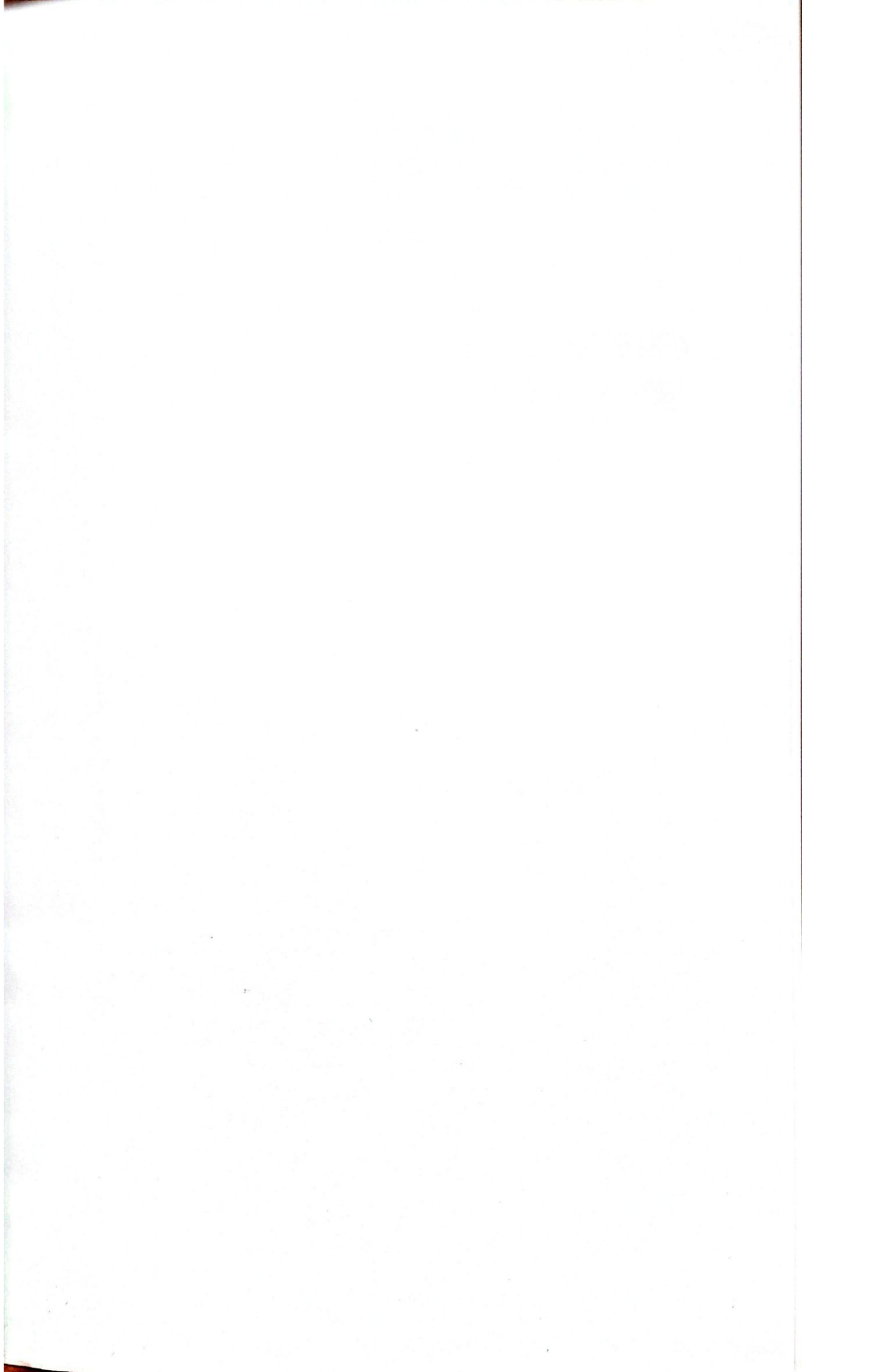


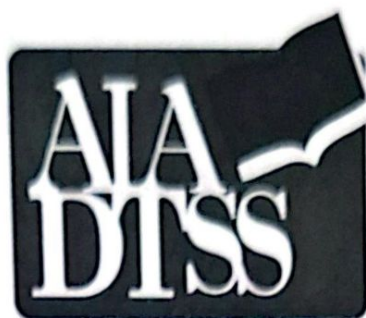


**Academia Iberoamericana
de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social**

ANUARIO 2012

Óscar Hernández Álvarez - Compilador





Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Anuario 2012

Óscar Hernández Álvarez - Compilador

Febrero, 2013



Academia Iberoamericana de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Año 2012

Anuario 2012

© Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, 2013

Óscar Hernández Álvarez - Compilador

Óscar Hernández Álvarez - Compilador

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@cantv.net
edt-horizonte@hotmail.com

Febrero 2013

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Anuario 2012

Sumario

<i>Presentación.....</i>	7
<i>Introducción.....</i>	9
<i>Breves notas históricas sobre la Academia</i>	10
<i>Lista de Miembros fundadores.....</i>	10
<i>Presidentes de Honor.....</i>	11
<i>Lista de los integrantes de las diferentes Juntas Directivas, hasta la actual.....</i>	11
<i>Académicos fallecidos.....</i>	14
<i>Académicos de Número.....</i>	15
<i>Académicos Correspondientes.....</i>	16
<i>Relación de Académicos de Número por países.....</i>	16
<i>Estatutos de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.....</i>	19
<i>Reglamento sobre los Académicos Correspondientes.....</i>	24

Seminario Internacional “El Derecho Laboral en Iberoamerica” Montevideo, 8 – 10 de diciembre de 2010

<i>El Derecho universal del Trabajo</i> Héctor-Hugo Barbagelata.....	29
---	----

<i>Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea del Derecho del trabajo</i> Adrián Goldin.....	47
---	----

<i>Contratación colectiva y orden público</i> Jorge Rosenbaum Rimolo.....	83
--	----

Mesa Redonda sobre «El Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica»

<i>Resumen de la intervención de Cassio Barros</i> Cassio Mesquita Barros.....	103
---	-----

<i>Unidad del Derecho Procesal y autonomía del Procedimiento Laboral</i> Óscar Hernández Álvarez.....	107
--	-----

<i>El Derecho Procesal en Chile (Notas descriptivas)</i> Emilio Morgado Valenzuela.....	115
--	-----

<i>Las nuevas tendencias del Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica</i>	
Rolando Murgas Torrazza.....	133
<i>La nueva Ley Procesal del Trabajo de Perú: Pilares y paradigmas</i>	
Mario Pasco Cosmópolis.....	139
<i>El Proceso Laboral en la República Argentina</i>	
Jorge Rodríguez Mancini.....	151

Doctrina

<i>Un siglo de avances y frustraciones en el Derecho del Trabajo</i>	
Efrén Córdova.....	157
<i>Los retos del Derecho del Trabajo en los momentos actuales: perspectiva latinoamericana</i>	
Óscar Hernández Álvarez.....	175
<i>Extinción de la relación de trabajo</i>	
Emilio Morgado Valenzuela.....	187
<i>El nuevo Constitucionalismo Social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como Derechos Humanos</i>	
Rolando Murgas Torrazza.....	247
<i>El derecho del empleo</i>	
Jorge Rodríguez Mancini.....	267

PRESENTACIÓN

La Junta Directiva de la ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, presenta como parte de su gestión, esta publicación en calidad de ANUARIO, destinado tanto para sus Miembros de Número y Correspondiente, como para los estudiosos del Derecho del trabajo y la Seguridad Social en Iberoamérica.

La Academia ha realizado un número plural de publicaciones, que son, sin duda, un punto de referencia obligado en el análisis de las instituciones de nuestra disciplina. La Junta Directiva que culmina su gestión el 28 de febrero de 2013, ha estimado prudente establecer, como un mínimo y sin perjuicio de otras, la publicación de un ANUARIO de la Academia, que recoja tanto asuntos relativos a sus actividades como las Conferencias de incorporación de sus nuevos Miembros de Número y valiosos trabajos de otros de sus integrantes.

Con mucho éxito y solemnidad, la Academia ha restablecido la práctica de la presentación pública de sus Conferencias de incorporación, para los nuevos Académicos de Número. Bajo el período de esta Junta Directiva, se han cubierto varias vacantes por lamentables decesos de varios de sus miembros, así como las cuatro vacantes que estaban pendientes de la respectiva convocatoria a elecciones. Los nuevos académicos disponen de un plazo de dos años para cumplir con dicho requisito estatutario.

En este primer Anuario se incluyen las Conferencias de incorporación de dos distinguidos académicos: ADRIÁN GOLDIN (Argentina) y JORGE ROSENBAUM RIMOLO (Uruguay), presentadas en el Seminario Internacional "El Derecho del trabajo en Iberoamérica", que tuvo lugar en Montevideo, Uruguay, en diciembre de 2010, bajo la responsabilidad de la Academia y del Instituto Uruguayo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

El Seminario en mención contó con una sacrificada y extraordinaria labor del en ese entonces Vicepresidente Primero de nuestra Academia, el gran maestro uruguayo ÓSCAR ERMIDA URIARTE, lamentablemente fallecido varios meses después.

Se recogen, además de las dos Conferencias de Incorporación, la Conferencia Magistral "El Derecho universal del trabajo", del Dr. HÉCTOR HUGO BARBAGELATA, pronunciada en el Seminario; así como las intervenciones que en la Mesa Redonda del Seminario, hicieron sobre el tema "El derecho procesal laboral en Iberoamérica" los académicos CASSIO MEZQUITABARROS, OSCAR ERMIDA URIARTE, JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, ÓSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y ROLANDO MURGAS TORRAZZA; más el texto escrito enviado por el profesor EMILIO MORGADO VALENZUELA.

Contiene trabajos que, para efectos de esta publicación y como resultado de la invitación que se hizo a todos los académicos, hicieron llegar los profesores EFRÉN CÓRDOVA, EMILIO MORGADO VALENZUELA, JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, ÓSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ y ROLANDO MURGAS TORRAZZA.

La presente edición del ANUARIO no alcanzó a cubrir las Conferencias de

Incorporación de los académicos PATRICIA KURCZYN VILLABOLOBOS, ni las de HUMBERTO VILLASMIL y ALEXANDER GODÍNEZ, presentadas en Puebla, México, en marzo de 2012; ni las de FRANCISCO TAPIA y JUAN RASO DELGUE, presentadas en Santiago de Chile, en septiembre de 2012. Las mismas se incluirán en la siguiente edición del ANUARIO, conjuntamente con otros materiales.

Confiamos en que esta publicación y su futura continuidad, serán de gran utilidad para los estudiosos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

FEBRERO DE 2013

ROLANDO MURGAS TORRAZZA
Presidente

ÓSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Secretario General

**ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
2013**

INTRODUCCIÓN

La Junta Directiva de la **ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, cuya gestión está por concluir el 28 de febrero de 2013, presenta los siguientes Anales.

Su publicación se hace luego de tomar como base la efectuada en el año 2009, bajo la Presidencia del Dr. MARIO PASCO COSMÓPOLIS que, a su vez, recogía los acopios de información efectuados por anteriores directivas. Al mismo tiempo, el paso de los años ha provocado lamentables pérdidas de valiosos miembros, el ingreso de nuevos académicos y cambios en las referencias de ellos. Todo ello hace necesaria una actualización.

Es nuestro interés ofrecer una información esencial sobre la Academia. En términos generales la publicación contiene:

1. Breves notas históricas sobre la Academia.
2. Lista de Miembros Fundadores.
3. Presidentes de Honor.
4. Lista de los integrantes de las diferentes Juntas Directivas, hasta la actual.
5. Académicos fallecidos.
6. Lista de los Académicos de Número.
7. Lista de los Académicos Correspondientes.
8. Relación de Académicos de Número por países.
9. Estatutos vigentes de la Academia.
10. Reglamento sobre los Académicos Correspondientes.

Confiamos en que esta publicación cumpla con los propósitos de utilidad arriba enunciados.

FEBRERO DE 2013

ROLANDO MURGAS TORRAZZA
Presidente

ÓSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
Secretario General

1. BREVES NOTAS HISTÓRICAS SOBRE LA ACADEMIA

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

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

2. LISTA DE MIEMBROS FUNDADORES

Los fundadores de la Academia fueron los diecinueve miembros siguientes:

Argentina: Mario L. Deveali

Alfredo J. Ruprecht

Mariano R. Tissembaum

Bolivia: Roberto Pérez Patton

Brasil: A. F. Cesarino Jr.

Mozart Víctor Russomano

Arnaldo Lopes Sússekind

Colombia: Guillermo Camacho Henríquez

España: Manuel Alonso García

Manuel Alonso Olea

Gaspar Bayón Chacón

México: Mario de la Cueva

Perú: José Montenegro Baca

Ricardo Nugent

Portugal: Xavier Bernardo da Gama Lobo

Uruguay: Héctor Hugo Barbagelata

Américo Plá Rodríguez

Venezuela: Rafael Alfonzo Guzmán

Rafael Caldera Rodríguez

3. PRESIDENTES DE HONOR

Alfredo J. Ruprecht

Mozart Víctor Russomano

Manuel Alonso Olea

Fernando Suárez González

Américo Plá Rodríguez

Néstor de Buen Lozano

Emilio Morgado Valenzuela

Lupo Hernández Rueda

Alfredo Montoya Melgar

Xavier Bernardo da Gama Lobo

Mario Pasco Cosmópolis

4. LISTA DE LOS INTEGRANTES DE LAS DIFERENTES JUNTAS DIRECTIVAS, HASTA LA ACTUAL

Junta Directiva

(1 de marzo de 2010 al 28 de febrero de 2013)

Presidente: Rolando Murgas Torrazza

Vicepresidente 1º: Oscar Ermida Uriarte +

Vicepresidente 2º: Cassio Mesquita Barros

Secretario General: Óscar Hernández Álvarez

Secretario General Adjunto: José Vida Soria

Junta Fundacional

Presidente: Alfredo J. Ruprecht

Vicepresidente: Arnaldo L. Sússekind

Secretario General: Héctor Hugo Barbagelata

1º de enero de 1977 al 31 de diciembre de 1979

Presidente: Mozart Víctor Russomano

Vicepresidente 1º: Mariano R. Tissembaum

Vicepresidente 2º: Enrique Álvarez del Castillo

Secretario General: Manuel Alonso Olea

Secretario General Adjunto: José Montenegro Baca

1° de enero de 1980 al 31 de diciembre de 1982

Presidente: Manuel Alonso Olea

Vicepresidente 1°: Américo Plá Rodríguez

Vicepresidente 2°: Rolando Murgas Torrazza

Secretario General: Enrique Álvarez del Castillo

Secretario General Adjunto: Lupo Hernández Rueda

1° de enero de 1983 al 31 de diciembre de 1985

Presidente: Enrique Álvarez del Castillo

Vicepresidente 1°: Eduardo Raúl Stafforini

Vicepresidente 2°: Lupo Hernández Rueda

Secretario General: Fernando Suárez González

Secretario General Adjunto: Carlos Carro Zúñiga

1° de enero de 1986 al 31 de diciembre de 1988

Presidente: Fernando Suárez González

Vicepresidente 1°: Octavio Bueno Magano

Vicepresidente 2°: Néstor de Buen Lozano

Secretario General: Américo Plá Rodríguez

Secretario General Adjunto: Rafael F. Albuquerque de Castro

1° de enero de 1989 al 31 de diciembre de 1991

Presidente: Américo Plá Rodríguez

Vicepresidente 1°: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

Vicepresidente 2°: Xavier Bernardo da Gama Lobo

Secretario General: Néstor de Buen Lozano

Secretario General Adjunto: Julio J. Martínez Vivot

1° de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1994

Presidente: Néstor de Buen Lozano

Vicepresidente 1°: Luis Enrique de la Villa Gil

Vicepresidente 2°: Octavio Bueno Magano

Secretario General: Emilio Morgado Valenzuela

Secretario General Adjunto: Humberto A. Podetti

1° de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1997

Presidente: Emilio Morgado Valenzuela

Vicepresidente 1°: Alfredo Montoya Melgar

Vicepresidente 2°: Humberto A. Podetti

Secretario General: Arturo Hoyos (hasta junio de 1996)

Mario Pasco Cosmópolis (desde julio de 1996)

1° de enero de 1998 al 31 de diciembre de 2000

Presidente: Lupo Hernández Rueda

Vicepresidente 1°: Antonio Vázquez Vialard

Vicepresidente 2°: Mario Pasco Cosmópolis

Secretario General: Alfredo Montoya Melgar

Secretario General Adjunto: José Dávalos Morales

1° de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2003

Presidente: Alfredo Montoya Melgar

Vicepresidente 1°: Helios Sarthou

Vicepresidente 2°: Bernardo van der Laat Echeverría

Secretario General: Xavier Bernardo da Gama Lobo

Secretario General Adjunto: Francisco Walker Errazuriz

1° de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2006

Presidente: Xavier Bernardo da Gama Lobo

Vicepresidente 1°: Juan Rivero Lamas

Vicepresidente 2°: José Dávalos Morales

Secretario General: Mario Pasco Cosmópolis

Secretario General Adjunto: Cassio Mesquita Barros

1° de enero de 2007 al 28 de febrero de 2010

Presidente: Mario Pasco Cosmópolis

Vicepresidente 1°: Rolando Murgas Torrazza

Vicepresidente 2°: Jorge Rodríguez Mancini

Secretario General: Juan Rivero Lamas (+) (hasta 18 de octubre de 2007)

Amauri Mascaro Nascimento (desde 1 de enero de 2008)

Secretario General Adjunto: Amauri Mascaro Nascimento (hasta 31 de diciembre de 2007)

Óscar Ermida Uriarte (desde 1 de enero de 2008)

5. ACADÉMICOS FALLECIDOS

Manuel Alonso García. España
José Cabrera Bazán. España
Manuel Alonso Olea. España
Enrique Álvarez del Castillo. México
Gaspar Bayón Chacón. España
Rafael Caldera Rodríguez (Venezuela)
Guillermo Camacho Henríquez. Colombia
Helios Sarthou. Uruguay
Jesús J. Castorena. México
Jose Martins Catharino. Brasil
Baltasar Cavazos Flores. México
Antonio Ferreira Cesarino Junior. Brasil
Juan Rivero Lamas. España
Mario de la Cueva. México
Mario Deveali. Argentina
Julio J. Martínez Vivot. Argentina
Guillermo López Guerra. Colombia
Hernando Franco Idárraga. Colombia
Luis Frescura y Candia. Paraguay
Fabián Jaramillo Dávila. Ecuador
Óscar Ermida Uriarte (Uruguay)
Ernesto Krotoschin. Argentina
Humberto A. Podetti. Argentina
Justo López Lasanta. Argentina
Geraldo Von Potobsky. Argentina
Octavio Bueno Magano. Brasil
José Montenegro Baca. Perú
Roberto Pérez Patton. Bolivia
Américo Plá Rodríguez. Uruguay
Bernardo van der Laat Echeverría. Costa Rica
Reinaldo Rodríguez Navarro. Venezuela
Russomano Mozart Víctor. (Brasil)
Eduardo Raúl Stafforini. Argentina
Antonio Vázquez Vialard. Argentina

Arnaldo Süssekind (Brasil)

Mariano R. Tissembaum. Argentina

Francisco Walker Linares. Chile

6. ACADÉMICOS DE NÚMERO

1. Alburquerque de Castro, Rafael F. (República Dominicana)
2. Alfonzo Guzmán, Rafael (Venezuela)
3. Vida Soria, José (España)
4. Martín Valverde, Antonio (España)
5. Larios Enrique (México)
6. Barbagelata, Héctor Hugo (Uruguay)
7. Montoya Melgar, Alfredo (España)
8. Borrajo Dacruz, Efrén (España)
9. Villasmil Prieto, Humberto (Venezuela)
10. Mantero San Vicente, Osvaldo (Uruguay)
11. Carro Zúñiga, Carlos Alberto (Costa Rica)
12. Dávalos Morales, José (México)
13. Pedreira da Silva, Luiz de Pinho (Brasil)
14. Kurczyn Villalobos, Patricia (México)
15. Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio (España)
16. Córdova, Efrén (Cuba)
17. De Buen Lozano, Néstor (México)
18. Monsalve, Martha (Colombia)
19. Pereira Donato, Messias (Brasil)
20. Forero Rodríguez, Rafael (Colombia)
21. Mesquita Barros, Cássio (Brasil)
22. González Carlos, Alberto (Paraguay)
23. Guerrero Figueroa, Guillermo (Colombia)
24. Hernández Rueda, Lupo (República Dominicana)
25. Hoyos, Arturo (Panamá)
26. Raso Delgue, Juan (Uruguay)
27. Rodríguez Mancini, Jorge (Argentina)
28. Bronstein, Arturo Sergio (Argentina)
29. Nascimento, Amauri Mascaro (Brasil)
30. Pasco Cosmópolis, Mario (Perú)

31. De Moraes Filho, Evaristo (Brasil)
32. Morgado Valenzuela, Emilio (Chile)
33. Murgas Torrazza, Rolando (Panamá)
34. Nugent López-Chaves, Ricardo (Perú)
35. Monteiro Fernandes, Antonio (Portugal)
36. Rosenbaum Rimolo, Jorge (Uruguay)
37. Godínez, Alexander (Costa Rica)
38. Hernández Álvarez, Óscar (Venezuela)
39. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (España)
40. Ruprecht, Alfredo J. (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 Errázuriz, Francisco (Chile)
50. Xavier Bernardo da Gama Lobo (Portugal)
51. Sandoval Rodríguez, Isaac (Bolivia)
52. Blancas Bustamante, Carlos (Perú)
53. Tapia Guerrero, Francisco (Chile)
54. Herrera Carbuccia, Manuel (República Dominicana)
55. Franco, César Landelino (Guatemala)

7. ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES

Abdala. Vantuil. (Brasil)
 Romano Martínez, Pedro. (Portugal)
 Ribeiro de Villena, Paulo Emilio. (Brasil)

8. RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR PAÍSES

Argentina

27. Rodríguez Mancini, Jorge

28. Bronstein, Arturo Sergio.

40. Ruprecht, Alfredo J.

43. Goldin, Adrián

Bolivia

51. Sandoval Rodríguez, Isaac

Brasil

13. Pedreira da Silva, Luiz de Pinho

19. Pereira Donato, Messias

21. Mesquita Barros, Cassio

29. Nascimento, Amauri Mascaro

31. De Moraes Filho. Evaristo

41 Arion Sâyao Romita

45. Manrich, Nelson

Colombia

18. Monsalve, Martha

20. Forero Rodríguez, Rafael

23. Guerrero Figueroa. Guillermo

Costa Rica

11. Carro Zúñiga, Carlos Alberto

37. Godínez, Alexander

Cuba

16. Córdova, Efrén

Chile

32. Morgado Valenzuela, Emilio

49. Walker Errázuriz, Francisco

53 Tapia Guerrero, Francisco

Ecuador

48. Egas Peña, Jorge

España

- 3. Vida Soria, José
- 4. Martín Valverde, Antonio
- 7. Montoya Melgar, Alfredo
- 8. Borrajo Dacruz, Efrén
- 15. Sagardoy Bengoechea, Juan Antonio
- 39. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel
- 44. Suárez González, Fernando
- 47. De la Villa Gil, Luis Enrique

Guatemala

- 55. César Landelino Franco

México

- 5. Larios, Enrique
- 12. Dávalos Morales José
- 14. Kurczyn Villalobos, Patricia
- 17. De Buen Lozano, Néstor
- 42. Sánchez Alvarado, Alfredo

Panamá

- 25. Hoyos, Arturo
- 33. Murgas Torrazza, Rolando

Paraguay

- 22. González, Carlos Alberto

Perú

- 30. Pasco Cosmópolis, Mario
- 34. Nugent López-Chávez, Ricardo
- 52. Blancas Bustamante, Carlos

Portugal

- 35. Monteiro Fernandes, Antonio
- 46. Pinto, Mario
- 50. Xavier, Bernardo Da Gama Lobo

República Dominicana

1. Alburquerque de Castro, Rafael

24. Hernández Rueda, Lupo

54. Herrera Carbuccia, Manuel

Uruguay

6. Barbagelata, Héctor Hugo

10. Mantero San Vicente, Osvaldo

26. Raso Delgue, Juan

36. Rosenbaum Rimolo, Jorge

Venezuela

2. Alfonzo Guzman, Rafael

9. Villasmil Prieto, Humberto

38. Hernández Álvarez, Óscar

9. ESTATUTOS DE LA ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Modificados en noviembre 2011

De la denominación, domicilio e idioma

Artículo 1º. La Academia es una asociación que tiene su domicilio en el del Secretario General.

Artículo 2º. Las lenguas oficiales son el español y el portugués. Los documentos oficiales se redactarán en uno de estos idiomas.

De los fines

Artículo 3º. La Academia es una sociedad científica internacional, cuyo objeto es promover, sobre una base internacional, los conocimientos jurídicos y científicos de las materias que constituyen su especialidad.

Para el cumplimiento de estos fines deberá:

- a) Estudiar y dilucidar cuestiones relacionadas con el estudio del Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social que se promuevan en su seno o se lo consulten.
- b) Fomentar y difundir el estudio del Derecho del Trabajo y el de la Seguridad Social.

- c) Formar parte de tribunales encargados de dictaminar sobre el mérito de la producción científica especializada, estimular dicha producción y otorgar premios.
- d) Patrocinar y organizar congresos y reuniones científicas sobre las materias de su especialidad y designar representantes en dichas manifestaciones.

De las atribuciones

Artículo 4°. Las atribuciones de la Academia son:

- a) Elegir sus miembros y sus autoridades;
- b) Dictar sus reglamentos internos;
- c) Fijar su presupuesto de gastos;
- d) Adquirir bienes muebles e inmuebles, contraer obligaciones y realizar cualquier operación bancaria;
- e) Disponer la publicación parcial o total de lo resuelto en las sesiones, trabajos o comunicaciones presentados, conferencias y en general todo lo relativo al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
- f) Establecer y mantener relaciones con las instituciones y personas que se dedican a los estudios laborales y de la Seguridad Social;
- g) Celebrar sesiones privadas para resolver asuntos de la Academia y recibir comunicaciones en sesiones públicas.

De los Académicos

Artículo 5°. La Academia se integrará hasta con cincuenta y cinco Miembros Titulares o de Número en ejercicio y su composición será representativa de la ciencia jurídica laboral de los países iberoamericanos. Podrá haber, además Miembros Eméritos y Miembros Correspondientes.

La posición de académico será vitalicia y ad honorem.

Artículo 6°. Para ser Miembro de Número se requiere haber tenido actuación destacada como publicista, en la cátedra universitaria, en la magistratura, en el foro o en la administración pública en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Artículo 7°. La Academia podrá designar Miembros Correspondientes a personas que por sus méritos sobresalientes puedan representarla en el lugar en que residen.

Artículo 8°. Las vacantes de Miembros de Número serán llenadas siguiendo el orden en que se produzcan de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) Dentro de los cinco días hábiles siguientes a haber transcurrido noventa días consecutivos desde que se produjo la vacante, el Presidente abrirá

un período de sesenta días para las postulaciones de candidatos, con comunicación a los miembros de Número y a los Miembros Eméritos;

b) Durante ese lapso se enviarán las propuestas de candidatos con las condiciones siguientes:

1. Ser presentado por dos Miembros de Número o Miembros Eméritos de dos países diferentes y que sean distintos del país de origen del candidato que se propone

2. Enviar el currículum vitae del candidato.

c) Vencido el período de postulación se hará conocer la nómina de los candidatos a los Miembros de Número y a los Miembros Eméritos.

d) Las votaciones podrán hacerse por vía postal o por correo electrónico a opción del académico. Si el académico opta por ejercer su voto por vía postal lo enviará a la dirección postal del Secretario General que esté registrada en el último Boletín de la Academia, en un sobre cerrado sin indicación de remitente, dentro de otro sobre con el nombre del académico que emite su voto.

Si el académico opta por el empleo del correo electrónico, enviará su voto a la dirección electrónica del Secretario General que esté indicada en el último Boletín de la Academia.

En uno y otro caso el Secretario General hará el cómputo de los votos, transcurridos que sean treinta días desde la fecha en que se haga conocer la nómina de los candidatos a los miembros de Número y a los Miembros Eméritos según se dispone en el literal anterior.

Los Miembros Eméritos podrán consignar sus votos en las mismas condiciones que los Miembros de Número.

e) Para ser electo se requiere contar con el voto afirmativo del treinta por ciento de los Miembros de Número y Eméritos. Si hubiese empate se hará una nueva elección entre aquellos candidatos que hubiesen tenido el mismo número de votos. Si el resultado de esta elección fuese nuevamente un empate la elección se considerará desierta.

Artículo 9°. Los académicos electos deberán presentar, al incorporarse, un trabajo científico dentro de los dos años siguientes a su elección. En su defecto quedarán eliminados de la nómina de miembros de la Academia.

Artículo 10°. Los cargos de miembros titulares serán numerados y nominados. Los que se incorporen de acuerdo con el artículo 8° ocuparán el sitial que ha vacado.

De los miembros Eméritos

Artículo 11°. Los Miembros de Número que tengan más de ochenta años de edad tendrán el derecho de ser designados como Miembros Eméritos. Cuando un Miembro de Número pase a la condición de Miembro Emérito se procederá a la elección del correspondiente Miembro de Número.

Los Miembros Eméritos tendrán los mismos derechos que los Miembros de Número, incluido el de voto, pero no estarán obligados a pagar las cotizaciones correspondientes.

De los Miembros Correspondientes

Artículo 12°. La elección de los Miembros Correspondientes es atribución de la Junta directiva.

De las autoridades

Artículo 13°. La academia será dirigida y administrada por una Junta Directiva compuesta de un Presidente, un Vicepresidente primero, un Vicepresidente segundo, un Secretario General y un Secretario General Adjunto. Todos ellos deberán ser Miembros de Número, durarán tres años en sus funciones y no podrán ser reelegidos para el mismo cargo en el período siguiente.

Artículo 14°. Noventa días antes de finalizar el período de la Junta Directiva se comunicará tal hecho a los Miembros de Número, los cuales dentro de un plazo de diez días deberán enviar al Secretario General la nómina de candidatos que proponen para la Junta Directiva. Resultarán electos los que mayores sufragios obtengan.

Artículo 15°. Los Vicepresidentes reemplazarán, por su Orden, al Presidente y, a falta de éstos, lo hará el Secretario General.

Artículo 16°. Al producirse una vacante en la Junta Directiva, se procederá a nuevas elecciones si faltaran dos o más años para completar el período. El nuevo designado sólo será por el tiempo faltante para completar dicho lapso.

Artículo 17°. Las autoridades de la Academia conservarán sus cargos hasta la elección de los reemplazantes, aun cuando hubiese vencido el término por el cual fueron designados.

Del Presidente

Artículo 18°. El Presidente representará a la Academia en todos los asuntos legales y administrativos: convocará y presidirá las reuniones y demás actos que se realicen.

De los Vicepresidentes

Artículo 19°. Suplirán por su orden al Presidente en caso de no poder éste, por cualquier circunstancia, cumplir el cargo.

