 de octubre de 2018 establece un régimen especial para los centros de llamadas para uso comercial (*call centers*). Este régimen incluyó dispositivos laborales, de la siguiente manera:

1. Deber de coordinar con el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral y el Instituto Nacional de Formación y Capacitación para el Desarrollo Humano, formas de capacitación funcional y mejoramiento del personal.
2. Los conflictos colectivos se atenderán con el procedimiento de conciliación del Código de Trabajo, instrumento que también se aplicará para el ejercicio del derecho de huelga.
3. La conciliación para los conflictos individuales, será la establecida para los demás trabajadores.
4. Deber del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, de tramitar de forma expedita las solicitudes de aprobación de reglamentos de evaluación, que pueden ser utilizados para justificar el despido, conforme a la causal de notoria falta de rendimiento, establecida en el Código de Trabajo. Si transcurridos ciento veinte días ordinarios o calendarios, el Ministerio no

resuelve la solicitud, el reglamento se entenderá aprobado de pleno derecho.

5. Reconoce al empleador la potestad de aplicar a sus trabajadores la movilidad funcional.
6. Obligación de pagar el salario mínimo y posibilidad de adicionar el salario fijo, con sistemas de pago salarial de participación en las utilidades, primas de producción, incentivos por rendimiento, bonificaciones, gratificaciones, donaciones y otros. Extrañamente señala que estas formas de incentivos y cualesquiera otras no podrán exceder del 50% del salario básico. Es un mal calco de lo dispuesto en una reforma del Código de Trabajo, porque a diferencia del mismo, la norma en cuestión sí reconoce como el carácter de salario de estos pagos.
7. Reconoce como causal económica de despido, las fluctuaciones en los mercados que signifiquen pérdidas considerables.
8. Faculta al empleador para disponer libremente vacaciones colectivas y el fraccionamiento de las vacaciones en dos períodos iguales.
9. No hay restricciones para el pacto del día de descanso semanal del trabajador, pero, a diferencia del Código de Trabajo, si en esos casos se trabaja en domingos, la empresa no tiene que pagar el 50% de recargo.
10. Se limita tres horas diarias el trabajo en horas extraordinarias, sin el límite semanal de nueve horas que tiene el Código de Trabajo. El recargo por las horas extraordinarias es solo de 25%, menor que lo dispuesto en el Código de Trabajo, de 25, 50 o 75% según la clase de jornada y el período en que se prolongue, Nada dice qué pasa si se trabajan más de las tres horas. Al no haber disposición especial al respecto, estimamos que es aplicable el recargo adicional de 75% que mandata el Código.

IV. PROTECCIÓN CONTRA ENFERMEDADES CRÓNICAS, INVOLUTIVAS Y DEGENERATIVAS

La Ley 25 de 19 de abril de 2018 reforma la Ley 59 de 2005, sobre la protección de las personas con enfermedades crónicas, involutivas y degenerativas.

En este sentido establece lo siguiente:

1. Todo trabajador nacional o extranjero que padezca de enfermedad crónica, involutiva o degenerativa, incluida la insuficiencia renal crónica, que produzca discapacidad laboral, tiene derecho a mantener su puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía al momento del diagnóstico médico.
2. El padecimiento de alguna de estas enfermedades, incluida la insuficiencia renal crónica, que produzcan incapacidad laboral parcial, no podrá invocarse como causal de despido tanto por los empleadores como en el sector público, si el trabajador cumple con los requisitos necesarios para mantenerse en un cargo compatible con su jerarquía, fuerzas, aptitudes, preparación, destreza y con su nueva condición.

3. Se hace una identificación más amplia y precisa de estas enfermedades.
4. Los trabajadores no pueden ser discriminados por razón de estos padecimientos.
5. Los trabajadores que tengan la mencionada condición, solo pueden ser despedidos con justa causa y autorización previa de la justicia laboral. En el caso de los servidores públicos debe invocarse una justa causa prevista en la Ley y seguir los procedimientos respectivos.
6. La certificación de la condición física y mental de los trabajadores se hará por una comisión interdisciplinaria. Donde no exista, por dos médicos especialistas del ramo. Mientras no se tenga el dictamen, el trabajador permanecerá en su puesto.

V. PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

La Ley 7 de 14 de febrero 2018 incorpora disposiciones adicionales a las existentes, en materia de discriminación, de la siguiente manera:

1. Establece un cuerpo normativo dirigido a prohibir, prevenir y sancionar los actos de hostigamiento, acoso sexual o moral, racismo y sexismo, en el ámbito laboral, educativo, comunitario y en cualesquiera otros ámbitos.
2. Trae definiciones específicas de estas negativas manifestaciones.
3. Incorpora dispositivos de protección de los afectados, entre ellos el de considerar injustificado el despido por estos motivos. No llega a establecer la nulidad del despido.

VI. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La Ley 50 de 11 de septiembre de 2018, ratificó el Instrumento de Enmienda de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptada en la septuagésima segunda reunión de la Conferencia, el 4 de junio de 1986,

Portugal – Crónica Legislativa de 2018

António MONTEIRO-FERNANDES

Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidade Nova Lisboa

A situação económica e financeira do país apresentava, em 2018, aspectos muito contrastantes com a que, nos anos 2008/2011, tornara inevitável o recurso a um doloroso processo de intervenção de instituições financeiras internacionais – a “troika” –, que se traduziu em perda temporária de independência e de soberania. As medidas então adoptadas, em parte sob a pressão da “troika” e noutra parte por opção própria de um governo de tendência fortemente liberal, serviam uma estratégia de “desvalorização interna” — nomeadamente pela forte redução dos custos do trabalho —, considerada sem alternativa, uma vez que a desvalorização cambial estava inviabilizada pela adesão de Portugal ao euro.

No domínio da legislação do trabalho, essa política concretizou-se, como foi notado em crónica anterior, pela publicação de uma lei (a Lei 23/2012, de 25 de Junho) que alterou em vários pontos importantes o Código do Trabalho, no sentido da redução de direitos dos trabalhadores e de neutralização da contratação colectiva anterior. Para além da diminuição de rendimentos dos assalariados em geral, a aplicação dessa lei – que, por exemplo, baixava consideravelmente os valores das compensações por despedimento, tornando-o mais fácil e mais barato – transmitiu ao “mercado” uma mensagem que se traduziu no disparo da taxa de desemprego. Esta atingiu, no segundo trimestre de 2013, o nível, nunca antes visto em Portugal, de 17%.

A progressiva melhoria da situação económica e social, sobretudo a partir de 2015, gerou no país a expectativa de que seria possível recuperar, na totalidade ou em parte, as “perdas” suportadas, principalmente, por trabalhadores e pensionistas. Movimentos reivindicativos, em vários sectores profissionais, foram-se adensando a partir desse ano, com vista à recuperação de rendimentos e à “reversão” – o termo ficou consagrado – da diminuição de direitos e garantias.

Ao longo do primeiro semestre de 2018, o governo manteve, no quadro da concertação social tripartida, contactos e negociações com os parceiros sociais, tendo em vista a celebração de um acordo legitimador de novas alterações ao Código do Trabalho.

Impõe-se aqui um parêntesis.

Em Portugal, os processos de concertação social desenvolvem-se entre o governo, duas confederações de trabalhadores (a Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses – Intersindical e a União Geral de Trabalhadores) e quatro confederações de empregadores (a Confederação da Indústria Portuguesa, A Confederação do Comércio e Serviços, a Confederação da Agricultura Portuguesa e a Confederação Portuguesa do Turismo). Existe um “quadro institucional” (a Comissão Permanente de Concertação Social) que funciona numa sala de reuniões facultada pelo Conselho Económico e Social; trata-se, no entanto, de uma abstracção, que recobre as reuniões, sem periodicidade certa, entre o governo e os parceiros sociais.

Por vezes, a concertação social desenvolve-se em torno de programas de produção legislativa, como processo de “legitimação social” de medidas que o governo pretende concretizar por via legal. No que respeita à legislação do trabalho, em particular, esse procedimento adquiriu carácter verdadeiramente decisivo. Os governos abstêm-se de pôr em marcha projectos legislativos que não tenham apoio em acordos com os parceiros sociais. Por vezes, esses acordos são acolhidos como “males menores” (como terá ocorrido com o que “legitimou” a L. 23/2012) perante a perspectiva de legislação mais gravosa, lançada unilateralmente pelo governo.

Sob o ponto de vista político-jurídico, o sistema tem o inconveniente manifesto de colocar a legislação do trabalho na dependência da correlação de forças sociais em cada momento. Essa correlação é, em Portugal como noutros países, há décadas, favorável aos empregadores. O desequilíbrio acentuou-se, naturalmente, com a crise desencadeada, a partir do exterior, em 2008, e reflectiu-se muito claramente no acordo de concertação social (assinado somente pela confederação sindical menos representativa) que serviu de legitimação à já referida Lei 23/2012.

Mesmo se o governo procura “forçar” soluções próprias nos projectos de alteração do Código do Trabalho, os acordos tendem, na melhor das hipóteses, para fórmulas em que os ganhos e perdas, de parte a parte, mantêm o equilíbrio convencional anterior – ou seja, não permitem alterações significativas na distribuição de benefícios e concessões.

A “concertação legislativa” pode, decerto, ser considerada salutar de um ponto de vista de democracia participativa. No entanto, a Constituição portuguesa atribui à Assembleia da República (Parlamento unicameral) a competência primária para a elaboração de legislação laboral. O governo só pode legislar nesse campo mediante autorização legislativa do Parlamento. E a verdade é que, na imensa maioria dos casos, as leis do trabalho têm sido resultantes de propostas do governo aprovadas na Assembleia da República.

Os acordos de incidência legislativa que são assinados no âmbito da concertação social obrigam o governo a elaborar projectos de lei em conformidade e a enviá-los ao Parlamento, mas este – não obstante a sua primordial legitimidade constitucional — fica praticamente impedido de modificar esses projectos, sob pena de desvirtuar os acordos e desautorizar o governo face aos

parceiros sociais. O jogo não é, pois, sob o ponto de vista constitucional, inteiramente claro.

Encerremos o parêntesis.

As negociações de um acordo com incidência legislativa que se desenrolaram no primeiro semestre de 2018 suscitaram, naturalmente, a esperança de que pudesse, nalguma medida, efectuar-se a “reversão” de algumas das perdas provocadas pela lei de “austeridade laboral” em vigor desde 2012. Ao contrário do que ocorria em 2012, o governo era do Partido Socialista, apoiado no Parlamento pelos partidos à sua esquerda (Partido Comunista e Bloco de Esquerda), conjunto que se tinha sempre mostrado muito crítico da política de “austeridade laboral”. A expectativa era justificada.

Assinado o acordo em Junho, mais uma vez pela confederação menos representativa (a União Geral de Trabalhadores), pelo governo e pelas confederações de empregadores, constatou-se que o resultado constituía, simplesmente, um novo arranjo de benefícios e perdas, de efeito potencialmente neutro, e nada que pudesse significar qualquer tipo de recuperação das perdas sofridas do lado dos trabalhadores, a partir de 2012. Por outras palavras, a expectativa de “reversão” foi totalmente frustrada. Se pode falar-se de um saldo positivo, ele favorece, provavelmente, os empregadores – no mínimo, pela manutenção do *statu quo* estabelecido em 2012.

Logo após a assinatura do acordo, o governo publicou a Resolução nº 72/2018, pela qual assumiu oficialmente, como directrizes de política legislativa, os compromissos assumidos com os parceiros sociais. E, pouco depois, remeteu à Assembleia da República a proposta de lei nº 136/XIII, concretizando essas directrizes. Aproposta governamental cruzou-se, porém, com mais de duas dezenas de outras, provenientes dos vários partidos, e todas tendentes a alterar o Código do Trabalho. Entre elas, várias dos Partido Comunista e do Bloco de Esquerda, tendentes à anulação das medidas de “austeridade laboral”. Gerou-se, assim, um esboço de impasse no Parlamento, que teve como consequência a “hibernação” das propostas e a impossibilidade da aprovação da do governo, nos exactos termos decorrentes do acordo que lhe servira de base. Essa situação mantinha-se no fim do ano.

Em matéria propriamente laboral, apenas um diploma legal publicado em 2018 merece referência detalhada. Trata-se da Lei 14/2018, de 19 de Março, relativa à situação dos contratos de trabalho em caso de transmissão da empresa ou estabelecimento.

A matéria estava tratada, com bastante desenvolvimento, no Código do Trabalho (arts. 285º e seguintes), de acordo com uma tradição legislativa de muitas décadas. Esse regime legal obedecia ao princípio – acolhido na generalidade dos sistemas jurídicos — da automática sub-rogação do adquirente do estabelecimento ou empresa na posição contratual que o transmitente tinha nos contratos de trabalho, assim como na plena salvaguarda de todos os direitos e obrigações dos trabalhadores envolvidos. De resto, a incorporação dessas orientações legislativas no ordenamento português era tornada forçosa pela obrigação de transpor para o direito interno uma norma da União Europeia: a

Directiva 2001/23/CE.

No entanto, a Directiva europeia e o regime jurídico contido no Código do Trabalho português não tratavam, especificamente, de uma questão importante: a da possibilidade (ou não) de o trabalhador se opor à substituição do seu empregador por efeito da transmissão do estabelecimento ou empresa. Essa questão foi suscitada pela verificação de um conjunto de práticas empresariais destinadas a utilizar a transmissão de estabelecimentos ou partes de empresas como expediente para a eliminação de pessoal ou, no mínimo, para a diferenciação de estatutos jurídico-laborais de certos conjuntos de trabalhadores no âmbito da mesma organização económica.