Del Secretario General

Artículo 20°. El Secretario General tendrá a su cargo la correspondencia, la relación de informes y publicaciones que se efectúen; convocando a las actividades de la Academia. Tiene a su cargo el archivo de la Academia. Percibirá

las contribuciones Financieras y cotizaciones y efectuará los pagos necesarios con la autorización de la Presidencia. Deberá cada dos años elevar el proyecto de presupuesto a la Junta Directiva y la memoria y balance por el ejercicio vencido, con la aprobación del Presidente.

Del Secretario General Adjunto

Artículo 21°. El Secretario General Adjunto realizará las tareas que le encomiende la Junta Directiva y reemplazará al Secretario General en caso de impedimento de éste.

De las secciones y Comisiones

Artículo 22°. La Junta Directiva está autorizada para constituir secciones y designar comisiones para el estudio de problemas científicos concretos, generales o regionales.

Del patrimonio

Artículo 23°. El patrimonio social se compondrá;

- a) Por las cotizaciones de los Académicos;
- b) Por subsidios, subvenciones, legados y donaciones;
- c) Por el producido de sus publicaciones y demás actividades que resultasen del cumplimiento de sus fines;
- d) Por todos los bienes muebles e inmuebles que adquiera.

Artículo 24°. Las cotizaciones de los Académicos serán determinadas por la Junta Directiva.

Artículo 25°. Los fondos de la Academia serán administrados por el Presidente y Secretario General de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20°.

De los reglamentos internos

Artículo 26°. La Junta Directiva dictará los reglamentos internos que considere necesarios para la marcha eficiente de la Academia.

De las modificaciones al Estatuto

Artículo 27°. A pedido por escrito de diez Miembros de Número se podrá modificar el Estatuto. Para ello se dirigirá el texto de la enmienda propuesta a cada Miembro de Número, el cual deberá en voto firmado, decidirse por la afirmativa o la negativa. Las enmiendas también pueden ser propuestas y aprobadas en una sesión plenaria en que la cuestión de las modificaciones al Estatuto figure en la convocatoria. En ambos casos, para la aprobación se requiere una mayoría de dos tercios de votos escrutados o presentes, sobre un quórum mínimo de la mitad de los Miembros de Número.

De las disposiciones generales

Artículo 28°. En el primer cuatrimestre del año el Presidente presentará una memoria de la marcha de la Academia, con indicación de las actividades desarrolladas o en vía de desarrollo.

Artículo 29°. No podrá disolverse la Academia mientras existan diez académicos dispuestos a sostenerla, quienes se comprometerán a perseverar en el cumplimiento de los objetivos sociales.

Artículo 30°. Si se disolviese la Academia, la liquidación será hecha por la Junta Directiva o cualquier Miembro de Número. En caso de remanente de bienes, se destinará al Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Artículo 31°. Los miembros de la Junta Directiva no percibirán remuneración por sus actividades.

11. REGLAMENTO SOBRE LOS ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES

En los términos de los artículos 7° y 11° y conforme a lo establecido en el artículo 28° de los Estatutos, la Junta Directiva de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social aprueba el siguiente Reglamento:

Artículo 1°. La Academia nominará como Miembros Correspondientes a jusbatalistas que por sus méritos relevantes puedan representarla.

Artículo 2°. Los Académicos Correspondientes son designados anualmente por la Junta Directiva, con sujeción al siguiente procedimiento:

- a) En el mes de enero de cada año, el Presidente declara abierto el proceso de designación, en circular dirigida a todos los Académicos de Número, señalando un plazo de 30 días para presentación de candidaturas;
- b) Durante ese lapso, son enviadas al Presidente las candidaturas acompañadas de los elementos indicados en los puntos siguientes;
- c) Las candidaturas son presentadas por tres Académicos de Número que no sean del mismo país, siendo obligatoriamente uno del propio país al que pertenece el candidato;
- d) Si hubiera menos de dos Académicos de Número del país al que pertenece el candidato, la candidatura puede ser suscrita por cualesquiera tres Miembros de Número, siempre que no sean del mismo país;
- e) La candidatura debe ir acompañada del "currículum vitae" del candidato propuesto, con copia en soporte digital;
- f) El Presidente hace circular la propuesta entre los demás miembros de la Junta Directiva, los que deberán pronunciarse hasta el 31 de mayo;
- g) La designación, por mayoría simple, es comunicada por el Secretario General a todos los Académicos de Número y Correspondientes.

Artículo 3°. Los Académicos Correspondientes están sujetos al artículo 9° de los Estatutos, debiendo presentar en el plazo de dos años un trabajo científico.

Artículo 4°. Los Académicos Correspondientes pueden ser invitados a participar, sin derecho a voto, en las asambleas generales de la Academia.

Artículo 5°. Los Académicos Correspondientes son permanentemente informados por el Secretario General de los acontecimientos relevantes de la Academia, en especial de las actividades científicas.

Artículo 6°. Los Académicos Correspondientes pueden integrar las secciones y comisiones previstas en el artículo 22° de los Estatutos.

Artículo 7°. Los Académicos Correspondientes constan en los registros publicados por la Academia y, en las condiciones establecidas por la Junta Directiva, podrán ser autorizados a usar la medalla de la Academia.

Artículo 8°. Por decisión de la Junta Directiva, los Académicos Correspondientes podrán quedar sujetos al pago de cotización, la cual no puede ser superior a la correspondiente a los académicos de número.

Artículo 9°. El presente Reglamento entra en vigor el 1° de enero de 2005.

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO

Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - ESCUELA DE POSGRADO

Montevideo, 8 - 10 de diciembre de 2010



SEMINARIO INTERNACIONAL
“EL DERECHO LABORAL EN IBEROAMERICA”

**ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL - ESCUELA DE POSGRADO**

Montevideo, 8 – 10 de diciembre de 2010

El Derecho universal del Trabajo

Héctor-Hugo BARBAGELATA

Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de Montevideo, Universidad de la República.
Ex-Secretario de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Sumario

I). Introducción. II) Constitucionalización e internacionalización. III) **Principios y criterios de interpretación del bloque de constitucionalidad.** A) Criterio fundado en las condiciones del *Estado Social de Derecho*. B) Criterio de complementariedad e interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos. C) Primacía de la disposición más favorable a la persona humana. D) Criterio resultante del principio de *progresividad*. E) Principio de irreversibilidad o de no regresión. F) Principio de autoejecución y autoaplicación. IV) **Conflictos entre los derechos fundamentales.** V). Los principios filosóficos: a) La *Justicia social*. b) La especificidad del trabajo humano. c) Reafirmación de la *dignidad* de la persona humana. VI) Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La idea de un derecho universal del trabajo no es nueva, en realidad es más antigua que la legislación del trabajo y por lo tanto, más antigua que la propia rama del derecho que estudia estas cuestiones.

Sí, son nuevos los avances que con ese objetivo se han ido registrando desde fines del siglo pasado.

2. Al presente, tales avances están nuevamente amenazados por los empujes de un neoliberalismo que ha sobrevivido a pesar de las evidencias de su responsabilidad en la producción de la última crisis mundial¹.

Este nuevo intento de arrasar con las garantías laborales y el *estado de bienestar* no deja de ser peligroso, pero es evidente que la opinión pública opondrá fuertes resistencias. Por otra parte, los avances logrados y confirmados por algunos tribunales internacionales, así como por los constitucionales nacionales y por la legislación de un número significativo de países, representa un muro de contención, aunque no puede saberse de su fortaleza.

3. El propósito de garantizar a todos los trabajadores, cualquiera sea el Estado dentro del cual viven y laboran, condiciones de trabajo y de seguridad que les abran la posibilidad de una vida digna, con un creciente grado de bienestar, responde a una manifiesta aspiración de algunos círculos sociales, desde mediados del siglo XIX.

Eso fue lo que procuró expresar una Declaración de la *Primera Internacional*² y tuvo progresivamente el respaldo de muchas personas y organizaciones empeñadas en buscar el camino, o los caminos, para la superación de la injusticia social, o como se decía en España en esos tiempos, para lograr la *regeneración de la sociedad*.

4. El logro de un amplio mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo en aquellos momentos era apenas un lejano horizonte para los que tenían suficiente vista o imaginación para verlo o para creer que lo veían.

En efecto, para realizar algunos modestos progresos había que superar la fuerte resistencia del liberalismo *manchesteriano* que respaldaba la política represiva contra los sindicatos e impedía la intervención de la ley en defensa de los trabajadores³.

5. Sin embargo, desde fines del siglo XVIII se había ido creando por diversos conductos una viva expectativa relacionada con la promoción de la libertad, la igualdad y la busca de la felicidad por y para todos los seres humanos.

¹ Como ha señalado Stiglitz: "Tan sólo unos años atrás, una poderosa ideología —la creencia en los mercados libres y sin restricciones— llevó al mundo al borde de la ruina. Incluso en sus días de apogeo, desde principios de los años ochenta hasta el año 2007, el capitalismo desregulado al estilo estadounidense trajo mayor bienestar material sólo para los más ricos en el país más rico del mundo...". (Stiglitz, Joseph *La crisis ideológica del capitalismo occidental*).

² Louis, Paul, *Histoire du socialisme en France*, M. Rivière, Paris, 1937, pp. 206 y ss.

³ Lo cual explica por qué las diversas corrientes intervencionistas tuvieron como primer objetivo combatir el liberalismo económico (*Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Montevideo, 2009, Cap. IV).

En ese clima tenía que ocurrir y ocurrió un cambio sustancial del origen y la naturaleza, de las normas supremas de los Estados. En efecto, éstas comenzaron a dejar de ser *Cartas* otorgadas por los monarcas, para convertirse en Constituciones, resultantes de procesos de ruptura del orden anterior y de creación de uno enteramente nuevo, en el cual se formulaban y trataban de llevarse a la práctica, nuevas ideas respecto del Estado y sus funciones.

6. Tales ideas, comenzaron a concretarse en solemnes *declaraciones*, como la de Independencia de los Estados Unidos y prosiguieron, en ese país y en el curso de la Revolución Francesa. Más adelante, se alcanzó un grado de mayor certeza jurídica en *constituciones*, como la propia de los EEUU, y de algunos de sus Estados, así como las de la Revolución Francesa⁴.

Todos esos instrumentos, proclamaban derechos inalienables de los ciudadanos, incluyendo como fin del Estado, su participación activa en "la busca de la felicidad"; o la persecución de la "felicidad del pueblo"; o de la "felicidad común" y el fomento "del bienestar general".

También estas declaraciones aseguraban que "la felicidad de la nación es el objeto del Estado", como establecía la Constitución de Cádiz⁵.

La cuestión volvió a plantearse en la escena europea con la *Declaración de Principios* adoptada durante el breve proceso revolucionario francés de 1848. En esa Declaración se incluyó por primera vez el *trabajo* entre los derechos de los ciudadanos que, según el artículo 8 debían ser protegidos por la República; la cual debería además, poner al alcance de todos la "*instrucción indispensable*", así como asegurar "*una asistencia fraterna para los ciudadanos necesitados*".

7. Un poco antes, se estaba plasmando otra idea que apuntaba al mismo objetivo, o sea a un mejoramiento de las condiciones de vida de todos los seres humanos. Con ese fin, iba referida directamente a las condiciones de trabajo y a su mejoramiento a través de las leyes.

Esta idea había sido expuesta desde comienzos del siglo XIX por Roberto Owen, el cual, con el sentido práctico que lo caracterizaba, tenía claro y así se lo hizo saber a las potencias de entonces, que para un efectivo mejoramiento de las condiciones de los pueblos, era imperioso que se mejoraran simultáneamente las de trabajo en todos los países. De este modo, se podrían superar las resistencias a la sanción de tales normas, tanto por los empleadores, como por aquellos gobiernos que temieran quedar, por esa causa, en desventaja en el mercado internacional.

8. A pesar de los avances que se acaban de mencionar, será preciso esperar bastante tiempo más para que la protección del trabajo y de los trabajadores, en tanto que derecho humano y por consiguiente universal, comenzara a concretarse en términos jurídicos; lo que recién ocurriría en los primeros decenios del siglo XX.

⁴ Pergolesi, f., *Alcuni lineamenti del "diritti sociali"*, Giuffrè, Milán, 1953, pp. 18 y ss.

⁵ Es oportuno recordar que, en muchos aspectos, aunque no en éste, la Constitución de Cádiz sirvió de inspiración a los constitucionalistas sudamericanos, incluidos los uruguayos.

9. El proceso al que se está haciendo referencia, incluye dos vertientes: por un lado, la introducción de la protección laboral en varias constituciones políticas, a partir del artículo 123 de la de México (1917). Por otro, la creación de una institución supranacional destinada a adoptar una legislación del trabajo que pugnara por abarcar a todos los Estados y por garantizar un común mínimo de protección a todos los trabajadores, lo cual se concretó con el establecimiento de la Organización Internacional del Trabajo en 1919.

Por consiguiente, desde ese momento están implantadas dos vías aptas para avanzar hacia la universalización de la protección del trabajo.

Sin embargo, no será sin grandes dificultades que por dichas vías se materializarían efectivos progresos.

10. Sin perjuicio de la vocación de universalidad, que como destacaba de la Cueva es consustancial con la constitucionalización de estos derechos, el camino que se presentaba como más directo para llegar a resultados positivos era la producción de normas internacionales de trabajo, a través de ese novedoso órgano multinacional y tripartito, que era la Conferencia Internacional del Trabajo.

Sin embargo, durante mucho tiempo la efectiva internacionalización del Derecho Laboral, a partir de las normas emanadas de la OIT resultó trabada por diversos factores en buen número de Estados.

Los actuales progresos, son el resultado de que tales factores, referidos tanto a interpretaciones de los textos de las constituciones nacionales, como de la propia Constitución de la OIT, están siendo superados, aunque la cuestión no ha sido definitivamente resuelta en todos los países, incluidos varios países europeos.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA INTERNACIONALIZACIÓN

11. La constitucionalización de los derechos sociales, que actualmente ejerce su acción en un muy grande número de países, también había chocado por mucho tiempo con la desconsideración de aquellos que negaban valor jurídico a las cláusulas respectivas, considerándolas meros programas sujetos a una eventual decisión de los legisladores nacionales.

Sin embargo, desde el último cuarto del siglo XX cobró cada vez mayor fuerza en la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales o los que hacen sus veces, la doctrina que reconoce la validez de las disposiciones sobre materia laboral de las constituciones y las normas internacionales. Todo lo cual, en el entendido que, como han dejado establecido distinguidos constitucionalistas como Justino Jiménez de Aréchaga, no sólo "constituirá un deber para el Estado legislar en el sentido de tales disposiciones sino que además, éstas ofrecerán un criterio de interpretación del derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán un valor supletorio"⁶.

⁶ Jiménez de Aréchaga, Justino: *La Libertad Sindical*, OIT, Ginebra.

12. A todo esto, una suma de terribles acontecimientos había formado la convicción generalizada de que era necesaria una declaración, respaldada por un número grande de naciones, que iluminara la esfera de los derechos humanos, lo que ocurrió en el ámbito de las Naciones Unidas a fines de 1948 y poco antes en América a través de la OEA.

La *Declaración Universal* adoptada, reconoció, junto a muchas otras importantísimas cuestiones, la plena significación social del trabajo, no estableciendo ninguna diferencia de jerarquía jurídica entre los derechos sociales y los demás derechos fundamentales.

13. A esta Declaración Universal, la mayoría de la doctrina internacional le negó inicialmente valor jurídico, pero la misma fue siendo progresivamente reconocida como plena en derechos y obligaciones por la conciencia jurídica de los pueblos.

Fue así que la referida Declaración llegó a consolidarse como una base universal de principios y reglas a la que varias constituciones nacionales le rindieron expreso acatamiento, mientras que simultáneamente, en el plano internacional, alcanzaba reconocimiento como manifestación del *jus cogens*.

Los Pactos internacionales, concertados en 1966, se constituyeron en un apropiado complemento de la Declaración y en lo que se refiere a las cuestiones laborales, el PIDESC, aporta importantes esclarecimientos.

14. Al mirar bajo esta nueva luz las disposiciones de la materia laboral inscriptas en las constituciones de los diferentes Estados, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos y las propias normas de los convenios internacionales del trabajo, quedó en evidencia que el Derecho del Trabajo se había integrado, a todos sus efectos, en el sistema de los derechos fundamentales. Lo cual supone reconocer su universalidad y la integración de sus normas en la red normativa que las caracteriza.

15. A los instrumentos internacionales básicos y a los complementarios, se han ido agregado los especializados en puntos concretos, así como los producidos por las Comunidades regionales; pero, tanto los primeros, como los demás, contienen normas sobre derechos humanos laborales, a las que se les reconoce la misma jerarquía jurídica de las constituciones o aun un nivel superior.

16. El *bloque de constitucionalidad* que ha quedado constituido por la suma de las disposiciones constitucionales e internacionales más favorables para los seres humanos, ha dado una nueva eficacia a los principios del derecho del trabajo.

Conforme a su nuevo *status*, a tales principios se les debe reconocer inmunidad respecto de cualquier pretensión de quitarles valor por las leyes nacionales, así como no podrían ser ignorados por los tribunales de justicia.

Este último, es el punto débil del sistema, por lo menos hasta que se alcance un cierto grado de homogeneidad y por consiguiente, de universalidad, en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y laborales.

17. Por la pluralidad de fuentes que concurren a integrarlo, el *bloque de constitucionalidad* puede crear dificultades de interpretación.

En el conjunto, puede haber algunas disposiciones que simplemente reiteran, total o parcialmente los contenidos de normas anteriores, pero pueden también hallarse regulaciones que tratan los mismos temas bajo diferentes grados de intensidad, o mediante fórmulas no estrictamente equivalentes.

18. La primera de las situaciones, o sea la reiteración de disposiciones en sucesivos instrumentos no es motivo de grandes preocupaciones, aunque se suele sostener que no es una buena práctica.

Empero, tal reiteración puede servir para reforzar la adhesión a los contenidos receptados y como medio apto para zanjar toda duda sobre la razón de la omisión de referencias a uno o varios derechos o garantías⁷, amén de que tal reiteración puede estar justificada en instrumentos con distinto campo de aplicación.

19. Para la resolución de los problemas que pueden plantearse en la segunda de las hipótesis y en general para la interpretación e integración de las normas que componen el *bloque de constitucionalidad*, la doctrina y la jurisprudencia de muchos países, así como la de los organismos internacionales sobre derechos humanos, han elaborado distintos criterios que son perfectamente aplicables al universo del *bloque*, incluidos los derechos humanos laborales.

III. PRINCIPIOS Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

A) CRITERIO FUNDADO EN LAS CONDICIONES DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

20. El concepto de *Estado social de derecho* se presta a diversas definiciones e interpretaciones, incluso para algunos críticos, en esa fórmula no se agrega nada a la idea del "Estado de derecho".

Empero, para las corrientes que pugnan por profundizar el proyecto democrático, el *estado social de derecho* presupone la amplia superación de la restringida concepción liberal del Estado. A tales efectos, se consigna el propósito de garantizar el bienestar general a través de la redistribución de los recursos económicos, sociales y culturales con vistas a la efectiva igualación de las expectativas de los individuos desde el momento de su nacimiento⁸.

Sin perjuicio de tener presente esa concepción amplia del *estado social de derecho*, aquí se privilegiará la acepción que concretamente reclama, para su reconocimiento como tal, además del estricto funcionamiento de los derechos y garantías que caracterizan al *Estado de Derecho* en un sistema democrático, la observancia prioritaria de la protección del trabajo y del trabajador.

⁷ Vale la pena recordar que, en oportunidad de la primera reforma de la Constitución de la OIT, fue necesario que la comisión revisora aclarara que la eliminación de ciertas cláusulas que figuraban en el Tratado de Versalles no suponía restricción de los principios, derechos y garantías anteriormente consagrados.

⁸ Cfr. Vasconcelos, Regina María: "O grande conciliador", in Revista do tribunal do trabalho da 2ª Região, Nº 08/2011, p. 37.

Todo lo cual queda contenido en el principio que consagró el art. 157 de la Constitución de Weimar, y que constituciones de muchos países, como la uruguaya, recogieron, o sea aquello de que "el trabajo está bajo la protección especial del Estado" (o de la ley)⁹.

B) COMPLEMENTARIEDAD E INTERDEPENDENCIA DE TODAS LAS NORMAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

16. La respuesta que los constitucionalistas dieron, desde los inicios del proceso de universalización de los derechos humanos, a la pregunta sobre sus consecuencias en los ordenamientos de cada Estado, fue muy clara en el sentido de la complementariedad de todas las normas sobre tales derechos.

En efecto, se señaló que se estaba en presencia de "una protección de los mismos, que se sumaba a la que estaba contenida en las declaraciones particulares de los Estados"¹⁰.

17. En su formulación actual, el criterio de la complementariedad se asocia con la idea de interdependencia de las normas sobre los derechos humanos que integran el *bloque de constitucionalidad*. Lo cual, funciona de modo de configurar un mandato al intérprete, el cual apunta a considerar el universo constituido por la suma de todas las normas y principios como un todo indisociable, cualquiera que sea su fuente. O sea, lo que suele calificarse como "red de derechos".

Como señala Vogel Polsky, puesto que la totalidad de los instrumentos que conciernen a la misma familia de derechos están unidos en torno a la persecución de los mismos objetivos, deben considerarse partes de un todo coherente e interdependiente, aunque procedan de distintos instrumentos¹¹.

C) PRIMACÍA DE LAS DISPOSICIONES MÁS FAVORABLES A LA PERSONA HUMANA

18. Este criterio puede reputarse implícito en disposiciones del PIDESC y del PIDCP, (art. 5.2 en ambos instrumentos), las cuales *acuerdan prioridad por sobre las disposiciones de esos tratados a las leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, vigentes que otorgan un más amplio o más intenso reconocimiento a los derechos humanos*.

Es interesante señalar que en esos artículos se reconoce también que la costumbre puede ser fuente de derechos humanos fundamentales.

⁹ La actual Ley Fundamental de la RFA no contiene esa disposición, pero es obvio que la invocación que el TC hace al Estado Social de Derecho la da por entendida, en el marco de la "vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales" de índole social, como lo expresa el nomen iuris del art. 1º de dicha Ley Fundamental.

¹⁰ Según lo estableció Aníbal Luis Barbagelata desde la cátedra de la Facultad de Derecho de Montevideo, inmediatamente después de aprobada la DUDH (*Teoría de los Derechos Fundamentales*, Mont., 1950, p. 73).

¹¹ "La Europa social...", en VV.AA., *La CEE en la perspectiva del año 2000*, MTSS, Madrid, 1989.

El criterio en cuestión, obsta a que los tratados internacionales sobre tales derechos, puedan introducir límites a los derechos fundamentales reconocidos en las respectivas constituciones y viceversa. En ese sentido, Bidart Campos especifica que: "Como los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los Estados que son parte de dichos tratados... un sistema de derecho en un Estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes en retroalimentación: la interna de cada Estado y la internacional"¹².

La primacía de la disposición eventualmente más protectora, resulta también afirmada en los artículos 8.3 y 22.3 respectivamente, de los referidos Pactos, a propósito de la libertad sindical y sus garantías que están regulados por otra norma internacional: el Convenio 87 de 1948 de la OIT.

19. La Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el art. 29 inc. B de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dejó establecido respecto de la primacía de la norma más protectora que: "Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana", tanto en lo internacional como en lo interno de cada Estado. A modo de confirmación de cuanto acaba de señalarse, corresponde mencionar que en la *Declaración Sociolaboral del Mercosur* se estableció que los "principios y derechos en el área del trabajo que pasan a constituir" [dicha Declaración] son "sin perjuicio de otros que la práctica nacional o internacional de los Estados Partes haya instaurado o vaya a instaurar".

D) CRITERIO RESULTANTE DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

20. La *progresividad* de las normas sobre derechos humanos puede ser interpretada en dos sentidos:

En un primer sentido, se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas dirigidas a determinados objetivos, como ya se establecía en el art. 427 del Tratado de Versalles.

En esa misma dirección, y empleando las expresiones *medidas progresivas* o *progresividad*, se manifiestan la DUDH y el PIDESC (art. 2.1) y otros instrumentos.

Cabe aclarar que en el caso de los Pactos internacionales, los Estados Partes quedan comprometidos a "adoptar medidas" para la efectividad de los derechos [reconocidos] hasta el máximo de los recursos de que disponga[n].

En el texto actual de la Constitución de la OIT, la progresividad en ese primer sentido está muy limitada, pues el penúltimo considerando del Preámbulo

¹² "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", en *El Derecho*, Bs. As., 05.09.1994, p. 5.

expresa categóricamente que "si cualquier nación no adoptase un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores de los propios países".

21. En un segundo sentido, la *progresividad* debe ser entendida como una característica de los derechos fundamentales. A ese respecto, Mohamed Bedjanui, en un artículo en que reclama la adopción de "una Carta Mundial del trabajo humano y de la Justicia Social", afirma que el orden público internacional "tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales"¹³.

Se sostiene a este propósito, por Mantero de San Vicente que, el carácter progresivo de esos derechos se manifiesta de varios modos, a saber: en su creciente número; en su extensión y profundización; en sus garantías; en su reconocimiento internacional, y en la creación de protecciones supranacionales, así como en cuanto a que la evolución o transformación de un derecho no se opera a partir de su desaparición, sino mediante la consagración de nuevos derechos o a través de nuevas interpretaciones¹⁴.

22. Interesa resaltar este criterio de *progresividad*, pues es el que, en definitiva, debe conducir en el área de los derechos humanos laborales, a una aplicación evolutiva y expansiva de las normas que componen el *bloque de constitucionalidad*.

En el ámbito del derecho laboral, la interpretación progresiva del trabajo como derecho fundamental, ha ido aproximándose lentamente al reconocimiento de que el trabajo reclama su protección, sin excepción alguna, aunque la misma pueda ser diferenciada según las situaciones relativas.

Si se mira hacia el pasado del Derecho del Trabajo se advierte que su objeto fue transitando desde la exclusiva y excluyente consideración del trabajo jurídicamente subordinado en la industria privada hacia un espectro cada vez más amplio de situaciones protegidas, que fueron abarcando progresivamente todo tipo de actividades y de empleadores bajo diferentes grados de dependencia. Fue así que alcanzó a las empresas estatales, a la administración pública, a las cooperativas, a los clubes deportivos y a simples particulares.

23. En esa línea se ha llegado a aceptar que el Derecho del Trabajo de lo que trata es de la protección del trabajo y de los trabajadores cualquiera sea su relación con terceros, incluyendo el trabajo realmente autónomo y hasta el voluntario, que ya ha sido reglamentado en algunos países.

E) PRINCIPIO DE IRREVERSIBILIDAD O DE NO REGRESIÓN

24. Un corolario del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad jurídica de que se reduzca la protección de que ya disfrutaban los trabajadores, por normas escritas, costumbres o prácticas anteriores.

¹³ "Por una Carta Mundial del trabajo humano y de la Justicia Social", en VV.AA. *La CEE en la perspectiva del año 2000*, MTSS, Madrid, 1989.

¹⁴ Mantero de San Vicente, O.: "Las Cartas de Derechos Sociales y la progresividad...", VII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo, FCU, Montevideo., 1993, p. 268.

Este corolario vendría a ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el trabajador, el cual es un principio o regla general del Derecho del Trabajo, que ha sido consagrado en el inciso 8º del art. 19 de la Constitución de la OIT.

25. La irreversibilidad de la protección de los derechos humanos laborales no es sólo un principio jurídico fundamental de esta materia, pues está reconocido para todos los derechos humanos en el artículo 4 de ambos Pactos Internacionales.

En esos artículos, consta que está condicionada la validez de las leyes que se promulguen por los Estados en materia de derechos fundamentales, a que no contradigan el propósito de "promover el bienestar general en una sociedad democrática".

En esos términos, se coloca en absoluta contradicción con tal principio, cualquier norma que prive a los trabajadores de derechos y garantías de las que están en pleno goce y conformaban su bienestar.

F) PRINCIPIO DE AUTOEJECUCIÓN Y AUTOAPLICACIÓN

26. En algunos sistemas, la auto-ejecución, de las normas sobre derechos y garantías fundamentales ha sido prevista expresamente. Es el caso de Uruguay en el artículo 332 de la Constitución.

Preceptos de ese tenor, impiden que pueda considerarse que los instrumentos que versan sobre derechos inherentes a la personalidad humana son meramente un cuadro de aspiraciones o principios políticos que requieran para su aplicación, el dictado de normas complementarias.

En efecto, estos derechos reclaman que se les entienda como integrando un sistema de estímulos y frenos tanto dirigidos al legislador como al constituyente, así como a los jueces, en todos los sentidos vinculantes que tienen las normas jurídicas.

27. En suma y teniendo presente además, que no es razonable atribuir a quienes adoptan una constitución o un instrumento internacional sobre derechos humanos el propósito de introducir disposiciones desprovistas de efectividad, hay que concluir, sin que sea necesario un texto expreso, que la auto-ejecución debe presumirse tanto en las disposiciones constitucionales como en las de los tratados sobre derechos humanos. Más aun, como señala García de Enterría, hay que admitir que "no existen en la Constitución declaraciones a las que no haya que dar valor normativo"¹⁵.

En esos términos, la ejecutoriedad sólo cedería ante la imposibilidad absoluta de dar efectos a las disposiciones en cuestión, sea porque no se logra, por el momento, atribuirles un contenido concreto, o porque se remiten o reclaman reglamentaciones o implementaciones que deberían ser producidas por el ordenamiento interno.

¹⁵ La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1991 p. 71.

28. Una cuestión importante, conexa con la anterior, tiene que ver con el reconocimiento por las normas de algunos países y concretamente por la Constitución de Portugal, de la *inconstitucionalidad por omisión* de los órganos legislativos. Es así que se ha habilitado a los jueces a exigir al Parlamento la adopción de las leyes necesarias para asegurar el cumplimiento de los preceptos constitucionales.

IV. CONFLICTOS ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

29. Los principios y criterios que se acaban de presentar son comunes a todos los derechos fundamentales; por consiguiente, pueden plantearse contiendas entre ellos. Así ha ocurrido y ocurre, particularmente con las huelgas y otras medidas gremiales, vinculadas a la libertad sindical y derechos concernientes.

Se trata de cuestiones muy difíciles de resolver, para las que el CLS de la OIT y varios Tribunales Constitucionales han procurado establecer algunos criterios, a partir de la idea de la tutela de los “servicios esenciales para la comunidad”, que deberían ser mantenidos al menos en su punto mínimo.

El asunto se revela extremadamente difícil en la práctica, desde la definición de los servicios *que son verdaderamente esenciales*, hasta la determinación del mínimo que debe ser asegurado.

Por cuanto acaba de señalarse, los referidos criterios no siempre resultan satisfactorios y en su aplicación no dejan de plantear variados y difíciles problemas.

30. Lo que, de todos modos parece convincente, es el argumento que se suele formular a partir de la idea de que es necesario buscar intensamente el punto en el cual todos los derechos fundamentales resulten respetados en su esencialidad. Lo que, obviamente, es extremadamente difícil de lograr.

Por otra parte, y concretamente en cuanto refiere a la libertad sindical y sus manifestaciones, si bien corresponde reconocer su jerarquía, los inevitables conflictos con los demás derechos fundamentales pueden afectar gravemente tales derechos y perturbar de modo radical la vida en la comunidad, más allá de las hipótesis alcanzadas por la clásica fórmula acuñada por el CLS.