A possibilidade de um trabalhador não acompanhar a passagem do estabelecimento à titularidade de outra pessoa (física ou jurídica) nunca esteve em dúvida, como natural corolário da liberdade contratual, na vertente da escolha (aceitação ou rejeição) do outro contraente. No entanto, a única solução jurídica que podia deduzir-se da legislação era a de se reconhecer ao trabalhador o direito de resolução do contrato, ou seja, o direito de...renúncia ao emprego.

A novidade fundamental que a L. 14/2018 introduz consiste na consagração de um verdadeiro direito de oposição do trabalhador à mudança de empregador. De direito de oposição só pode, com efeito, falar-se se o trabalhador tem a faculdade de impedir essa mudança, ou seja, de decidir pela permanência ao serviço do transmitente. Essa faculdade é, agora, reconhecida pelo art. 286-A, introduzido no Código pela L. 14/2018.

A oposição do trabalhador tem que ser justificada pela invocação de “prejuízo sério” provavelmente causado pela mudança. A probabilidade da ocorrência de tal prejuízo deve fundar-se em “manifesta falta de solvabilidade ou situação financeira difícil” da entidade adquirente do estabelecimento ou empresa, ou, simplesmente, no facto de “a política de organização do trabalho” dessa entidade “não merecer a confiança” do trabalhador. Se o primeiro fundamento assenta em dados objectivos, o segundo parece bastar-se com a “convicção” afirmada pelo trabalhador, tendo, assim, mero suporte subjectivo.

O novo regime do direito de oposição torna-se problemático nos casos em que o transmitente abandonou a actividade empresarial, deixando de poder empregar pessoas, ou, simplesmente, não tem, na sua empresa, qualquer possibilidade de ocupação para o trabalhador oponente à transferência. No entanto, esse problema, que é real e não resolvido explicitamente pela lei consagradora do direito de oposição, não parece muito diferente do que ocorre sempre que um empregador deixa de ter ocupação viável para um trabalhador. Na lei portuguesa, a resposta pode encontrar-se, conforme os casos, no regime da caducidade do contrato de trabalho (se o transmitente deixou de ser empresário) ou no do despedimento por extinção de um posto de trabalho (se o transmitente continua detentor de empresas ou estabelecimentos, mas não tem ocupação viável para o trabalhador).

Ainda com incidência na área da regulamentação do trabalho, deve referir-se a L. 60/2018, de 21 de Agosto, que consagrou medidas tendentes a propiciar a igualdade remuneratória entre homens e mulheres. Entre outros aspectos, a

nova lei institui um sistema de informação estatística permanente tendo por objecto as diferenças remuneratórias entre sexos, e impõe às entidades empregadoras a adopção de uma política de “transparência remuneratória”. Trata-se de fazer assentar os sistemas salariais praticados nas empresas em processos de avaliação objectiva de funções, independentemente de serem exercidas por homens ou mulheres.

República Dominicana – Anuario 2018

Rafael F. ALBURQUERQUE

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

El año 2018 no ha registrado cambio alguno en las normas que conforman el Código de Trabajo. Al igual que ha acontecido en los años anteriores, con una normativa consensuada tripartitamente en 1992, el sector empresarial ha seguido insistiendo en la necesidad de que se introduzcan modificaciones a una legislación que ya ha cumplido más de veinticinco años. En sus razonamientos se aduce que es necesario adaptarla a las nuevas realidades impuestas por la globalización y la revolución tecnológica, que debe ser flexibilizada para poder competir ventajosamente con los países del área y que debe reducirse el pasivo laboral que recae sobre las empresas debido al auxilio de cesantía establecido para aquellos casos de desahucio (terminación sin causa del contrato de trabajo por tiempo indefinido), despido injustificado o dimisión justificada.

Las autoridades han hecho varios intentos de mediación entre empleadores y trabajadores en los meses finales de 2017 y en el primer semestre de 2018, pero al margen de un interesante acercamiento en materia del procedimiento ante los tribunales de trabajo, no ha podido lograrse el avenimiento en cuanto a la modificación del derecho sustantivo. La discrepancia ha girado particularmente en torno al auxilio de cesantía: los empresarios proponen respetar los derechos adquiridos de los actuales trabajadores y en cuanto a las nuevas contrataciones limitar doblemente la indemnización a pagar: por una parte, en cuanto al tiempo, un tope de tres años más allá del cual no se la abonaría; y por otra, en cuanto al monto, calcularla exclusivamente hasta una determinada suma de salario¹. Los dirigentes sindicales se han negado a discutir la propuesta y han amenazado con retirarse del diálogo si el tema se propone. Esta situación condujo finalmente al abandono de las conversaciones en los inicios del segundo semestre del pasado año.

¹ Actualmente se pagan veintidós días de salario por cada año de trabajo y a partir de cinco años de trabajo ininterrumpido veinticinco por año. Con la propuesta del empresariado se pagarían veinticinco días de salario por cada año, sin exceder de tres y se calcularía en base a un salario tope que no debería exceder de ocho veces el salario mínimo promedio de ley.

Pero esta ausencia de concertación no implica que la legislación del trabajo se haya mantenido invariable, pues en la legislación dominicana los tratados y convenios, una vez aprobados por el Congreso Nacional, pasan a formar parte del derecho interno con la misma fuerza que una ley nacional. En efecto, conforme al artículo 26 de la Constitución, las normas del derecho internacional general y americano rigen en el ámbito interno en la medida en que los poderes públicos las hayan adoptado y una vez publicadas de manera oficial. Y en el artículo 74 de la Carta sustantiva se dispone que tendrán jerarquía constitucional si esos tratados y convenios se refieren a derechos humanos. Desde luego, si uno de estos pactos colisiona con la Constitución, ésta prevalecerá, pues conforme a su artículo 6 es nula toda norma que le sea contraria, y así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia, en funciones de tribunal constitucional². No obstante, debe recordarse que, en virtud del principio de la norma más favorable, el tratado tendría la preeminencia si su contenido reconoce al trabajador mayores derechos que los establecidos en la Constitución, criterio en consonancia con la obligación impuesta a los poderes públicos por la Constitución de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales en el sentido más favorable a la persona de su titular (Art. 74, constitucional). Este aspecto de la jerarquía de la fuente hoy ya no tiene mayor importancia porque desde el año 2010 los tratados y convenios deben ser sometidos a un control previo de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, antes de ser ratificados por el órgano legislativo (Art. 185, constitucional).

Pues bien, por Resolución 104-13 del Congreso Nacional, promulgada el 30 de junio de 2013 entró en vigor el Convenio 189 de la OIT sobre Trabajo Decente para las Trabajadoras y Trabajadores Domésticos, cuya aplicación comenzó a regir un año después, según lo dispuesto en el artículo 21 del convenio. Al tema no se le prestó mayor importancia. No hubo declaraciones, artículos ni polémicas por parte de las autoridades, las organizaciones sindicales o los tratadistas, posiblemente porque la aprobación en el Congreso, su posterior promulgación por el Poder Ejecutivo y su publicación en la Gaceta Oficial no trascendió a la opinión pública. Solo sería en años posteriores al 2014, ya oficialmente en vigor el convenio, cuando los dirigentes sindicales comenzaron a exigir su difusión y su aplicación por parte de las autoridades administrativas del trabajo, y es el pasado año cuando irrumpe con fuerza el debate en torno al impacto del Convenio 189 sobre la legislación nacional.

El contrato de trabajo de los domésticos se encuentra sujeto a un régimen especial en el Código de Trabajo (Arts. 258 a 265). Conforme a sus disposiciones el trabajo de los domésticos solo goza de los derechos que se indican a continuación: una jornada sin límite de tiempo, con un reposo ininterrumpido de nueve horas por lo menos entre dos jornadas; dos semanas de vacaciones remuneradas cada vez que cumplan un año de servicios; salario de Navidad; permisos necesarios para ir a la escuela, el médico o un centro de salud; salario íntegro si contrae una enfermedad por contagio directo de uno de los

² SCJ. 21 julio 2010, Boletín Judicial 1196, p. 38; SCJ. 22 septiembre 2010, B.J. 1198, p. 50; SCJ. 13 octubre 2010, B.J. 1199, p. 16; SCJ. 8 diciembre 2010, B.J. 1201, pp. 11 y 20; SCJ. 26 enero 2011, B.J. 1202, pp. 12, 19 y 25; SCJ. 9 febrero 2011, B.J. 1203, pp. 14 y 20.

miembros de la familia para la cual trabaja; y salario, en el cual se comprende, además del pago en dinero, alojamiento y alimentos de calidad corriente, los cuales se cuantifican en un cincuenta por ciento de valor del salario en numerario.

Se trata de un régimen discriminatorio y menguado cuando se le compara con el trato concedido al trabajador común y corriente en el Código de Trabajo. No hay protección alguna para el trabajador doméstico menor de edad, que podrá prestar sus servicios aun antes de cumplir los catorce años y, una vez cumplidos, sin necesitar la autorización de sus padres; no se les reconoce el derecho a las licencias remuneradas por muerte de uno de los parientes, nacimiento del hijo o matrimonio; no se les otorga el derecho a estar afiliados al sistema de la seguridad social, salvo que lo hagan como un trabajador por cuenta propia o bajo el denominado régimen subsidiado; quedan al margen de las regulaciones propias de los casos de suspensión de los efectos del contrato de trabajo; no se les concede el derecho a constituir sindicatos; y, lo más importante, carecen del derecho a las prestaciones laborales en caso de terminación del contrato de trabajo.

UN VERDADERO TRABAJADOR DE SEGUNDA

Cierto que, en el transcurso del tiempo, algunas voces se escucharon para advertir que la reglamentación del trabajo doméstico debía ser interpretada de manera restrictiva. Según esta tesis las regulaciones concernientes al trabajo de los menores, a la protección a la maternidad y a la organización sindical se extendían al trabajo de los domésticos, pues el régimen particular que los regía se limitaba a restringir los derechos concernientes a la jornada, los descansos, las vacaciones y la terminación del contrato de trabajo. En la práctica, este criterio no ha tenido éxito, y es moneda común y corriente que en los hogares se contraten menores de edad para el servicio doméstico y que a la doméstica no se le conceda la licencia legal por razones de maternidad, sin que esta realidad ocasione un sometimiento judicial por parte de la inspección de trabajo y sin que los propios interesados accionen judicialmente ante la jurisdicción de trabajo. No obstante, los trabajadores domésticos han logrado organizarse sindicalmente y obtener el correspondiente registro ante las autoridades administrativas del trabajo, aunque no han podido por esta vía lograr mejores condiciones de trabajo.

Este panorama ha comenzado a cambiar a partir del año 2018, pues el Ministerio de Trabajo ha comenzado a exigir el cumplimiento del Convenio 189 ante las querellas de trabajadores que han reclamado el cumplimiento de las obligaciones de su empleador.

En aplicación del convenio se entenderá como doméstico todo trabajador que realice de modo habitual una labor en el hogar (Art. 1); la definición es casi la misma que la contenida en la legislación dominicana (Art. 258, Código de Trabajo). Por tanto, el trabajador dominicano que sea calificado como doméstico estará sujeto al régimen legal establecido en el convenio, el cual modifica drásticamente la regulación incluida en el Código de Trabajo de la República Dominicana.

En primer término, en cuanto al acceso al trabajo, el Convenio dispone expresamente que, se deberá fijar una edad mínima para el trabajo doméstico, compatible con las normas internacionales ya aprobadas por la OIT (Art. 4), razón por la cual, no se admite en lo adelante duda alguna de que un menor dominicano pueda emplearse como doméstico antes de cumplir catorce años. A partir de esa edad lo podrá hacer, pero con la autorización previa de sus padres o de su tutor.

En segundo lugar, a partir de la aplicación del Convenio, el trabajador doméstico dominicano gozará de los mismos derechos que los demás trabajadores en general (Art. 6) y, en ese sentido, se les asegurará:

- a) Un límite en su jornada de trabajo de ocho horas por día y cuarenta y cuatro a la semana, con compensación en caso de que se le requiera trabajar horas extraordinarias (Arts. 7 y 10, ordinal, 1); queda así derogada la disposición del derecho interno que solo concedía a los domésticos un reposo ininterrumpido de nueve horas entre dos jornadas, sin que se contemplara pago alguno por la extensión de una jornada que no estaba sujeta a límite alguno (Art. 261, Código de Trabajo).
- b) El descanso semanal (Art. 10, ordinales 1 y 2), período que la legislación nacional ya le reconocía al trabajador doméstico, con una duración no menor de treinta y seis horas (Art. 262, Código de Trabajo).
- c) Los períodos de descansos diarios (Art. 10, ordinal 1), previstos en la legislación nacional para los demás trabajadores, pausa para el almuerzo que hasta ahora no se concedía a los domésticos.
- d) Las vacaciones anuales pagadas (Art. 10, ordinal 1), que el legislador nacional concede al doméstico con una extensión de dos semanas calendario (Art. 263, Código de Trabajo), las cuales, en virtud del convenio deberán extenderse a catorce días laborables, que es el período establecido en la ley nacional para los trabajadores en general (Art. 177, Código de Trabajo).
- e) El derecho a un salario mínimo (Art. 11), ignorado en el régimen especial consagrado al trabajo doméstico, y el cual, a partir de ahora, deberá ser fijado por el Comité Nacional de Salarios, como acontece con los demás trabajadores dominicanos (Art. 213, Código de Trabajo).
- f) La protección de la seguridad social, incluyendo lo relativo a la maternidad (Art. 14). Aunque el sistema dominicano de seguridad social garantiza la cobertura universal, hasta ahora los domésticos habían sido marginados de su protección y, solo en los últimos meses las autoridades habían comenzado un programa para incorporarlos bajo el denominado régimen subsidiado de salud. Con la aplicación del Convenio, los domésticos que presten servicios en virtud de un contrato de trabajo deberán ser afiliados al régimen contributivo de salud. Por lo demás, como en el Convenio se menciona específicamente lo relativo a la maternidad debe interpretarse que la trabajadora doméstica gozará en lo adelante, no solo de la protección en materia de servicios médicos y pago de subsidio, sino también de la licencia por maternidad prevista en

la ley, y ampliada a catorce semanas como resultado del Convenio 183 de la OIT.