La solución no debe buscarse por el lado de normas reglamentarias o represivas de las huelgas y otras acciones sindicales –que en definitiva no superan los problemas, y más bien los agravan– sino por el desarrollo de una conciencia sindical que sea sensible –como lo fue intensamente en el pasado– a las necesidades vitales de la convivencia en la comunidad, por sobre las de sus propias reivindicaciones, lo cual ya se ha logrado en algunos casos¹⁶.

¹⁶ Por ejemplo, en las frecuentes situaciones que se dan en varios países en los que se evitan las interrupciones sorpresivas de servicios en los medios de transporte. O la prioridad atribuida al respeto del medio ambiente y la lucha contra la contaminación, por sobre el interés en el mantenimiento de las fuentes de trabajo.

V. LOS PRINCIPIOS FILOSÓFICOS

31 En su vocación de universalidad, los principios y criterios referidos precedentemente están respaldados por principios filosóficos que integran el cuadro de valores aceptados por la sociedad.

Por cumplir esa función, tales principios son habitualmente invocados por los Tribunales al dar efectividad al *bloque de constitucionalidad*.

Los principios de este orden que han alcanzado más amplia aceptación son: la *Justicia social*; el *reconocimiento de la especificidad del trabajo humano* (que se concreta en la afirmación de que el trabajo no es una mercancía), y la afirmación de la *dignidad de las personas*.

A) LA JUSTICIA SOCIAL

32. La expresión *Justicia social*, comenzó a generalizarse desde mediados del siglo XIX y fue acogida en diversos tipos de documentos,

En muchos países, por ejemplo en Uruguay, este concepto se manejó tempranamente en los ámbitos sindicales haciendo referencia a su opuesto: la *injusticia social*. Así por ejemplo, la *Federación Montevideana*, en 1875 lanzó una proclama relacionada con los fundamentos y las bases sobre las que se establecería su accionar, afirmando que su lucha estaba dirigida *contra una sociedad basada en el privilegio y la injusticia social*.

33. La *Justicia social*, no cuenta con una definición que satisfaga los diferentes puntos de vista. En puridad, en el texto original de la Constitución de la OIT, la idea de la *Justicia social* estaba todavía muy vinculada con la *injusticia social*. Tanto era así, que en el segundo considerando del Preámbulo, se denunciaba la existencia de *condiciones de trabajo que entrañan grave injusticia, miseria y privaciones para numerosos seres humanos*.

Es decir, que la *Justicia social* parece tener como objetivo la desaparición de estas intolerables injusticias. Pero ya el primer Director de la OIT, Albert Thomas, afirmaba que el concepto de *Justicia social* era mucho más que la mera lucha contra las manifestaciones más odiosas de la injusticia social, pues suponía un elemento positivo de mejoramiento de las condiciones laborales y de respeto a la dignidad humana.

34. Desde esa óptica, fue encarada la referida expresión en la Declaración de Filadelfia, dando motivo a Nicolás Valticos para sostener, que "la Justicia social abarca el bienestar general humano en el amplio sentido en que está definido en la Declaración de Filadelfia"¹⁷.

A su vez, Wilfred Jenks¹⁸ afirmaba que la *Justicia social* reclama *condiciones de vida y de trabajo en las que todos los seres humanos, sin discriminación de*

¹⁷ Valticos, N. International labour law in R. Blanpain, ed., *International Encyclopedia for Labour law and international relations*, Kluwer, Deventer, párr. 20, p. 241).

¹⁸ *Derecho, libertad y bienestar*, Buenos Aires, 1967.

raza, credo o sexo, tengan el derecho de promover su bienestar material y su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades.

Para Jenks, en efecto, la *Justicia social* debía ser mirada como un principio de acción, no como una idea abstracta.

En el mismo sentido, Mario de la Cueva repetía insistentemente que la *Justicia social* debería ser considerada “un principio de acción que emerge de las necesidades reales del hombre que vive en sociedad”. Asimismo, afirmaba que debía ser vista como “el ordenamiento impuesto por la necesidad humana para su satisfacción integral”¹⁹.

35. Por su parte, el economista Joseph Stiglitz al vincular la *Justicia social* con el desarrollo equitativo, perdurable y democrático, reclamaba insistentemente la reformulación “de la arquitectura económica internacional”, así como acciones que enfrenten “las políticas que operan contra los intereses de los trabajadores” y, consiguientemente llamaba a repensar el trabajo en el siglo XXI²⁰.

En esa misma dirección Alain Supiot, en un número especial de la *Revista Internacional del Trabajo* sobre “La crisis mundial”, aboga por la recuperación del “espíritu de la Declaración de Filadelfia, la cual –a su entender– pugnó por que se pusieran las economías y las finanzas al servicio de los principios de la dignidad humana y de la justicia social”²¹.

36. Los convenios y recomendaciones de la OIT no emplean la expresión *Justicia social*, pero sí lo hace la *Declaración* aprobada en 2008 por la Conferencia Internacional del Trabajo.

Como fue destacado por Ermida Uriarte este nuevo y muy importante instrumento procura –desde su título– “replantear la cuestión, reafirmando, después de décadas de abandono, los principios tradicionales de la OIT”²².

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de una Resolución, prestó especial apoyo a la referida Declaración de la OIT sobre la *Justicia social*, encargando al Secretario General tenerla debidamente en cuenta en las acciones dirigidas a promover una globalización equitativa.

También se subrayó por Ermida el enriquecimiento conceptual que resulta de la conexión que la citada Declaración establece entre la Justicia social y términos nuevos como “trabajo decente”²³.

37. El primer considerando del Tratado de Asunción, por el que se instituyó el Mercosur, emplea la expresión *Justicia social* en la única referencia a problemas sociales involucrados en la integración económica.

¹⁹ *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo II, Porrúa, México, 1ª ed., 1979, p. 542.

²⁰ “Empleo, justicia social y, bienestar de la sociedad”, RIT, vol. 121, núms. 1-2, Ginebra, 2007.

²¹ R.I.T., 2010/2, junio, p. 165 y ss.

²² Ermida Uriarte, O.: “Primera lectura de la declaración de la oit sobre la justicia social para una globalización justa” (2008), en rev. Der. Lab., tomo LI núm. 231, pp. 577 y ss.

²³ Ermida Uriarte: loc. cit.

Menciones de la *Justicia social* pueden encontrarse en varias constituciones de Estados latinoamericanos, incluso en las más recientes, como las de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

En la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, la *Justicia social* es invocada en varios casos como fundamento de los fallos sobre materia de trabajo.

La jurisprudencia de la CSJN argentina es particularmente representativa de la consideración que se tiene de la *Justicia Social*. Así por ejemplo, un fallo de esa Corporación, afirma que la *Justicia social* conforma "la justicia en su más alta expresión"²⁴. Otro fallo del mismo tribunal supremo, concluye que "el principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia social*, posee jerarquía constitucional"²⁵. En el mismo sentido se expresa el sólido voto del Juez Dr. Óscar Zás en un fallo de 07.09.2007 de la Sala V de la Cámara NAT²⁶.

B) LA ESPECIFICIDAD DEL TRABAJO HUMANO

38. Según se adelantó, la especificidad del trabajo humano puede traducirse en la fórmula aceptada por la SCJ de EE.UU desde 1914, que afirma concretamente que *el trabajo no puede ser considerado una mercancía*.

Tal aserto, figura por dos veces en la versión original de la Constitución de la OIT y con una formulación más radical, en la *Declaración de Filadelfia* donde simplemente se afirma que *el trabajo no es una mercancía*.

La doctrina laboralista encabezada por de la Cueva ha destacado que esa máxima contiene "la esencia del derecho del trabajo"²⁷. En análogo sentido se expresan, entre otros: Arnaldo Süsskind²⁸, y Nicolás Valticos²⁹.

A su vez, la radical afirmación de que *el trabajo no es una mercancía*, fue reiterada en la mencionada Declaración de la OIT sobre "La justicia social para una globalización justa".

39. Para dar el debido valor al cambio que los redactores de la Constitución de la OIT se propusieron introducir con la referida expresión, hay que tener presente que la visión ampliamente aceptada de los economistas, siguiendo a David Ricardo, era radicalmente otra.

En efecto, se partía de la idea de que el trabajo, como cualquier otra cosa que se puede comprar y vender y cuya cantidad puede aumentar o disminuir tenía un precio y como todo precio, el salario ordinario estaba sujeto a la oferta y la demanda.

²⁴ CSJN, caso "Bercaitz".

²⁵ CSJN caso "Madorrán".

²⁶ Caso "Quispe, Quispe".

²⁷ Derecho mexicano del trabajo, 2ª ed., México, 1943, I, p. 276.

²⁸ Direito. int. do trabalho, 1983, p. 92.

²⁹ Droit international du travail, Paris, 1970.

40. Al margen del agravio a la dignidad humana que implica la aceptación sin reservas de la primacía del mercado sobre los seres humanos y sus aspiraciones, la equiparación del trabajo con las mercancías y la aplicación irrestricta de la ley de la oferta y la demanda estaba fundada sobre una confusión. La cual derivaba de no tomar en cuenta que esa supuesta mercancía, a diferencia de las verdaderas, es producida por la actividad de los seres humanos, los cuales por su propia naturaleza están capacitados no sólo para poner su esfuerzo en el trabajo sino también para expresar opiniones y sentimientos y para comunicarse con quienes se encuentran en sus mismas condiciones, así como para actuar de consuno y solidariamente con ellos. Asimismo, los que trabajan también podrían ser reconocidos y amparados por la sociedad, a través de las leyes, como efectivamente ocurrió.

41 No tomar en cuenta las diferencias entre las mercancías y el trabajo humano y suponer que las coaliciones obreras eran una anomalía que podía ser adecuadamente anulada por medidas policiales, en vez de admitir que se trataba de una consecuencia inevitable de la naturaleza del ser humano y de las acciones y relaciones que tenía capacidad para crear, hizo caer en esa grave confusión incluso a Adam Smith, a pesar de su notable inteligencia.

Asimismo, puesto que el trabajo no es una mercancía y que el salario es indispensable para la vida de quien trabaja y no sólo para su mera subsistencia, la legislación y las negociaciones en torno de su fijación y las garantías para su goce, deben constar en la primera línea de los derechos humanos fundamentales que lo protegen, en toda la extensión imaginable.

Actualmente se tiene claro, como lo ha expresado la CSJN de Argentina, que es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la constitución nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, de jerarquía constitucional³⁰.

c) REAFIRMACIÓN DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

42. La dignidad de la persona humana puede ser entendida –como lo hacía Albert Thomas– como elemento básico de la *Justicia social* y por lo tanto, alcanzaría con remitirse a lo que ya se ha expresado precedentemente a ese respecto.

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta su particular significación, pues la *dignidad humana* aparece reiteradamente ubicada como el punto focal de los principales instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales, así como en varias constituciones políticas, en la consideración de los jueces y en las opiniones de los tratadistas³¹.

³⁰ Sentencia en el "Caso Vizzoti".

³¹ "Trátase, según ha expresado el Tribunal Constitucional español, de la estima que merece toda persona por el solo hecho de serlo; es el respeto debido a todo ser humano y su derecho a vivir una vida digna. Incluye, por tanto, el derecho a condiciones mínimas de existencia que deben ser aseguradas por el Estado y por el orden económico". Ermida Uriarte, O. (Meditación sobre el Derecho del Trabajo, Cuadernillos de la Fundación Electra, N° 1, Montevideo, 2011).

La Declaración de la OIT de 2008, se ha sumado a la lista de los instrumentos que, además de una mención genérica de la *Justicia social*, ponen el acento sobre la *dignidad de la persona humana*.

43. La especial significación que en el lenguaje jurídico se le reconoce en la actualidad al vocablo *dignidad*, parece derivar de una rotunda afirmación de Emmanuel Kant quien sentenció en *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres* que "la persona humana no tiene solamente, como las cosas, un valor y un precio, sino una dignidad pues constituye un fin en sí misma y, por lo tanto, jamás se la debe tratar como un simple medio". Asimismo, para Kant todo ser humano que posee razón y libertad para seguir los imperativos morales, se encuentra dotado, por ese mismo hecho, de una dignidad humana universal³². Siguiendo esa línea y refiriéndose concretamente al Derecho del Trabajo, Hugo Sinzheimer, aseveraba que: "la dignidad humana constituye la vocación específica del derecho del trabajo, cuya tarea principal es hacer posible la humanidad real, que es algo más que un humanismo puramente ideológico". A su vez, Ermida Uriarte, luego de señalar la importancia de la igualdad, calificaba a la dignidad, como "el otro gran valor o *metaprincipio* de los derechos humanos, el cual coloca al Derecho del trabajo en el tronco mismo del sistema de derechos fundamentales"³³.

44. Las ideas y expresiones contenidas en la Declaración Universal y en los Pactos internacionales, a este propósito, fueron reiteradas y reafirmadas en la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 14 a 25 de junio de 1993) donde quedó expresamente dicho que: "todos los derechos humanos tienen su origen en la *dignidad* y el valor de la persona humana, ésta es el sujeto central de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que debe ser el principal beneficiario de esos derechos y libertades".

En suma, el concepto de dignidad ha adquirido una significación eminente en el *bloque de constitucionalidad* y los tribunales constitucionales e internacionales³⁴ han hecho de la *dignidad humana* un elemento definitorio y le han asignado, "valor absoluto" para la determinación de la dimensión constitucional de las normas, situaciones y comportamientos que se activan en el curso de las relaciones de trabajo individuales y colectivas³⁵.

45 Es así que en varios países se registran decisiones de los tribunales especializados que invocan como argumento principal el agravio a dicha dignidad: para reconocer, entre otros extremos, los siguientes:

³² Crítica de la razón práctica, cit. por Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier: Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos, en Revista Científica Equipo Federal del Trabajo, N° 77, (Fuente: . www.revistasur.org).

³³ Ermida Uriarte, O. Meditación sobre el Derecho del Trabajo, Cuadernillos de la Fundación Electra, N° 1, Montevideo, 2011.

³⁴ Sobre algunos problemas fundamentales del concepto de dignidad, V. Bohórquez Monsalve, Viviana y Aguirre Román, Javier: "Las tensiones de la dignidad humana: conceptualización y aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos". Op. cit.

³⁵ Sanguinetti Raymond: "La reconstrucción jurisprudencial del derecho del trabajo en la experiencia del T.C. peruano".

- a) Límites a los poderes que tradicionalmente han detentado los empleadores³⁶.
- b) Derecho a conservar el empleo si no media causa justificada³⁷.
- c) Protección del trabajador enfermo³⁸.
- d) Garantías de la libertad sindical³⁹.
- e) Eliminación de casos de discriminación por edad avanzada del trabajador⁴⁰.
- f) Igualdad de las condiciones laborales de los trabajadores extranjeros.
- g) Inadmisibilidad de la prolongación de las jornadas de trabajo, aunque se trate de circunstancias especiales y se cuente con la conformidad del sindicato respectivo⁴¹.
- h) Sanción del acoso moral aunque no se cuente con ningún apoyo en normas infra-constitucionales⁴².
- i) Derecho a reinstalación de activistas sindicales no titulares de posiciones dentro de sindicatos reconocidos⁴³.

VI. CONCLUSIONES

De los anteriores desarrollos pueden desprenderse las siguientes conclusiones que están avaladas por recientes decisiones de tribunales constitucionales y laborales:

- 1ª. A pesar de los peligros que siempre lo acechan, de las limitaciones que todavía lo aquejan, de su dependencia de una jurisprudencia aún no consolidada, de los permanentes cambios impuestos por las exigencias del progreso técnico, y de su incompleta extensión a un importante grupo de países, es posible hablar hoy de un primer estadio del derecho universal del trabajo.
- 2ª. Tal resultado ha sido el fruto de un largo proceso, en el que han debido superarse múltiples obstáculos.

³⁶ SCJ, Uruguay, Anuario de jurisprudencia laboral, 2002, caso 205, y Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, fallos citados por Godínez Vargas, "La política de los derechos fundamentales del trabajador". (Ponencia al Seminario, Montevideo, 2007).

³⁷ CSJN, Argentina, caso Madorrán, cit.; T.C. de Perú, Res. de 11 de julio de 2002.; TC de Alemania, decisión de 29.01.1998.

³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, cit. por Godínez Vargas, op. cit.

³⁹ TC- Perú, sentencia recaída en el exp. n.º 1124-2001),- TC de Alemania, decisión de 29.01.1998.

⁴⁰ Sala Constitucional Costa Rica, res.138-93, 12.01.1993. - TST, Brasil, d.o., 2.01.1993.

⁴¹ TAT, 1er. turno de Uruguay Anuario..., 1996-1997, caso 450). T-C- de Perú, sent. 17.04.2006. T.C.Alemania, jornada e 12 hs. de los guardavías.

⁴² Fallos de la Juez Claudia Reina de la 61 Vara Laboral de Rio de Janeiro , 2010, cit. en "Medio ambiente de trabajo en el siglo XXI", en Revista da Associação de Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região- Amatra XV, Nº 4, Ano 2011, p. 17.

⁴³ V. SCJN argentina fallo que se publicó en el e número Nº 243 de la rev. Der. Lab, con nota de L .F. Tamagno.

- 3ª El punto decisivo ha sido la aceptación de la premisa, según la cual el Derecho del trabajo integra el sistema universal de los derechos humanos. En tal acuerdo, su validez como derecho y su universalidad derivan de su reconocimiento por la conciencia jurídica de la Humanidad.
- 4ª. La efectividad del Derecho Universal del Trabajo queda asegurada en razón de que los derechos humanos laborales, que recogen los *bloques de constitucionalidad*, han sido aceptados como plenamente ejecutables y aptos para crear derechos y obligaciones y ser invocados y cumplidos en las relaciones y en los conflictos con toda clase de interlocutores.
- 5ª. Las fuentes de los referidos *bloques*, conforman una red bajo el signo de la idea-fuerza de la *Justicia Social*, en la inteligencia de que el trabajo *no es una mercancía* y que debe reconocerse y respetarse en su plenitud la dignidad de las personas.
- 6ª. Lo preceptuado por cada fuente del Derecho del Trabajo, deja siempre abierta la posibilidad de su sobrepujamiento, incluso por normas de inferior jerarquía.
- 7º. Los *bloques de constitucionalidad* en el ámbito laboral, como en todo el sistema de los derechos humanos, contienen normas interdependientes y complementarias que están bajo el imperio de la progresividad y la irreversibilidad y deben ser interpretadas en el sentido más favorable a la persona humana.
- 8ª. La concreción absoluta de un efectivo *derecho universal del trabajo* se alcanzará cuando sea unánime el entendimiento de que el Derecho del Trabajo abarca la protección del trabajo y consiguientemente de los trabajadores, bajo todas sus formas y modalidades, aunque la protección deba adaptarse a las respectivas condiciones.
- 9ª. La circunstancia de que los derechos laborales compartan su condición de derechos humanos fundamentales con varios otros, es fuente de conflictos, algunos de los cuales son de muy difícil solución. Por consiguiente, uno de los mayores desafíos que actualmente enfrentan los laboristas es el de profundizar en estas cuestiones en busca de la mejor forma de resolver armónicamente tales conflictos.
- 10º. El derecho universal del trabajo se propone lograr progresivamente el pleno acatamiento de todas sus normas por los poderes de todos los Estados y de todos los organismos internacionales.

Conceptualización universal y contrucciones locales sobre la idea del Derecho del Trabajo*

Adrián GOLDIN

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

Sumario

I. LA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO; UNA O DIVERSAS.
1. Formular una idea del derecho del trabajo. 2. Las “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. II. SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS “IDEAS PARTICULARES” DEL DERECHO DEL TRABAJO. 1. Una muestra imperfecta. 2. Examinar las ideas particulares. a. Los derechos del trabajo del sistema jurídico continental. i. Flexibilidad laboral. ii. Las fuentes del Derecho del trabajo. iii. Alteración en los modos de definición de los sujetos y segmentación de los estatutos de tutela. iv. Otras cuestiones: derechos fundamentales, capacidades (capabilities?), nueva relación con la seguridad social. v. Evaluación provisoria. b. En países de tradición anglosajona. i. Sobre su sistema de fuentes. ii. El contrato de empleo y la subordinación. iii. Sobre la construcción teórica de las “capabilities”. iv. Law and economics. c. En América Latina. i. Algunos rasgos comunes. ii. Las reformas laborales en América Latina; la contrarreforma. iii. El devenir de la idea del Derecho del Trabajo en América Latina. iv. América Latina ante los debates más recientes. v. América Latina y la internacionalización de los mercados. vi. Evaluación provisoria. 3. Las ideas particulares en tratamiento comparado. a. Sobre las demandas de la economía. b. En relación con el sistema de fuentes. c. Sobre la el concepto de dependencia o subordinación laboral. d. Las construcciones teóricas de las *capabilities* o de las *capacidades*. e. Nuevos espacios para la Seguridad Social. III. PARATERMINAR... Bibliografía.

* Este fue el trabajo de incorporación del autor a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y fue presentado en Seminario celebrado en Montevideo, en diciembre de 2010. El autor preparó este documento como parte de sus actividades como investigador residente en el Institut d'études avancées de Nantes, cuya dirección ejerce el profesor Alain Supiot. Su versión en inglés y constituye el capítulo 5 de la obra “The Idea of Labour Law” (Davidov & Langille, eds), publicado en junio de 2011 por Oxford University Press.

Resumen

¿Es posible formular una idea del Derecho del trabajo que tenga alcance universal o, al menos, una amplia validez internacional? En este documento se sugiere que una idea así solo puede expresarse en una dimensión conceptual extremadamente esquemática y estilizada. Una idea tal se propone aquí para facilitar el análisis comparativo y el debate.

Parece evidente que junto a lo que aquí se identifica como una idea básica y original del Derecho del Trabajo, hay otras muchas ideas particulares de ese ordenamiento, que son las que resultan de cada experiencia nacional o de la experiencia común de aquellos grupos de naciones cuyos sistemas legales comparten algunos rasgos de diversa naturaleza (por ejemplo, cultura legal, trayectoria histórica, proximidad, participación en procesos de integración, etc.). Este documento plantea la hipótesis de que distintas "ideas particulares" del Derecho del Trabajo han mostrado, tanto en sus estructuras jurídicas específicas cuanto en las construcciones de sus juristas, diversa propensión a desviarse (o no) de aquella idea básica y original.

En este ejercicio comparativo elemental, este documento considera experiencias del área del "common law", de las naciones europeas que responden a la cultura legal continental y de los derechos del trabajo de América Latina. En todo caso, debe tenerse en cuenta que se trata de visiones preliminares, expresadas de modo extremadamente superficial, dirigidas apenas a justificar la formulación de la ya mencionada hipótesis; su evaluación científica ha de requerir mayor y más profunda investigación.

I. LA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO: UNA O DIVERSAS

1. FORMULAR UNA IDEA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Desde un enfoque comparado, el abordaje del tema nos impone plantear unos interrogantes preliminares: ¿es posible formular una idea del derecho del trabajo de alcance (más o menos) universal?; ¿la hubo, al menos, si es que hoy, tras experimentar hipotéticas alteraciones, no existe ya?

Darles respuesta no es, por cierto, una tarea fácil, y su evidente dimensión comparativa sugiere que ni siquiera es posible sino como producto de la reflexión concertada de juristas provenientes de las más diversas experiencias jurídicas. Como se ha dicho hace no mucho con apabullante franqueza, pocos de nosotros conocen bien muchos ordenamientos además del propio (Blanc-Jouvan; 2007) y menos aun son los que pueden evitar que la consideración de los ordenamientos ajenos transiten por el tamiz de las concepciones que denotan al propio (Arthurs; 2007).

En todo caso, parece obvio que toda pretensión de (relativa) universalidad obliga a procurar reconocer esa *idea* del Derecho del Trabajo en la más esquemática y estilizada dimensión conceptual, pues sólo una aproximación como esa puede hacerla apta para expresar tan vasto alcance transnacional e intertemporal como el que se pretende para ella.

Consciente de tan severas restricciones, tal vez sea posible, no obstante, ensayar una caracterización de *la idea* del Derecho del Trabajo, a sabiendas de que sólo tiene valor hipotético. Y que tal vez se justifique como mero punto de partida para una tarea de construcción colectiva y comparada que permita aproximarse a ella de modo más riguroso o, por el contrario, que lleve a concluir que ella no existe y no ha existido antes, o bien que tiene una configuración tan limitada y elemental que priva de sentido a toda reflexión sobre su hipotética evolución. En cualquier caso, la llamaré "*idea básica y original*" por distinguirla de *otras ideas* que, aun en el marco de aquélla, llevan no obstante las señas distintivas de los particulares sistemas jurídicos que las albergan y carecen, por tanto, de aquella pretendida cuasiuniversalidad.

Desde esa modesta perspectiva, el Derecho del Trabajo sería el sector del ordenamiento jurídico que:

- Se ocupa de la prestación o provisión de trabajo humano en el marco de procesos de producción y de servicio organizados por otro (el dador de trabajo), en interés de este último.
- En ese vínculo, el dador de trabajo es el titular de un factor escaso (el capital) que es indispensable para el funcionamiento de esos procesos, a los que el prestador necesita incorporarse para obtener una contraprestación que le permita subvenir a sus necesidades.
- La preocupación que inspira al Derecho del Trabajo responde al hecho de que esa prestación, a diferencias de otras que se intercambian en los mercados de productos, es inseparable de la persona que lo presta y, por

añadidura, a la connatural impostergabilidad de las necesidades que han de ser atendidas con la contraprestación que recibe el prestador.

- La descripta inseparabilidad impide la originaria desposesión de la prestación por la cual paga el dador de trabajo, lo que torna necesario un cierto grado de sujeción (subordinación) en sustitución de aquella inaccesible desposesión (Fabre-Magnan; 1998).
- Ese conjunto de condiciones “en cabeza” del dador de trabajo –entre ellas, titularidad del capital, poder de organización, prelación de su interés, dependencia económica, subordinación– genera una estructural asimetría de poderes entre ambos sujetos del vínculo (dador de trabajo o empleador; prestador del servicio o trabajador) que se manifiesta tanto a la hora del establecimiento de las condiciones de trabajo, como a la de gestión del vínculo en sí¹.
- Esa virtual unilateralidad en la fijación de las condiciones de trabajo determina que las resultantes, habida cuenta del *involucramiento del cuerpo del trabajador* (Supiot; 2004) y su dependencia económica, puedan resultar altamente gravosas y ofensivas para la dignidad, salud y condiciones de subsistencia del trabajador.
- Son aquella asimetría y sus efectos sintetizados en el punto anterior, los factores que revelan la radical ineptitud de la autonomía individual –del contrato– para el establecimiento de unas condiciones que expresen un punto óptimo, siquiera razonable, de satisfacción equilibrada de los intereses de las partes.
- Siendo ese su presupuesto, es función prevalente de los ordenamientos laborales la imposición de límites a esa unilateralidad mediante fuentes reglamentarias y regulatorias –no siempre iguales en naturaleza, combinación y precedencia– que poseen en común la propiedad de no

¹ De modo coincidente, aun cuando con acentos obviamente dirigidos a contrastar los fenómenos de origen con los que hoy se observan, Hyde (2006) expresa que el derecho del trabajo y del empleo nació como respuesta a la asunción general de que la relación de trabajo o empleo era simultáneamente el sitio de: 1. la máxima opresión social; 2. la más notable manifestación de desigualdad en el poder de negociación; 3. la manifestación más conspicua de exceso de poder; 4. el mayor conflicto social. De modo que admite que ese componente de la radical asimetría forma parte de la concepción original del Derecho del Trabajo, aun en su propia experiencia jurídica (la norteamericana). Para Hyde, no obstante, la relación de empleo ya no es hoy el lugar de la mayor opresión o la mayor desigualdad; están peor, dice, los desempleados, o los que están excluidos del mercado de trabajo por edad, género, nacionalidad o falta de capacidades. Esa no parece, no obstante, ser una novedad de los tiempos que corren. En verdad, siempre los desempleados y los excluidos estuvieron peor; peor que hoy, incluso, pues los mecanismos institucionalizados de cobertura entonces existentes –la legislación de pobres, por ejemplo– tenían por cierto menores alcances que las modernas políticas sociales. No resulta por otra parte evidente que los desempleados o excluidos vayan a estar mejor porque liberemos los límites de la jornada o suprimamos los descansos de los trabajadores; en ciertas condiciones, el crecimiento forzado de la productividad no mejora, sino que empeora la situación del empleo.

poder ser desplazados por el ejercicio de la autonomía individual². El ordenamiento promueve o, cuanto menos, reconoce esas fuentes³.

- A pesar de su diversidad los ordenamientos laborales reconocen inspiración y fundamento en un conjunto de valores comunes que, por su paradigmática universalidad, y en homenaje a la brevedad, pueden identificarse entre los que inspiraran la creación de la OIT y su sistema normativo y que encuentran expresión —entre muchas otras fuentes— en la Constitución de la OIT y, en particular, en la Declaración de Filadelfia que la integra. No parece inapropiado considerar a ese conjunto de valores como fundamento de esa *idea básica del derecho del trabajo* que procuramos delinear en estos párrafos.

Tales podrían ser, pues, los términos de una muy tentativa elaboración de la “idea básica del DT”. Conviene distinguirla, en todo caso, de otra cuestión, vinculada esta vez con la necesidad de establecer cuáles son los límites del DT o, en otros términos, cuáles son los elementos —sujetos, normas, instituciones— que se encuentran dentro de sus fronteras y cuáles otros aquellos que la desbordan (Rodríguez Piñero; 2002). Esta cuestión demanda la adopción otras decisiones (taxonómicas, didácticas, legales) menos precisas aun; su tratamiento, no obstante, no está totalmente divorciado de la reflexión que emprendemos en esta oportunidad, cuanto menos en cuanto se trate de considerar los alcances de su centro de imputación; en otras palabras, de identificar los sujetos que están alcanzados por sus normas.

2. LAS “IDEAS PARTICULARES” DEL DERECHO DEL TRABAJO

Si aquella “idea básica y original” tuviera el grado de universalidad que a modo de hipótesis aquí se le atribuye, habría que admitir que sus contenidos integran también, a su vez, diversas “ideas particulares” del DT reconocibles en cada régimen, sistema o experiencia jurídica. Esas “ideas particulares”, bien que informadas por aquella pretendida “idea básica”, agregarían sus propios elementos identitarios, tales como la presencia dominante de unas u otras fuentes, los modos de construcción de las normas, la tipología de técnicas en uso, los modos de reconocimiento de los sujetos, etc.

Esas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo y, desde luego, también la “idea básica” que las informa y las integra, han estado sometidas en las últimas décadas a una serie de desafíos (los reclamos de la economía, los paradigmas

² Otto Kahn Freund (a quien suele atribuirse una dimensión fundacional en el Derecho del trabajo británico) en, «Trabajo y Derecho», Colección Estudios (Serie Relaciones Laborales) (Traducción de J.M. Galiana Moreno), Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1987, pág. 52 ha señalado que “...el propósito fundamental del DT siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo”.