Por último, gracias al Convenio, los trabajadores domésticos disfrutarán de la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva, así como de los derechos fundamentales en el trabajo (Art. 3). Aunque en la práctica los poderes públicos no han obstaculizado la formación y constitución legal de organizaciones sindicales de domésticos, es de esperarse que, la admisión formal de este derecho auspice su fortalecimiento y posibilite, en el futuro, la celebración de acuerdos y convenios colectivos, logro de difícil realización debido a la dispersión de los trabajadores y, muy especialmente, de los empleadores domésticos.

Ahora bien, un interesante debate ha dominado el año 2018 en torno a los derechos e indemnizaciones que se generan con motivo de la terminación unilateral del contrato de trabajo. En el Ministerio de Trabajo se ha entendido que la extinción de un contrato por tiempo indefinido obliga al empleador y al trabajador a respetar el plazo del preaviso establecido en la legislación nacional para este tipo de relación laboral. Para sustentar su opinión recurre al párrafo final del artículo 7 del Convenio en el cual se dispone que, en los contratos de trabajo de los domésticos deben incluirse las condiciones relativas a su terminación, incluyendo el plazo del preaviso. Como en la legislación nacional el contrato de trabajo puede convenirse oralmente o por escrito, las autoridades entienden que, a falta de un acuerdo expreso, en la relación de trabajo del doméstico queda tácitamente convenido el plazo del preaviso establecido por la ley a favor de los demás trabajadores. Por el contrario, a falta de una mención expresa en el Convenio, el auxilio de cesantía previsto en la legislación como una indemnización por extinción de la relación de trabajo no puede considerarse como sobreentendido en el contrato de trabajo de los domésticos.

En las consultas y discusiones doctrinales, pues aún no se han escrito documentos sobre el tema, unos argumentan en sentido positivo, a favor del otorgamiento del auxilio de cesantía, pero otros rebaten este punto de vista. Los primeros arguyen que, el Convenio expresamente ordena a los Estados que lo han ratificado adoptar las medidas pertinentes a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones de empleo equitativas y decentes con miras a asegurar la igualdad entre éstos y los trabajadores en general (Arts. 6 y 10). En adición, razona esta corriente de opinión, el Estado dominicano al ratificar el Convenio se obliga a poner en práctica las disposiciones del Convenio mediante la extensión de su legislación nacional a los trabajadores domésticos (Art. 18). Por consiguiente, concluyen los que así opinan, los trabajadores domésticos deben ser indemnizados con el auxilio de cesantía como cualquier otro trabajador cuando el contrato de trabajo se extingue por causa del desahucio, el despido injustificado o la dimisión justificada. Los que sostienen la tesis contraria advierten que: 1) el artículo 6 del Convenio solo obliga a conceder a los domésticos condiciones de trabajo equitativas y decentes, sin que se disponga expresamente la concesión del auxilio de cesantía como requisito para otorgar al trabajo tales calificativos; 2) que el artículo 10 del Convenio señala expresamente que la igualdad de trato entre domésticos y los demás trabajadores debe operar en cuanto a las horas normales de trabajo, la

compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, sin que la norma internacional haga alusión alguna a la indemnización por extinción de contrato; y 3) que, en otros artículos del Convenio el legislador internacional menciona de modo expreso otros derechos que deben ser reconocidos al doméstico, como son un régimen de salario mínimo (Art. 11), la protección de la seguridad social, con inclusión a lo relativo a la maternidad (Art. 14), y la libertad sindical, la negociación colectiva y los derechos fundamentales en el trabajo (Art. 3), sin aludir en parte alguna al auxilio de cesantía. Ciertamente que la parte final del artículo 7 del Convenio habla de las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, pero, aclaran los partidarios de este segundo criterio, las partes están en libertad de acordar el alcance de estas condiciones, entre las que puede o no estar el auxilio de cesantía o cualquier otra indemnización, pues el mandato legal de dicho texto solo obliga a incluir un determinado plazo de preaviso, cuya duración también debe ser acordada por los interesados. Por tanto, se concluye con la afirmación de que, a excepción del preaviso, mencionado en el Convenio, las demás condiciones de terminación las acuerdan libremente los contratantes. Algunos sustentadores de esta última opinión estiman que, ni siquiera el preaviso es obligatorio, pues el artículo 7 del Convenio solo recomienda que, cuando sea posible, mediante contrato escrito, se informe al trabajador sobre las condiciones relativas a la terminación de su contrato de trabajo.

El debate está sobre la mesa y solo podrá ser transado mediante decisión de la Corte de Casación. Habrá que esperar que un trabajador doméstico se anime a intentar una demanda por terminación de contrato y que ésta sea decidida por el juzgado de trabajo, cuya sentencia podrá ser recurrida en apelación y, luego, conocida en derecho por la Corte de Casación.

Santo Domingo, 6 junio 2019.

Uruguay: novedades normativas en materia laboral en el período 2016-2018

Jorge ROSENBAUM-RIMOLO

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

Federico ROSENBAUM-CARLI

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

En el trienio 2016 – 2018, la regulación normativa uruguaya abordó diversos temas laborales, algunos de los cuales constituyen centros de interés a nivel internacional y otros derivan de políticas de gestión económica, productiva y social, así como de demandas de la realidad nacional.

Para su sistematización, esta presentación emplea una metodología cronológica que permite un seguimiento de la evolución reglamentaria, aunque es importante destacar que el alto grado y alcance de la negociación colectiva que se desenvuelve en el sistema de relaciones laborales y cuya predominancia se verifica en niveles intermedios de sectores y ramas de actividad, conforma una red normativa mucho más densa que en ocasiones sirve de inspiración para que el Estado promueva regulaciones generales, en otras cumple una función de complementación y adaptación a los requerimientos de las unidades de producción y generación de empleo, o finalmente, también colma vacíos que la legislación no llega a regular.

Entre las temáticas tratadas y sobre las que se incorpora una somera descripción, destacan las siguientes:

- a) procedimientos de actuación en materia de consumo de alcohol, cannabis y otras drogas en el ámbito laboral;
- b) obligación de instalar salas de lactancia materna en los centros de trabajo;

- c) reglamentación sobre mecanismos para la prevención y sanción de las prácticas de acoso sexual en el trabajo;
- d) cambios respecto de la extensión de documentos de control laboral;
- e) protección laboral de las mujeres víctimas de violencia basada en género;
- f) promoción del trabajo para personas con discapacidad;
- g) creación de un Fondo de Garantía de créditos laborales para los casos de insolvencia patronal;
- h) modificaciones de las normas de fomento del empleo juvenil;
- i) licencia para personas con familiares con discapacidad.

Año 2016

1) DECRETO N° 128/016 QUE REGLAMENTA PROCEDIMIENTOS DE ACTUACIÓN EN MATERIA DE CONSUMO DE ALCOHOL, CANNABIS Y OTRAS DROGAS EN EL ÁMBITO LABORAL

El mencionado decreto es aplicable a toda relación de trabajo, tanto para el sector público como el privado.

Asimismo, se prohíben las siguientes conductas durante la jornada de trabajo: a) el **consumo**; y b) la **tenencia** de alcohol y cualquier tipo de droga (en los lugares de trabajo o en ocasión del trabajo).

En función de lo dispuesto por dicha norma, se deben acordar pautas y procedimientos para la detección del consumo de alcohol, cannabis y otras drogas, en ámbitos bipartitos (a nivel de empresa en Comisiones de Salud y Seguridad); o por negociación a nivel de sectores de actividad.

Básicamente, los protocolos deben establecer, como mínimo: a) el procedimiento para aplicar pruebas de detección de drogas, que debe realizarse con medios analíticos validados por la autoridad competente, así como que deben utilizarse métodos de detección no invasivos, y los controles deben realizarse por personal del Servicio de Salud o personal de salud contratado (en conocimiento del delegado de salud o representante sindical, pudiendo estar presente); b) el procedimiento de control en trabajadores que al ingreso o durante la jornada presenten evidencia de no encontrarse en condiciones para trabajar por existir indicadores de consumo de drogas; y c) acciones de sensibilización, prevención y capacitación.

Aquellos trabajadores que presenten indicadores de conducta evidentes de no encontrarse en condiciones de desempeñar su labor en virtud de los efectos del consumo, serán separados de sus tareas y se les podrá aplicar las pruebas de detección de un eventual consumo.

Si el resultado fuere positivo, se procederá a suspender al trabajador en esa jornada; el personal de salud emitirá un informe firmado, indicando los datos del examinado, procedimiento practicado, resultado de la prueba y

recomendaciones derivadas del resultado; y el informe debe entregarse en su original al trabajador, y una copia a la Comisión bipartita de seguridad y salud (actuando en reserva y confidencialidad).

Ante un segundo resultado positivo, la Comisión bipartita de seguridad y salud debe orientar al trabajador a los servicios de salud para su diagnóstico y eventual tratamiento de rehabilitación; y se podrán aplicar las sanciones correspondientes.

El trabajador puede negarse a realizar las pruebas de detección de consumo, aunque, en ese caso, no puede retornar a sus tareas hasta que certifique encontrarse en condiciones de trabajar.

Ante un resultado positivo de consumo, el trabajador puede solicitar una prueba confirmatoria, en sangre para alcohol, en un plazo menor a 2 horas; en saliva para cannabis y cocaína, en el mismo acto de aplicación del dispositivo. En caso de que la prueba confirmatoria sea positiva, el costo de la misma debe abonarlo el trabajador; si fuere negativa, debe abonarlo el empleador.

Ante un resultado negativo de consumo, el trabajador debe reanudar sus tareas habituales, y el empleador no podrá descontar del salario el tiempo que hubiere estado inactivo a causa del procedimiento de control dispuesto.

Año 2017

1) LEY Nº 19.530 SOBRE SALAS DE LACTANCIA MATERNA

El propósito de la ley es fomentar la instalación de salas de lactancia como áreas físicas de los lugares de trabajo y estudio que, conforme la definición deben ser exclusivas y estar acondicionadas convenientemente para que las mujeres puedan amamantar a sus hijos y realizar la extracción de leche, almacenamiento y conservación de la misma.

La implementación de estas salas debe realizarse en principio en los edificios o locales de los organismos e instituciones del sector tanto público como privado, en las que alternativamente, a) trabajen o estudien veinte o más mujeres; o b) trabajen cincuenta o más empleados.

Asimismo, se exige que dichos espacios locativos garanticen la privacidad, seguridad, disponibilidad de uso, comodidad, higiene y fácil acceso de quienes las utilicen, como forma de asegurar el adecuado amamantamiento, así como la extracción y conservación de la leche materna.

Las empresas privadas y entidades públicas regidas por esta ley, cuentan con un plazo no mayor a 9 meses para acondicionar dichos espacios físicos, requiriéndose que una vez cumplida la obligación, den aviso al Ministerio de Salud Pública y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a los efectos correspondientes.

De la lectura del articulado, podría deducirse que no constituye una obligación hacerlo en los edificios, locales o establecimientos del organismo o empresa pública

o privada, en tanto el art. 4 de la ley comentada prevé que la implementación de salas de lactancia en edificios o locales no contemplados en el artículo 2°, deberá ser comunicada al Ministerio de Salud Pública y al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a los efectos de los controles e inspecciones que la reglamentación determine. Se trata de un aspecto que provocó una discusión menor en el Parlamento, ya que ello supone que sería posible contratar u obtener una sala de este tipo aun fuera del ámbito laboral o de estudio.

Otro tanto ocurre respecto de los empleadores públicos o privados y de los organismos o instituciones de enseñanza que quedan fuera del alcance de este deber al no computar el número de empleados y estudiantes establecido en la ley, o de mujeres en edad de dar a luz (p. ej., pequeños jardines de infantes).

No obstante, para estos casos la norma dispone que si cuentan con al menos una mujer en período de lactancia, deberán asegurar los mecanismos que garanticen el uso de un espacio destinado a amamantar, extraer o almacenar y conservar la leche materna. Esto supone que es obligatorio para quienes están excepcionados, contratar u obtener una sala de este tipo y comunicarlo a los Ministerios involucrados.

Si bien no ha sido objeto de discusión, este artículo podría constituir un lamentable desincentivo para contratar trabajadoras mujeres, ya que en las pequeñas empresas si bien no se exige la adecuación de un lugar propio –lo que sería improbable en locales muchas veces reducidos en tamaño– sí deben asumirse costos económicos transitorios si una de sus empleadas ha dado a luz y debe amamantar al niño.

La ley demanda a los Ministerios de Salud Pública y de Trabajo y Seguridad Social que asistan a las instituciones obligadas para promover efectivamente el uso de las salas de lactancia, realizando campañas de sensibilización y formación sobre la importancia del apoyo a las mujeres que amamantan en los espacios laborales o de estudio.