³ En última instancia, todos los regímenes tienen en común el híbrido contrato/estatuto, que parece inseparable del Derecho del trabajo (que no es solo relación obligacional ni tampoco sólo construcción comunitaria). Este híbrido entre contractual y comunitario (así lo califica Supiot; 2004) admite énfasis y matices (más contrato en los países anglosajones, más dimensión comunitaria en Alemania; en el medio, los demás países de tradición continental). Si se excede la dosis de contrato, el sistema puede tener una deriva que hoy juzgaríamos neoclásica; si se excede la del componente comunitario, no es improbable experimentar una deriva autoritaria.

ideológicos dominantes, los fragores de la internacionalización de los mercados, las nuevas tecnologías duras y los nuevos desarrollos organizacionales del trabajo y de la producción, las nuevas formas de contratar e incorporar el trabajo humano, entre otros)⁴ que las han puesto a prueba. Desde la perspectiva de este documento interesa desagregarlas (distinguir la "idea básica" de las diversas "ideas particulares"), pues es eje central de este ensayo la hipótesis *de que, frente a esos desafíos, algunos sistemas jurídicos han mostrado una mayor propensión a apartarse de aquella "idea básica", en tanto otros, aún experimentando cambios muy significativos, han permanecido dentro de ella.* Por decirlo en términos caros a las teorías de la convergencia, experimentaríamos en este caso una cierta convergencia de desafíos, pero no de reacciones o respuestas.

Por cierto, en la tarea de ponderar el grado de afectación de la idea del Derecho del Trabajo propia de cada uno de los sistemas jurídicos que se tomen en consideración (cuestión que debido las restricciones de extensión de este ensayo quedará apenas insinuada) deberán considerarse como indicadores relevantes no sólo el conjunto de transformaciones normativas e institucionales presentes en ellos, *sino también las elaboraciones académicas concebidas para darles seguimiento e interpretarlas.* Habrá que admitir, en efecto, que la idea (básica) y las ideas (particulares) de una rama del derecho sólo se exteriorizan de modo más o menos sistemático en las construcciones de los juristas. Y que éstos dejan frecuentemente la impronta de sus particulares concepciones incorporadas de modo indiscernible a sus objetos, sin que sea fácil establecer luego cuánto de sus formulaciones replican el objeto "natural" que se proponen expresar, y cuánto en cambio no traduce más que su lectura o interpretación de aquél.

Lo que con todo ello se pretende sugerir es la hipótesis adicional de que *en las últimas décadas no sólo la idea básica del derecho del trabajo ha sido afectada en diversa dimensión o intensidad en cada uno de los diversos sistemas jurídicos –lo que en el mediano plazo podría afectar su original condición de extendida universalidad– sino que, además, las construcciones de los juristas han tenido también diversa propensión a apartarse de aquella idea histórica, lo que habría estado determinado también por la contextura de las "ideas particulares" de sus ordenamientos de pertenencia.* Si ello fuera así, en la tarea comparativa quedaría claro que algunos de esos juicios expresarían con propiedad ciertas inclinaciones presentes en ciertos sistemas u ordenamientos y no siempre tendría, en cambio, poder explicativo en otros que evolucionan de manera diversa. Si bien hay que admitir que se trata de una hipótesis quizás autoevidente, que en el ejercicio de la comparación no hace más que traducir las profundas brechas institucionales que separan ordenamientos constitutivamente diversos, tal vez se justifique plantearla al realizar un ejercicio como el propuesto, que parte de aceptar, bien que sujeta a preliminar discusión, la existencia de algo así como *una idea básica y original del derecho del trabajo (casi) universalmente compartida.* Esta perspectiva implicaría postular la tercera

⁴ Arturo Bronstein (2009) ha tratado exhaustivamente esos desafíos; a él nos remitimos en homenaje a la brevedad.

hipótesis (no más que una especificación de las anteriores) de que *la pertenencia a un determinado sistema jurídico –tal vez no relevante para determinar los niveles de eficiencia de los ordenamientos (Deakin, Lele and Siems; 2007)– sí es significativo a la hora de definir sus rumbos de evolución y, en particular, los de las construcciones de sus cultores.*

En atención al propósito de este ensayo –la formulación y justificación de hipótesis meramente descriptivas– omitiré en él, en cuanto me sea posible, mis propias valoraciones críticas sobre los procesos de transformación que viene experimentando el Derecho del Trabajo, así como sobre las construcciones teóricas que inciden sobre esos procesos; ya las he vertido en muchos de mis trabajos anteriores⁵ y no es esta la oportunidad para volver sobre ellas.

Para materializar la propuesta que se viene de formular, consideraré en la próxima sección el modo en que esos “desafíos” (que en razón de las necesidades de brevedad de este ensayo, tampoco serán aquí objeto de examen) han incidido sobre diversas experiencias jurídicas, correlato de otras tantas “ideas particulares” del Derecho del Trabajo. Luego, en la última sección procuraré extraer algunas conclusiones.

II. SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS “IDEAS PARTICULARES” DEL DERECHO DEL TRABAJO

1. UNA MUESTRA IMPERFECTA

Para poner a prueba la consistencia de las hipótesis planteadas –su mera validez como hipótesis y de ningún modo su confirmación científica, que no está al alcance de este breve ensayo– elegiremos transitar una tradicional línea divisoria: la que distingue al sistema jurídico continental o del derecho civil del sistema anglosajón o del common law. Ambos tal vez podrían reconocerse en aquella “idea básica” del Derecho del Trabajo, aunque difieran de modo nítido sus respectivas “ideas particulares” en razón de múltiples factores diferenciadores. Entre los más notables, sin duda, su muy diversa intensidad reglamentaria expresada en la tan distinta conformación de los respectivos sistemas de fuentes y, especialmente, en el rol de la ley, dominante en el sistema continental (lo es en general y lo es también, en particular, en la regulación de las relaciones individuales del trabajo) que tiene, en cambio, importancia menor en la regulación de las relaciones individuales en los sistemas jurídicos del área del common law⁶.

Consideraré también, atribuyéndole, tal vez impropriamente, la condición de una tercera “idea particular”, los derechos del trabajo de América Latina. Hay que advertir, no obstante, que esta tercera “idea particular” dista de tener una contextura homogénea con la de las otras “ideas particulares” que venimos de

⁵ Entre otros, “Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina” International Institute for Labour Studies (ILO, Geneva), DP/173/2007, “Labour Flexibility and Worker security; an Argentine Perspective” en “Regulations, Worker Protection And Active Labour - Market Policies in Latin America” Jurgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, Dec 2009 pág. 89 y sgtes y «Las tendencias de Transformación del Derecho del Trabajo» Lexis-Nexis, Buenos Aires 2003.

⁶ No en cambio en el ámbito de las relaciones sindicales, reguladas por la ley en los Estados Unidos de América, aunque no en el Reino Unido.

anunciar, desde que los derechos del trabajo latinoamericanos, por la tradición jurídica de la que provienen, se encuentran adscriptos al sistema jurídico continental y comparten, por tanto, muchos de sus rasgos distintivos (no son, por tanto, tres experiencias jurídicas simétricamente independientes unas de otras).

2. EXAMINAR LAS IDEAS PARTICULARES

a. Los derechos del trabajo del sistema jurídico continental

i. Flexibilidad laboral

Los derechos del trabajo de los países de la Europa occidental inscriptos en la tradición del sistema jurídico del derecho civil han sido objeto de reformas reiteradas y profundas en las últimas décadas. Muchas de ellas, hay que decirlo, han sido el producto de recurrentes reclamos de adecuación del Derecho del Trabajo a consideraciones de eficiencia (Sciarra; 2005). Se acentúan las exigencias de racionalidad económica de la normativa, se les impone la valoración de objetivos económicos, como el desempeño del empleo y del mercado de trabajo y la prosperidad de las empresas, objetivos que no formaban parte de su programa inicial (Rodríguez Piñero; 2006)⁷. Podría decirse, no obstante, que esa demanda de eficiencia no transita de modo directo –cuanto menos, no de modo generalizado– la alternativa de someter el Derecho del Trabajo a la concepción del *análisis económico del derecho*, sino que opera –bien que en la misma línea conceptual⁸– bajo la forma de demandas de incrementar la *flexibilidad* de las prácticas y las reglamentaciones. Se trataría, diríamos, de una aproximación económica algo mediatizada y menos rigurosa, que tiende a poner en cuestión los hipotéticos excesos de rigidez de las normas laborales de estirpe estatal y no su propia existencia⁹.

Entre los productos más difundidos de esos procesos está la introducción generalizada de instrumentos de flexibilidad laboral, particularmente en materia de despido (abaratamiento y reducción de los recaudos formales), mayor recepción y uso de los contratos por tiempo determinado y otras formas de temporalidad o de contrataciones atípicas, contratos de tiempo parcial, contratos con finalidad formativa, habilitación de agencias privadas de empleo y

⁷ Con cita de Vardaro, Rodríguez Piñero (2006) sostiene que el Derecho del Trabajo ha nacido al mismo tiempo como instrumento de racionalización jurídica de la economía y de racionalización económica del Derecho y que carecería de utilidad si va contra la lógica económica. Pero, agrega, se contraponen a la economía cuando ésta obstaculiza el proceso de liberación del trabajador.

⁸ Jose Luis Ugarte C. "Análisis Económico del Derecho; el derecho laboral y sus enemigos". Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2001, pág. 58.

⁹ Existencia que desde la lógica del análisis económico del derecho frustraría la libertad del "homo economicus", maximizador racional de los fines de su vida (conf. POSNER, Richard A. El Análisis Económico del Derecho. Fondo de Cultura Económica. Primera Reimpresión. México D.F. 2000). Entre las perspectivas europeas críticas del law and economics, ver Lyon-Caen, Antoine (sous la responsabilité scientifique de) «L'évaluation du droit du travail: problèmes et méthodes» Institut International Pour les Etudes Comparatives – DARES Appel a Projets de recherche 2005- L'analyse économique du droit du travail. Rapport final (vol I.) Rapport de Synthèse, 11 Avril 2008. Con más matices, la visión de de Pietro Ichino, en su "Opinión de un jurista sobre los argumentos laborales de los economistas", publicada en la International Labour Review, Vo. 117 3 pág. 319 y otros estudios posteriores.

de trabajo temporal, predominio de técnicas procedimentales de tutela por sobre las que se basan en normas sustantivas, generalización de las diversas formas de intermediación laboral en procesos de descentralización productiva, flexibilización de la jornada de trabajo y los descansos, introducción de mecanismos de flexibilidad interna o funcional y geográfica, entre otras manifestaciones.

Se trata de mecanismos que en su mayor parte tienden a alterar “a la baja” la intensidad de los ordenamientos de protección pero que, a mi juicio, no implican una modificación cualitativa de la lógica tutelar. Puede, por el contrario, afirmarse que, al menos hasta un cierto punto, *las demandas y técnicas de flexibilidad en los diversos ámbitos del sistema de regulación laboral constituyen una propiedad del sistema de protección en sí –sólo tienen sentido en relación a un régimen legal de protección como el que aquí impera– y, por lo tanto, lo matizan en diverso grado pero no alteran su naturaleza.*

Tampoco la idea de “flexicurity”¹⁰, central en el debate europeo a partir de la Cumbre de Lisboa, que la incorporara como un elemento de la Estrategia Europea del Empleo, parece enervar en términos sustantivos la *idea básica* del derecho del trabajo. Su componente de flexibilidad presiona en el sentido del debilitamiento en intensidad de las normas laborales, pero no en un cambio sustantivo de la idea de protección¹¹. Esa condición (de continuidad de la lógica de protección) se ratifica en el propio ordenamiento danés –modelo de referencia en esta propuesta– en el que la alta flexibilidad en el despido y acentuada flexibilidad funcional, tienen como contrapartida una regulación aún intensa de la duración del tiempo de trabajo y los salarios¹².

ii. Las fuentes del Derecho del trabajo

Si alguna vez pudo hablarse de la estabilidad de las fuentes del Derecho del Trabajo (de cuáles eran ellas y de cómo se relacionaban, por oposición a sus cambiantes contenidos) (G. Lyon-Caen; 2001) habrá que admitir hoy que esa condición de estabilidad se ha perdido. Se generaliza ahora, en efecto, la incorporación de nuevas especies, se multiplica la tipología de las relaciones entre todas ellas, se les asignan nuevas funciones. Junto a las tradicionales normas imperativas de las leyes y de los convenios colectivos, se agregan

¹⁰ La valoré críticamente, desde una perspectiva argentina, en “Labour Flexibility and Worker security; an Argentine Perspective” en “Regulations, Worker Protection And Active Labour - Market Policies in Latin America” Jurgen Weller, Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, Dec. 2009.

¹¹ No se suprime, sino que aparece atenuada la protección contractual del Derecho del trabajo, atenuación que se dice compensar con una presencia fortalecida de los instrumentos de la Seguridad social en materia de continuidad de los ingresos, las políticas activas de mercado de trabajo, las de aprendizaje de por vida, los mecanismos de compatibilidad del trabajo con la vida familiar y un régimen amplio de cobertura de la salud.

¹² En ese sentido, Lyon-Caen, Antoine (sous la responsabilité scientifique de) «L'évaluation du droit du travail: problèmes et méthodes» Institut International Pour les Etudes Comparatives – DARES Appel a Projets de recherche 2005- L'analyse économique du droit du travail. Rapport final (vol I.) Rapport de Synthèse, 11 Avril 2008.

diversas formas de regulación internacional, complejizando notoriamente las cuestiones de *internormatividad* con irresueltas relaciones de jerarquía¹³, sobrevienen reglamentaciones no vinculantes –manifestaciones de soft law– en el nivel internacional (sirva de ejemplo el Open Method of Coordination de la Unión Europea), aparecen iniciativas voluntarias de muy diversa dimensión, se generaliza la imposición de normas procedimentales para regular el modo de interacción de los actores que han de tomar decisiones y no las decisiones mismas.

Se establecen nuevas relaciones entre las fuentes tradicionales –las leyes y los convenios colectivos– y se verifica, en particular, un debilitamiento de la ley frente al convenio colectivo¹⁴ y de los convenios de industria en relación con los de empresa¹⁵. Por añadidura, se asignan a los convenios colectivos competencias antes propias de la ley.

En los contenidos de esas fuentes –en línea con las ya recordadas tendencias de flexibilización– se aprecia una menor intensidad tutelar, aunque no una reducción en la densidad del aparato regulador que, precisamente en ese cometido flexibilizador, multiplica la presencia de reglamentaciones.

Hay que decir, no obstante, que pese a todas esas novedades que matizan notablemente el sistema de fuentes, la ley no ha perdido en el ámbito continental su condición de ser el espacio de lo *incalculable* (Supiot; 2010), entendido como el que es propio de las cuestiones que trascienden todo cálculo o utilidad individual e incluyen los mínimos que se juzgan irreductibles para asegurar la dignidad de las personas, quedando las restantes fuentes disponibles para albergar lo *calculable* que es cuanto puede ser regido por cálculos de utilidades individual y pueden materializarse en la negociación, el contrato y hasta en las expresiones regulatorias de corte unilateral¹⁶.

Cabe, pues, aceptar que es en este campo de las fuentes y de sus relaciones recíprocas donde se advierten los cambios más intensos en el escenario europeo (Sciarra; 2005) –tal vez, una alteración de las *ideas particulares* del derecho del trabajo– sin que se perciba, por el contrario una alteración de la *idea básica*: la autonomía individual sigue enmarcada por un aparato normativo tendiente a

¹³ Reflexionando en otro espacio jurídico, como lo es el del Derecho Penal Internacional, el joven jurista iraní Pejman Pourzand señala de qué modo el espacio normativo mundial que resulta de las interacciones múltiples en el nivel internacional, regional y nacional, constituye un espacio "sans dedans et sans dehors" (sin adentro y sin afuera) en que los espacios normativos se encabalgan en relaciones múltiples en las que, a diferencia de los órdenes jurídicos tradicionales, se hace muy complejo discernir relaciones de jerarquía entre diversas manifestaciones normativas –especialmente, internacionales– de fuentes de producción normativa no alineadas en la tradicional construcción piramidal (Pourzand, Pejman, "L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue" L.G.D.J. Paris, 2008).

¹⁴ Que Dockes, Emmanuel, (2004) categoriza como una manifestación más del dominante poder del empleador, puesto que en la formación del convenio colectivo el empleador tiene un voto igual al de todos los trabajadores, en tanto que en la ley, desde la lógica del sistema democrático, cada individuo tiene un voto.

¹⁵ Como lo señala Silvana Sciarra (2005), tradicionalmente los niveles inferiores sólo podían mejorar lo establecido en los superiores. Ahora esa lógica se invierte, como es el caso, por ejemplo de Alemania, donde las "opening clauses" del convenio colectivo permiten su derogación en el nivel de la empresa.

¹⁶ Dice Supiot que solo ese tipo de montaje autoriza a tratar en el plano contractual los hombres y las cosas como entidades abstractas e intercambiables, cuyos valores pueden ser llevados a una misma escala monetaria, pues sus diferencias cualitativas son tomadas en cuenta por el dominio de lo incalculable, que reside en la ley ("L'esprit de Philadelphie", París, 2010).

neutralizar la sustancial asimetría de la autonomía individual. La profusión normativa provocada por los avances flexibilizadores, tampoco niegan la *idea básica* (aunque debilitan, por cierto, la intensidad tutelar del Derecho del Trabajo); como se expresó más arriba, esas *normas de "flexibilización"* sólo tienen sentido en relación con un sistema de protección del trabajo que, aún menos intenso, sigue vigente en plenitud.

iii. *Alteración en los modos de definición de los sujetos
y segmentación de los estatutos de tutela*

Si durante buena parte de la historia del Derecho del Trabajo sólo los trabajadores subordinados convocaban la preocupación del derecho del trabajo –había otros, pero el espacio de los subordinados era suficientemente amplio y expansivo y en ellos residía la más acuciante problemática social– hoy aquella categoría parece contraerse, en tanto que el número de los trabajadores jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes adquiere creciente relevancia social. No es, naturalmente, el objeto de esta evocación la pretensión de volver sobre la etiología de estos fenómenos¹⁷, sino de considerar el modo en que la legislación y la literatura continental se ha hecho cargo de los mismos, con el propósito de establecer si esos tratamientos implican cambios decisivos en la idea "continental" del Derecho del Trabajo y si, por extensión, conllevan una afectación relevante de la idea básica del Derecho del Trabajo.

Resulta evidente que la desigualdad –el desequilibrio, la asimetría– que demandaba un tratamiento particular para las relaciones de subordinación lejos está de haber desaparecido; subsiste, por el contrario en la figura tradicional de la subordinación, y se extiende adicionalmente a otros vínculos de trabajo personal, jurídicamente autónomos pero económicamente dependientes. Puede admitirse, en consecuencia, que si en el plano del trabajo personal se amplía el espacio en que se instala el *rasgo de la desigualdad*, debe correlativamente ampliarse el instrumental técnico de protección y adicionarse el que sea necesario para dotarle de respuestas apropiadas

Así las cosas, no abundan en la literatura europea propuestas para hacer a un lado el concepto tradicional de la dependencia –tal vez, como queda dicho, en retracción pero aún dominante¹⁸– sino más bien construcciones teóricas que proponen la incorporación de indicadores económicos al haz de indicios en uso para reconocer la relación de dependencia¹⁹, la extensión de la tutela a

¹⁷ Que procuré sintetizar en, "Labour Subordination and the Subjective weakening of labour law" in "Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work" (Guy Davidov and Brian Langille comps) Hart Publishing, Oxford, 2006.

¹⁸ Rodríguez Piñero ("Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica" en Relaciones Laborales No. 9 Madrid, 2007, página 1) parafraseando el informe del Director General de la ILO (OIT, 2006), señala que la evolución del Derecho del trabajo no ha significado una crisis global del modelo precedente de contratación laboral. Si bien se constata la presencia de más trabajo autónomo, siguen predominando las formas subordinadas de trabajo y dentro de ellas predominan las contrataciones estables de duración indeterminadas, que el informe de la ILO considera más beneficiosas para la productividad, la inversión en capital humano y el bienestar y motivación de los trabajadores.

¹⁹ El poder se muestra, en todo caso, menos eficaz cuando las tareas se intelectualizan, y eso es lo que pasa en efecto y se generaliza. En relación a ese tipo de trabajo, el poder jerárquico tiene una eficacia decreciente y un costo creciente. Respecto de estos trabajadores el sometimiento jurídico no es ya

trabajadores semidependientes²⁰ y algunos ejercicios legislativos para asignar una cierta cantidad de recursos de protección a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (tales los casos ya tradicionales de la legislación italiana y alemana y el más reciente régimen español de los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes)²¹.

De tal modo, el Derecho del Trabajo en este sistema jurídico continental evidencia tendencias de incorporación de los "semidependientes", sin que esa operación implique en modo alguno que se postule la pérdida de vigencia de la tradicional categoría de los trabajadores subordinados, que preside aún de modo incontrastable el centro de imputación del Derecho del Trabajo (Dockés; 2004). De tal modo, sí es posible que hoy la tradicional fórmula que sirviera de base para la aplicación del sistema de protección (trabajo + subordinación jurídico-personal) tienda a ser reemplazada por otra más amplia en la definición del ámbito subjetivo del derecho del trabajo (trabajo + desigualdad contractual), ello no ha significado por el momento un abatimiento de la aún dominante categoría de la subordinación. En todo caso, si esa nueva fórmula puede implicar una cierta alteración de la "idea continental" del Derecho del Trabajo, no conlleva a mi juicio un apartamiento de la "idea básica" que procuramos esquematizar en la primera sección de este documento.

iv. Otras cuestiones: derechos fundamentales, capacidades (capabilities?), nueva relación con la seguridad social

Desde otra perspectiva, ha alcanzado notable desarrollo el reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales de las personas en el trabajo que, por su propia dimensión, no se encuentran sujetos al debate sobre la subordinación laboral y la intensidad del vínculo. En lo que aquí interesa, esos derechos personales expresan, entre otros fenómenos, un nuevo estado de evolución crítica del poder de dirección del empleador; si uno de los objetivos del derecho del trabajo es el de limitar el poder de dirección, puede afirmarse que en este campo se han experimentado notables progresos por esta vía²². Desde esa perspectiva, esta tendencia –tan sumariamente enunciada– parece profundizar la idea histórica del Derecho del trabajo.

necesario ni ventajoso (aunque sí su sometimiento económico). El ordenamiento laboral debe hacerse cargo de este nuevo perfil, esta nueva dominación, esta nueva necesidad de tutela (Dockés, Emmanuel, (2004).

²⁰ Para un tratamiento reciente del tema en Europa, ver Luca Nogler (2009).

²¹ Para un breve examen de la experiencia española, ver, Cabeza Pereiro, Jaime (2008). Destacan también las ideas y propuestas tendientes a hacerse cargo de la creciente diversidad y discontinuidad de las experiencias laborales: en tanto algunas de las necesidades de tutela se satisfacen en cada uno de los vínculos otras, en cambio, no encuentran respuesta allí o en los espacios de transición entre una y otra situación profesional, por lo que necesariamente demandan la intervención de las instituciones de la seguridad social.

Se trata de la propuesta de tutela y seguimiento del estado profesional de las personas. Alain Supiot vuelve recientemente sobre la propuesta en «L'esprit de Philadelphie», Éditions du Seuil París, 2010 que, como allí se indica, ha llegado a integrar –bajo la forma de la seguridad social profesional– la propuesta de sindicatos como la CGT francesa. En el mismo sentido, Lokiec (2009) y antes Robert Salais (1999).

²² En un tiempo en que crecen las desigualdades entre regiones y dentro de los países, los derechos fundamentales de la persona pueden convertirse en el medio para mantener un mínimo de cohesión social y solidaridad dentro de la sociedad (Vigneau, Christophe, 2004).

Desde otra perspectiva –y para habilitar una ulterior comparación con el espacio jurídico del common law– conviene señalar que en territorio continental, la idea de las “capabilities” producto de las elaboraciones de Amartya Sen²³ no parecen haber encontrado albergue significativo en el pensamiento de los juristas²⁴.

Finalmente, y como se deja ver en párrafos anteriores, sí se percibe una más intensa relación del Derecho del Trabajo con el Derecho de la Seguridad Social. En los esquemas de *flexicurity*, las concesiones en materia de flexibilidad de las normas que regulan el contrato de trabajo buscan su contrapartida en el fortalecimiento de instrumentos de la seguridad social que aseguren muy en especial la continuidad de los ingresos de un trabajador sujeto a un marco normativo más lábil en materia de despido y, por tanto, en sus derechos al goce de garantías jurídicas de su permanencia. Desde una perspectiva axiológica diversa –*que no predica la correlativa pérdida de intensidad tutelar de las normas que previenen el despido injusto, pero que en todo caso parecen reconocer su inexorable debilitamiento*– la propuesta teórica del establecimiento del *estado profesional de las personas*²⁵ implica la necesidad de ofrecer un tratamiento de las transiciones y mutaciones entre una pluralidad de situaciones de actividad e inactividad, en las que un régimen perteneciente al dominio de la seguridad se ocupa de integrarlas en una secuencia continua que asegura en cada una de ellas, y en sus transiciones, la continuidad de los ingresos. De tal modo, la seguridad social vincula esa condición de continuidad a la persona en tanto tal, que se desprende de su situación ocupacional para asegurar el acceso a esa tutela.

En estos esquemas, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social no pierden su recíproca condición de autonomía, pero se relacionan de modo aun más íntimo pues así lo requieren las necesidades de protección social de vínculos que devienen inestables y cambiantes; vínculos que han formado tradicionalmente parte del Derecho del Trabajo, o que se están incorporando hoy en razón de la presencia creciente de situaciones de trabajo denotadas por la desigualdad contractual entre sus partes (aunque no subordinadas en sentido estricto), y otros que simplemente exorbitan del Derecho del Trabajo (prestaciones autónomas, períodos de no ocupación o desempleo, de cumplimiento de responsabilidades cívicas o familiares, etc.). No es una relación novedosa entre ambas ramas del derecho sino en la intensidad de una vinculación que permite afirmar como ayer, pero hoy con un énfasis más acentuado, que en cierta medida, *el Derecho del Trabajo es también lo que es, según sea su*

²³ Ver, en particular, Sen (2000) y Sen (1999).

²⁴ Supiot se acerca a ella sólo para tomar distancia de modo explícito; no es, afirma, una categoría que tenga carta de ciudadanía en la tradición continental. Sostiene que este orden de reflexiones está en este sistema jurídico mejor abastecido por la idea de “capacidad”, en cuanto se admita que la misma trasciende sus espacios tradicionales en la ciencia jurídica (capacidad de derecho y capacidad de hecho), y se le nutra de otros contenidos. Entre ellos, los que le permitan remontar la asimetría de poderes de negociación que el trabajador experimenta vis-a-vis su empleador, en razón de carecer de la seguridad económica necesaria para afrontar el diseño de su relación contractual; en el criterio de Supiot, la idea del estado profesional de las personas la que puede nutrir esa concepción de capacidad (“En guise de conclusion: la capacité une notion a haut potentiel” en “Capacitas”, Ed. By Simon Deakin and Alain Supiot Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pag 161 y sgtes).

²⁵ Ver antes nota 21.

relación con el derecho de la seguridad social a la que hacía otrora de principal, si no excluyente, puerta de acceso.

v. Evaluación provisoria

Cabe decir, en síntesis, que las reformas de los derechos del trabajo europeos han sido frecuentes y profundas al punto de que se pudo afirmar que los Derechos del trabajo tradicionales han quedado relegados al mundo de la arqueología jurídico-laboral (Valdés dal Re; 2009)²⁶. Por tomar, a modo de adicional evidencia empírica, dos episodios reformistas de rigurosa actualidad, pueden evocarse las cuantiosas reformas laborales introducidas en Francia durante la administración Sarkozy²⁷ y las que se proponen en España en los días en que se elabora este documento²⁸. En ninguna de ellas se advierten signos de alteración radical de la idea básica del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo se moderniza, se adaptan sus instituciones y estructuras jurídicas a los cambios en las formas de producir y en el funcionamiento de los mercados, se introducen estrategias de flexibilización del empleo, crece incluso la precariedad. No puede decirse, no obstante que el rumbo de esos ordenamientos —en la realidad normativa— hayan puesto en cuestión aquella idea original.

Esta superficial recorrida de la experiencia continental sugiere, en síntesis, que la *idea particular* del Derecho del Trabajo que le es propia (o algunas de las ideas particulares que la integran) han experimentado cambios significativos en algunas de sus dimensiones, tales como la de la intensidad de régimen protector (en función de las demandas de flexibilidad laboral), el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, la identificación de sus fuentes y las relaciones entre ellas, la composición de su centro de imputación y la configuración de sus sujetos, las relaciones con la seguridad social, etc. En el mismo sentido contribuyen experiencias que devienen en propuestas regulatorias, como la de la *flexicurity* y otras acuñadas por el pensamiento de los juristas, como la del *estado profesional de las personas*. Pareciera, no obstante, que ninguno de esos cambios llegan a configurar un apartamiento esencial de la idea básica del Derecho del Trabajo, tal como intentamos esbozarla en las primeras líneas de este documento.

²⁶ Ver Valdés dal Re, Fernando, "El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del trabajo" y las relaciones laborales triangulares" en Relaciones Laborales, Ed. La Ley Num. 3 años XXV feb de 2009 pág. 1.

²⁷ Las del año 2008, por ejemplo, se sustentan en el diálogo social e introducen mecanismos de facilitación de la entrada en la empresa, orientación profesional, inserción de los jóvenes, contrato a proyecto, ruptura de común acuerdo, período de prueba (todas ellas en la lógica de la flexibilidad) junto a los mecanismos de aseguramiento ("securitisation") de las carreras profesionales, como alternancias de períodos de actividad con otros de inactividad, sin que todo ello implique interrupciones en las carreras al efecto del reconocimiento de derechos futuros.

²⁸ En un muy crítico contexto, la propuesta del gobierno español apunta a regular de modo restrictivo la contratación temporal, fomentar la contratación por tiempo indeterminado, mejorar la protección social en los contratos formativos, introducir mejoras en el régimen de los contratos de trabajo a tiempo parcial —incluso incentivos a las empresas— puesto que se les considera subutilizados, fomentar el uso de la fórmula de reducción de la jornada como instrumento de ajuste temporal del empleo en lugar del despido, mejorar la eficacia de los servicios de colocación y fortalecer el principio de igualdad en materia salarial, además de otras acciones políticas.

b. En países de tradición anglosajona

i. Sobre su sistema de fuentes

Mientras que en los países que abrevan en el sistema jurídico continental, uno de los espacios que más fuerte transformación experimentara fue el de sus sistemas de fuentes y, en particular, el esquema de relaciones entre ley y convenio colectivo —una de las ecuaciones binarias básicas del entramado laboral continental— poco de eso hubo de verificarse en los países de tradición anglosajona. En éstos, la legislación del trabajo, entendida como el conjunto de normas estatales que regulan en forma imperativa las condiciones de trabajo mínimas, no es relevante (Dukes; 2008) y dista de equipararse en términos de densidad con la que poseen los países de tradición jurídica continental. La fijación de esas condiciones queda en su mayor parte en manos de las negociaciones entre empresarios y sindicatos, sujetas a regímenes diversos: en tanto en algunos países, como es el caso del Reino Unido, es el empleador a quien compete, en el juego de las relaciones colectivas, reconocer al sindicato o sindicatos con los que ha de negociar, en otros, como en los Estados Unidos, es la ley la que establece el procedimiento, en este caso de naturaleza electoral, para determinar quién es el agente sindical negociador certificado que obtiene para un cierto episodio de negociación y una cierta unidad empresaria, el monopolio legal²⁹.