Las sanciones por incumplimiento de la ley y sus obligaciones, podrán ser impuestas tanto por el Ministerio de Salud Pública como por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social según corresponda, de acuerdo con las regulaciones que habrá de determinar la reglamentación que se dicte.

2) REGLAMENTACIÓN DE LA LEY N° 18.651 SOBRE ACOSO SEXUAL

El Decreto N° 256/017 de 11 de setiembre de 2017, reglamenta la Ley N° 18.651 de 2009 sobre prevención y sanción de las prácticas de acoso sexual en el trabajo.

El Decreto N° 256/017 reglamenta las medidas que deben adoptarse por parte de los empleadores para prevenir y sancionar el acoso sexual, así como algunos criterios para determinar cuándo existe responsabilidad de la empresa y cuál es la sanción que eventualmente le podrá aplicar la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social.

La norma reglamentaria establece que los empleadores están obligados a poner en práctica medidas de prevención y desaliento de las prácticas de acoso sexual en el trabajo, considerando que se tomarán en cuenta, entre otras acciones, las siguientes: a) confección de **Protocolos** internos; b) la realización de **cursos** de capacitación al personal; y c) la adopción de medidas de **evaluación** del ambiente laboral.

En el caso de los **Protocolos**, el Decreto establece que este tipo de Reglamento interno deberá incluir pautas que permitan identificar las situaciones de acoso, regular los mecanismos de denuncia y el procedimiento para investigar, el cual deberá garantizar el derecho de denunciante y denunciado de “ser oídos” y ofrecer medios de prueba, garantizándose la reserva de las actuaciones.

Este Protocolo, al igual que todo otro documento sobre la prevención del acoso sexual, podrá ser comunicado al personal a través de la web institucional, el correo electrónico o cualquier otro medio de difusión fehaciente.

Respecto a los **cursos** de formación, los mismos pueden ser dictados por INEFOP así como cualquier otra institución educativa, pero en este último caso solo se valorarán los cursos cuya temática y docentes acrediten ser equivalentes a los de INEFOP.

En cuanto a las medidas de **evaluación**, se establece que se considerarán positivamente las acciones internas de verificación del cese de conductas de acoso, el seguimiento de las medidas preventivas adoptadas, la realización de encuestas de clima laboral, entre otras. Esas medidas pueden ser adoptadas en acuerdo con la Comisión Bipartita de Salud Laboral o los Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo (si existiere) o en forma directa por la Dirección de la empresa.

El Decreto habilita a que el empleador pueda adoptar medidas cautelares provisionales, para proteger al empleado denunciante. A tales efectos se establece que la empresa podrá modificar horarios o turnos de trabajo de denunciante y/o denunciado, disponer traslado del lugar de trabajo o adoptar cualquier otra clase de medida precautoria que ambos empleados no tengan contacto.

Las medidas cautelares no tendrán naturaleza sancionatoria y deberán adoptarse teniendo en cuenta la situación de denunciante y denunciado y las características de la empresa (por ejemplo, su tamaño, cantidad de locales, horarios de funcionamiento, etc.).

La normativa reglamentaria que se comenta dispone que la denuncia puede ser formulada de manera verbal o escrita. En el primer caso, se considera necesaria la presencia de un delegado sindical o de dos testigos que acrediten el hecho.

En el segundo caso se dispone que puede realizarse mediante la presentación de un escrito, el envío de un telegrama colacionado, el correo electrónico o cualquier otro medio fehaciente.

La denuncia, verbal o escrita, debe contener el relato de los hechos y comportamiento que supuestamente configuran la situación de acoso laboral,

así como la identificación del sujeto activo. Aunque no es indispensable, el denunciante puede presentar medios de prueba para acreditar su denuncia.

Además, el Decreto prevé dos grandes ámbitos de recepción de la denuncia: la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social y la empresa.

En el caso de la empresa, la norma establece que la denuncia deberá ser formulada ante el órgano que se indique en el Protocolo interno. En caso de que el Protocolo o cualquier otro documento de la empresa (Reglamento, Convenio colectivo, etc.) no se indique expresamente el ámbito, el denunciante podrá formular su denuncia ante la Dirección de la empresa (en sentido amplio), la Comisión de Salud Laboral o el Servicio de Prevención y Salud.

En caso de que la denuncia se haya formulado ante la empresa, se deberá seguir el procedimiento que se establezca en el Protocolo, Reglamento o cualquier otra clase de documento interno conocido por el personal.

La investigación deberá ser realizada por persona/s independiente y preferentemente con conocimiento en la materia. Según lo dispuesto por la Ley N° 18.561 y su decreto reglamentario, la investigación deberá constar por escrito, ser llevada en reserva, garantizando a ambas partes ser oídas y fundamentar sus dichos y su resolución deberá emitirse en un **plazo no mayor de 30 días**.

La resolución final deberá ser comunicada a ambas partes, informándoles que si alguna de ellas considera que la misma es lesiva de sus derechos fundamentales, dispondrá de un plazo de 10 días hábiles podrá presentarse ante la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social a solicitar se inicie dentro de ese ámbito la instrucción de investigación.

El Decreto aclara además que la circunstancia de que se haya realizado una denuncia ante la empresa o la Inspección, no inhibe que el denunciante formule la misma también ante la Justicia competente. De igual modo, para presentar una acción judicial no se requiere haber presentado previamente una denuncia interna o ante la Inspección.

Por otro lado, la norma reglamentaria que comentamos establece una serie de indicios para valorar la existencia o no de acoso sexual. En efecto, sin perjuicio de que la prueba recabada en la investigación debe ser valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, esto es, de manera global, sistemática y racional, existen algunos hechos de los cuales puede inferirse la existencia del acoso: a) la conducta del denunciado en relación a otros compañeros de trabajo; b) la existencia de denuncias anteriores contra el mismo denunciado; c) la posición de denunciante y denunciado en la organización; d) la afectación emocional del denunciante; e) las características físicas del lugar de trabajo; f) las características socio culturales de las partes; y g) las características particulares del medio en el que se desenvuelve la relación laboral.

A efectos de evaluar la posible responsabilidad de la empresa en caso de que se compruebe que hubo acoso sexual, la normativa establece varias pautas.

Primero, la responsabilidad surgirá siempre que la empresa haya estado en conocimiento del acoso sexual. A tal fin se considera que la empresa tiene

conocimiento de la denuncia si la misma fue comunicada en la forma ya relatada y ante los ámbitos anteriormente descritos.

Segundo, se tomará en cuenta si la empresa ha adoptado medidas que prevengan, desalienten y sancionen las conductas de acoso sexual. Así, a vía de ejemplo, se ponderará si la empresa realizó la investigación en tiempo y forma, si existe Protocolo, si se han realizado cursos de capacitación del personal, si existen políticas para erradicar las conductas inapropiadas, si se han adoptado procesos de cambio organizacional en busca de equidad de género, etc.

Tercero, se analizará qué medidas preventivas adoptó la empresa una vez recepcionada y conocida la denuncia de acoso.

A nuestro juicio, es muy claro entonces que la normativa legal y reglamentaria prevé un régimen de responsabilidad subjetiva, basada en la comprobación de culpa por parte de la empresa. No es suficiente que se compruebe que hubo acoso sexual en el trabajo. Se requiere que el empleador no haya actuado con la diligencia de un buen empresario.

3) MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE DOCUMENTOS DE CONTROL LABORAL

Con fecha 2 de octubre de 2017, el Poder Ejecutivo dictó un Decreto que aprobó un nuevo régimen para la Planilla de Trabajo Unificada y los demás documentos de control laboral.

Por un lado, reglamenta los datos de los trabajadores que debe registrar la empresa ante el BPS y en el sistema de **Planilla de Trabajo Unificada**, y, por otro lado, actualiza la reglamentación en torno a la documentación de control laboral (**Libro de Registro Laboral, Recibos de Salario y Comunicado de Licencia**).

El mismo es aplicable para todo empleador del sector privado y personas públicas no estatales, que tengan personal dependiente. Alcanza a los empleadores de trabajo doméstico, pero con varias particularidades que se comentan más adelante.

Los empleadores deben registrar ante el BPS los siguientes datos: a) grupo y subgrupo de actividad y, en su caso, capítulo y/o bandeja que le corresponda en la clasificación de actividades correspondiente a los Consejos de Salarios; b) categoría laboral de cada trabajador, de conformidad a la descripción prevista para el grupo y subgrupo y, en su caso, para el capítulo y/o bandeja al que pertenezca la empresa; c) jornada de trabajo, descansos intermedio y semanal; d) forma de remuneración, monto y composición de la misma de cada trabajador (sueldo base, comisiones, presentismo, incentivos, alimentación, etc.); y e) los demás datos que indique el BPS.

El empleador podrá dejar constancia de cualquier otro dato que interese al contrato o relación de trabajo, en el ítem “Observaciones” de la Planilla de Trabajo Unificada.

Toda modificación que opere en el transcurso de la relación de trabajo, deberá ser registrada ante el BPS dentro del plazo de 15 días corridos, contados a partir de la fecha en que aconteció el mismo.

El empleador que al 2/10/2017 cuente con actividad registrada ante el BPS, dispondrá de un plazo extraordinario para cumplir con el registro de los datos previstos por el artículo 2, en los términos que establezca el calendario que fije el MTSS.

Dicho calendario no se aplicará cuando el registro corresponda al ingreso de un nuevo trabajador, en cuyo caso, el grupo y sub-grupo de actividad, bandeja y/o capítulo en caso de corresponder, categoría laboral, horarios correspondientes a la jornada de trabajo, descanso intermedio y semanal, así como la forma de remuneración, monto y composición de la misma, deberán consignarse simultáneamente con el registro de los datos que establece el Decreto N° 40/998, de 11 de febrero de 1998, y sus modificativos.

La Planilla de Trabajo Unificada se confecciona digitalmente a través de la página del BPS y contiene los siguientes datos:

Datos del empleador: razón social, naturaleza jurídica, domicilio, grupo, subgrupo y, en su caso, capítulo y/o bandeja que le corresponda, de acuerdo a la clasificación de actividades correspondiente a los Consejos de Salarios, número de Registro Único Tributario, número de Registro ante el Banco de Previsión Social, titular o titulares, y fecha de inicio de sus actividades.

Datos del personal: nombre de los trabajadores que estén en actividad y de aquellos que hayan egresado en el último año calendario, a contar desde la fecha de emisión del reporte, fecha de nacimiento, sexo, categoría laboral, vínculo funcional, fecha de ingreso y egreso si lo hubiera, salario base de acuerdo al régimen de remuneración, horario de trabajo, descanso intermedio y semanal.

El reporte Planilla de Trabajo Unificada será accesible al empleador y, por su intermedio, a sus trabajadores. El empleador se encuentra obligado a asegurar al trabajador el acceso al mismo.

Todo empleador del sector privado, incluido el que constituye una persona pública no estatal, que tenga personal dependiente, está obligado a llevar un Libro de Registro Laboral por cada establecimiento.

Dicha obligación deberá cumplirse dentro de un plazo de 10 días hábiles contados a partir del siguiente al de inicio de la actividad. El empleador que, al 2/10/2017 ya hubiera registrado el Libro de Registro Laboral, no deberá proceder nuevamente a su registro.

El empleador debe anotar en el Libro de Registro Laboral: a) antes de su verificación, los cambios de horario y turno del trabajador; b) las horas que excedan el horario normal de trabajo; c) el horario que cumplen diariamente aquellos trabajadores que, por la naturaleza de la actividad que realizan, no sea posible establecer con antelación la hora de comienzo y de finalización de la jornada; d) los accidentes de trabajo que ocurran, ordenados en forma cronológica y sucesiva, fecha de los mismos, nombre del o de los accidentados, descripción sucinta de los hechos, medidas adoptadas o a adoptarse para evitarlos, debiendo

efectuar dicha anotación dentro de las 24 horas siguientes de acaecido el accidente; y e) Fecha de suscripción de Convenio de fraccionamiento de licencia y/o cómputo de feriados, en el caso que corresponda.

En cuanto a la obligación de extender recibo de salario, todo empleador, inclusive los del servicio doméstico, estará obligado a expedir y entregar a sus trabajadores el recibo de pago correspondiente en oportunidad de abonar cualquier suma o remuneración, sea cual sea el sistema de pago utilizado.

Dichos recibos servirán de constancia laboral a los efectos establecidos en el artículo 10° de la Ley N° 16.244 de 30 de marzo de 1992 y en ellos deberá constar: a) Nombres y apellidos completos del trabajador, cédula de identidad, fecha de ingreso, cargo y/o categoría y forma de remuneración; b) Nombre y domicilio del empleador, grupo y subgrupo de actividad, número de registro ante el Banco de Previsión Social, o Caja Paraestatal de Seguridad Social, número de carpeta del Banco de Seguros del Estado, y número de RUT o cédula de identidad cuando corresponda; c) Relación detallada de todos los rubros que componen la remuneración: sueldo, horas extras, feriados pagos, nocturnidad, antigüedad, aguinaldo, jornal, jornal de vacaciones, salario vacacional, indemnizaciones y en general todo otro concepto relativo al vínculo laboral; d) Relación detallada de los descuentos que se efectúen; e) Fecha efectiva de pago; y f) La declaración de la empresa de haber efectuado los aportes de seguridad social correspondientes a los haberes liquidados al trabajador el mes anterior y, en caso de no haber efectuado los aportes patronales respectivos, la declaración de haber vertido los aportes obreros descontados en su carácter de agente de retención.

Para el caso de que el pago de los haberes se realice a través de depósito ante una Institución de Intermediación Financiera, el recibo deberá consignar asimismo, el nombre de la Institución, número de cuenta y número de transacción. Si el pago se realiza a través de dinero electrónico, se deberá consignar el instrumento utilizado y su identificación. En ambos casos, se considerará como fecha efectiva de pago, aquella en la cual el dinero depositado como salario a nombre del trabajador quede efectivamente a su disposición.

El empleador podrá expedir el **recibo en formato electrónico**, para lo cual deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) Instrumentar un sistema informático que permita la visualización del recibo en forma remota por parte del trabajador, proporcionando a estos efectos un usuario y una contraseña que habilite su consulta y control. El acceso a la información contenida en los recibos y la documentación que lo respalde, debe estar disponible y accesible por el término de prescripción de los créditos laborales, y ser suministrada ante el requerimiento de los organismos de contralor del MTSS, del BPS y del BSE; b) Suministrar el recibo en formato papel ante la simple solicitud del trabajador, o facilitar su impresión con terminales e impresoras dispuestas en lugares accesibles a todos los trabajadores; y c) El recibo expedido electrónicamente debe contener los mismos datos que el recibo emitido en formato papel.

La firma de una copia del recibo de pago de haberes por parte del trabajador, será necesaria cuando: a) el recibo se expida exclusivamente en formato papel; y b) el pago se efectúe en aplicación de las excepciones previstas por el artículo

21° de la Ley N° 19.210 de 29 de abril de 2014, en redacción dada por el artículo 4° de la Ley N° 19.478 de 5 de enero de 2017, así como por cualquier otra norma que habilite su pago en efectivo.

Asimismo, el empleador deberá conservar los recibos de pago, sean éstos expedidos en formato electrónico o en papel, por el término durante el cual puedan ser exigibles los créditos laborales cuyo pago acrediten (5 años), de conformidad a las leyes vigentes, debiendo ser suministrados ante el requerimiento de los organismos de contralor del MTSS, del BPS y del BSE.

En otro orden, todo empleador deberá confeccionar un listado de licencia, total o parcial a gozar por sus trabajadores en el que deberá constar los siguientes datos: a) nombre completo del trabajador; b) fecha de ingreso; c) fecha de inicio y de finalización de la licencia; y d) firma del trabajador.

El listado de licencias podrá establecerse por grupo de actividad, por zonas geográficas o individualmente para cada empresa y deberá incorporarse al Libro de Registro Laboral en forma previa al inicio del goce de la misma por parte del trabajador. Si la empresa cuenta con un número importante de trabajadores podrá registrar los listados de licencia en las condiciones establecidas en el artículo 17.

Quedan exceptuados de las obligaciones dispuestas en los capítulos II, III IV y VI del decreto (Registro de datos, Planilla de Trabajo Unificada, Libro de Registro Laboral y Comunicado de Licencia), los empleadores del servicio doméstico.

A su vez, quedan exceptuados de las obligaciones dispuestas en el capítulo II del decreto (Registro de datos) los empleadores de trabajadores incluidos en el ámbito de afiliación de la Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias (Ley N° 18.396 de 24 de octubre de 2008 y modificativas), de la Caja Notarial de Seguridad Social (Ley N° 17.437 de 20 de diciembre de 2001 y modificativas), y de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios (Ley N° 17.738 de 7 de enero de 2004 y modificativas), en lo que refiere a dichos trabajadores.

En cuanto al trabajo de personas extranjeras, ningún empleador podrá contratar laboralmente a personas extranjeras que se encuentren en situación irregular en el territorio nacional. El empleador deberá exigir al trabajador la documentación emitida por la Dirección Nacional de Migración o el Ministerio de Relaciones Exteriores, según corresponda de conformidad con lo establecido en los artículos 19 y 20 de la Ley N° 18.250 de 6 de enero de 2008 y los artículos 8° y 42° a 46° del Decreto 394/009 de 24 de agosto de 2009. Los Inspectores de Trabajo quedan autorizados a controlar y a exigir dicha documentación.

Adicionalmente, el decreto prevé que el BPS no registrará la clausura de actividades si el empleador mantiene expedientes en trámite motivados en incumplimientos a las normas laborales o multas impagas ante la IGTSS. La IGTSS expedirá una constancia para que el empleador acredite la ausencia de dichos extremos ante el BPS.

En caso de destrucción, extravío o hurto de los documentos, la empresa deberá formular la denuncia dentro de las 48 horas ante la Seccional Policial y

dispondrá de 3 días hábiles luego de la denuncia para muñirse nuevamente de la documentación.

Finalmente, las infracciones se sancionarán con amonestación, multa o clausura del establecimiento.

La **amonestación** implica que la empresa pasa a integrar el Registro de Infractores a las Normas Laborales.

Las **multas** se graduarán según la gravedad de la infracción en una cantidad fijada entre los importes de uno a ciento cincuenta jornales o días de sueldo de cada trabajador comprendido en la misma, o que pueda ser afectado por ella. El monto de la multa así determinado, se convertirá a unidades reajustables. En caso de reincidencia, se duplica la escala anterior.

La **clausura de los establecimientos** no podrá ser mayor a los seis días, quedando las empresas obligadas a abonar la totalidad de los sueldos, salarios y demás obligaciones emergentes de la relación de trabajo, por el término que dure el cierre de los mismos. La clausura de los establecimientos será aplicable ante la comprobación de infracciones que demuestren una clara defraudación al Estado o perjuicio a los trabajadores.

En particular, se ha determinado como **infracción leve** el hecho de no registrar ante el BPS, cualquier cambio relativo al grupo, subgrupo de actividad, y, en su caso, capítulo y/o bandeja que le corresponda a la empresa en los Consejos de Salarios, así como aquellos referentes a la categoría y horarios del trabajador, y a la forma, monto y composición de su remuneración.

Por otro lado, se ha catalogado como **infracción grave** el hecho de no registrar ante el BPS el grupo, subgrupo de actividad, y, en su caso, capítulo y/o bandeja que le corresponda a la empresa en los Consejos de Salarios, no registrar la categoría y horarios del trabajador, forma, monto y composición de la remuneración del trabajador, no permitir el acceso a los trabajadores a la Planilla de Trabajo Unificada puesta a su disposición por intermedio del empleador a través del sitio web del BPS, no disponer de la Planilla de Trabajo Unificada en el momento de la visita de los Inspectores de Trabajo.

Año 2018

1) LEY Nº 19.580 SOBRE PROTECCIÓN LABORAL DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

A. INTRODUCCIÓN

La Ley No 19.580 de 22 de diciembre de 2017, conocida como “Ley de violencia hacia las mujeres basada en género”, establece mecanismos, medidas y políticas integrales de prevención, atención, protección, sanción y reparación de las mujeres que sufren violencia por tener esa condición.

Según la norma, la violencia basada en género “es una forma de discriminación que afecta, directa o indirectamente, la vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, así como la seguridad personal de las mujeres”.

Esta ley, que ha pasado casi desapercibida en el mundo del trabajo, pese a que según veremos seguidamente contiene varios artículos que regulan derechos y deberes laborales, define a la “*violencia basada en género hacia las mujeres*” como “toda conducta, acción u omisión, en el ámbito público o el privado que, sustentada en una relación desigual de poder en base al género, tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos o las libertades fundamentales de las mujeres”, agregando que “quedan comprendidas tanto las conductas perpetradas por el Estado o por sus agentes, como por instituciones privadas o por particulares”.

El art. 6 de la ley establece diferentes formas de “*violencia*” *basada en género*, como por ejemplo, la física, la psicológica o emocional, la sexual, por prejuicio hacia la orientación sexual, la económica, la patrimonial, la simbólica, la obstétrica, la violencia en el ámbito educativo, la violencia política, la mediática, la doméstica, la femicida, la comunitaria, la étnica racial y la laboral.

En lo que concierne a esta última, la norma legal define la **violencia laboral** como aquella “ejercida en el contexto laboral, por medio de actos que obstaculizan el acceso de una mujer al trabajo, el ascenso o estabilidad en el mismo, tales como el acoso moral, el sexual, la exigencia de requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física, la solicitud de resultados de exámenes de laboratorios clínicos, fuera de lo establecido en los marcos legales aplicables, o la disminución del salario correspondiente a la tarea ejercida por el hecho de ser mujer”.

Quiere decir que, el concepto de violencia laboral es sumamente amplio, ya que comprende todo tipo de medida, acto o comportamiento que perjudique a la trabajadora para acceder a un empleo, ascender o permanecer en el mismo, siempre que la medida lesiva o dañosa tenga como móvil “el hecho de ser mujer”. Por lo tanto, no todo caso de incumplimiento laboral que afecte a una trabajadora en su empleo, constituye automáticamente una situación de “violencia laboral”. Se requiere que la acción u omisión tenga como causa y finalidad perjudicar a la trabajadora por el solo hecho de ser mujer.

B. PROCEDIMIENTO JUDICIAL Y MEDIDAS CAUTELARES

La norma bajo estudio dispone un procedimiento especial para tramitar las denuncias de violencia basada en género, las cuales deberán ser presentadas ante los Juzgados Letrados Especializados en Violencia Basada en Género, Doméstica y Sexual.

El procedimiento judicial para tramitarse las denuncias de esa naturaleza es muy breve. Comienza con una denuncia, que puede ser realizada no solamente por la víctima sino por cualquiera persona, la cual debe ser inmediatamente

notificada a la Fiscalía competente. Una vez que la denuncia presentada ante la Fiscalía o la Policía llega a conocimiento del tribunal, éste debe notificar al denunciado, convocar a una audiencia dentro de las siguientes 72 horas y adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para proteger la integridad de la presunta víctima.

El art. 65 de la Ley confiere al tribunal la potestad de adoptar una variada gama de medidas cautelares especiales, siendo algunas de ellas la de “G) Ordenar al empleador disponer el traslado o suspensión de la persona denunciada, cuando la violencia ocurre en el lugar de trabajo de la víctima” y “H) Disponer correctivos y otras medidas para evitar la discriminación o la violencia hacia las mujeres en el medio laboral o institucional”.

En el primer caso, resulta claro que si el tribunal ordena suspender la actividad laboral del denunciado, el mismo no puede ser enviado al seguro de desempleo (porque no existe “falta de trabajo”) ni tampoco tendrá derecho a percibir remuneración, ya que no se encuentra a la orden de la empresa (no puede ser convocado hasta que finalice la suspensión ordenada por el juzgado). Del mismo modo, cualquier perjuicio, costo o dificultad que genere el “traslado” de lugar o cambio de horario de trabajo ordenado por el tribunal, deberá ser absorbido por el propio trabajador.

En lo que concierne a los correctivos y medidas para evitar o dejar sin efecto la *violencia laboral*, su contenido no es definido en la ley por lo que el tribunal tendrá a su disposición un amplio espectro de medidas precautorias, como por ejemplo, dejar sin efecto el cambio de horario, el traslado de lugar de trabajo, la rebaja de categoría, la reducción de sueldo, etc., cuando estas medidas hayan tenido como finalidad perjudicar a la trabajadora por ser mujer.

Naturalmente, por tratarse de medidas cautelares las mismas deberán ser provisorias y por ende, el tribunal deberá fijar el plazo de vigencia de las mismas.

C. PROTECCIÓN LABORAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA BASADA EN GÉNERO

El art. 40 de la Ley N° 19.580 establece una serie de derechos a favor de las trabajadoras, dirigidos a “asegurar la permanencia de las mujeres en el trabajo” cuando las mismas son víctimas de violencia basada en género, en cualquiera de las formas antes señaladas.

En concreto, los derechos que la ley otorga a las trabajadoras son los siguientes:

- A) “A recibir el pago íntegro de su salario o jornal el tiempo que conlleve la asistencia a audiencias, pericias u otras diligencias o instancias administrativas o judiciales que se dispusieran en el marco de los procesos previstos en la ley.
- B) A licencia extraordinaria con goce de sueldo por el lapso de veinticuatro horas a partir de la presentación de la denuncia en sede policial o judicial, prorrogables por igual período para el caso en que se dispusieran medidas cautelares en sede judicial.

- C) A la flexibilización y cambio de su horario o lugar de trabajo, siempre que existiera la posibilidad y así lo solicitara.
- D) A que las medidas de protección que se adopten ante la situación de violencia basada en género no afecten su derecho al trabajo y carrera funcional o laboral.
- E) A que se dispongan medidas para que la violencia basada en género en el ámbito laboral no redunde negativamente en la carrera funcional y en el ejercicio del derecho al trabajo.
- F) A la estabilidad en su puesto de trabajo. Por un plazo de seis meses a partir de la imposición de medidas cautelares por hechos de violencia basada en género, las mujeres en favor de quienes se hubieran dispuesto no podrán ser despedidas. Si lo fueren, el empleador deberá abonarles un importe equivalente a seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponda”.

En virtud de lo anterior, los derechos que poseen las trabajadoras que son víctimas de violencia basada en género podrían resumirse de la siguiente forma:

- 1) gozar de **tiempo libre remunerado** para concurrir a todas las instancias de los procesos que se entablen ante los tribunales por una denuncia de violencia basada en género, así como disponer de todo el día libre pago luego de que presente ante la Fiscalía o la Policía la denuncia referida;
- 2) solicitar el **cambio de horario o lugar de trabajo**, si ello fuere posible;
- 3) no sufrir perjuicios en la **carrera laboral** a raíz de las medidas de protección que se adopten en el marco de los procesos de violencia basada en género;
- 4) **no ser despedida** dentro de los 6 meses siguientes contados desde que se adoptaron las medidas cautelares y en caso contrario, el derecho a cobrar una **indemnización especial** de 6 meses de sueldo, más la indemnización legal que corresponda.