A mi juicio, es esta configuración del sistema de fuentes lo que habilita, tanto desde la realidad normativa en sí, cuanto de las construcciones de los legal scholars, los más notables apartamientos de *las ideas particulares* de sus respectivos derechos del trabajo y, “a fortiori”, de la idea básica que en aquella estilizada dimensión que procuráramos reconocer en la primera sección, también informaba sus ordenamientos. Si como con agudeza de señalara, la ley es el dominio de lo incalculable, que concierne a las cuestiones que trascienden todo cálculo o utilidad individual (Supiot; 2010), puede entenderse que su ausencia (la de la ley) permita los apartamientos más audaces; un ordenamiento en el que ciertos instrumentos de protección del hombre que trabaja —traducción operativa de la *idea básica*— pueden o no estar (pueden o no incorporarse por medio de la negociación) parece más disponible para experimentar alteraciones radicales de la idea original³⁰.

²⁹ En el Reino Unido, en cambio, el reconocimiento es pura atribución del empleador, y no una imposición de la ley. La ley no impone el deber de negociar ni juega rol alguno en certificar sindicatos como agentes de negociación. Junto a eso, la ley preserva una amplia libertad de huelga y lock-out, garantizando a sindicatos e individuos inmunidades de responsabilidad por organizar el conflicto y la huelga. El objetivo de los sindicatos ha sido el de evitar que los jueces y que la ley interfieran o descalifiquen los acuerdos arrancados a los empleadores. Al legislador, no se le pide intervención sino apenas que prohíba a los jueces inmiscuirse. El modelo de raíz económica del Reino Unido domina igualmente en los Estados Unidos, concebido también como un sistema de inmunidades sindicales que procuran la autorregulación del mercado de trabajo, pero caracterizado en este caso por la intervención del legislador en la National Labor Relations Act de 1935 (ley Wagner) y luego reformada por las leyes Taft Hartley y Landrum Griffin, que ponen las bases de un sistema de negociación colectiva con el sindicato mayoritario de la empresa.

³⁰ Como para la intervención de otras formas regulatorias, como las que considera Arup (2001) o para la instalación de tendencias hacia un Derecho del trabajo sin Estado o con menos Estado (ello, por otra parte, no es novedoso en estos países, pues está generalizada aquí la intervención de árbitros, conciliadores y otros organismos no estatales de solución de los conflictos; se recurre al arbitraje privado para asegurar la aplicación de los convenios colectivos, junto a otras formas no estatales de regulación (Arthurs; 2007).

ii. El contrato de empleo y la subordinación

A la misma lógica responden las construcciones teóricas que, inspiradas por la insuficiente capacidad del tradicional concepto de subordinación para contener los modos diversos en que se anudan hoy las relaciones de trabajo, no sólo ponen en cuestión la exclusividad de aquel tradicional concepto para definir el centro de imputación del Derecho del Trabajo, sino que también lo invalidan para servir de parámetro de aproximación o diferenciación de otros vínculos más o menos próximos, y hasta llegan a proponer su supresión como calificador para el acceso al goce de ciertos derechos históricamente concebidos para atender las situaciones de máxima asimetría presentes en la prestación de trabajo humano (Freedland; 2003, 2006 y 2007; Deakin; 2007; Hyde; 2006; Langille; 2009; Linder; 1999)³¹.

Mientras en la dogmática continental parece haber ciertas tendencias tanto a ampliar conceptualmente la idea de dependencia, cuanto a sumar categorías adicionales de trabajadores cuya autonomía jurídico-personal no oculta una de todos modos determinante situación de inferioridad contractual definida por un estado de sujeción económica, influyente literatura anglosajona, como venimos de ver, propone abandonar el tradicional criterio de la subordinación, para sustituirlo por categorías de mayor alcance que incluyan todas las manifestaciones de trabajo personal³². Se invocan finalidades como las de incluir situaciones hasta ahora excluidas por el paradigma del contrato de trabajo, establecer una lógica de continuidad con los contratos que se encuentran al margen del sistema de protección laboral, hacer posible una más profunda y exitosa experimentación judicial para el reconocimiento de arreglos contractuales que toleran más amplios grados de autonomía de parte del trabajador, denunciar la insuficiencia del tradicional concepto de la subordinación para reconocerlo como molde o matriz en relación al cual reconocer las categorías alcanzadas y las excluidas por el sistema de protección, mejorar la regulación contractual del conjunto de los contratos de trabajo personal, establecer un marco multidimensional de trabajo personal que hace más fácil establecer convergencias entre la regulación de los contratos de trabajo y la de otros contratos de trabajo personal.

³¹ Las construcciones de estos autores son diversas entre sí, como diversas –y en algunos casos hasta contradictorias– son también sus respectivas concepciones sobre el rumbo que debería adoptar el Derecho del Trabajo; no obstante, todos ellos coinciden en poner en cuestión la idea tradicional de la subordinación y del contrato de trabajo y eso es lo que interesa señalar aquí, en el marco de la hipótesis que constituye el objeto de esta reflexión. La legislación no parece haber llegado, por ahora, tan lejos: la figura británica del “worker” como sujeto habilitado para acceder a algunos derechos (su conceptualización en Davidov, 2005) y la del “dependent contractor” en Canadá parecen evocar más bien la idea del trabajador semidependiente de la experiencia continental.

³² Langille (2009) con cita de Freedland sostiene que la negativa a “abrir” el centro de imputación del Derecho del Trabajo se origina en el temor a perder la justificación de la desigualdad en los poderes de negociación. Apenas se llega, afirma, a los semidependientes, precisamente porque en ellos esa asimetría de poderes sí está presente. Pero se desperdicia la oportunidad de “capturar” a los trabajadores autónomos por ese prurito anacrónico de preservar la idea de la dependencia.

iii. Sobre la construcción teórica de las “capabilities”

Las ideas de Amartya Sen, en particular la construcción teórica de las “capabilities” ha tenido sí acogida en la literatura jurídica anglosajona (entre otros, Deakin; 2005 y 2009 y, en el marco de una propuesta muy distinta, Langille 2009). Parece haber sido Deakin quien con más rigor ha procurado proyectar esa concepción sobre el Derecho del Trabajo, tal vez inspirado en la idea de que el ordenamiento legal demanda el establecimiento de precondiciones institucionales necesarias para facilitar el desarrollo de las capacidades individuales que permitan la participación deliberada y efectiva de los individuos en las actividades de mercado, función que en cierta medida en los derechos de pertenencia continental asume la dominante normativa estatal³³. No alcanza para ello, se sostiene, la asignación de las capacidades contractuales de derecho o de hecho o el reconocimiento del derecho de propiedad –hasta allí la pura lógica neoclásica– sino que es necesario dotar al trabajador de otras formas de soporte institucional, además de las tradicionales de la acción colectiva, para mejorar las condiciones de su participación en la operación de los mercados.

Desde esta perspectiva, sintetizada por Deakin, el de las *capabilities* parece ser un ejercicio en construcción, que trasciende la norma imperativa –pero no necesariamente la excluye– y que permite a su interior hacer los ajustes necesarios junto a los mecanismos de la seguridad y la asistencia social o de otras políticas públicas, todo ello con el objeto de fortalecer la capacidad del trabajador en el mercado³⁴.

iv. Law and economics

Finalmente, sin que ello implique menor importancia, es evidente que el *análisis económico del derecho*, fuertemente instalado en el mundo anglosajón desde los tempranos años ‘60, habilita construcciones que tienden a apartar sus ordenamientos de aquella idea básica del Derecho del Trabajo. Si de lo que se trata es de concebir el ordenamiento de modo de suprimir los obstáculos que obstruyen los acuerdos privados³⁵, ciertamente menor es el espacio que queda para un régimen jurídico como el del Derecho del Trabajo que, en su idea original, parte de la estructural desigualdad de poderes de negociación y consiguiente ineptitud de la autonomía de la voluntad y, en su consecuencia, del contrato para regular las condiciones de trabajo. Va de suyo que un sistema

³³ Parece ser desde esa lógica que ese autor parece entender que un régimen laboral basado en la idea de la “capabilities” (antes que en la aproximación habitual a la conceptualización anglosajona del intercambio económico), “... luciría en buena medida como el tipo de régimen que se observa hoy en el sistema europeo (y en otros), es decir, regímenes en los que los clásicos principios de libertad de contratación y pacta sunt servanda son complementados por normas imperativas y supletorias de varios tipos, en su mayor parte originadas en la legislación” (Deakin, 2009) (la traducción es nuestra).

³⁴ Distinta es la perspectiva de Langille, (2009) para quien la idea de la *capability*, entendida en él como un instrumento de liberación del capital humano limitado por instrumentos normativos que de algún modo obstruyen su despliegue, debe jugar un rol más bien sustitutivo de las instituciones de tutela preexistentes.

³⁵ En ese sentido, el teorema de Coase según Cooter y Ulen, Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, México 1998; en el mismo sentido, con particular referencia al derecho chileno, José Luis Ugarte C. “Análisis Económico del Derecho; el derecho laboral y sus enemigos” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001.

jurídico que ha brindado acogida a esa concepción —la del *análisis económico del derecho*— ha de tener, como efectivamente tiene, una mayor propensión a tomar distancia de aquella idea original.

c. En América Latina

i. Algunos rasgos comunes

Para el caso de los países latinoamericanos no nos limitaremos a marcar las transformaciones que pudiera entenderse que afectan sus "ideas particulares" del DT. Presentaremos antes, de manera harto sucinta, algunos rasgos comunes de esos derechos. Hay que decir, en cualquier caso, que este tratamiento conjunto no implica sostener la existencia de algo que pueda caracterizarse como un *Derecho del Trabajo latinoamericano*; se trata apenas de un esfuerzo metodológico para presentar una "idea particular" algo más inclusiva que la que resultaría de trabajar sobre un específico régimen nacional³⁶. Si algo cabría anticipar, a los efectos que hoy nos ocupan, es que la totalidad de estos derechos parecen enmarcarse con comodidad en la estilizada "idea básica" del Derecho del Trabajo que propusiéramos en las primeras líneas.

En ese cometido, habría que decir que los derechos del trabajo de la América Latina comparten una común pertenencia al sistema jurídico continental; luego, desde esa perspectiva, su *idea particular* del Derecho del Trabajo se distingue de modo nítido de los que responden a otras construcciones culturales (v.gr. la del common law).

Una de las diferencias significativas que distinguen a los derechos del trabajo de América Latina de otros pertenecientes a países en desarrollo, es que aquéllos son *derechos influenciados* que, como se viene de señalar, expresan la tradición jurídica heredada de la Europa continental, pero no son *derechos transplantados*; la mayoría de esas naciones accedieron a su independencia en las primeras décadas del siglo XIX y, por lo tanto, antes del desarrollo del proceso de industrialización y, por consiguiente, de la instalación de un verdadero sistema jurídico laboral en sus potencias coloniales.

En función de esa condición, los ordenamientos laborales de los países de América Latina expresan un derecho fundado sobre la ley como experiencia jurídica primera³⁷, la idea de orden público social, una activa intervención estatal, el predominio de la norma imperativa y por lo tanto "inderogable" "a la baja" y un sistema de fuentes que es una mezcla, en dosajes diversos en cada una de esas naciones, de leyes y convenciones colectivas que, en su conjunto, constituyen un sistema complejo de técnicas de limitación de la autonomía de la voluntad.

³⁶ Así como en este caso destacaremos los rasgos comunes de los Derechos del Trabajo de la América Latina, podríamos en cambio marcar sus diferencias y destacar, en consecuencia, la singularidad de cada ordenamiento nacional; desde luego, esta última opción no resulta útil a los efectos que se proponen en este documento.

³⁷ Díez Picazo, Luis, "Experiencias jurídicas y teoría del derecho", Ariel, Madrid 1973.

Desde luego, la pertenencia al sistema continental no implica necesariamente que esos países constituyan expresiones del denominado "modelo social europeo". En razón de variados factores de la experiencia (histórica, cultural, política) de los países de la región, abrigo la hipótesis de que estos derechos expresan, en diversa medida, una pertenencia *débil* al modelo social europeo, circunstancia que, diría, les ha hecho más sensibles a las compulsiones neoclásicas que tuvieran su más enérgica implantación en los '90, por lo tanto a su impacto abrupto y desmesurado, la consiguiente introducción de reformas sesgadas e inconsistentes, la ineptitud para la puesta en marcha de un proceso más riguroso para reaccionar a los desafíos que evocamos líneas arriba e, incluso, la propensión a las ulteriores restauraciones anacrónicas o desviadas (la contrarreforma...) que se produjera en algunos países a partir de los primeros años del nuevo milenio.

Otro de sus rasgos, entre los más señalados por la literatura es el de la crisis de autenticidad (Deveali; 1983) o, dicho de otro modo, la brecha interpuesta entre derecho y realidad (Ermida; 1990) y la consiguiente falta de efectividad de estos ordenamientos, desde luego en diversa medida, en dos niveles vinculados entre sí, pero ciertamente diferenciables:

- La presencia generalizada de trabajo informal (tanto en el sector informal en sentido propio, como en empresas formales que, sin embargo, no registran a partes más o menos extendidas de sus propias plantillas³⁸). Va de suyo, por tanto, que la informalidad y la necesidad de su reducción forman parte de la idea particular de los derechos del trabajo de la América Latina (como de otras naciones en desarrollo)³⁹.
- Una cierta tendencia a la implantación de normas que exorbitan los contextos o prácticas regionales y que, por tanto, no se aplican o, cuanto menos, no se aplican siempre o no plenamente. Lo cual puede tal vez atribuirse a
 - un desarrollo legislativo que ha sido más bien producto de concesiones de gobiernos de diverso signo y con diversas motivaciones pero, a diferencia de la Europa continental, no como respuesta a los reclamos y la lucha de los trabajadores; son derechos que en muchos casos se instalan antes del advenimiento de un verdadero proceso de industrialización⁴⁰;
 - la indudable influencia de precedentes europeos y, a partir de los años '20, de las convenciones de la OIT que, después de todo, en su mayor

³⁸ Se trata de los trabajadores no registrados o clandestinos que, junto con aquellos que se desempeñan en el sector informal en sentido propio, constituyen la denominada economía informal.

³⁹ Lo que magnifica la importancia de temas como inspección del trabajo, acceso a la justicia, diseño normativo, reducción de costos de la formalidad, apreciación y puesta en valor de las ventajas de la formalidad, etc.

⁴⁰ Gerad Lyon Caen (2004) dice del Derecho del Trabajo francés que es un derecho nacido de la presión de los trabajadores sobre el parlamento, el gobierno o los empleadores; luego, un derecho no otorgado sino conquistado.

Deveali (1983) refiere en cambio que el Derecho del Trabajo en América Latina nace de un modo distinto: en el viejo mundo, confirma, cada progreso es resultado de la lucha del proletariado (plazas, movimientos revolucionarios, huelgas cruentas o discusiones agitadas en los órganos parlamentarios, con el liderazgo de los líderes del proletariado, contra la tenaz resistencia de las fuerzas conservadoras). "...En América Latina, o cuanto menos en la mayoría de sus países, (en cambio) se dicta una generosa legislación industrial cuando el proceso de industrialización está todavía en sus inicios y mucho antes de que se plantee una verdadera "cuestión social".

parte también inspiradas en las experiencias europeas; todo ello sin un necesario correlato con la realidad social, tecnológica e industrial imperante en la región;

- y también la influencia de experiencias autoritarias tanto autóctonas⁴¹ como importadas de la vieja Europa. Entre esas últimas, las de la España de Franco, el Portugal de Oliveira Salazar (particularmente intensa en el caso de Brasil) y la Italia de Mussolini, con la singularidad notable de que, abandonadas en sus países de origen tan pronto éstos transitaran desde el totalitarismo hacia las instituciones de la democracia, han subsistido en algunos países de la región hasta nuestros días; es el caso de los regímenes de sindicato único aún subsistentes en Argentina y Brasil, o de las restricciones a la libertad sindical no superadas aún en los ordenamientos de naciones que, no obstante, han adquirido ya interesantes credenciales democráticas, como Chile y Costa Rica.

ii. Las reformas laborales en América Latina; la contrarreforma

Estos ordenamientos no salieron indemnes de los procesos reformistas desplegados en muchos de ellos en los años '90.

Puede en primer lugar reconocerse un cierto proceso de *convergencia institucional* entre esos ordenamientos, que en el caso de las relaciones individuales del trabajo transitara, obviamente, el rumbo de la denominada *flexibilidad laboral* en varias de sus manifestaciones, y en materia de relaciones colectivas de trabajo tuviera a los convenios de libertad sindical y los principios que de ellos emanan como *punto de convergencia*⁴². Esos trayectos de convergencia fueron impulsados en cada uno de esos ámbitos por factores políticos e ideológicos simultáneos pero de bien diversa estirpe: el pensamiento neoclásico en el marco de la liberalización de los intercambios y la consiguiente homogeneidad en los discursos de contestación de los ordenamientos laborales, en el primer caso; la recuperación de la democracia y una concepción más extendida del sistema de libertades, en el restante.

En esa dimensión convergente, los procesos de reforma laboral que tuvieran lugar en América Latina parecen haber sido más sensibles a los reclamos de *flexibilidad externa y numérica*⁴³ concebida para impulsar la reducción nominal

⁴¹ Como recuerda Bronstein (1997), no son pocos los códigos latinoamericanos que han llevado los nombres de los dictadores que los introdujeron. Tal el caso del código Trujillo, en la República Dominicana, del Código Stroessner en Paraguay, del Código Somoza en Nicaragua.

⁴² Si la convergencia es acción o efecto de dirigirse dos o más líneas a unirse en un punto, una acción de convergencia supone el desplazamiento común de los diversos elementos convergentes en el sentido de un mismo punto de destino (punto de convergencia). Este puede estar más cerca de uno u otro de los sistemas (o elementos de ellos) que se relacionan, en un punto intermedio entre ellos o en un lugar exterior al espacio que los vincula (Feldman, Silvio y Goldin, 1995, pág. 47).

⁴³ En algunos casos se advierte también una voluntad manifiesta de sustituir técnicas tradicionales para la provisión de la tutela por otras más complacientes con los mercados, tales como los esquemas de capitalización individual o colectivo —principalmente en los sistemas de pensiones, pero también en regímenes de seguridad en el empleo— y el recurso al seguro privado (accidentes del trabajo, prestaciones de salud).

de los costos de la mano de obra y mucho menos receptivos, en cambio de esa otra perspectiva que se sustenta más en la denominada *flexibilidad interna y funcional y la simultánea perdurabilidad de los vínculos*.

En línea con el proceso correlativo desencadenado en los países de la Unión Europea, aunque de modo ciertamente menos incisivo, se descubre también en los países de la región una incipiente tendencia de exaltación de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo, los específicos, consagrados en los ocho convenios fundamentales de la OIT, y los «inespecíficos»⁴⁴ de la persona en su consideración en el ámbito de trabajo.

Pero en los albores del nuevo milenio se había hecho ya evidente que esas reformas laborales, en el marco de las concomitantes reformas económicas, no habían tenido un efecto virtuoso sobre la situación socio-laboral ni los mercados de trabajo de los países de la región: alto desempleo, informalidad creciente, precariedad e inseguridad en el empleo, inaplicación de la tutela del trabajo, caída en los salarios reales y la protección social, incremento notable de la pobreza y la desigualdad⁴⁵. En ese marco, sobreviene una virtual suspensión de los procesos de reforma de inspiración neoclásica y, en algunos de ellos, una tendencia de reflujo (¿contrarreforma?) de diversa intensidad⁴⁶.

iii. El devenir de la idea del Derecho del Trabajo en América Latina

Hay que decir, de todos modos, que las reformas producidas en las últimas décadas –señaladamente, en los 90– no alcanzaron a conmover los fundamentos estructurales de los derechos sociales en América Latina⁴⁷, ni aun durante el período en que se materializaran las transformaciones más profundas. En todo caso, se han tratado en su mayor parte de reformas que más han tenido que ver

⁴⁴ Así les llama Palomeque (1991) en terminología que ya «ha hecho carrera». Tales como los de intimidad, opinión y expresión, libertad ideológica y religiosa, preservación de la propia imagen, no discriminación, cumplimiento de deberes familiares, restricción en el tratamiento de los datos sobre el asalariado, evaluación de datos genéticos, prevención de excesos en el uso de nuevas tecnologías de control laboral, preservación de la privacidad de la correspondencia electrónica, entre otras.

⁴⁵ En ese sentido, véase Pagés Serra (2004), quien admite que «las reformas estructurales no produjeron los cambios previstos en el mercado laboral». Años antes, Lora y Pagés Serra (1996) reclamaban con vehemencia ese tipo de reformas donde se propiciaban «profundas reformas laborales para adecuar la legislación laboral al nuevo contexto de flexibilidad y competencia». Y, como se menciona supra, se denunciaba el hecho de que, en tanto, se habían producido cambios profundos en política comercial, cambiaria, tributaria, financiera, y en privatizaciones, las reformas laborales habían sido de más baja intensidad.

⁴⁶ A excepción de unas pocas reformas que se propusieron aligerar los costos laborales de las pequeñas empresas. Tal es el caso del Perú, donde en julio de 2003 se adoptaron nuevas normas mediante las cuales se redujeron los derechos laborales en las empresas de no más de diez trabajadores y el de Paraguay, donde la ley 1.980 de septiembre de 2002 permite a las pequeñas empresas contratar hasta el 20 por ciento de su personal bajo contrato de primer empleo (las que no superan cinco trabajadores pueden contratar uno bajo esta modalidad), sin que ello imponga aportar por ellos al régimen de pensiones, ni seguro social, asignación familiar, indemnización por preaviso ni vacaciones, y deduciendo los aportes jubilatorios y pensiones del impuesto a la renta.

⁴⁷ Córdova (1996) destaca que ni aun la dictadura chilena, que redujo derechos, desactivó el control estatal –pasó del control del cumplimiento de las normas al control del sindicato y el conflicto–, procuró la descentralización de la estructura sindical y la negociación colectiva, y cercenó el derecho de huelga, alcanzó a conmover las bases y fundamento del Derecho del Trabajo. En el mismo sentido, Bensusán (2006) afirma que esas reformas –se refiere a las que afectaron a la Argentina, Brasil, Chile y México– «no llegaron a afectar drásticamente las reglas preexistentes». Desde otra perspectiva, pero confirmando la misma idea, Lora y Pagés Serra (1996) se agraviaban de la tibieza de las reformas laborales.

con la *intensidad tutelar* del sistema de protección que con transformaciones sustantivas que permitan decir, como sí pudo decirse de los derechos del trabajo europeos, que sus versiones tradicionales forman parte ya de la arqueología del derecho social. Como consecuencia del carácter no sustantivo de esas reformas y, en su caso, de la restauración de las instituciones precedentes, resulta evidente que la idea particular de estos derechos, aún debilitada, no ha cambiado demasiado y, a fortiori, que tampoco se han apartado de aquella idea básica.

iv. América Latina ante los debates más recientes

¿Qué relevancia pueden tener para países en desarrollo, como los de la América del Sur, desarrollos teóricos como los que se encuentran actualmente en debate en las economías industrializadas?

Pareciera que el concepto de "*capabilities*" o "*capacidades*", necesariamente mediatizado por las singularidades de cada uno de aquellos países, puede iluminar trayectos para el tratamiento de la informalidad, uno de los flagelos que más intensamente conspiran contra un adecuado despliegue y generalización de los instrumentos de la protección laboral y social. Ciertamente, no se trataría de unas *capacidades* (o de unas "*capabilities*") para sustituirlos, sino bien por el contrario, para facilitar el acceso al amparo de la ley y al goce efectivo de los derechos de la formalidad. Si al sujeto que se encuentra dentro del marco del amparo de las instituciones de la ley, la idea de las *capabilities* puede servirle para "moverse" con más autonomía en el mercado (en todo caso, unas *capabilities* además de los instrumentos tradicionales de protección y no en lugar de aquéllos), en el caso de las naciones en desarrollo, desde la misma perspectiva axiológica, este enfoque teórico debería servir para acceder a los beneficios de la protección social y de ningún modo para sustituirlos. Sirve al trabajador que se le dote de recursos suficientes para asegurarle el acceso a su amparo, allí donde la norma imperativa y las técnicas auxiliares tradicionales (señaladamente, la inspección del trabajo), no bastan para realizarlo. En suma, la norma imperativa, para tener efectiva vigencia, demanda un cierto mínimo poder de mercado, del que el trabajador informal carece y del que –*capacidades* o *capabilities* mediante– conviene dotarlo.

La idea de "flexicurity" tiene también, a mi juicio, algún aporte que hacer a la reflexión latinoamericana sobre la protección social. En una reciente actividad de la CEPAL sobre esa propuesta teórica⁴⁸ pareció, a juicio del autor, quedar claro que, en relación a ese esquema, es el espacio de la protección social el que demandaba los más audaces avances y desarrollos. Bien lejos del "descubrimiento" o la "revelación", puede no obstante rescatarse la pertinencia para la región de la idea compleja de la protección social –explícita en la formulación teórica de la flexicurity– expresada en la utilización simultánea y armónica de un continuo en que a la protección contractual en sí –las normas tradicionales del Derecho del Trabajo– se agregan los instrumentos de la seguridad social, las diversas políticas activas del mercado de trabajo, la

⁴⁸ Ver la síntesis de los documentos elaborados en esa oportunidad en Weller (comp), 2009.

formación y el entrenamiento en su versión continua (*lifelong learning*) y el diálogo social como vehículo asociado al diseño de un conjunto de semejante contextura.

Hay que decir, finalmente, que también la identificación de los sujetos incluidos en el amparo del Derecho del trabajo deberá afrontar en América Latina ejercicios de redefinición. Habrá que tener en cuenta, en todo caso que mientras que en las economías industrializadas prevalecen en esos procesos, factores que son producto de la innovación tecnológica y organizacional, (aunque se registra, bien que en menor medida, la presencia de otros menos "sofisticados" como la informalidad y el fraude), en los países en desarrollo el proceso de debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo⁴⁹ (allí, a su interior, las necesidades de redefinición de los sujetos) encuentra sus expresiones más arraigadas en la informalidad y en otros factores analógicamente primitivos (aunque también en menor medida, pueden observarse otros más modernos, especialmente en las áreas tecnológicamente más avanzadas).

v. América Latina y la internacionalización de los mercados

También los efectos de la internacionalización de los mercados afectan a los derechos del trabajo de los países de América Latina, aunque no de modo idéntico al que operan en los países desarrollados, y tal vez con más acuciante intensidad. En tanto en estos últimos pueden afrontar la competencia internacional particularmente en materia de inversión directa y de cara a las tendencias a la deslocalización de las inversiones, mediante los más diversos instrumentos de lo que genéricamente se consideran factores de competitividad sistémica (Banks; 2006), las carencias imperantes en esas naciones en desarrollo les llevan a compensarlas por medio de la preservación de los bajos costos laborales, frecuentemente asociados a la degradación de los niveles de protección laboral. Es, pues, más compleja la defensa de los contenidos de los derechos del trabajo en estos países⁵⁰ afectados por esas presiones y por las tendencias a la desintegración vertical de las empresas, fenómenos que tienden a desorganizarlos (Valdés; 2001); todo lo cual demanda las más creativas reacciones para "reorganizarlos" so riesgo de que, privados de sus defensas inmunológicas, estos ordenamientos encuentren dificultades insalvables para garantizar su subsistencia⁵¹. Es desde esta perspectiva que la señalada

⁴⁹ Que procuramos describir y explicar en "Labour Subordination and the Subjective weakening of labour law" in "Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work" (Guy Davidov and Brian Langille comps) Hart Publishing, Oxford, 2006.

⁵⁰ Luego, las presiones de la globalización no son parejas y producirán efectos negativos sobre todo sobre los países subdesarrollados, aumentando la segmentación (Banks; 2006). Fenómeno que tiende a producirse más a través del outsourcing que de la inversión directa. Y estos países si pueden participar en un "race to the bottom" (carrera hacia la degradación de las condiciones de trabajo). Hay aquí tendencia a la actividad trabajo-intensiva, en el marco de una amplia oferta de trabajadores no calificados sin poder de mercado; prevalecen, por tanto, procesos más "movilizables" y, por tanto, más susceptibles a la deslocalización.

⁵¹ Hay, en efecto, estrategias políticas y normativas para combatir los efectos predatorios del outsourcing; en particular, en materia de subcontratación, cesión de personal, transmisión de empresas, despidos colectivos, garantía de créditos laborales en situaciones de quiebra o insolvencia del empleador, etc (Rodríguez Piñero; 2006).

inamovilidad de las “ideas particulares” de los Derechos del Trabajo de América Latina —en algunos casos, las restauraciones anacrónicas— no sean, tal vez, una noticia de la que regocijarse, como tampoco lo fueran en su momento de auge los ejercicios banalmente desregulatorios inspirados por los organismos internacionales de crédito⁵².

vi. Evaluación provisoria

A modo de síntesis conclusiva, cabría decir que la idea básica del Derecho del Trabajo —en pocas palabras, la tutela del hombre que trabaja en forma personal en condiciones de desigualdad contractual— conserva para América Latina valores que sugieren y aconsejan su preservación. Cabría pensar, no obstante, que la falta de adecuación de los contenidos de la idea particular (o las ideas) de los derechos del trabajo de América Latina, no es una buena noticia; esa evolución ausente podría distanciar a los derechos del trabajo locales de los hechos, los contextos y los procesos más recientes —las nuevas tecnologías, los nuevos arreglos organizacionales (del trabajo, de la producción), los arrebatos de la internacionalización de las economías, etc.—, arriesgando hacerles tan poco capaces de resolver las viejas carencias como los nuevos desafíos. Reflexión que sugiere una nueva hipótesis: *la posibilidad de conservar la “idea básica del derecho del trabajo” en tanto valor, depende de que las “ideas particulares” de cada ordenamiento (o de cada conjunto) muestren capacidad de plástica adaptación. La “congelación” del ordenamiento tradicional, por confortable que resulte a los ojos del laboralista, puede ser un signo de necrosis que facilite el más masivo cuestionamiento de la idea matriz.*

3. LAS IDEAS PARTICULARES EN TRATAMIENTO COMPARADO

a. Sobre las demandas de la economía

Todos los ordenamientos que hemos sometido a consideración en las líneas precedentes han sido objeto de sostenidos reclamos de adecuación a consideraciones de eficiencia y de racionalidad económica. Pero mientras que en los países del área del *common law* esos reclamos se han ajustado —con mayor o menor rigor— a concepciones afines al análisis económico del derecho y no han tenido que afrontar un entramado legislativo consistente, en los países del área continental y también en los de la América Latina, en cambio, han asumido la forma de las demandas de flexibilidad que, por añadidura, han debido operar sobre regímenes legales extendidos y consistentes.