Aunque la norma legal no lo aclara, es de toda evidencia que para poder gozar los derechos antes mencionados, la trabajadora deberá demostrar documentalmente que ha formulado una denuncia de violencia basada en género, y en su caso, cuáles fueron las medidas protectorias adoptadas por el tribunal y desde cuándo.

Los derechos consagrados por la Ley presentan algunas dudas e incertidumbres en cuanto a su alcance, contenido y aplicación.

En el caso del derecho a solicitar el **cambio de lugar u horario de trabajo**, la norma no aclara si la trabajadora debe explicitar los fundamentos del pedido, así como tampoco en qué casos el empleador puede denegar el mismo. En principio, parecería que la trabajadora no requiere fundamentar la solicitud y que la empresa podrá rechazar la misma cuando existan causas objetivas para ello. Serán causas objetivas y justificadas las basadas en razones de índole funcional, organizativa, tecnológica, etc.

Así, a vía de ejemplo, si la trabajadora ocupa un cargo de cajera y pide el cambio para un turno o una sucursal de la empresa donde no existe ese puesto de trabajo, el empleador no estaría obligado a crear el mismo para dar satisfacción al pedido.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que será carga del empleador demostrar las razones por las que no ha podido acceder al pedido de la trabajadora, debiéndose tener en cuenta en la valoración de las mismas aspectos como, por ejemplo, la dimensión de la empresa, su tipo de actividad, la categoría de la trabajadora, la existencia o no de diversos locales y turnos de trabajo, etc.

Corresponde puntualizar que aunque la ley no lo aclara, el derecho a cambiar el lugar u horario de trabajo solo se generaría si la denuncia de violencia basada en género formulada por la trabajadora, fue admitida y amparada por la Justicia.

En lo que concierne al derecho a **no sufrir perjuicios en la carrera laboral**, la norma legal es absolutamente vaga y genérica, lo que dificultará la aplicación práctica de la misma. Lo que resulta claro es que el empleador no puede adoptar represalias de ningún tipo contra la trabajadora, como consecuencia de la denuncia formulada ante la Fiscalía o la Policía, lo que incluye aquellos casos en que la denuncia haya sido formulada contra el propio empleador o cualquier integrante de la empresa (Gerente, Jefe, subordinado, etc.), por razones de *violencia laboral*.

En consecuencia, el empleador estará inhibido de rebajar la categoría, reducir el sueldo, limitar o negar formación profesional, retacear tareas, eliminar potestades funcionales o adoptar cualquier otra clase de medida que pueda redundar en un perjuicio en la carrera de la trabajadora.

Finalmente, en lo que refiere a la protección de la **estabilidad en el empleo**, la normativa introduce en nuestro ordenamiento un nuevo tipo de *despido especial* (recordemos que ya existe el despido del trabajador enfermo, del trabajador accidentado, de la trabajadora grávida, del trabajador que denuncia ante el BPS y del trabajador víctima de acoso sexual).

La ley impone al empleador un deber de **no despedir** a la trabajadora que ha sido víctima de violencia basada en género, durante el plazo de 6 meses contados desde el día siguiente en que el juzgado adoptó medidas cautelares contra el agresor. Ello significa que constituye requisito indispensable que la trabajadora acredite, documentalmente, que el tribunal amparó la denuncia y adoptó medidas precautorias a su favor.

Como la ley no exige que el despido esté vinculado con la circunstancia de que la trabajadora haya realizado una denuncia de violencia basada en razones de género, así como tampoco ninguna otra condición o requisito especial, se trata de un caso de **responsabilidad objetiva** del empleador, similar a la del caso del despido de la trabajadora grávida. Quiere decir que, el empleador no podrá exonerarse demostrando que el despido obedeció a causas no vinculadas con la denuncia de violencia basada en género (reestructura, dificultades económicas o financieras, cuestiones organizativas, etc.).

La única causal de exoneración de responsabilidad parecería ser entonces la configuración de notoria mala conducta por parte de la trabajadora.

La ley establece que la indemnización que debe pagar el empleador que despidió a la trabajadora dentro del plazo de estabilidad laboral, será de **6 meses de sueldo**. Como el legislador no refiere a “remuneración total” sino que utiliza la palabra “sueldo”, consideramos que la indemnización no incluirá ninguna clase de remuneración marginal del salario (horas extras, incentivos, gratificaciones, etc.), así como tampoco las denominadas alcúotas (cuotaparte de la licencia, aguinaldo y salario vacacional).

Naturalmente, en el caso de un trabajador jornalero, la indemnización deberá calcularse tomando en cuenta la cantidad de jornales promedio que trabaja en el mes, multiplicada por el valor del mismo. En tanto que en el caso del trabajador con remuneración variable (por ejemplo, un vendedor que percibe comisiones), deberá tomarse en cuenta el sueldo o jornal base, a los que deberá adicionarse la remuneración variable que constituye parte del ingreso regular y permanente (por ejemplo, las comisiones o destajos).

La ley establece que la indemnización es complementaria y no sustitutiva de la indemnización común, por lo que se devenga aun cuando no se tenga derecho a ésta y además es acumulable con cualquier otra que pueda corresponder (por ejemplo, el despido especial por enfermedad, despido por gravedad, etc.).

En cambio, parece evidente que no es acumulable con un despido abusivo, ya que el despido especial por violencia basada en género es en sí mismo una hipótesis de despido abusivo, salvo que la trabajadora demuestre que su despido estuvo vinculado a causas discriminatorias o particularmente ilícitas, diferentes de las cuestiones de género (por ejemplo, que el despido obedeció a motivos sindicales o religiosos).

D. APUNTES FINALES

La ley que hemos presentado en sus aspectos laborales, tuvo como causa inicialmente el incremento de casos de femicidio en nuestro país. El Parlamento, frente a los casos de violencia por razones de género, optó por elaborar una ley de carácter integral, que crea organismos para atender la violencia de género, amplía las garantías y medidas de protección para las denunciantes y modifica el Código Penal para, entre otros puntos, incluir el delito de abuso sexual.

En virtud de la nueva ley, se deben promover medidas que garanticen derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor, sin discriminación por sexo, edad, situación de discapacidad, estado civil o maternidad. Por otro lado, se deben implementar por parte del MTSS programas de capacitación e inclusión en el trabajo de mujeres con posibilidades laborales restringidas como consecuencia de la violencia basada en género.

La ley establece además medidas para asegurar la permanencia de las mujeres en el trabajo: protección sobre el salario, licencias con goce de sueldo que contemplan la asistencia a instancias judiciales, 24 horas de licencia

posteriores a la denuncia de los hechos de violencia y de aplicación de medidas cautelares. Si se aplican medidas cautelares, la mujer no podrá ser despedida por el plazo de 180 días. Asimismo, se habilita el derecho a solicitar el traslado o cambio de horario, si ello fuere posible.

2) LEY N° 19.691 SOBRE PROMOCIÓN DEL TRABAJO PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El pasado 29 de octubre de 2018 el Poder Ejecutivo promulgó la Ley N° 19.691 dirigida a promover y facilitar la contratación de trabajadores afectados por discapacidad **en el sector privado**. La norma legal contiene varias previsiones novedosas que representan nuevas obligaciones laborales para los empleadores privados. Las más trascendentes son las referidas a la obligación de destinar un cupo mínimo de empleos para trabajadores con discapacidad, así como la exigencia de acreditar una causa razonable para despedirlos, so pena de tener que pagar una indemnización especial (además de la común).

A continuación presentamos las principales novedades de la Ley:

A. BENEFICIARIOS

La norma está destinada a promover el empleo de “toda persona que padezca o presente una alteración funcional permanente o prolongada, física (motriz, sensorial, orgánica, visceral) o mental (intelectual y/o psíquica) que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral” (art. 2 de la Ley N° 18.651).

Para gozar de los beneficios legales el trabajador deberá inscribirse previamente en el Registro Nacional de Personas con Discapacidad que funciona en la Comisión Nacional Honoraria de Discapacitados, el cual entregará al trabajador un certificado que deberá presentar ante la empresa.

B. CUPO LABORAL

La Ley establece que las empresas que cuenten con **25 o más trabajadores permanentes**, tendrán la obligación de emplear a trabajadores con discapacidad, siempre que el candidato **“reúna condiciones e idoneidad para el cargo”**, en un porcentaje determinado sobre la totalidad de trabajadores permanentes (se excluyen zafrales, eventuales, pasantes, becarios, transitorios, a prueba, a plazo, por obra, etc.).

Este deber rige para todo **nuevo ingreso** que se genere a partir de la entrada en vigencia de la ley, lo que ocurrirá el 10 de noviembre 2018.

El cupo destinado a trabajadores con discapacidad irá aumentando año a año, hasta alcanzar el 4% de la plantilla permanente. Los porcentajes son los siguientes:

- i. **Durante el primer año de vigencia:** empleadores con 500 o más trabajadores: 3%; entre 150 y 499 trabajadores: 2%; y entre 50 y 149 trabajadores: 1%;
- ii. **Segundo año:** 500 o más trabajadores: 4%; entre 150 y 499 trabajadores: 3%; entre 50 y 149 trabajadores: 2%; y menos de 50 trabajadores: 1,5%;
- iii. **Tercer año:** 500 o más trabajadores: 4%; entre 150 y 499 trabajadores: 3,5%; entre 50 y 149 trabajadores: 3%; y menos de 50 trabajadores: 2%; y,
- iv. **A partir de los tres años de vigencia de la Ley:** 4% en todos los casos.

La norma legal aclara que si por aplicación de los porcentajes resultare una cifra inferior a la unidad e igual o superior a la mitad de la misma, se redondeará en la cantidad superior. Además, si la empresa ya contara con empleados con discapacidad, se descontarán a los efectos del cálculo del porcentaje.

C. GARANTÍAS Y BENEFICIOS LABORALES

La Ley aprobada establece que las personas con discapacidad gozarán de todos los derechos y obligaciones previstos en la normativa.

Asimismo, la norma dispone beneficios adicionales, superiores a los que ya rigen para todos los trabajadores.

Por un lado, establece la exigencia de acreditar una **causa razonable para despedir**. La Ley dispone que el despido de los trabajadores amparados por la Ley deberá obedecer a una causa razonable relacionada con la conducta del trabajador o basada en las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, u otra de entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Este requisito es el mismo que se establece en la Ley N° 17.940 para el despido del dirigente, delegado o representante sindical. Aunque la norma no lo aclare, es evidente que la carga de demostrar la “causa razonable” recaerá sobre el empleador, quien deberá justificar, principalmente de manera documental, los problemas disciplinarios o las dificultades económicas, financieras, tecnológicas, etc.

En caso de incumplimiento de dicha exigencia, el trabajador tendrá derecho a cobrar una indemnización especial equivalente a seis meses de salario, más la indemnización legal que corresponda (común, especial por enfermedad, etc.).

Además, el empleador deberá, dentro del término de tres meses a contar desde el despido, contratar a otra persona con discapacidad en sustitución del empleado desvinculado, salvo que el despido haya obedecido a la supresión del puesto de trabajo por reestructura y sin perjuicio de cumplir con la inclusión obligatoria referida.

Por otro lado, la ley establece el beneficio de una **licencia extraordinaria sin goce de sueldo por un período de hasta 3 meses continuos o**

discontinuos al año, siempre que la misma tenga por motivo su discapacidad y que se encuentre fuera de los casos previstos por el seguro por enfermedad y la licencia anual. Para hacer uso de este derecho, el trabajador deberá comunicarlo con 48 horas de anticipación, acompañando el certificado médico por el cual se solicita la licencia.

D. BENEFICIOS TRIBUTARIOS PARA EMPRESAS

Se establece que los **aportes jubilatorios patronales** al Banco de Previsión Social (BPS) correspondientes a las personas con discapacidad que ingresen a trabajar a partir de la vigencia de la Ley, se realizarán en forma gradual conforme a la siguiente escala:

- (a) durante el primer año, 25% del aporte;
- (b) durante el segundo año 50% del aporte;
- (c) durante el tercer año 75%;
- (d) una vez cumplidos tres años de trabajo el 100% del aporte.

E. APOYO LABORAL – ACCESIBILIDAD

La norma establece una serie de medidas para facilitar la inserción en la empresa y la actuación del trabajador que tiene una discapacidad. Se dispone que si requieren apoyo para el cumplimiento de las obligaciones laborales podrán solicitarlo al empleador y éste deberá autorizarlo, lo que incluye medidas como adaptaciones, identificación de compañeros mentores o apoyos naturales, entre otros.

En cuanto a la accesibilidad, se dispone que el empleador deberá realizar las construcciones, modificaciones o acondicionamiento necesario para facilitar el acceso del trabajador al local y su desempeño adecuado del trabajador, contando con 12 meses de plazo desde su ingreso a la empresa para realizar las obras.

F. REGLAMENTACIÓN

Finalmente, la norma establece que debe ser reglamentada por el Poder Ejecutivo en el plazo de 90 días.

3) LEY N° 19.690 QUE CREA UN FONDO DE GARANTÍA DE CRÉDITOS LABORALES PARA LOS CASOS DE INSOLVENCIA PATRONAL

A. ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY

El día 24 de octubre de 2018, la Cámara de Representantes del Poder

Legislativo aprobó el proyecto de ley que crea un Fondo de Garantía de créditos laborales para los casos de insolvencia patronal en la actividad privada.

El Poder Ejecutivo promulgó finalmente la Ley N° 19.690, con fecha 29 de octubre de 2018, que entrará a regir el primer día del mes siguiente al de su publicación –artículo 13–, y se garantizarán los créditos que se devenguen a partir de los 180 días de su entrada en vigencia.

B. FINALIDAD DE LA LEY

Esta norma tiene una finalidad netamente protectora, y atiende al cobro efectivo de los créditos laborales de los trabajadores en las hipótesis de insolvencia del empleador.

En el mensaje del Poder Ejecutivo en ocasión de enviar el proyecto de ley al Parlamento, se refirió a la necesidad de crear una protección adicional en estos supuestos, más allá de la ya existente calificación de los créditos laborales como créditos con privilegio general en primer orden –según la Ley N° 18.387 sobre concursos y reorganización empresarial–.

C. CREACIÓN DE UN FONDO DE GARANTÍA DE CRÉDITOS LABORALES E INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR

La ley comentada, dispone la creación de un Fondo de Garantía de Créditos Laborales, en el ámbito del Banco de Previsión Social (BPS), para los casos de insolvencia patronal. Esto quiere decir que dicho fondo cubrirá la contingencia de la insolvencia del empleador.

A los efectos de la ley, se entiende por insolvencia del empleador cuando se haya aceptado o rechazado el concurso y el trabajador no hubiere visto satisfecho su crédito laboral, en el marco de los procedimientos previstos en el Título VII del Código General del Proceso y/o de la Ley N° 18.387 y sus modificativas.

D. EXCLUSIONES

Son expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la ley:

- a) los trabajadores que tengan un vínculo de parentesco por afinidad o consanguinidad hasta el tercer grado inclusive, con el empleador, o los miembros de los órganos de dirección de la empresa o establecimiento;
- b) los trabajadores de alta dirección, tales como directores, gerentes generales, y todo aquel que tuviera facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales de la actividad del empleador;
- c) los trabajadores que constituyan una cooperativa de trabajo con el propósito de dar continuidad al emprendimiento donde prestaban servicios,

siempre que el juez la haya designado como depositaria de los bienes de la empresa, con facultades de uso precario de los mismos –artículo 174 de la Ley N° 18.387–.

Sin perjuicio de lo que posteriormente establezca la reglamentación, cabría señalar a priori que a pesar de la enumeración expresa de categorías de trabajadores como “directores” o “gerentes generales”, parece lógico adelantar que más allá de lo que establezca formalmente la documentación laboral, quienes se encontrarán excluidos de la aplicación de esta ley son quienes tuvieron en los hechos facultades de decisión sobre cuestiones sustanciales de la actividad del empleador –por aplicación del principio de primacía de la realidad–.

E. CRÉDITOS LABORALES GARANTIZADOS Y VERIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS

Además, la ley no garantiza todos los créditos laborales, sino solo aquellos enunciados en su artículo 6. Esto quiere decir que, el fondo creado, solamente cubrirá o se destinará a pagar los siguientes créditos laborales:

- a) sueldos o jornales generados en los 6 meses inmediatos a la fecha de cese de pago o último salario abonado;
- b) licencias, salarios vacacionales y aguinaldos generados en los 2 últimos años previos a la fecha de cese de pago o último salario abonado;
- c) indemnización por despido legal;
- d) multa del 10% prevista en el artículo 29 de la Ley N° 18.572, sobre los créditos enunciados precedentemente.

La redacción de la norma deja una serie de interrogantes en cuanto al alcance de los créditos, dada la ambigüedad y multiplicidad de interpretaciones que pueden generarse.

En efecto, en primer lugar, en cuanto a las licencias, la norma no aclara si se refiere a las vacaciones anuales ordinarias, o al género de licencias, incluyendo todas aquellas licencias especiales. En segundo lugar, tampoco aclara la norma si la indemnización por despido protegida se refiere a la ordinaria o común, o también a las indemnizaciones especiales, ya que el término “despido legal”, puede ser interpretado en forma amplia como el previsto por la ley.

En cuanto a la verificación de los créditos, se considerarán verificados cuando sean reconocidos por una sentencia firme dictada por la justicia competente en materia laboral, o dentro del procedimiento concursal, de conformidad con los artículos 93 a 107 de la Ley N° 18.387.

F. LÍMITE MÁXIMO GARANTIZADO

Los créditos laborales se garantizarán hasta un monto máximo equivalente a 105.000 Unidades Indexadas –a valores actuales asciende aproximadamente a la suma de \$ 420.000–.

Asimismo, quienes hayan cobrado créditos laborales por el procedimiento del pronto pago –artículo 62 de la Ley N° 18.387–, imputarán dichas sumas a este límite máximo.

G. PRESTACIÓN

El BPS abonará al trabajador la prestación prevista en la ley, siempre y cuando acredite la insolvencia del empleador y la verificación de los créditos – artículos 3 y 7–.

Si el trabajador fallece, la prestación se servirá a los causahabientes, cónyuge o concubino, quienes tendrán la obligación de acreditar en forma su estado civil. En caso de concurrencia, le corresponderá el 50% del total al cónyuge o concubino, y el restante 50% se distribuye en partes iguales entre el resto de los causahabientes.

H. FINANCIACIÓN: CONTRIBUCIÓN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL

A los efectos de financiar dicho fondo, se crea una Contribución Especial de Seguridad Social del 0,025% de las partidas que constituyan materia gravada. El BPS también podrá financiar estas prestaciones, independientemente del ámbito de afiliación jubilatoria del empleador, así como con los recuperos de los créditos subrogados por los trabajadores beneficiarios.

Sin perjuicio de ello, la ley no hace referencia expresa a quién es el sujeto responsable o sujeto pasivo de la contribución especial. En otros términos, la ley no dispone quién es el obligado de pagar dicha contribución especial. Tal aspecto no es menor, en tanto que en materia tributaria rige el principio de reserva legal, y por ende, no podrá obligarse a pagar dicha contribución a ningún sujeto que no se encuentre expresamente obligado a ello.

En el proyecto del ley originario enviado por el Poder Ejecutivo, se había dispuesto la creación de una “contribución especial de seguridad social **patronal**”, que luego fuera modificado y eliminado en forma expresa la atribución de dicha contribución a cargo del empleador.

El Poder Ejecutivo podrá suspender su percepción, o reducir la tasa de aportación temporalmente, para el caso de que el fondo cuente con recursos suficientes.

Finalmente, en caso de que dicho fondo no cuente con recursos suficientes, el Estado puede integrarlo a efectos de mantener la cobertura del riesgo de insolvencia patronal.

I. PRESUNCIÓN DE FRAUDE Y SUBROGACIÓN

El BPS remitirá las actuaciones de las que resulte una presunción de fraude, a la Fiscalía en materia penal correspondiente.

Asimismo, el organismo previsional se subrogará en los derechos y acciones de los trabajadores que se hayan amparado en las disposiciones de la ley, por las cantidades nominales abonadas, más sus acrecidas con cargo al fondo; y podrá comparecer en juicio en el mismo lugar y con los mismos derechos que tenía el trabajador titular del crédito laboral.

4) LEY N° 19.689 QUE MODIFICA LA LEY N° 19.133 SOBRE EL FOMENTO DEL EMPLEO JUVENIL

El pasado 29 de octubre de 2018 fue promulgada la Ley N° 19.689, que ha introducido modificaciones a la Ley N° 19.133 sobre el fomento del empleo juvenil. La nueva norma entrará a regir a partir del 1 de enero de 2019, y básicamente modifica y agrega nuevas disposiciones a la antigua ley sobre el fomento del empleo juvenil.

Las materias modificadas o creadas se refieren a las modalidades de contratación, a los subsidios económicos a favor de las empresas, al monto de la tasa de aportación al Fondo de Reconversión Laboral (FRL), y a la creación de un Programa Temporal de Subsidio al Empleo –destinado a promover la contratación de trabajadores mayores de 45 años de edad, creando un subsidio especial para las empresas que lo hagan–.

En relación a las **modalidades de contratación**, con las nuevas modificaciones introducidas a la Ley N° 19.133, éstas se limitan a las de trabajo protegido y promovido –arts. 16 a 18–, primera experiencia laboral –art. 12–, práctica laboral para egresados –arts. 13 a 15–, y práctica formativa en empresas –arts. 19 a 20 Bis–.

Asimismo, la nueva norma dispone que los empleadores que **reduzcan el horario** de aquellos trabajadores de entre 15 y 29 años de edad que se encuentren cursando estudios curriculares de educación primaria, secundaria básica o superior, educación técnico-profesional superior, enseñanza universitaria de grado y terciaria de naturaleza pública o privada habilitadas por el Ministerio de Educación y Cultura, realizando cursos en el marco del Instituto Nacional de Empleo y Formación Profesional u otros reconocidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrán obtener un subsidio del 80% del valor de cada hora de trabajo reducida, con un máximo de 4 horas en la jornada laboral. La jornada resultante de la reducción del tiempo de trabajo no podrá ser inferior a 4 horas diarias.

Además, los empleadores que otorgaren hasta 8 días de **licencia por estudios adicionales** a los establecidos en la Ley N° 18.345, a trabajadores de entre 15 y 29 años de edad que se encuentren cursando los estudios curriculares a que refiere el artículo 25 de la Ley N° 19.133, percibirán un subsidio equivalente al 80% del salario correspondiente a cada día de licencia adicional concedida.

El artículo 17 dispone que a partir del 1 de enero de 2019 la **tasa de aportación** de los empleadores, trabajadores y Estado al **FRL**, será de un

0,10%, calculado sobre las asignaciones computables gravadas por contribuciones especiales de seguridad social. Asimismo, se faculta al Poder Ejecutivo, previa consulta a las organizaciones profesionales más representativas de empleadores y trabajadores, a elevar dicha tasa hasta el 0,125%.

5) LEY N° 19.729 SOBRE LICENCIA PARA PERSONAS CON FAMILIARES CON DISCAPACIDAD

En los últimos años diversas leyes, laudos y convenios colectivos han establecido varias licencias especiales remuneradas, para trabajadores de la actividad privada, que complementan las leyes generales sobre vacaciones anuales.

Las más conocidas son las dispuestas por la Ley N° 18.345 del año 2008 (con las modificaciones introducidas por la Ley N° 18.458), que consagró el derecho de todo trabajador de la actividad privada a gozar de días libres remunerados en caso de paternidad, adopción, legitimación adoptiva, matrimonio, duelo y estudio.

Recientemente, a fines de diciembre de 2018, el Parlamento aprobó la Ley N° 19.729, promulgada el 28 de diciembre de 2018, que agregó a la Ley N° 18.345 sobre licencias especiales, dos nuevos beneficios de días libres con devengamiento de salario:

- a) para trabajadores con hijos con discapacidad; y,
- b) para trabajadores con familiares con discapacidad o enfermedad terminal a cargo.

A continuación presentamos las principales características de cada beneficio:

A. LICENCIA ESPECIAL PARA TRABAJADORES CON HIJOS CON DISCAPACIDAD

La norma legal establece que todo trabajador que tuviere un hijo con discapacidad, tendrá derecho a solicitar hasta un total de **10 días al año** para controles médicos del hijo.

Esos días libres para acudir con el hijo discapacitado a los controles médicos, son con goce de sueldo, o sea, sin descuento de salario.

La ley no establece requisitos de carencia en el empleo (antigüedad mínima) ni tampoco dispone la forma en que deben gozarse esos días (cantidad mínima o máxima o cualquier otra forma de fraccionamiento). Tampoco se exige que el hijo discapacitado se encuentre “a cargo” del trabajador.

Las únicas condiciones o requisitos que se exigen por la Ley, es que la discapacidad se acredite mediante la constancia expedida por el Registro Nacional de Personas con Discapacidad y que el empleado proporcione a la empresa una constancia emitida por la Mutualista de haber concurrido al control médico de su hijo.

**B. LICENCIA ESPECIAL PARA ATENCIÓN DE FAMILIARES CON DISCAPACIDAD
O ENFERMEDAD TERMINAL**

La Ley N° 19.729 también agrega a la norma legal de licencias especiales, el beneficio de **96 horas libres al año**, que podrán ser usufructuadas de forma continua o discontinua para atender a familiares con discapacidad o que padecen una enfermedad terminal.

En este caso la ley aclara que debe tratarse de familiares “a cargo”, pero no establece cuál es el grado de parentesco que queda incluido. La única condición es que sean “familiares”, por lo que quedarían alcanzados no solo el cónyuge, concubino, padres e hijos, que son los casos habituales, sino además los hermanos, abuelos y nietos, siempre que se encuentren “a cargo” del trabajador.

El tiempo libre (96 horas) solo es abonado por el empleador de manera parcial. En efecto, la ley establece que **64 horas serán abonadas por el empleador**. Las restantes serán sin goce de salario.

La norma legal exige que el trabajador acredite que el familiar padece discapacidad o enfermedad terminal. En el primer caso la prueba será la constancia emitida por el Registro ya indicado. En el segundo caso el trabajador deberá presentar un certificado médico, que acredite la condición sanitaria (enfermedad terminal) del familiar a su cargo.

Finalmente, la ley dispone que esta licencia especial podrá ser reglamentada por el Poder Ejecutivo, los Consejos de Salarios o los convenios colectivos.

Las reformas legales en materia de trabajo en Venezuela durante el año 2018

Héctor Armando JAIME-MARTÍNEZ

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

Desde el año 2013, no se han hecho cambios de alguna importancia en materia laboral, sólo se ha continuado con la práctica de limitarse a decretar incrementos salariales y otorgar algunos beneficios de carácter no salarial, como es el caso del llamado *cestaticket socialista* que no han resuelto el continuo y acelerado deterioro del poder de compra de los trabajadores.