Como consecuencia de ello, las construcciones de los juristas anglo-sajones no han debido sortear insuperables restricciones al ejercicio de la libertad contractual, lo que tal vez facilita la opción que hacen algunos de ellos de tomar

⁵² Tal el caso del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial. Desde esta perspectiva, no tiene importancia menor la decisión de esta última entidad de suspender la vigencia del “Employing Workers Indicator” (EWI) decidida en abril de 2009. Ese indicador aparece en “Doing Business”, la publicación anual del banco de más alta circulación; se trata de un informe que mide los costos que implican para las empresas ciertas regulaciones seleccionadas en 181 países.

distancia de aquella idea básica y original del Derecho del Trabajo apoyada sobre la dominante técnica de la limitación de la autonomía de la voluntad.

Como queda dicho, en las áreas restantes (la Europa continental y la América Latina) los mismos reclamos hubieron de proyectarse bajo la forma de demandas de flexibilización de las normas legales, que no resultaron cuestionadas en su propia existencia sino en la hipotética rigidez de sus textos, de donde cuantiosísimas reformas que les afectaron habrían de derivar en ordenamientos que exhiben en conjunto una menor intensidad tutelar pero que no han abdicado su rol de poner límites a los contratos individuales, ni por lo tanto su compromiso con la idea básica esquematizada en la primera sección. Cabría pues afirmar, una vez más, que *los mecanismos de flexibilidad laboral, instrumentados también en un poderoso arsenal legislativo, no son hoy sino propiedad y nota calificadora de normas que siguen siendo imperativas y que siguen imponiendo (tal vez menores) restricciones al ejercicio de la libertad contractual*⁵³.

Podría pues decirse que a la determinante virtualidad del *homo economicus* que preside la evolución de las ideas particulares del Derecho del Trabajo de los países del área del common law, los países de raigambre continental tienden a oponer la concepción del *homo jurídicus*, en tanto dogmática construcción del hombre y del derecho, sea implícitamente⁵⁴ —es lo que estaría detrás de la preservación continental de la idea histórica del Derecho del Trabajo— sea explícitamente, del modo que ilustra la monumental construcción conceptual de Alain Supiot en una obra relativamente reciente (Supiot; 2007)⁵⁵.

b. En relación con el sistema de fuentes

Ni qué decir hay que “en el corazón” de esa diversa incidencia de la lógica económica está la radical diferencia en los sistemas de fuentes. Si bien en el espacio continental se modifican las relaciones entre las fuentes —en general, a favor de la autonomía colectiva y en detrimento de la fuente de naturaleza legal— si bien se incorporan al sistema reglamentaciones no vinculantes (soft law), se puede todavía decir que la ley es algo menos vigorosa... *sed lex*, y que el soft law no tiene la misma dimensión en el contexto de un ordenamiento enmarcado en la fuerza de la ley y de las constituciones que regulan el hecho laboral, que en otros en que unas y otras no juegan un rol relevante en esa materia.

⁵³ Puede el DT ser un “failing paradigm” (Hyde; 2006) o bien un paradigma puesto en dificultades por un cambio en el contexto, que requiere consecuentemente un cambio y adecuación de sus instrumentos. Audazmente se podría decir que en la literatura norteamericana se evidencia una cierta percepción compartida de un paradigma que se agota, destino que algunos parecen aceptar, en tanto que otros lo contemplan con desazón y voluntad de resistencia (Stone, 2007; Arthurs; 2006). En la dimensión continental, esa percepción tiene un espacio sensiblemente menor. En Latinoamérica, salvo excepciones, ha habido flujos y reflujos del Derecho del Trabajo en punto al grado de intensidad de las instituciones de protección, sin que su idea básica haya sido puesta seriamente en cuestión en el pensamiento laboral.

⁵⁴ Tal vez como en la recordada comedia-ballet “El burgués gentilhomme” de Moliere, cuyo protagonista descubre que hablaba en prosa sin saberlo...

⁵⁵ En una obra de aun más reciente aparición (Supiot; 2010) el mismo autor justifica esa perspectiva —esa función antropológica del derecho— como el producto de un conjunto de principios dogmáticamente afirmados por el hombre (no provienen de Dios ni de la ciencia), pero que no constituyen sólo un acto de fe, sino también de razón, en tanto proceden de la experiencia trágica resultante de la cosificación del ser humano. Esos principios se materializan en el de la dignidad del hombre de cuya custodia la ley no puede abdicar en nombre de la libertad, del mismo modo en que no es ilícito postergar las libertades en nombre de la seguridad.

En el caso de las naciones de América Latina, puede decirse que su afiliación continental y su pertenencia *débil* al modelo social europeo, les ha hecho más sensibles a las compulsiones neoclásicas desplegadas particularmente durante los '90, y por lo tanto, a su impacto abrupto y desmesurado, a la introducción de reformas intensas, sesgadas e inconsistentes e, incluso, a las restauraciones anacrónicas o desviadas (las contrarreformas) que se produjeran en algunos de esos países a partir de los primeros años del nuevo milenio

Cabe pues concluir que, desde la perspectiva del sistema de fuentes, se altera la idea original del Derecho del Trabajo si el sistema abandona la función igualadora de la norma imperativa (autónoma o heterónoma) y no en cambio si se alteran los modos de *internormatividad*, en la medida en que no se restituya la fijación de las condiciones de trabajo y los niveles de protección social al puro juego de la libertad contractual. Desde esa perspectiva, la contextura del sistema de fuentes –más o menos voluntarista– alienta la adopción de rumbos diferentes cuando los desafíos comunes ponen en cuestión la continuidad de los ordenamientos. En el marco de la ley y con el soporte de las constituciones, los sistemas jurídicos de pertenencia continental tienden a evolucionar en el marco de la idea básica y original del Derecho del Trabajo, en tanto los ordenamientos anglosajones parecen tener menos restricciones para apartarse de aquella idea.

c. Sobre el concepto de dependencia o subordinación laboral

En cuanto a la aptitud inclusiva de la tradicional idea de la *subordinación laboral* los trayectos son también diversos. En la experiencia continental, ese “desafío” tiende a resolverse sin dismantelar el concepto tradicional –no se posterga conceptualmente la narrativa de la determinante situación de inferioridad contractual del trabajador– sino más bien ampliando el concepto o bien agregando otras categorías susceptibles de tutela, en tanto florecen en los países anglosajones construcciones que sugieren el liso y llano dismantelamiento de la idea de la subordinación, cuando no la construcción –en su sustitución– de otras ideas de mayor alcance inclusivo.

Correlativamente, los cambios acentuados en la figura del empleador, producto de los procesos de descentralización productiva y de desintegración vertical de las empresas reclaman en los países de pertenencia continental renovadas estrategias legislativas tendientes a la asignación de deberes, derechos y, en general responsabilidades, en tanto en los países del área del *common law* esos fenómenos se presentan más bien como retos a la estructura de la negociación colectiva.

De tal modo, cuanto menos intensa es la trama normativa de fuente legal, menores cautelas parecen oponerse a la apertura, a la disolución incluso, de las categorías que determinan el centro de imputación de un tal régimen jurídico y, correlativamente, cuanto más densa es esa trama, más inquietante es la desorganización que infieren los fenómenos de la desintegración vertical de las empresas.

En este particular aspecto resta decir, a modo de conclusión, que no toda

evolución en la definición de los sujetos de las relaciones individuales del trabajo implica una desviación de la idea básica y original del Derecho del Trabajo. No lo son aquellas que incorporan categorías de dependencia atenuada, en la medida en que no priven a la categoría dominante de límites compensatorios del desnivel en los poderes de negociación. Sí, en cambio, las técnicas de reconocimiento que no incluyen de modo definitorio esa condición de desequilibrio como condición de aplicación del ordenamiento.

d. *Las construcciones teóricas de las **capabilities** o de las **capacidades***

La construcción teórica de las capabilities parece un mecanismo de intervención más requerido en unos ordenamientos –los del sistema jurídico del *common law*– a los que la ley no provee de otros mecanismos institucionales para la realización de sus fines, particularmente en un contexto en que los instrumentos de la acción colectiva parecen haber sufrido un empobrecimiento que en estos ámbitos la ley no está en condiciones de compensar.

Claro está que esta perspectiva puede invocarse para acompañar el desempeño de la norma legal, para suplirla donde falta y hasta para trascenderla, o bien, simplemente, para ocupar su lugar y sustituirla⁵⁶. Mientras que las primeras opciones no parece llevar necesariamente al abandono de aquella idea básica del Derecho del Trabajo a partir de la cual se desarrolla esta reflexión, la segunda, claramente, importa apartamiento respecto de esa idea.

e. *Nuevos espacios para la Seguridad Social*

Nuevos roles parecen asignarse también al Derecho de la Seguridad Social cuando el vínculo dependiente, antaño dominante, pierde esa condición; cuanto menos, cuando pierde su vocación histórica de permanencia. La relación deviene inestable, incorpora nuevos perfiles –por ejemplo, los de los diversos niveles de “*semidependencia*”– y se sucede con instancias de trabajo autónomo, desempleo, períodos formativos, etc. Allí, las construcciones tendientes a asegurar la continuidad de los ingresos, cuya adscripción al campo de la seguridad social parece pertinente. Ese cometido de dar cobertura a las transiciones y a los intersticios de ninguna manera implica apartamiento de la idea básica del Derecho del Trabajo; bien por el contrario, aporta a su enriquecimiento, suplementando un rol que la seguridad social viene cumpliendo desde bien tempranas instancias del desarrollo del Derecho del Trabajo.

Hay que decir, finalmente, que un Derecho del Trabajo que preservando su esquema básico (su función indelegable en todo aquello que sólo puede actuarse sobre el sujeto que es, más o menos categóricamente, un empleador), traslada o incorpora instrumentos de tutela de la seguridad social o de ciertas políticas

⁵⁶ Es, en cierta forma, la posición de Langille, que entiende necesaria esa sustitución para posibilitar el despliegue irrestricto del “capital humano” del que dispone cada trabajador. Hay que decir, en todo caso, que la idea de “capital humano” (que Langille recoge en este caso de las elaboraciones del propio Amartya Sen) no queda sin crítica; Supiot (2009) evoca, en efecto expresiones similares: “...popularizada (esa idea) por Stalin (cita *L’homme, le capital le plus précieux. Pour une formation bolchévik*, Paris, Editions Sociales 1945) ha servido de equivalente comunista a la noción nazi de “material humano”.

activas de mercado de trabajo, podría estar modificando su propia "idea particular", pero no necesariamente su idea histórica (se trata, desde luego, de una cuestión de grado, pues un tránsito masivo de sus instituciones implicaría, esta vez sí, un cambio sustantivo en esa idea).

III. PARA TERMINAR...

En su dimensión normativa, los derechos del trabajo europeos históricos han experimentado fuertes cambios en sus *ideas particulares*; los ordenamientos resultantes, no obstante, no se han apartado de la *idea básica* y original del Derecho del Trabajo⁵⁷. La idea del orden público y, como derivación de la misma, la limitación de la autonomía individual y el principio de irrenunciabilidad, tienen todavía un rol preeminente. Las tendencias de flexibilidad no constituyen sino una propiedad del sistema de protección y no es de descartar que, paradójicamente, tengan la virtualidad de servir a la preservación del modelo histórico. En síntesis: más cambios normativos (lógicos, por el rol dominante que ha desempeñado y sigue desempeñando la ley); menos propensión al apartamiento de la *idea básica*.

Los derechos del trabajo de América Latina, de innegable perfil continental, tienden igualmente a mantenerse en el marco de la idea histórica del Derecho del Trabajo; su *débil* afiliación al modelo social europeo tal vez contribuya a explicar el impacto notable –de reformas sesgadas e inconsistentes, de restauraciones anacrónicas o desviadas– que algunos de estos ordenamientos experimentaran en los últimos años.

En los países del *common law*, cuyos ordenamientos están menos estructurados en torno de la ley y, por tanto, tienden a demandar menos cambios normativos, se constata, en cambio, una mayor inclinación de los juristas a la revisión de la "idea básica" del Derecho del trabajo. Se advierte en ellos una mayor sensibilidad para los replanteamientos económicos, una cierta disposición a la sustitución de las técnicas de la tutela, a la apertura de las categorías que definen el centro de imputación del Derecho del Trabajo, al abandono del concepto de la dependencia (como molde referencial o directamente como categoría) y al diseño de otras categorías más inclusivas. Es natural que un ordenamiento que no hace de la ley su experiencia jurídica primaria tenga menos reparos en apartarse de aquella idea histórica.

Todo lo cual permite afirmarse sobre la hipótesis inicial formulada ahora en los siguientes términos: *el modo de ser de algunas de las "ideas particulares" del Derecho del Trabajo puede facilitar un apartamiento respecto de la "idea básica y original" de esa rama del derecho, que otras "ideas particulares" son menos propensas a transitar.*

⁵⁷ Tal vez pueda decirse que en los Derechos del Trabajo continentales, como en la bella imagen de la Carcassonne restaurada por el arquitecto Violet Le Duc, no se sabe ya qué es nuevo y qué es original, por el modo indiscernible en que se han insertado las piedras nuevas en las antiguas murallas: "...on a tellement bien inséré des pierres nouvelles dans les anciennes murailles, que tout a l'air nouveau alors qu'en réalité tout existait déjà il ya plusieurs siècles... mais, tout a bougé parce qu'on a changé toutes les pierres..." (G. Lyon-Caen; 2001).

BIBLIOGRAFÍA

- Arthurs, Harry X. (2007), "Compared to what? The UCLA comparative Labor law project and the future of comparative labor law", 28 - 3 Comp. Lab. L. & Policy J.
- Arthurs, Harry X. (2006), "Who is afraid of globalization? Reflections on the future of Labour Law", in "Globalization and the Future of Labour Law", John D.R. Craig and S. Michael Link eds. Cambridge University Press Cambridge.
- Arup, Chris (2001), "Labour Law as Regulation: Promise and Pitfalls", Australian Journal of Labour Law, 14-230
- Banks, Kevin (2006), "The impact of globalization on labour standards. A second look at the evidence" in "Globalization and the future of labour law" Edited by John D.R. Craig and S. Michael Lynk, Cambridge University Press, Cambridge, pages 77/107.
- Barnard, Catherine, Simon Deakin and Gillian S. Morris (2004), "The future of Labour law, introduction" in The Future Of Labour Law, Liber Amicorum Bob Hepple QC, (Barnard, Deakin and Morris, eds) Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon.
- Barthélémy, Jacques (2007), "Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la Sécurité Sociale? Droit Social N° 7/8 Julio Agosto pp. 787 y sgtes.
- Bensusan, Graciela (2006), "La distancia entre normas y hechos: instituciones laborales en América Latina", Revista de Trabajo (Buenos Aires) (año 2, núm. 2 (nueva época).
- Birk, Rolf (2002), "Labor law scholarship in France, Germany, and Italy: some remarks on a difficult question" in 23-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 679.
- Blanc-Jouvan, Xavier (2007), "Lessons from an experiment in comparative labor law (reflections on the comparative labor law group)" in, 28-3 Comp. Lab. L. & Policy J. 407.
- Böheim, René and Ulrike Muelhberger (2006), "Dependent forms of self-employment in the UK: identifying workers on the border between employment and self employment". Work Paper N° 91 (February. 2006), Vienna University of Economics and B.A., Department of Economics Working Paper Series.
- Bonnechère, Michèle (2007), «Sur l'ordre public en droit du travail: les principes sont toujours là... », Droit Ouvrier 2007, 714, pp. 11-13
- Bronstein, Arturo (2009), «International and Comparative Labour Law; Current Challenges» ILO/Palgrave Macmillan; Great Britain/Geneva.
- Bronstein, Arturo (1997), "Labour law reform in Latin America: Between state protection and flexibility". International Labour Review, vol 136 -1
- Bronstein, Arturo (1997), «Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad», *Revista Internacional del Trabajo* (Ginebra), vol. 116-1, pp. 5-27.

- Cabeza Pereiro, Jaime (2008), "The status of self-employed workers in Spain", *International Labour Review* Vol. 147-1, pág. 91.
- Caruso, Bruno (2007), "Changes in the workplace, and the dialogue of labor scholars in the "Global village", 28-3 *Comp. Lab. L. & Policy J.* 501.
- Córdova, Efrén (1996), "The Challenge of Flexibility in Latin America". 17-2 *Comp. Lab.L. y Policy J.* 314.
- Davidov, Guy (2002), "The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection", *The University of Toronto Law Journal*, Vol 52 N° 4 (Autumn, 2002) pp. 357-418.
- Davidov, Guy (2005), "Who is a worker" 34 *Indus L.J.* 2005, 57.
- Davidov, Guy (2007), "The (changing?) idea of labour law". *International Labour Review*, Volume 146, 3-4, 311.
- Deakin, Simon (2005), The «capability» concept and the evolution of European social policy, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, Working paper N° 303., March 2005.
- Deakin, Simon and Njoya, Wanjru (2007), "The legal framework of employment relations" Centre for business Research, University of Cambridge, Working Paper N°o. 349, Sept. 2007.
- Deakin, Simon, Lele, Priya and Siems, Mathias (2007), "The evolution of labour law: Calibrating and Comparing regulatory regimes", *International Labour Review*, Volume 146, 3-4 133.
- Deakin, Simon: "Does the "Personal Employment Contract" Provide a Basis for the Reunification of Employment Law" *Industrial Law Journal* Vol 36 N° 1 March 2007 pp. 68-83.
- Deakin, Simon (2009), "Capacitas: Contract law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market", en "Capacitas", Ed. By Simon Deakin and Alain Supiot Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp. 1 y sgtes.
- Deveali, Mario (1983), "El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias". Textos elegidos, ordenados y anotados por José I. Brito Peret, Adrián O. Goldin y Roberto Izquierdo, Tomo I, Ed. Astrea Buenos Aires.
- Diez Picaso, Luis (1973), «Experiencias jurídicas y teoría del derecho», Ed. Ariel, Madrid.
- Dockés, Emmanuel (2004), «Le pouvoir dans les rapports de travail (Essor juridique d'une nuisance économique)», *Droit Social* N° 6 Juin 2004 p. 620.
- Dukes, Ruth (2008), "Constitutionalizing Employment Relations: Sinzheimer, Kahn-Freund, and the Role of Labour Law", *Journal of Law and Society*, Volume 35, number 3 September 2008, pp. 341-363.
- Ermida Uriarte, Óscar (1990), "Las relaciones de trabajo en América latina". *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social; Temas Laborales*, (Albolote, España), (1990) num. 18.

- Favre-Magnan, Muriel (1998), "Le contrat de travail défini par son objet" in *Le travail en perspectives*, sous la direction d'Alain Supiot, LGDJ, Collection Droit et Société, p. 101.
- Feldman, Silvio y Adrián Goldin (1995), "Relaciones colectivas de trabajo en el Mercosur; una hipótesis de convergencia". RELASUR, Revista de Relaciones Laborales en América Latina-Cono Sur, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, Númer. 7 Montevideo, p. 47.
- Freedland, Mark (2003), "The personal employment contract", Oxford University Press, Oxford.
- Freedland, Mark (2006), "From the contract of Employment to the Personal Work Nexus". *Industrial Law Journal*, Vol 35 N° 1, March 2006 pp. 1 a 29.
- Freedland, Mark (2007), "Developing the European comparative law of personal work contracts", in 28-3 *Comp. Lab. L. & Policy J.* 487.
- García Murcia, Joaquín (2007), "Deslocalización y tutela de los derechos sociales; la perspectiva europea" por Relaciones Laborales, N° 6 años XXIII, Madrid.
- Goldin, Adrián (2003), "Las tendencias de transformación del Derecho del Trabajo", Lexis-Nexis, Buenos Aires.
- Goldin, Adrián (2006), "Labour Subordination and the Subjective weakening of labour law" in "Boundaries and frontiers of labour law. Goal and means in the regulation of work" (Guy Davidov and Brian Langille comps) Hart Publishing, Oxford.
- Goldin, Adrian (2007), "Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina" International Institute for Labour Studies (ILO, Geneva), DP/173/2007.
- Goldin, Adrián (2009), "Labour Flexibility and Worker security; an Argentine Perspective" en "Regulations, Worker Protection And Active Labour - Market Policies in Latin America" Jurgen Weller , Ed. United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, pp. 89 y sgtes.
- Gaudu, Francois (2008), «L'accord sur la "modernisation du marche du travail"; érosion ou refondation du droit du travail?». *Droit Social* N° 3 Mars 2008, p. 267.
- Grumbach, Tiennot (2003), «Le simple et le complexe dans le droit du travail» *Droit Social* N° 1 Janvier 2003 pp. 48 y sgtes.
- Hyde, Alan (2006), "What is labour law" in *Boundaries and Frontiers of Labour Law: Goals and Means in the Regulation of Work* (Guy Davidov & Brian Langille, eds) Oxford: Hart Publishing.
- Ichino, Pietro (1998), "The labour market: a lawyer's view of economic arguments". *International Labour Review*, Vol 137-3.
- Jeammaud, Antoine (2009), "Evaluer le Code du travail? Évaluer le droit du travail? Controverse, sous la responsabilité". *Revue de Droit du Travail*, N° 7/8 Julio agosto 2009 p. 421.

- Jacoby, Sanford M. (2008), "The future of labor and finance", *Comp. Lab. L. & Policy J.* 30-1, 111.
- Kahn Freund, Otto (1987), «Trabajo y Derecho», Colección Estudios (Serie Relaciones Laborales) (Traduc. De J.M. Galiana Moreno), Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- Lafore, Robert (2009), «Droit du travail et Sécurité sociale: la revanche de la protection sociale?». *Droit Social* N° 11 Novembre 2009 p. 1076.
- Langille, Brian (2009), "Imagining Post "Geneva Consensus" Labour Law for Post "Washington consensus" Development". (Rough Draft, June 11 2009) Prepared for the conference "Regulating for Decent Work: Innovative Regulation as a response to Globalization" ILO Geneva.
- Langlois, Philippe (2008), «Une loi négociée». *Droit Social* N° 3 Marzo de 2008, pp. 346 y sgtes.
- Linder, M. (1999), "Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness". *21 Comp. Lab. L. & Policy J.* 187.
- Lokiec, Pascal (2009), "Le travailleur et l'actif" *Droit Social* numéro 11 (numéro spécial) novembre 2009 p. 1017.
- Lora, Eduardo y Pagés Serra, Carmen (1996), «La legislación laboral en el proceso de reformas estructurales de América Latina y el Caribe». Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Washington.
- Lyon-Caen, Antoine (sous la responsabilité scientifique de) (2008), «L'évaluation du droit du travail: problèmes et méthodes» Institut International Pour les Etudes Comparatives – DARES Appel a Projets de recherche 2005-L'analyse économique du droit du travail. Rapport final (vol I.) Rapport de Synthèse, 11 Avril 2008.
- Lyon-Caen, Antoine (2009), "Derecho comunitario del mercado versus Europa social, de Antoine Lyon-Caen en Relaciones Laborales, Madrid N° 13, año XXV Julio de 2009, p. 83.
- Lyon-Caen, Antoine (2009), Droit du travail et protection sociale; brèves observations sur un couple, *Droit social*, nov 2009 N° 11 p. 1015.
- Lyon-Caen, Gérard (2001), "La pertinence des catégories juridiques du droit du travail", *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale (COMPTRASEC, Bordeaux)* p. 113.
- Lyon-Caen, Gérard (2001), «L'Etat des sources du droit du travail (agitations et menaces)». *Droit Social*, Décembre 2001 -1031.
- Lyon-Caen, Gérard (2004), «Permanence et renouvellement du Droit du travail dans une économie globalisée», *Droit Ouvrier* Février 2004.
- Marleau, Veronique (2006), "Globalization, decentralization and the role of subsidiarity in the labour setting in memory of Marco Biagi" in "Globalization and the future of labour law". Edited by John D.R. Craig and S. Michael Lynk, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 108-142.

- Moreau, Marie-Ange (2008), "La recherche de nouvelles méthodes de régulation sociale: quelles fonctions, quelles complémentarités". European University Institute, Florence, Departament of Law, EUI Working Paper LAW N° 2005/08.
- Mückenberger Ulrich et Alain Supiot (1999), «Ordre public social et communauté; deux cultures du droit du travail», dans «Le travail et la nation, Histoire croisée de la France et de l'Allemagne», sous la direction de Bénédicte Zimmermann, Claude Didry et Peter Wagner, Editions de la Maison des Sciences de l'homme, Paris.
- Neron, Sylvain (2009), «La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives», en *Revue de Droit du Travail* (Dalloz) 7/8 Juillet-août 2009 p. 426.
- Nogler, Luca (2009), "The concept of "subordinations" in European and Comparative Law". University of Trento.
- OIT (2006), "Tendencias de la legislación laboral", del informe del Director General a la 95 Conferencia "Cambios en el mundo del trabajo".
- Ojeda Avilés, Antonio (2007), "La genealogía del contrato de trabajo", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Julio/Septiembre de 2007 N° 135, p. 533.
- Ojeda Avilés, Antonio (2009), "La externalizacion del Derecho del Trabajo" *International Labour Review*, 1-2 Vol 128 Junio, pp. 51 y sgtes
- Ojeda Avilés, Antonio (2002), "La saturación del fundamento contractualista" *Revista Española de Derecho del Trabajo* 111 Mayo junio 2002 p. 333.
- Ojeda Avilés, Antonio (2010), "La evolución reciente del Derecho Norteamericano del trabajo" (mimeo), a publicarse próximamente en Buenos Aires.
- Pagés Serra, Carmen (2004), "Good jobs wanted. Labor markets in Latin America – Overview", *Report on Economic and social Progress in Latin America* (IPES) Banco Interamericano de Desarrollo (BID) Washington.
- Palomeque, Manuel Carlos (1991), "Los derechos laborales en la Constitución Española", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (CEC).
- Pierenkemper, Toni (2009), "The Rise and Fall of the "Normalarbeitsverhältnis" in Germany". *Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit* (Institute for the Study of Labor) Discussion Paper Series IZA DP N° 4068.
- Pourzand, Pejman (2008), "L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue" L.G.D.J. Paris.
- Puebla, Eduardo Martín (2009), "La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexicurité a la française". *Relaciones Laborales* N° 4 Año XXV, Febrero de 2009 p. 91,
- Rodière, Pierre (2008), «L'influence du droit communautaire et du droit international» par *Droit Social*, Sept-Oct 2008, N° 9/10 p. 895.
- Rodríguez- Piñero Royo, Miguel (2002), "What do we talk about when we talk about labor law", *Comp. Lab. L. & Policy J.* 23-3, 701.

- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2007), "Los cambios en el mundo del trabajo y su respuesta jurídica" en Relaciones Laborales N° 9 Madrid, p. 1.
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2007), "¿Un modelo social europeo o varios? Europa social y competitividad? Relaciones Laborales N° 22, Madrid, p. 1.
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2006), "Derecho del Trabajo y Racionalidad", RRLL, la Ley, N° 5 Madrid, p. 1.
- Rojot, Jacques (2007), "Future directions for labor law scholarship and international collaboration" Comp. Lab. L. & Policy J. 28-3, 583.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (2009), "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del Trabajo" en Relaciones Laborales, Madrid N° 7 año XXVp. 17.
- Salais, Robert (1999), «Liberté du travail et capacités: une perspective pour la construction européenne?». Droit Social N° 5 Mai 1999, p. 467.
- Sciarra, Silvana (2005), "The evolution of Labour Law (1992-2003)" Vol I: General Report for the European Commission, Employment & Social Affairs (manuscript completed in Jun 3 2005). (Report financed by and prepared for the use of the European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities).
- Sen, Amartya (1999), "Commodities and Capabilities" Oxford University Press, Oxford.
- Sen, Amartya (2000), "Desarrollo como libertad", Ed. Planeta, Madrid.
- Spector, Horacio (2005), "Philosophical foundations of labor law", Florida State University Law Review 1120 Vol. 33:1119.
- Stone, Katherine V.W. (2007), "A new labor law for a new world of work: the case for a comparative-transnational approach" Comp. Lab. L. & Policy J. (2007) 28-3, 565.
- Supiot, Alain (2003), «Un faux dilemme: la loi ou le contrat». Droit Social Janvier 2003 N° 1 pp. 59 y sgtes.
- Supiot, Alain (2004), Le droit du travail, PUF (Que sais-je) París.
- Supiot, Alain (2007), Homo Juridicus, Ensayo sobre la función antropológica del derecho, por Alain Supiot, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- Supiot, Alain (2009), "En guise de conclusion: la capacité une notion a haut potentiel" en "Capacitas", Ed. By Simon Deakin and Alain Supiot, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, pp. 161 y sgtes.
- Supiot, Alain (2009), «Justice sociale et libéralisation du commerce international», Droit Social N° 2 Février 2009 p. 131.
- Supiot, Alain (2010), «L'esprit de Philadelphie», by Alain Supiot, Éditions du Seuil París.

- Supiot, Alain (2005), «Le droit du travail bradé sur le marché des normes», *Droit Social* N° 12 Dic 2005 p. 1087.
- Ugarte C, José Luis (2001), "Análisis Económico del Derecho; el derecho laboral y sus enemigos". Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Valdes dal Re, Fernando (2009), "El debate europeo sobre la "modernización del Derecho del trabajo" y las relaciones laborales triangulares" en *Relaciones Laborales* Núm. 3 años XXV feb de 2009 p. 1.
- Valdes dal Re, Fernando (2001), en "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo", en *Relaciones Laborales* (Madrid) N° 20 Año XVII Octubre 2001 p. 1.
- Vigneau, Christophe (2004), "Labor law between changes and continuity" in *Comp. Lab. L. & Policy* J. 25-1, 129.
- Weller, Jürgen (ed) (2009), "Regulations, Worker Protection and Active Labour - Market Policies in Latin America" United Nations, ECLAC, Santiago de Chile, Dec 2009 pp. 89 y sgtes.
- Weiss, Manfred (2007), "Convergence and/or divergence in labour law Systems? A European perspective" in *Comp. Lab. L. & Policy* J. 28-3, 469.

Negociación Colectiva y orden público*

Jorge ROSENBAUM-RIMOLO

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

Sumario

Introducción. II. El papel de la autonomía colectiva. III. Los límites de la negociación colectiva. IV. Los límites de la negociación colectiva frente a las normas de orden público. V. Los límites de la negociación colectiva frente a los derechos individuales. VI. La Ley Nº 18.566 sobre principios y derechos fundamentales del sistema de negociación colectiva uruguayo.

I. INTRODUCCIÓN

1. El examen del tema gira en torno a la relación entre la ley y la autonomía colectiva, fuentes jurídicas que se imbrican en el tronco estructural normativo en el que genéticamente nació y creció el Derecho del trabajo. Lo que supone —como bien lo ha calificado Sarthou¹— una tensión dialéctica entre el Estado y la libertad sindical.

Pero, conceptualmente, la temática nos enfrenta además a cuestiones concretas, como la de los límites de la autonomía colectiva en el campo de las relaciones sindicales de trabajo. Y, con mayor especificidad aun, a la zona que delimita los alcances y la procedencia de la disponibilidad de derechos y beneficios laborales a través de la negociación colectiva, lo que obliga a precisar cuál es el punto de inflexión respecto de la posible afectación de aquellos que caen en la esfera particular del trabajador individual.

Todas estas cuestiones han cobrado vigencia en el debate nacional desde el momento que resulta imprescindible discernir cómo impacta la reciente Ley Nº 18.566 sobre principios y derechos fundamentales del sistema de negociación colectiva uruguayo.

En su conjunto, no se trata de un asunto novedoso dentro de los estudios de la teoría general de la negociación colectiva; un simple relevamiento de la bibliografía disponible demuestra que ha sido objeto de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales a medida que fue afianzándose esta última como una fuente

* (Trabajo de incorporación como Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social).

¹ Helios Sarthou (2004), "Autonomía colectiva y Estado en el campo de su contradicción", en *Trabajo, Derecho y Sociedad*, tomo 1, FCU, Montevideo, pp. 171 y ss.

autónoma de regulación de las condiciones de trabajo, salariales, de empleo y de otras relaciones que hacen al fenómeno laboral.

Si bien su análisis conlleva niveles importantes de abstracción teórica, ha de reconocerse la incidencia fundamental que juega la realidad social, económica y política sobre esta temática, y que la *praxis* ha demostrado que cobra mayor vigor bajo distintas circunstancias.

En primer lugar, ello ocurre con frecuencia en contextos de crisis en el mercado o en la empresa, siendo que el Derecho del trabajo aparece en muchos aspectos funcional y adaptable a los cambios económicos².

Pero la contradicción entre orden público y autonomía colectiva, también ha aparecido como un componente del discurso sobre la desregulación o flexibilización, como aconteció en las dos últimas décadas del siglo XX a impulso de las concepciones neoliberales extremas, promotoras de la desarticulación de la disciplina debido a sus supuestas rigideces y sobrecarga normativa, así como por la fuerza distributiva de poder social a los actores colectivos, principalmente al sindicato³.

No podemos ocultar que la cuestión mantiene permanente actualidad por las prácticas que a diario continúan planteando vacilaciones a los operadores del derecho (administración del trabajo, jueces, asesores, abogados,) e, incluso, a los actores de las relaciones laborales (sindicatos, organizaciones de empleadores y gobierno).

Ello se hace aun más patente en el ordenamiento laboral uruguayo, un sistema que ha sido arregulado en el plano colectivo y carente de una normativa específica que dé respuestas claras y definitivas a estos planteos. Tipificación que al menos suscitaba concordancia en la doctrina hasta la aprobación de las leyes que en materia de negociación colectiva y conflictos de trabajo fueron sancionadas en el quinquenio 2005-2009. De todos modos, la normativa incorporada sólo aporta soluciones indirectas a algunos de los problemas planteados, motivo por el cual la mayor parte de las interrogantes exigen un esfuerzo interpretativo en el plano de la teoría general.

Por otra parte, es comprobable que por más que se efectúe un estudio comparado de la materia, las soluciones distan de ser uniformes en los ordenamientos positivos que se adopten como referencia.

Sucede que en el punto de partida de esta diversidad, están presentes las peculiaridades –muy variadas– de los distintos modelos de relaciones laborales. Modelos cuya tipología no se basa en prototipos puros (o absolutos), sino en realidades complejas, dentro de las cuales es posible señalar tendencias preponderantes de la dinámica ingeniería social de cada sistema nacional.

² Américo Plá Rodríguez (1979), *Curso de Derecho Laboral*, tomo I, vol. 1, Acali, Montevideo, p. 24; Manuel Alonso Olea (1988), "Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del derecho del trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico", en AA.VV., *Homenaje a Mozart Víctor RUSSOMANO*. México; Oscar Ermida Uriarte (2010), "La crisis financiera y el Derecho del Trabajo", Trabajo & Utopía, Montevideo, febrero.

³ Héctor-Hugo Barbagelata hace especial referencia a ello como factor para enfocar "Los límites de la flexibilidad del mercado de trabajo", en *El Particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*, FCU, Montevideo, 2009, pp. 132 y 133.

Como metodología para abordar su desarrollo, nos resulta útil apelar a una de las clasificaciones tradicionales de los modelos de negociación colectiva; nos referimos a aquella que toma en cuenta el grado de libertad reconocido a las partes que negocian colectivamente, distinguiéndose así:

- (a) modelos de negociación protectora; y
- (b) modelos de negociación de concesiones.

A) La negociación colectiva **protectora** es la que respalda una estructura jurídica tradicional sustentada en el convenio colectivo "*in melius*", es decir que a través de la negociación colectiva, sólo es admisible establecer mejores condiciones de trabajo que las que:

- rigen los contratos individuales;
- surgen de la ley; o
- provienen de un convenio colectivo anterior.

Este patrón representó durante décadas, la vertiente de progresividad en la elaboración autónoma de normas en importantes países europeos (como Francia, España e Italia) y sirvió de espejo para los ordenamientos jurídicos latino americanos en materia de regulación legal de la negociación colectiva.

En esta línea de pensamiento, prestigiosa doctrina advierte: "*...que en la esencia de la negociación colectiva entraba la labor de uniformar las condiciones de trabajo ... y de imponer una determinada regulación de las mismas a la autonomía de la voluntad individual, reduciendo a ésta a un papel marginal o anecdótico, de tal manera que un sistema avanzado de relaciones laborales toleraría mal los intentos de romper esa uniformidad y de "recuperar" un juego de la autonomía individual que fuese más allá de la simple posibilidad de mejora de las condiciones –sobre todo retributivas– pactadas colectivamente*"⁴.

B) Por contraposición, la negociación **de concesiones** se origina en sistemas de relaciones laborales estructurados sobre un prototipo de negociación colectiva de base transaccional o que, con el devenir de nuevas orientaciones e ideologías políticas y económicas, han transitado hacia esquemas cada vez más flexibilizadores o adaptadores del instituto.

Entre las experiencias más conocidas, podemos distinguir el caso estadounidense, sistema que revela un grado elevado de pragmatismo de los sindicatos. Ese factor constituye –entre otros– una de las variables por las que se califica a aquel movimiento sindical como de "pan y mantequilla". Un caso emblemático lo fue la negociación colectiva de los años 70 en la empresa Chrysler, que representó la abdicación de beneficios laborales en un proceso de reestructura industrial y organizacional, como respuesta a la impactante crisis del primer shock petrolero.

Se trata de un modelo que acepta como premisa, la regla sinalagmática del derecho civil "*do ut des*" (dar algo para obtener algo a cambio), propia del principio

⁴ Federico Durán López (2001), Prólogo al libro de Juan Escribano Gutiérrez, *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, C.E.S., Madrid, p. 12.

contractualista acogido por el derecho alemán. Presupuesto este que admite la posibilidad de "*marchas y contramarchas*" a través de procesos de negociación continua o dinámica (*continuous bargaining*) que, según la sistematización que efectúa Kahn Freund, se torna duradera para encausar la tensión del conflicto permanente⁵. Esta concepción admite que el sindicato, al tener una participación estructural y más estable, al renegociar el convenio colectivo, resigne beneficios y derechos, a cambio de obtener otro tipo de concesiones sustitutivas o compensatorias.

Pero como lo adelantáramos, la evolución flexibilizadora ulterior fue incorporando otras prácticas, de las que sólo nos limitaremos a señalar un par de ejemplos. El primero, constituido por la aparición (y convalidación jurídica) de los convenios colectivos "*donnant-donnant*" en el derecho francés a partir de los años 80. El segundo, por los pactos sociales y acuerdos marco de concertación a nivel de la cúpula de las organizaciones de empleadores, de las centrales sindicales estructuradas y del gobierno que –por ejemplo– en Italia posibilitaron introducir la congelación de la "escala móvil" salarial pactada convencionalmente, para frenar la inflación (Pacto Scotti de 1980).

Estos paradigmas –y muchos otros que podrían citarse– representan el abandono del carácter progresivo y unívoco de la negociación colectiva, cuya esencia residía en el mejoramiento de derechos y condiciones conquistadas a través de la lucha del movimiento obrero.

4. Resulta evidente, entonces, que en el abordaje de este tema deberían considerarse qué principios, reglas o valores jurídicos entran en juego ante la alteración peyorativa o de desmejoramiento de derechos y beneficios.

Para hacerlo, no podemos dejar de subrayar que ciertos conceptos cardinales forman parte de la discusión.

- 1) El primero es el que refiere a **los principios protector y de irrenunciabilidad**. Corresponde interrogarse si los mismos rigen en el plano de las relaciones colectivas de trabajo. Ello porque la aplicabilidad de las diferentes reglas del principio protector –en particular, las de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa– constituye una referencia inevitable para la argumentación de las respuestas que se formulen.
- 2) En segundo lugar, si **el principio de libertad sindical y la autonomía colectiva**, constituyen o no fundamentos de una alteración peyorativa capaz de proyectar consecuencias jurídicas sobre la disponibilidad de derechos y beneficios laborales.
- 3) Por último, habrá que dilucidar cómo opera **el efecto automático del convenio colectivo** y su vinculación con los contratos individuales de trabajo. Según podrá apreciarse, se trata de problemas que ingresan en el terreno de las fuentes jurídicas, de la autonomía del derecho sindical

⁵ Otto Kahn Freund (1994), *Trabajo y Derecho*, Madrid, (traducción).

y de los derechos individuales y su protección frente a los derechos colectivos.

5. El encuadramiento de alguno de estos conceptos fundamentales, puede resultar metodológicamente operativo para ordenar las ideas que convergen respecto de cada referencia. Las elaboraciones doctrinarias sobre el Derecho del trabajo han distinguido, desde siempre, que la disciplina comprende dos o tres partes componentes, apenas separadas por un ecuador imaginario (conforme la imagen representativa que emplea Russomano al conceptualizar la naturaleza jurídica del derecho colectivo del trabajo)⁶.

Sin embargo, parece inevitable extravasar los esquemas tradicionales que distinguen la proyección individual y la proyección colectiva y, a lo sumo, otros autores agregan una tercera perspectiva, la de la seguridad social, aun cuando subsista la discusión inacabada sobre su autonomía.

Ermida Uriarte ha propuesto otra sistematización del Derecho del trabajo como ciencia jurídica; el enfoque debería girar en torno al criterio de disponibilidad o capacidad de renunciar derechos o beneficios instaurados por las normas laborales⁷. Porque es evidente que tanto el "grado", como la "fuente" de disponibilidad de las normas laborales, vienen constituyendo un centro de debate recurrente tanto en doctrina como en la jurisprudencia.

En función de ello, cabría preguntarse:

- a) ¿Qué normas laborales son directamente renunciables por el trabajador?
- b) ¿Qué normas pueden ser modificadas libremente por el sindicato, a través de la negociación colectiva?
- c) ¿Qué normas no admiten ningún tipo de renuncia?

Por ese camino, se pueden ensayar respuestas especulativas, tales como que:

- a. Las normas que atienden a intereses individuales (contractuales) son disponibles por la autonomía individual.
- b. Las normas que atienden a intereses colectivos (o sindicales), son disponibles por el sindicato, a través de la negociación colectiva (de la autonomía colectiva).
- c. Las normas que atienden a intereses públicos son absolutamente irrenunciables (no lo podría hacer el trabajador, pero tampoco el sindicato).

6. No obstante, se reconoce que si bien este planteo linealmente parece ser correcto, no encuentra respuestas absolutas en el escenario contemporáneo del Derecho del trabajo. Para verificarlo, basta señalar algunos ejemplos concretos. Aún en el derecho individual del trabajo (propio, como dijimos, del ámbito del contrato individual), rige el principio de irrenunciabilidad. Hasta las

⁶ Mozart V. Russomano (1995), *Princípios Gerais de Direito Sindical*, ed. Forense, Rio de Janeiro.

⁷ Curso de Derecho Colectivo I en Posgrado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Escuela de Posgrados, Facultad de Derecho, Universidad de la República, 1993, apuntes inéditos.

posturas más flexibilizadoras han debido reconocer que existen normas e institutos que no son renunciables y permanecen indisponibles. La jurisprudencia no ha aceptado que sea legítimo que el trabajador renuncie a su derecho a percibir todo o parte de sus créditos laborales, aun cuando los mismos no tengan su fuente en una norma jurídica, sea ésta de orden público o no (p. ej., el beneficio de un salario superior al mínimo, pactado contractualmente o aun concedido unilateralmente por el empleador como un mero beneficio permanente). Y analiza con especial cuidado si el acuerdo que implica una renuncia de esta naturaleza, es legítimo y válido, procurando determinar si ha mediado o no una contrapartida, y –en su caso– cuál ha sido la concesión sustantiva que, como moneda de cambio, justificaría la resignación de aquel derecho adquirido.

Pero por contraposición, nos encontramos que aún en legislaciones que expresamente consagran la irrenunciabilidad individual como un principio normativo general, luego se sancionan otras normas (lo que frecuentemente ha ocurrido en materia de jornada y tiempo de trabajo), que sí pasan a ser disponibles, ya sea a través de la negociación colectiva, ya sea a través del propio contrato individual (Argentina y Brasil han sido un claro ejemplo de ello en las dos décadas de finalización del siglo XX).

Habrá que examinar qué sucede, entonces, en el ámbito de la autonomía colectiva, cuando concurren entre sí, intereses colectivos, intereses individuales e intereses de orden público.

II. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

7. En la concreta regulación de las condiciones de trabajo mediante la autonomía privada, participan dos importantes institutos del Derecho laboral.

Por un lado, el contrato de trabajo que representa el ejercicio de la autonomía individual y, por el otro, la negociación colectiva, que normalmente se materializa a través de un convenio colectivo y constituye la expresión de la autonomía colectiva en sentido normativo.

Pero es de hacer notar que ambos conviven con el ordenamiento laboral heterónomo del Estado, el que constituye un marco de referencia, conformado básicamente por normas generales, mínimas e imperativas, muchas de las cuales devienen inderogables o de derecho necesario.

Se trata de una cohabitación difícil, no exenta de desencuentros que ponen en riesgo la perdurabilidad de un sistema de equilibrios muy delicado e inestable.

Del mismo modo que como lo señalara De Ferrari, la “reglamentación del trabajo” emanada de las normas intervencionistas del Estado legislador apuntaba a poner fin al “absolutismo patronal”⁸, en su posterior desarrollo, la protección obtenida por los sindicatos a través de la lucha y la negociación colectiva, hace

⁸ Francisco De Ferrari (1971), *Derecho del Trabajo*, vol. IV, Depalma, Buenos Aires, p. 4.

sostener a Plá Rodríguez que –en cierto modo– ello tornó “inútil la protección otorgada por el legislador”⁹.

Se trata de una larga evolución y cuando más nos acercamos en el tiempo, resulta constatable que la negociación colectiva ha visto renovar sus roles y contenidos más tradicionales, transformándose en un instrumento de cogobierno de las relaciones industriales o del propio sistema social¹⁰.

En el nuevo esquema propuesto sobre la disponibilidad de derechos, la **renuncia formalmente prohibida al trabajador individual** –que aún hoy día se mantiene como un principio incólume en la inmensa mayoría de los ordenamientos positivos–, **pasa a ser permitida al sindicato**.

Su fundamento reside en el hecho de que debe suponerse que existe una igualación a nivel colectivo, de los actores sociales con intereses contrapuestos, igualación que como señala De la Villa, “*hace decaer el cuidado del legislador por la posición de inferioridad del trabajador individual frente a su empleador*”¹¹.

Sostiene Mantero Álvarez que enfrentamos una progresiva mutación de la función esencial de la negociación colectiva, ya que *de ser instrumento para la adquisición y conservación de derechos y conquistas de los trabajadores, ha pasado a ser el vehículo formal para “adecuar” y hasta “desmejorar” los derechos conquistados*¹².

No obstante, Plá Rodríguez relativiza esta conclusión, sosteniendo que el fenómeno suele ser complejo y sofisticado ya que, en la experiencia práctica, no se limita a que un convenio disminuya abiertamente los beneficios laborales, sino que es el resultado de negociaciones difíciles, en las que para obtener algo o conservar algo, debe cederse algo¹³.

La posible concurrencia de situaciones en las que opera la reducción de derechos o beneficios a través de la negociación colectiva, permite ser desarrollada en su escenario real del siguiente modo: la negociación colectiva puede resultar peyorativa respecto de una ley, de otro convenio colectivo, de un contrato individual de trabajo o de una costumbre.

Nos parece que es en este contexto que ha de plantearse si existen límites para la admisibilidad de la afectación negativa, a través de la negociación colectiva y, en su caso, cuáles han de ser dichos límites.

⁹ Américo Plá Rodríguez (1975), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Montevideo, p. 26.

¹⁰ Umberto Romagnoli (1994), “Autonomía colectiva y legislación laboral”, en *Reflexiones sobre el derecho del trabajo y la flexibilidad*, Lima.

¹¹ Luis Enrique De la Villa: “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”, en *Rev. de Política Social* N° 85, I.E.P., Madrid.

¹² Ricardo Mantero Álvarez (1994), “La revisión de los convenios colectivos. Negociación colectiva “in pejus”: una visión uruguaya”, en *Anales del 1er. Encuentro Peruano-Urugayo*, Lima.

¹³ Américo Plá Rodríguez (1993), “La revisión del convenio colectivo para disminuir los beneficios”, en *La negociación colectiva en América Latina*, Trotta, Madrid pp. 163 y ss.

III. LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

8. Desde el punto de vista de la teoría general de la negociación colectiva, uno de sus principios rectores es el de la libertad de que gozan los sujetos colectivos (actores sociales), para autorregular sus intereses e interrelaciones recíprocas.

El abordaje sobre la juridicidad de la imposición de límites a la negociación no debería hacerse, en nuestra opinión, antes de depejar algunos dilemas nada fáciles de resolver.

Entre ellos destacan:

- a) el carácter originario o derivado de la negociación colectiva; y
- b) la discusión sobre la prevalencia o no de lo colectivo (como interés superior de la comunidad de trabajadores) por sobre lo individual (como interés concreto y específico de cada individuo).

a) El primero constituye un tema básicamente teórico, sobre el que habremos de reconocer que la postura ampliamente mayoritaria concluye que el convenio colectivo posee carácter derivado del ordenamiento positivo. En efecto; se entiende que el acuerdo colectivo no preexiste, sino que cobra carácter jurídico obligatorio como consecuencia de una "creación" del propio Derecho.

Por esta razón, las principales limitantes al poder negocial de los actores sociales emergerían de las normas del ordenamiento estatal (la Constitución —en el entendido de que la norma fundamental forma parte del mismo— y las normas que componen el orden jurídico infra constitucional —convenios internacionales, leyes, decretos, etc.—).

Esta visión no se compadece, sin embargo, con la centralidad que la negociación colectiva ocupa en términos de libertad sindical. Así como el fenómeno de la huelga precede a su legitimación y reconocimiento jurídico, la realidad fáctica se encarga de demostrar que la negociación colectiva —sea como simple medio de solución del conflicto, o mucho más aun, como motor de generación de reglas autónomas entre los actores sociales— precede, acompaña o complementa a la ley heterónoma. No es posible desconocer que la capacidad de producir regulaciones *inter-partes* conforma una consecuencia inherente del pluralismo jurídico, aun antes de su consagración jurídica como fuente de derecho, constituyendo un dato originario del ejercicio efectivo de la libertad sindical. Por más que el derecho no dispusiera su obligatoriedad jurídica, ella deviene como un resultado impuesto por la fuerza de los hechos sociales e impera como fuente material de compromisos que las partes asumen y acatan en el libre juego de sus interrelaciones recíprocas, al margen de la voluntad e intervención del propio Estado.

b) La cuestión de la prevalencia de lo individual y lo colectivo, está presente en todas las proyecciones del derecho colectivo del trabajo¹⁴: desde la libertad sindical (p. ej., en cuanto refiere a las denominadas cláusulas sindicales),

¹⁴ Francisco De Ferrari (1968), *Derecho del Trabajo*, vol. 1, Depalma, Buenos Aires, p. 26.

pasando por el conflicto colectivo (p. ej., respecto de los piquetes o de la ocupación de los lugares de trabajo y el derecho de los no huelguistas a trabajar), y recalando en la propia negociación colectiva (p. ej., con relación a los efectos peyorativos de un convenio colectivo frente al contrato individual de trabajo).

Para avalar la introducción de limitaciones a la autonomía colectiva, suele esgrimirse la defensa de la libertad individual. El poder colectivo no podría de ningún modo someter al trabajador individual a una opresión tal (se habla de "*corsé normativo*"), que le impida ejercitar libremente sus opciones personales¹⁵. No resulta casual ni inocuo que el discurso flexibilizador haya propugnado, como uno de sus principales fundamentos, la necesidad de recuperar espacios para la libertad individual. No ha de olvidarse que en su base se sustentaba una tendencia de retorno hacia la individualización y neo contractualización de las relaciones de trabajo (a través de la contratación atípica, la desregulación del tiempo de trabajo, la externalización del trabajo, etc.).

Sin embargo, tal como lo ha destacado Javillier¹⁶, existe una profunda ambivalencia de lo individual, por lo que no debe concluirse que este valor está inexorablemente condenado a destruir lo colectivo. En la práctica se constata que los propios sindicatos lo han comprendido, privilegiando las opiniones del individuo y dándole un lugar de opción en la elaboración de sus análisis y estrategias.

En el terreno de la acción sindical, a través de la negociación colectiva se admite, entonces, la disminución de condiciones y beneficios otorgados o reconocidos por convenios colectivos anteriores¹⁷ o por contratos individuales de trabajo, a cambio —casi exclusiva y generalmente— del mantenimiento de la fuente laboral.

Más significativo resulta que el convenio llegue a trastocar algunas condiciones de trabajo (las más usuales se vinculan con el tiempo de trabajo, el descanso, las horas extras, el salario, las modalidades de contratación, la externalización de las prestaciones laborales, etc.), al punto de contravenirse, incluso, los mínimos imperativos impuestos por disposiciones legales¹⁸.

IV. LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO

9. El orden público puede ser visto "*ab initio*" como una valla infranqueable para la autonomía colectiva.

¹⁵ Se alude en estas expresiones contemporáneas a opiniones clásicas, sostenidas por autores de la talla de Nikisch y Siebert (Alemania) y Despax y Camerlynck (Francia) conforme indica Luis Enrique de la Villa en Prólogo al libro de Ignacio García-Perrote Escartín, *Ley y autonomía colectiva*, MTSS, Madrid, 1987, p. 10.

¹⁶ Jean Claude Javillier (1997), "Lo individual y lo colectivo: la dinámica de las relaciones profesionales", en *Rev. Trabajo y Seguridad Social* N° 9, Buenos Aires, setiembre, p. 761.

¹⁷ Según Américo Plá Rodríguez no es requisito necesario que los convenios colectivos mejoren la situación actual de los obreros o empleados beneficiados por un laudo anterior, siendo válido que se modifiquen o disminuyan beneficios acordados ("La revisión del convenio colectivo para disminuir beneficios", en *La Negociación Colectiva en América Latina*, Montevideo, cit., pp. 363-374). Sus ideas son recogidas en minoría por la SCJ en sentencia N° 915/96 de 21/X/96 (LJU, suma 13.266).

¹⁸ Jorge Rosenbaum (2000), "Descentralización empresarial y negociación colectiva", en *Cuarenta y dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, VV.AA., FCU, Montevideo.

Reiteradamente se señala en todas las disciplinas jurídicas que el mismo enuncia un concepto impreciso en su esencia, dinámico o variable en su temporalidad, relativo en cuanto a su contenido, e instrumental respecto de la adecuación del derecho a los cambios sociales (elementos todos ellos reseñados por Plá Rodríguez)¹⁹.

Puede describirse como el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social, que son instituidas en la comunidad jurídica como principios, cuya conservación pasa a ser considerada indispensable para el sostenimiento de la organización de aquélla y, por tanto, no susceptibles de ser alteradas por la voluntad de los individuos o de los grupos sociales.

Se trata, desde las ciencias políticas, de valores de la convivencia que una sociedad considera como innegociables²⁰. En el terreno del derecho internacional, el concepto de orden público es relacionado inicialmente con el de estado social de derecho. No se trata tan solo de una manera de hacer referencia "a las reglas necesarias para preservar un orden social pacífico en el que los ciudadanos puedan vivir". El orden público en un estado social de derecho, "supone también las condiciones necesarias e imprescindibles para garantizar el goce efectivo de los derechos de todos".

En el proceso de especificación del concepto de orden público, apareció históricamente un calificativo, el de **orden público "social"**, identificado como un carácter saliente del ordenamiento jurídico laboral heterónomo²¹. El fuerte intervencionismo estatal, para cumplir un fin tuitivo o protector del sujeto más débil en la relación de trabajo (el trabajador), representó la imposición de un conjunto de normas indisponibles con carácter imperativo. Normas que limitaron la autonomía individual de las partes, pero a la vez constituyeron un impulso hacia una mayor justicia social. Incorporada la protección del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, en nuestra doctrina se anticipa cómo el orden público social o laboral pasará a convertirse en fundamento del criterio de progresividad de la normativa laboral²².

Muchos autores entienden que las normas dictadas por el Estado son todas, en principio, imperativas. Las normas heterónomas no imperativas son la excepción. La presunción de imperatividad de que gozan las normas heterónomas, hace postular que existen límites infranqueables para la autonomía colectiva para derogar "*in pejus*" las normas de derecho laboral irrenunciables.

Se consolidaría, así, la supremacía jurídico formal basada en la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio colectivo²³.

¹⁹ Américo Plá Rodríguez, "El orden público y el Derecho del Trabajo. Teoría y práctica en Iberoamérica", en *Rev. Derecho Laboral*, tomo XXIII, N° 119.

²⁰ Kaller de Orchansky (1997), *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, p. 136.

²¹ Mario Garmendia (2001), *Orden público y Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, (cap. IV).

²² Héctor-Hugo Barbagelata: "Una sentencia que debe verse. Justicia del trabajo y derechos humanos", en *Rev. Derecho Laboral*, tomo XLI, N° 91 y "El bloque de constitucionalidad de los Derechos Humanos Laborales", en *El Particularismo ...*, cit., pp. 219 y ss.

²³ Ha sostenido el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno que "... la negociación colectiva no puede disminuir los beneficios impuestos por el precepto legal o reglamentario: la imperatividad de las normas heterónomas laborales se impone a todos los sujetos de la colectividad, individuales o colectivos. Por lo tanto, la renuncia de beneficios legales, aun acordada a través de las garantías de la negociación colectiva, será inválida" (sentencia N° 99/06 de 11/IX/06, en LJU caso 15648).

En Sentencia N° 150/2001 (de 3/8/2001), la Suprema Corte de Justicia uruguaya resolvía un asunto referido a horas extras, entendiendo que la Ley N° 15.996 es de orden público y no puede ser derogada por convención alguna, ni siquiera por convenio colectivo. Conteste con las opiniones de Raso y Plá Rodríguez, el fallo agrega además lo expresado por otros autores, como Seré, Slinger y Goldflus 25 en cuanto a que "... en caso de colisión entre el convenio colectivo y la norma heterónoma, en principio primaría esta última, atento al carácter imperativo de las leyes laborales. *El convenio colectivo menos favorable podrá primar sobre la norma heterónoma sólo en aquellos casos en que no estemos ante disposiciones de orden público*"²⁴.

Sin embargo, las elaboraciones doctrinarias que han venido analizando este delicado punto, algunas veces de encuentro, pero otras de enfrentamiento entre heteronomía y autonomía colectiva, llevaron a señalar en nuestro medio que la conformación de las **normas heterónomas de carácter laboral**, presenta ciertas notas caracterizantes.

1. En principio, **actúan como mínimos**, tornándolas así un derecho necesario relativo, de forma que las normas que establezcan condiciones por debajo del nivel estatal, serían nulas. En este supuesto, estamos en presencia de una verdadera colisión de normas: contenidos normativos diferentes y divergentes entre sí.

La atenuación en el terreno de la operatividad de las fuentes del Derecho del trabajo está señalada por la regla del sobrepujamiento: siempre ha de considerarse que estas normas imperativas necesarias constituyen un piso o mínimo susceptible de ser superado "hacia arriba" por otra norma, cualquiera sea su jerarquía formal (regla esta que enuncia explícitamente Héctor-Hugo Barbagelata)²⁵.

2. **Resultan supletorias para la voluntad de las partes**, en virtud de que le confieren a la autonomía colectiva la facultad de desplazar a la norma estatal²⁶.

²⁴ Otros fallos en línea con esta opinión son los pronunciados por: (a) el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7° Turno, entendiendo que "... el convenio colectivo tiene "fuerza de ley", pero entre las partes, no "erga omnes" a fin de imponerse a normas que regulan la tributación en materia de seguridad social. Agrega que la cláusula en cuestión "crea" una partida adicional que participa de la misma naturaleza que el salario vacacional, se percibe en la misma fecha y con la misma finalidad, pero se la pretende desnaturalizar a fin de evadir su inclusión en el cálculo del aguinaldo" (sentencia N° 31/04 de 18/II/04, en LJU suma 15016); (b) el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno, que considera que la cláusula del convenio colectivo que declara, por vía interpretativa que los alimentos que debe proporcionar el armador y que son de su cargo, no tienen naturaleza salarial, va contra las normas imperativas previstas en los arts. 1163 del C. Com. y 22 Ley 16074 ya que en su observancia está interesado el orden público social dado que se trata de la preservación de la integridad de la retribución del trabajador marítimo. Concluye que es imposible la renuncia, lo que se ve reforzado por la aplicación del principio protector y de la norma más favorable al trabajador (sentencia N° 420/99 de 13/X/99, en LJU suma 121023).

²⁵ Conf. *Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. 1 (varias ediciones); "Fuentes del Derecho del Trabajo", en Rev. del Colegio de Abogados del Uruguay, tomo XI, diciembre 1988.

²⁶ La SCJ con integración diferente a la señalada respecto del fallo del 3/VIII/2001, ha entendido que si un régimen fue acordado por los sindicatos y las patronales, "... cabe suponerlo más beneficioso al trabajador. El Decreto no vulnera el principio de la irrenunciabilidad ni el carácter de orden público de la Ley 15996 en la medida que ésta prevé (art. 7) que las disposiciones de la misma se aplicarán sin perjuicio de la validez de los acuerdos específicos en materia de remuneración de horas extras, laudo o convenio colectivo" (sentencia N° 285/01 de 9/XI/01, en LJU suma 126045).

Opera la regla de la norma más favorable que posibilita concretar aquella progresividad sobre la base del cotejo normativo, imponiendo por sobre todas las cosas, la finalidad protectora del trabajador.

El problema que aquí se presenta es el de la determinación de la favorabilidad, y en especial si ha de recurrirse, de principio, al conglobamento (o comparación global de las normas). Al hacerlo, se ponen en juego dos aspectos centrales: uno cualitativo (concepto y alcances del beneficio y su regulación) y otro cuantitativo (cómo se mide o cuantifica el carácter más favorable)²⁷.

En este último aspecto, es que se debe plantear el tema de la compensabilidad o intercambio de beneficios: si existen sustantivamente, y si –además– objetivamente han de ser considerados más favorables. El ejemplo de conservación del puesto de trabajo *versus* la rebaja salarial, constituye un ejemplo prototípico.

Por tanto, puede devenir una situación de colisión, no de las normas entre sí, sino de la valoración que de las mismas hagan las partes: sindicato-trabajador individual; juez-sujetos pactantes; Estado-sujetos pactantes.

3. Pueden resultar complementarias, en la medida que la ley estatal crea un derecho o beneficio y traslada a la autonomía de las partes su regulación.