Ha continuado actuando la Asamblea Nacional Constituyente elegida el 30 de julio de 2017 en abierta violación de las normas constitucionales. Ni se ha ocupado de la única labor que tendría: elaborar una Constitución, sino que ha continuado aprobando las denominadas *Leyes Constitucionales*, no previstas en la Constitución y pretendiendo reemplazar las funciones legislativas y de control que le corresponden a la legítima Asamblea Nacional.

Ante las reiteradas violaciones a la Libertad Sindical, y a varios convenios ratificados por Venezuela, la OIT ordenó la constitución de una Comisión de Encuesta integrada por el Magistrado y Académico Manuel Herrera Carbucia, la profesora María Emilia Casas Bahamonde y el profesor Santiago Pérez del Castillo.

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

Como se ha hecho habitual, desde hace mucho tiempo, el salario mínimo ha sido fijado exclusivamente por el gobierno sin consulta alguna a los interlocutores sociales. Sin embargo, la práctica en cuestión reviste una mayor gravedad dado que en los actuales momentos se desarrollan las actividades de una comisión de encuesta designada por la OIT para llevar a cabo una investigación en relación con una queja presentada en contra del gobierno por la violación de los convenios 26 (métodos de fijación de los salarios); 144 (sobre la consulta tripartita); además del convenio 87 sobre la libertad sindical y protección del derecho de sindicación. Todos estos convenios han sido ratificados por lo que su abierta y descarada violación, viene a demostrar una vez más el poco respeto que tienen por las normas internacionales y los compromisos adquiridos por Venezuela, así como la poca importancia que dan a los organismos internacionales. A las violaciones cometidas en contra de anteriores convenios debe agregarse la violación del convenio 111 sobre la discriminación, pues la exigencia del carnet de la patria para acceder a ciertos beneficios, como el pago del subsidio, o del bono de reconversión para los pensionados, constituye una de las formas más perversas de discriminación que atenta contra la dignidad humana.

Pero ahí no terminan las ilegalidades ni las actitudes irreflexivas en materia de fijación del salario. En el último trimestre de 2018, ante el incontenible avance de la inflación, el gobierno optó por “anunciar” incrementos de salario sin publicar el Decreto que contuviera tal aumento y que respaldara legalmente la obligación de pagar el salario anunciado.

La continuada experiencia sigue demostrando que en época de hiperinflación, los incrementos salariales no constituyen la solución a la disminución del poder de compra de los trabajadores, antes por el contrario, la han agravado.

Durante el año 2018 se dictaron cuatro decretos que fijaron diferentes tipos de salarios mínimos, las variaciones obedecen a la galopante inflación que azota al país.

El 31 de diciembre de 2017, fueron publicados el Decreto N° 3.232 que establece un aumento del cuarenta por ciento (40%) sobre el salario mínimo mensual para los trabajadores y el Decreto N° 3.233 que ajusta la base de cálculo del beneficio de “Cestaticket Socialista” a sesenta y una unidades tributarias (61 U.T.) diarias. El nuevo salario mínimo, que entró en vigencia a partir del 1° de enero de 2018 se fija en 248.510 bolívares, en tanto que el *Cestaticket Socialista* decretado era de Bs 549.000.

El 1° de marzo de 2018, fue publicado el Decreto Nro. 3.301 que fija el aumento del cincuenta y ocho por ciento (58%) sobre el salario mínimo mensual para los trabajadores de esta manera el salario mínimo asciende a la cantidad de 392.646 bolívares. El mismo día se incrementó la Unidad Tributaria, para la época base de cálculo del llamado *Cestaticket Socialista* con lo cual éste subió a la cantidad de 915.000 bolívares. Es de hacer notar que el Decreto contempla que entrará en vigencia a partir del 15 de febrero de 2018, es decir

quince días antes de haber sido publicado. Esta disposición constituye una clara violación al principio de la irretroactividad de las leyes contemplado en el artículo 24 de la misma Constitución. Esta aclaratoria la hago sólo por razones de tipo jurídico, y para evidenciar la ligereza con la cual se legisla, en la que ni siquiera se observan las más elementales reglas constitucionales y legales, como ya ocurrió con anteriormente con el aumento del *cestaticket*.

El 30 de abril el Decreto N° 3.392 incrementa el monto del salario mínimo mensual de los trabajadores en un ciento cincuenta y cuatro, sesenta y ocho por ciento (154,68%) con el que el salario mínimo pasó a un millón de bolívares, mientras que el *Cestaticket Socialista* se elevó 1.555.500 bolívares mensuales. Se vuelve a violar el principio de irretroactividad al establecer que el salario mínimo entrará en vigencia a partir del 15 de abril de 2018.

Otro nuevo aumento de salario es decretado el 20 de junio 20 de junio 2018 mediante el Decreto N° 3.487 que incrementa el monto del salario mínimo mensual de los trabajadores en un trescientos por ciento (300%). el salario mínimo se fijó en 3.000.000 de bolívares y el *Cestaticket Socialista*, por la vía del incremento de la base de cálculo (unidad tributaria) se estableció en Bs 2.196.000. Se dispone que el salario mínimo entre en vigencia el 16 de junio de 2018.

Un último salario mínimo es decretado el 31 de agosto 2018, mediante Decreto N°. 3.601. El incremento representa el 5.900% sobre el salario mínimo anterior. El nuevo salario mínimo mensual para los trabajadores, expresado en la nueva moneda, es la cantidad de mil ochocientos bolívares soberanos (Bs. 1.800,00) al mes. El Decreto en cuestión, conforme lo establece su artículo 10, entrará en vigencia el 1 de septiembre 2018, con lo que se vuelve a violar el principio de irretroactividad antes comentado.

El Gobierno el 20 de agosto había decretado un cambio en el esquema monetario del país, eliminando cinco ceros al bolívar y dándole una nueva denominación, ya deja de llamarse *bolívar fuerte*, para convertirse en el *bolívar soberano*. Es de hacer notar que en el año 2008, bajo el gobierno de Hugo Chávez, se le habían quitado tres ceros a la moneda. Con base en ello el nuevo salario de Bs. 1.800,00 equivale a Bs. 18.000.000,00 en la anterior moneda, de allí que el incremento sea del 5.900% sin que con tal colosal medida se haya devuelto el poder adquisitivo de los trabajadores, antes por el contrario, la hiperinflación aqueja al país

El nuevo salario mínimo representa un incremento del 5.933,33% sobre el anterior. Este altísimo porcentaje representa una anomalía no sólo respecto de las alzas salariales en el país, sino también con respecto a toda la América Latina. En efecto, en los últimos años el salario mínimo venía siendo aumentado hasta en cinco ocasiones en un año en porcentajes que oscilaban entre un 20, 40 y 50 por ciento. El último aumento, anterior al actual, data de junio de 2017 y representa un incremento de un 200% sobre el anterior. Entre junio 2017 y junio 2018 el incremento anual acumulado fue de 2.975,93%. Si comparamos con algunos países latinoamericanos la anomalía resulta aun más grande. Así, los porcentajes de aumento de un año a otro son los siguientes: México: 3,90; Colombia: 5,90; Argentina: 7,22; Perú: 9,41; Chile: 2,22; Uruguay: 3,55; y, Brasil: 1,81. Estos indicativos deben ser comparados con otros para tener una visión de contexto.

País	Crecimiento económico	Incremento S.Mínimo	Inflación prevista	Nivel riesgo (Embig)*
México	2,2	3,90	4,7	281
Colombia	2,7	5,90	3,2	197
Argentina	-0,3	7,22	29,5	608
Perú	3,6	7,41	1,4	168
Chile	3,9	2,22	2,5	144
Uruguay	2,3	3,55	8,1	200
Brasil	1,6	1,81	4,4	326
Venezuela	-12,0	5.933,33	1.000.000*	5.011
Embig: índice de bonos de mercados emergentes				
Fuente: Estudio de América Latina y el Caribe 2018. CEPAL.				

Del cuadro anterior se puede observar los efectos negativos de una política económica como la que ha venido desarrollando el gobierno venezolano. Los incrementos salariales no representan un incremento en el poder de compra de los trabajadores, antes por el contrario, existe una clara disminución del salario real. Como lo explicara gráficamente en una ocasión el Presidente Caldera: *mientras los precios suben por el ascensor, los salarios lo hacen por la escalera.*

Existe una relación directa entre inflación e incremento de salarios, como ya se dijo, entre junio 2017 y junio 2018 el incremento anual acumulado fue de 2.975,93%, mientras que en ese mismo lapso el índice de inflación acumulado fue de 4.684,3%, de acuerdo a la Asamblea Nacional. Hay que tener en cuenta que según la misma fuente la inflación en Venezuela en el 2018 fue de 1.698.488%.

El gobierno anunció que por un lapso de tres meses asumiría la diferencia en el pago del nuevo salario mínimo y del anterior. No se precisa bajo qué figura ¿se trata de un subsidio o de un préstamo? En el primer caso, el subsidio ¿El subsidio que proporciona el gobierno, debería ser considerado como parte del salario? El hecho de que sea pagado por un tercero no le priva de su carácter salarial a la parte asumida por el gobierno, de modo que debe ser considerado salario. Ello hace que incida a todos los efectos derivados del contrato de trabajo, prestaciones sociales, bono vacacional, participación en los beneficios, cálculo de horas extras, trabajo nocturno, contribuciones parafiscales, etc. Igualmente afectaría el monto de las indemnizaciones por enfermedades ocupacionales y accidentes de trabajo.

La ligereza con la que se toman medidas tan importantes y con fuerte repercusión en la economía nacional se lleva al extremo en noviembre de 2018 cuando el gobierno anunció un incremento del monto del salario mínimo mensual de los trabajadores en un doscientos cincuenta por ciento (250%), por lo que el salario mínimo se eleva a la cantidad de cuatro mil quinientos bolívares (Bs.

4.500,00). Téngase en cuenta que el anuncio del nuevo salario mínimo no fue seguido por un Decreto publicado en la Gaceta Oficial sino que se quedó en la etapa de anuncio, pero voceros oficiales indicaron la obligatoriedad de cumplir con tal salario “anunciado”. Es de hacer notar que la inmensa mayoría de los trabajadores del sector privado son generalmente remunerados con salarios que superan el salario mínimo por lo que, cuando se hizo el anuncio del salario en Bs. 4.500,00, los empresarios no objetaron el mismo. No ocurrió lo mismo en el mundo académico que protestó tan inusual medida.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico no habría obligación alguna de cumplir con el pago del salario mínimo anunciado por cuanto, de conformidad con lo establecido en el aparte único del artículo 129 LOTT, el salario mínimo debe ser fijado mediante Decreto. Los decretos deben ser publicados en la Gaceta Oficial así como las leyes tal como lo dispone el artículo 13 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que consagra el Principio de Publicidad Normativa:

Artículo 13. Principio de publicidad normativa. *Todos los reglamentos, resoluciones y actos administrativos de carácter general dictados por la Administración Pública deberán ser publicados sin excepción en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela o, según el caso, en el medio de publicación oficial del estado, distrito metropolitano o municipio correspondiente.*

Por su parte, El artículo 1 del Código Civil, en concordancia con el artículo 215 de la Constitución Nacional, establece: *La Ley es obligatoria desde la publicación en la gaceta Oficial o desde la fecha posterior que ella misma indique.* En no habiendo sido publicado decreto alguno que contuviera un aumento de salario en la Gaceta Oficial es forzoso concluir que no existe obligación legal de pagar un salario mínimo superior a Bs. 1.800,00.

Todos los decretos que fijan un salario mínimo contienen 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. Como los pensionados no disfrutaban del pago del cestaticket socialista sustituto del beneficio de alimentación, el Gobierno creó un *bono especial de guerra económica* equivalente a un treinta por ciento (30%) del salario mínimo, no obstante en el Decreto del mes de agosto de 2018 se eliminó tal bono, por lo que las pensiones solo se equiparan al salario mínimo.

El Gobierno ha implantado una práctica altamente discriminatoria como es la de otorgar “bonos” a través del llamado *Carnet de la Patria* un medio de identificación que, si bien está al alcance de quien lo quisiera obtener, permite identificar a los simpatizantes del régimen y en cierto modo, censar a los militantes del partido oficialista. Existen bonos fijos: Bono Hogares de la Patria, Lactancia Materna o para las personas con discapacidad y el Bono “Pueblo Trabajador”; en tanto que otros son esporádicos y tienen relación con ciertas fechas como el bono de los Reyes Magos, Carnaval y Angostura, Bono Pueblo Valiente, etc.

En cuanto a la equivalencia del valor del bolívar respecto al dólar, es de hacer notar que para la fecha de elaboración de este informe, el Gobierno anunció

la desaparición del sistema de cambio oficial denominado DICOM y la posibilidad de que los bancos, a través de mesas de dinero, vendan y compren divisas extranjeras, ello implica en la práctica la desaparición del control de cambios que desde finales de 2002 rigió en el país. Para el día 13 de mayo de 2019 el valor de un dólar es de Bs. 5.698,53. De donde el ingreso mínimo (salario mínimo más cestaticket socialista) actual de un trabajador venezolano equivale a \$11,42 al mes.

San Cristóbal, mayo de 2019.

La Junta Directiva de la ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO y de la SEGURIDAD SOCIAL, presenta como parte de su gestión la séptima edición de su ANUARIO, correspondiente al año 2018, 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 2018 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, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, España, México, Panamá, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Confiamos en que esta publicación sea de utilidad para los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.