Se trata de un supuesto en el que no existe colisión de normas, sino que ley y convenio coinciden en la regulación de la misma materia, distribuyendo entre sí los distintos aspectos a normar sobre una materia en común.

Por tanto, no existe, o no debería existir, concurrencia entre las normas.

Sin embargo, en la práctica sucede que la norma heterónoma no prevé expresamente el punto; Plá Rodríguez sostiene que deberá atenderse a su fundamento, partiendo de la base de que, a no ser que esté expresamente autorizado, los beneficios legales no pueden renunciarse, ni siquiera por medio de un convenio colectivo. Siempre ajustándonos al ejemplo nacional, un caso de autorización sería el previsto en la Ley N° 12.590, que concede la posibilidad de que por medio de convenios colectivos debidamente aprobados, resulte divisible la licencia en dos períodos, sean computables los feriados y se acumulen los descansos compensatorios.

4. Pueden devenir limitativas, restringiendo el campo de la autonomía colectiva; ello es posible de dos maneras:

- a) cuando se conforman como normas de derecho necesario absoluto, al punto de excluir determinadas materias de su regulación (se regula un tema y a texto expreso, no se admite un pacto en contrario de las previsiones de la ley);
- b) cuando disponen un máximo de derecho necesario (también absoluto) que no puede siquiera ser superado colectivamente por las partes.

²⁷ Jorge Rosenbaum (1989), "La determinación de la norma más favorable", en *Anales del X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Montevideo, tomo I.

En ambos casos, se trata de preceptos estatales inderogables por la autonomía colectiva, no sólo *"in pejus"*, sino también *"in melius"*.

Es en estos espacios donde aparece otro concepto, el del **"orden público económico"**, a través del cual el Estado, necesitado de organizar y regular la vida económica, implanta normas obligatorias para evitar el desorden, la alteración o hasta el quiebre del desarrollo económico²⁸. Se mide la eficacia económica inmediata sobre la base de procurar el bien común mediato. Habitualmente las materias controladas son aquellas vinculadas con las políticas de rentas (como los ajustes de salarios o la determinación de sus valores mínimos y —eventualmente— máximos).

El ingreso en este terreno tan sensible, ha hecho pensar en la ineludible exigencia de que se observen ciertos extremos fundamentales. Por un lado, que la imposición de derechos necesarios absolutos sea excepcional; por el otro, que existan razones y finalidades específicas para imponer la restricción de un derecho fundamental, como lo es la negociación colectiva.

El rechazo a la validación de restricciones basadas en el interés económico de la sociedad en general no es terminante, admitiéndose incluso por los organismos de control de la propia OIT algunas excepciones (p. ej., alternativamente, cuando los actores sociales aceptan en forma voluntaria tales regulaciones, o cuando las mismas observan ciertos requisitos básicos en cuanto a tratarse de medidas excepcionales, limitadas a temas o materias estrictamente necesarias, aplicables durante periodos no prologados en el tiempo y contando además con mecanismos de información, consulta y discusión con las partes sociales)²⁹.

En síntesis, de acuerdo con las que aparecen como opiniones mayoritarias, no es posible sostener la aplicación del criterio de irreversibilidad de las normas laborales con carácter general e irrestricto, tal como lo señala Fernández Brignoni. O, como más categóricamente defiende Ackerman en Argentina, más allá de los reproches valorativos que se puedan dirigir a las normas regresivas o peyorativas, la pretensión de una necesaria progresividad o irreversibilidad de las normas laborales carece de fundamento jurídico y no constituye un principio del derecho del trabajo ni una manifestación necesaria del principio de protección.

Argumentando que bajo ciertas condiciones, el convenio colectivo puede sustituir normas calificables como de indisponibilidad relativa, se ha sostenido que los criterios para legitimar esa sustitución pasan, fundamentalmente, por el grado de imperatividad de la norma legal, por la categoría del sujeto que pretende sustituirlo por una regulación diversa y por la índole de los valores comprometidos (es decir, cómo los protege cada norma, la legal y el convenio colectivo que entran en concurrencia)³⁰.

²⁸ La ley N° 13.720 de 1968 sobre congelación de precios y salarios y que institucionalizó la COPRIN, es un caso que ejemplifica estas situaciones intervencionistas y absolutamente limitativas del gobierno.

²⁹ La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5a. Edición, casos 1030 a 1032.

³⁰ No siempre dejar de lado por medio de convenios colectivos una norma pretendidamente irrenunciable implica menor protección. Muchas veces los mismos trabajadores quieren sustituir o modificar normas imperativas y lo quieren legítimamente, con autenticidad e independencia porque lo aprecian

La fundamentación de estas posturas más laxas y liberales, no sólo ponen el acento en la importancia de ampliar el campo de actuación de la autonomía colectiva, sino que recogen el axioma conceptual de la superación de la hiposuficiencia del trabajador individual cuando éste se agrupa en torno a una modalidad colectiva de actuación gremial. Porque resulta evidente que "la aludida asimetría en el poder negocial de las partes del contrato de trabajo tiende a desaparecer cuando la interacción se desplaza al plano colectivo y, por ende, encuentra al empleador (o a la organización que represente sus intereses) frente a un sujeto colectivo, de naturaleza sindical (sindicatos de primer grado, federaciones o confederaciones sindicales) o no (coaliciones o grupos de trabajadores y colegios profesionales). En este caso, la actuación coaligada de los trabajadores supone el restablecimiento del equilibrio negocial inexistente entre las partes del contrato de trabajo y, siendo así, la autonomía colectiva de la voluntad merece la eficacia que le es negada (o severamente restringida) cuando es ejercida en clave individual"³¹. En otras palabras, "el sindicato compensa un beneficio por otro y utiliza la disponibilidad colectiva para mejorar las condiciones globales de sus representados"³².

V. LOS LÍMITES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LOS DERECHOS INDIVIDUALES

10. De considerarse admisible que por convenio colectivo el sindicato disponga de derechos individuales de un trabajador, corresponde no obstante subrayar que —en nuestra opinión— dicha "**disponibilidad**" de derechos (o beneficios) **no puede ser absoluta**.

Como consecuencia, debería establecerse cuáles son los límites infranqueables por la autonomía colectiva, en sede de los derechos individuales.

En principio, esa determinación estará sujeta a lo que estipule cada ordenamiento jurídico positivo. A falta de normas expresas que regulen los alcances del negocio colectivo de carácter dispositivo, corresponde atender al origen o fuente del derecho individual afectado.

Cuando el derecho individual del trabajador encuentra su justificación en normas del ordenamiento heterónomo (como la Constitución o la ley), no cabe admitir que el convenio colectivo altere la ecuación de tutela que impone mínimos imperativos e inderogables en su favor.

En esta línea argumental, no sería legítimo admitir que un convenio colectivo introduzca algún tipo de regulación contraria a la ordenación constitucional, como ocurriría respecto de derechos garantizados por la norma fundamental (p. ej., si a través de un convenio colectivo se impone un mecanismo extrajudicial

como más conveniente para sus intereses. En la medida que no estén en juego razones de orden público económico o valores que estén interesados el resto de la sociedad toda, no parece acertado cercenarles la autonomía colectiva (Informativo CADE, bajo el título: ¿Puede el convenio colectivo modificar una

³¹ César Carballo Mena: *Introducción al régimen jurídico de la negociación colectiva*, Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Revista N° 20

³² Santiago Pérez del Castillo (1995), "La jerarquía de las fuentes en el derecho laboral", en *Treinta y seis estudios sobre las fuentes del derecho del trabajo*, ed. FCU, Montevideo, p. 64.

preceptivo para la dilucidación de un conflicto individual, coartándole al trabajador la opción de recurrir a la vía judicial ordinaria para dirimir las controversias individuales de trabajo).

Ello abarcaría, además, los denominados derechos constitucionales inespecíficos; derechos que según señala Palomeque³³, pueden ejercitarse en el lugar de trabajo y anteponerse al empresario por su titular, considerado como "ciudadano", antes que trabajador. No sería admisible la pactación colectiva de regulaciones capaces de afectar la dignidad humana, la intimidad de la persona, su libre expresión, etc. (tal como ocurre –con cierta frecuencia– cuando se acuerdan sistemas de revisión personal, grabaciones telefónicas, declaraciones sobre su fe religiosa u otros análogos).

Asimismo, y en orden a la jerarquía formal de las fuentes normativas, las limitaciones al alcance aplicativo de las normas convencionales podrían derivar de las leyes prohibitivas, del orden público civil y de las buenas costumbres.

VI. LA LEY N° 18.566 SOBRE PRINCIPIOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA URUGUAYO

11. La promulgación de la Ley N° 18.566 el 11 de setiembre de 2009 resulta innovadora en tanto introduce en Uruguay, una regulación heterónoma estructurada del sistema de negociación colectiva. La misma se complementa con su predecesora, la Ley N° 18.508 de 26 de junio de 2009 sobre negociación colectiva en el sector público.

Nuestro ordenamiento jurídico careció –como hemos señalado– de una reglamentación sistemática y orgánica en materia de negociación colectiva, ya que al igual que ocurre con otros institutos propios del derecho colectivo del trabajo (como los sindicatos y la huelga), el Estado supo abstenerse históricamente de dictar normas en torno a estos temas. Dicha impresencia etática en el plano de la regulación, asumía tales características que el derecho a la negociación colectiva, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos comparados, ni siquiera es objeto de una referencia explícita en los textos constitucionales. La doctrina infiere su consagración y reconocimiento tácito del principio de libertad sindical, consagrado en el art. 57 de la Carta, considerando además que la principal fuente normativa del instituto ha estado constituida, desde décadas atrás, por los instrumentos internacionales de la OIT ratificados por el país. En especial, los Convenios N° 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) y N° 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva), convertidos en normas internas por la Ley. N° 12.030 de 27 de noviembre de 1953. Con posterioridad, fueron incorporados otros Convenios Internacionales que regulan distintos aspectos concernientes a la negociación colectiva, entre los cuales el N° 151 (sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las

³³ Manuel Palomeque López (1991), *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Madrid, p. 31, cit. por Ignacio García-Perrote Escartín (1998), ("Ley, convenio colectivo, contratos de trabajo y derechos fundamentales del trabajador", en *Rev. Derecho Social* N° 4, Madrid, p. 11).

condiciones de empleo en la administración pública) y 154 (sobre el fomento de la negociación colectiva).

A nivel *infra* constitucional, también resultaban escasas las disposiciones vinculadas con la negociación colectiva. Una rápida recorrida nos permite reseñar la Ley N° 9.675 de 4 de agosto de 1937, que pese a ser dictada para resolver un conflicto concreto producido en el sector de la construcción, sin embargo puede considerarse como un primer atisbo de reglamentación de los convenios colectivos en el país. Si bien es cierto que su artículo 2° se refiere en forma concreta a los efectos de las convenciones suscritas por la Liga de la Construcción o entidades afiliadas, una vez cumplidos ciertos requisitos formales, el artículo 1° posee, en cambio, un alcance más general, facultando a los Institutos Nacional del Trabajo y Servicios Anexados y de Jubilaciones y Pensiones del Uruguay, para la vigilancia, en lo que les sea pertinente, de los convenios celebrados entre patrones y obreros. Fue a partir de la sanción de esta ley que la doctrina distinguió entre los denominados convenios colectivos comunes (con alcance limitado a las partes celebrantes) y los convenios colectivos "*erga omnes*" (cuyos efectos se extienden a terceros, aun no suscriptores de los mismos, y que serían aquellos especiales acordados en el ámbito de la industria de la construcción)³⁴.

Una mención especial merece la Ley N° 10.449 de 12 de noviembre de 1943, conocida comúnmente como de Consejos de Salarios³⁵, en tanto representó un importante hito impulsor de la negociación colectiva en la realidad, incorporando mecanismos y procedimientos de uno de los modelos (el denominado de negociación "atípica" o impura) que más sobresalieron en la regulación de salarios, categorías profesionales, condiciones de trabajo y modalidades de relacionamiento colectivo entre los actores sociales³⁶.

Es posible invocar, asimismo, otras normas legales que aunque referidas a tópicos concretos, hacen expresa referencia a los convenios colectivos. Entre ellas, las Leyes N° 9.347 (1934) sobre cierre uniforme de comercios y N° 9.675 (1937) en materia de jubilaciones; otro tanto ocurre con las regulaciones legales sobre licencia anual. La ley N° 12.590 de 23 de diciembre de 1958, prevé la posibilidad de fraccionar las vacaciones, computar los feriados y acumular los descansos compensatorios en los establecimientos sujetos a regímenes de turnos, a través de convenios colectivos debidamente aprobados. Por su parte, la Ley N° 13.556 de 26 de octubre de 1966, al reglamentar distintos aspectos en materia de descanso anual, introduce una disposición de carácter general acerca de quiénes son los sujetos legitimados para celebrar un convenio colectivo, manteniendo en general los criterios impartidos por los textos del C.I.T. N° 98 y de la R.I.T. N° 91. También se relacionan con el instituto, aunque en forma instrumental, otras leyes, como la N° 13.728 de 17 de diciembre de

³⁴ Diferenciación clásica expuesta por Américo Plá Rodríguez (véase *Curso ...*, tomo IV vol. 1, cit.).

³⁵ Uno de los estudios más detallados de la ley y de su proceso de aprobación corresponde a la tesis magistral de Américo Plá Rodríguez, *El Salario en Uruguay*, Montevideo, 1956, tomo I.

³⁶ Pueden verse "Los Consejos de Salarios: una mirada actual", AA.VV., FCU; Montevideo, 2004; Jorge Rosenbaum (2009), "El sistema uruguayo de negociación colectiva", en *Rev. Derecho Laboral* N° 239, Montevideo abril-junio.

1968 que, en materia de viviendas, prevé la implementación de fondos sociales para su construcción, y el Decreto-ley N° 14.407 de 22 de julio de 1975, que al estipular las prestaciones de seguridad social sobre enfermedad, reglamenta los seguros complementarios, haciéndolo ambas normas a través de convenios colectivos, con las formalidades que expresamente se establecen. Sucesivas disposiciones establecieron la preceptividad de la inscripción y registro de los convenios colectivos, obligación esta que ya había sido reconocida, entre otras normas, por el Decreto N° 616/68 de 10 de octubre de 1968 y que fuera recogida por la Ley N° 16.170 de 28 de diciembre de 1990 en su artículo 438 y reglamentada por el Decreto N° 555/91 de 16 de octubre de 1991.

12. Es de hacer notar que el advenimiento de la regulación legislativa reciente, si bien estructuró un sistema de negociación colectiva, no introdujo disposiciones expresas acerca de los puntos que son objeto de este análisis.

Como principio general, el art. 2° de la Ley N° 18.566 –bajo el acápite Derecho de negociación colectiva– dispone que en ejercicio de su autonomía colectiva los empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, tienen derecho a adoptar libremente acuerdos sobre las condiciones de trabajo y empleo, y regular sus relaciones recíprocas.

Una característica del nuevo sistema de negociación colectiva está signada por los **grados de control o intervención** de la autonomía colectiva, ya que si bien la norma legal asegura espacios para su más amplio desarrollo por los actores sociales, sin embargo sujeta los productos de ésta (en especial, el convenio colectivo) a la regla de la progresividad ascendente, en términos del reconocimiento de representatividad de las partes o sujetos negociadores. Así ocurre, a vía de ejemplo, respecto de la legitimación de las organizaciones de nivel superior al de la empresa cuando no existe sindicato en ese ámbito (art. 14) y de la inderogabilidad de los mínimos adoptados en los convenios colectivos de nivel superior (art. 15).

En efecto; puede observarse que al organizar distintos niveles de negociación y disponer un esquema orgánico de coordinación entre los mismos, la norma incorpora ciertas reglas vinculadas con los aspectos que vienen de analizarse.

En primer término, receptando los criterios más recibidos por la doctrina, se consagra la **regla de la conservación de la norma mínima** obligatoria, desde el momento que la ley prevé a texto expreso que los acuerdos colectivos de nivel inferior no podrán disminuir los mínimos adoptados en los convenios de nivel superior. Obsérvese que la disposición legal establece una presunción neta en cuanto a que la *norma* considerada como *más favorable*, es aquella que proviene del acuerdo pactado en un plano jerárquicamente superior y se sustenta en el criterio de prevalencia del mandato ascendente en materia de representación de los sujetos legitimados a negociar. Su alcance se redobra desde el momento que cualquier **excepción** a la regla debe contar con el acuerdo tripartito previo del Consejo de Salarios respectivo, mecanismo alternativo de negociación colectiva “atípica” (o impura), aplicable en el país desde la sanción de la Ley N° 10.449 de 1943. De no ser así, la controversial posibilidad de negociar en unidades menores (nivel de empresa) un descuelgue

respecto del convenio colectivo de nivel superior, o aun de una decisión del Consejo de Salarios, queda jurídicamente inhabilitada si no ha mediado una salvaguarda expresa en el ámbito de este último³⁷.

En segundo lugar, con relación al **carácter vinculante u obligatorio del convenio colectivo y su inderogabilidad *in pejus***, el art. 16 sienta el principio de que el mismo es inmodificable por el contrato individual de trabajo en perjuicio del trabajador (*"los convenios colectivos no podrán ser modificados por contrato individual o acuerdos plurisubjetivos en perjuicio de los trabajadores"*).

En términos estrictos, el legislador acogió las reglas enunciadas por la RIT núm. 91 que en su art. 3 prevé: (1) el efecto obligatorio; (2) la nulidad de la cláusula peyorativa de un contrato individual y su sustitución de oficio; (3) la admisibilidad únicamente del mejoramiento de las condiciones del convenio colectivo. Como bien señala Ermida Uriarte, el convenio colectivo es inderogable por el contrato individual de trabajo precisamente porque es obligatorio cumplirlo. La inderogabilidad del convenio colectivo por el contrato individual de trabajo, es un componente de su propio efecto vinculante; si no fuera obligatorio cumplirlo, no tendría razón de ser la regla de la inderogabilidad³⁸. Es por tanto claro que el empleador no puede "desligarse" del acuerdo colectivo, así como tampoco puede hacerlo el trabajador individualmente considerado.

Ha de reiterarse que el art. 15 también refuerza este efecto al extender la imperatividad del convenio colectivo de nivel superior, limitando su derogación *in pejus* a través de la disponibilidad colectiva en ámbitos inferiores.

³⁷ En el derecho español, comenta Wilfredo Sanguinetti Raymond que el "descuelgue convencional" fue introducido en 1994 mediante la modificación de dos preceptos del Estatuto de los Trabajadores. En primer lugar, del artículo 82.3, en el cual se incorporó la obligación de todo convenio sectorial de prever las "condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial" por él previsto a "las empresas cuya estabilidad pudiera verse dañada como consecuencia" de tal aplicación, añadiéndose que, de no incluirse tal cláusula, la inaplicación podía ser acordada por el empresario y los representantes de los trabajadores. Asimismo, en el artículo 41.2, se reconoció de forma expresa la posibilidad de introducir **cambios en determinadas condiciones** pactadas en convenio estatutario (horario, régimen de turnos, sistemas de remuneración, trabajo y rendimiento) mediante "acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores", siempre que concurren "probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción" que lo justifiquen (Una profunda reforma (encubierta) de la negociación colectiva, Blog, 26 de junio de 2010 y El empleador en el Derecho del Trabajo, XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, M. Rodríguez-Piñero Royo (Coordinador), Madrid, Ed. Tecnos, 1999).

³⁸ Oscar Ermida Uriarte (1994), *Apuntes de Curso de Posgrado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Facultad de Derecho, UDELAR (Inédito).

Mesa Redonda sobre «El Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica»

Resumen de la intervención de Cassio Mesquita Barros*

En virtud del breve espacio de tiempo reservado al pronunciamiento de los miembros de esta mesa redonda, debo centralizarlo en la preocupación con la morosidad de la justicia, que ocasiona una prestación jurisprudencial lenta y difícil. Esa preocupación se alastra como fenómeno global, con sintonías específicas, también semejantes, pero con diferentes intensidades. Muchos países, por eso, continúan fuertemente afectados por la larga duración de los procesos. Es consensual que la lentitud de la justicia es reconocida como uno de los problemas más graves de los actuales sistemas judiciales que generan costos sociales, políticos y económicos muy elevados. Así es que en términos internacionales se puede visualizar que esa preocupación ya es objeto de análisis muy antigua. En la década de los años 50, en la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 1950, estaba escrito que:

“Cualquier persona tiene derecho a que su causa sea examinada equitativa y públicamente, en un plazo razonable por Tribunal independiente e imparcial”.

En 1978, el pacto de San José de Costa Rica, aprobado por el Congreso del país el 25 de septiembre del mismo año, consignaba que:

“Toda persona tiene derecho a ser escuchada con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en la apuración de cualquier acusación penal formulada contra ella o para que se determinen sus derechos u obligaciones de naturaleza civil, del trabajo, fiscal o de cualquier otra naturaleza”.

Algunos investigadores, encuentran la idea de rapidez y la simplificación de los actos procesales en el reinado de D. José, rey de Portugal. Bajo los auspicios del Marques de Pombal, el 18 de agosto de 1769, se publicó la norma que se tornó conocida como la “Ley de la buena razón”, que preveía una punición para el abogado que viniese a dificultar el andamiento del proceso presentando tortuosas interpretaciones. En 1341, para combatir los procuradores que atrasaban el andamiento realizado, Ley del 23 de agosto, les prohibió recibir honorarios antes de la causa terminada.

Las ordenanzas Filipinas, para abreviar la marcha del proceso, en 1603, mediante ley del 15 de septiembre de 1532, ya aplicaba el llamado “Principio de la Eventualidad”, destinado a suavizar la rigurosa separación de las fases

* Abogado. Profesor Titular jubilado de Derecho del Trabajo de la Universidade de São Paulo [Universidad de São Paulo]. Presidente de la Fundação Arcadas de apoio à Universidade de São Paulo [Fundación Arcadas de apoyo a la Universidad de São Paulo]. Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

procesales, que al final iría a dificultar la rapidez de los movimientos realizados, determinando muchas veces un retroceso.

En Brasil, todos los códigos del proceso civil, desde el Código de 1939, siempre abogaban por una rápida solución del proceso, en la búsqueda del punto de equilibrio entre rápida solución y seguridad de la decisión judicial, ni siempre fácil de ser encontrado.

Son varias las leyes de Brasil, sobre ejecución, liminares, proceso electrónico y proyectos en curso en el Congreso nacional que abogan por la prestación jurisprudencial de forma célere sin ofender la seguridad jurídica.

La justicia del Trabajo completará en el 2011, 70 años de instalación en el país y a pesar del óptimo desempeño de sus jueces para juzgar con rapidez sus causas, en el 2010 recibió en los Tribunales del Trabajo 1.885.102 (un millón, ochocientos y ochenta y cinco mil y ciento y dos) nuevas reclamaciones y solucionaron casi lo siguiente, 1.859.826 (un millón, ochocientos y cincuenta y nueve mil, ochocientos y veintiséis). No obstante, la tasa media de congestionamiento de las ejecuciones del trabajo es de 69% (sesenta y nueve por ciento) en el 2010, lo que significa que en cada 100 (cien) reclamantes que ganaron la causa, solamente 31 (treinta y uno) de ellos consiguieron éxito en la cobranza de su crédito.

El balance del Poder Judicial en general, a pesar de la expansión de los Tribunales, en el 2010 continúa presentando las viejas deficiencias de siempre. No da cuenta del creciente número de procesos, revelándose incapaz de contener los elevados gastos. No se consigue mejorar la calidad de los servicios, ni cumplir con las metas de productividad y de gastos establecidos por el Consejo Nacional de Justicia Brasileña.

Al contrario de disminuir en 2% (dos por ciento) los gastos los Tribunales lo aumentaron en 17% (diecisiete por ciento). De los 10 millones de procesos que dieron entrada el año pasado, fueron juzgados 94,2% (noventa y cuatro coma dos por ciento), con eso incorporando cerca de 989 (novecientos y ochenta y nueve) mil acciones al stock de los procesos acumulados. Los peores desempeños, según levantamiento de la Justicia fueron los Tribunales de Justicia de las regiones norte y noroeste del país.

En ese cuadro, surge en Brasil un anti-proyecto del nuevo Código del Proceso Civil, encomendado por el Senado Federal. En su texto se instituirá una nueva justicia de carácter autoritario, que podrá salir a la luz prematuramente. El anti-proyecto aludido, realmente, tiene determinaciones extremadamente preocupantes, a saber:

1. el proceso comienza con una audiencia de conciliación, en la cual las partes podrán ser obligadas a hacer un trato en nombre de la rapidez;
2. el reo que no fuera la audiencia será multado;
3. el juez podrá conceder medida liminar al autor si presenta éste una "prueba irrefutable";
4. los jueces pueden conceder medidas cautelares sin que nadie las pida;

5. requerido el arresto, secuestro o búsqueda y aprehensión el juez podrá conceder lo que quiera, sin observar previamente los requisitos legales;
6. no se tendrá más derecho al número predeterminado de testigos;
7. los abogados no podrán separar declaraciones rendidas en juicio;
8. el juez podrá alterar plazos e invertir la producción de las pruebas;
9. toda sentencia dada por el juez será ejecutada inmediatamente, sin necesidad de confirmación por un Tribunal como acontece en la práctica hoy en día (desaparece la doble titulación de jurisdicción);
10. la parte que recurriera y fuera derrotada en el Tribunal por 3 a 0 pagará más honorarios.

Todo ese autoritarismo judicial, sin embargo, no debe resolver el problema de la morosidad, porque esto es una consecuencia de la falta de aparejos, informatización, tecnológica y personal del aparejamiento judicial.

Los datos que acabamos de presentar sobre el anti-proyecto del Código del Proceso Civil, cuya gestación fue extremadamente corta (seis meses), talvez pasen a imponerse las partes, los males que los reos acostumbran sufrir en la Justicia del Trabajo del país.

Esos datos llevan a una reflexión de que la rapidez se torna más importante que la propia seguridad jurídica, cuando debíamos continuar con la preocupación de la prestación jurisprudencial rápida, sin ofensa de la seguridad jurídica.

El derecho de duración razonable del proceso fue insertado en el artículo 5º, de la Constitución Federal de 1988 de Brasil, por la Enmienda Constitucional nº 45, en los siguientes términos:

“a todos, en el ámbito judicial y administrativo, son asegurados la razonable duración del proceso y los medios que garanticen la rapidez de su tramitación”.

La reflexión que dejo a todos es la de saber si en la realización del principio de la rapidez se está atropellando principios procesales, comprobados por la larga experiencia como esenciales para llegarse a un resultado final del proceso, que corresponda al punto de equilibrio entre la rápida solución y la seguridad de la decisión. En verdad, a nuestro juicio, no obstante la rapidez debe [sic] constituir un principio respetable, no puede constituir motivo para soluciones apresuradas o precipitadas.

Esa es la reflexión a que el actual estado de cosas en Brasil, nos conduce. Los estudiosos de derecho procesal viven de un lado los reclamos frecuentes contra la morosidad de las causas. Esos reclamos no pueden llevar a injusticia de la solución final. Sin la decisión justa que constituye el bien supremo del ser humano, éste perderá su última esperanza.

Unidad del Derecho Procesal y autonomía del Procedimiento Laboral*

Óscar HERNÁNDEZ-ÁLVAREZ

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela
y Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Secretario General de la misma

Resumen

Sumario

I. Las fuentes del proceso laboral. II. Algunas peculiaridades del Proceso Laboral. 1. Competencia del juez del lugar donde se prestó el servicio. 2. La citación o notificación de la parte demandada. 3. La acumulación activa. 4. Los asuntos preliminares. 5. La contestación de la demanda. 6. Las pruebas. 7. Los poderes del juez laboral. 8. La lealtad procesal. 9. Las costas. 10. Medios alternativos de solución de conflictos. 11. La Casación Social.

I. LAS FUENTES DEL PROCESO LABORAL

Un aspecto previo a ser considerado en el momento de elaborar una ley que rija el procedimiento del trabajo, es el que se refiere al tipo de relación que una ley tan específica, debe mantener con las otras Leyes Procesales comunes y especiales en función de garantizar su autonomía sin romper con la necesaria integración que la misma debe mantener conforme a los postulados de la Teoría

* Las ideas contenidas en el presente artículo, que recoge la exposición del autor en la mesa redonda sobre proceso laboral en América Latina realizada en el seminario internacional "El Derecho Laboral en Iberoamérica", celebrado en Montevideo en diciembre de 2010 con los auspicios de la Universidad de la República y de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo, forman parte de un informe más amplio denominado Ideas para la Revisión de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (Revista Derecho del Trabajo, Fundación Universitat, Barquisimeto, Número 7, mayo 2009) elaborado por un grupo de estudio coordinado por Óscar Hernández Álvarez y por Iván Mirabal Rendón y en el cual participaron Alfredo Álvarez, León Arismendi, José Manuel Arráiz Cabrices, Andrés Carrasquero Stolck, César Carballo Mena, Marcos Cerda, Jaime Domínguez Sierralta, Gloria Durán León, Ramón Escovar León, José Luis Fábrega, Esteban Guart, María Laura Hernández, Héctor Jaime Martínez, Francisco Meléndez Santeliz, Dany Paul Ortiz, Manuel Alfredo Rincón y Guido Urdaneta.

General del Proceso.

El Derecho es un sistema de normas integrado y no es un sistema compuesto por compartimientos estancos. Con base en lo anterior, es posible afirmar que existe un solo Derecho Procesal destinado a garantizar la vigencia efectiva del sistema jurídico sustantivo y que regula una de las funciones fundamentales del Estado: la jurisdiccional. Esta afirmación no va en desmedro de que el Derecho Procesal contemple normas especializadas para la actuación de las diversas ramas del derecho material.

Al respecto el procesalista colombiano Devis Echandía afirma: "El derecho procesal es uno solo, puesto que regula en general la función jurisdiccional del Estado y sus principios fundamentales son comunes a todas sus ramas. Sin embargo, de acuerdo con la naturaleza de las normas en conflicto o cuya aplicación se solicita, puede dividirse en derecho procesal civil, penal, contencioso-administrativo, del trabajo, coactivo o fiscal (...) La evolución del derecho en general conduce lógicamente hacia su especialización y diversificación a medida que se complican y se transforman los fenómenos sociales, de todo orden que debe regular. Esto opera con mayor razón en el derecho procesal. Pero su unidad exige que se estudien en conjunto y con un criterio común sus principios generales, y esta es la razón del curso de la teoría general del proceso"¹.

El fenómeno de la dispersión del derecho procesal no es característico tan solo de nuestro país. Véscovi al respecto asienta: "Tanto los agraristas como los laboralistas y los especialistas en menores y derecho de familia, reclaman un proceso especial con principios de oralidad, abreviación, simplificación de las formas, aumento de los poderes del juez, etc., invocando el carácter social y trascendente de cada uno de esos derechos, etc. Y bien, justamente, esos principios son los que los procesalistas modernos piden para todo proceso, para el proceso. Y éstos consideran que aunque los referidos derechos sustanciales (como el penal, etc.) exigen ciertas especialidades dentro del procedimiento, esto no vulnera la existencia de un Derecho Procesal independiente (autónomo) y único (unidad)"².

En efecto, en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica presentado en 1988 con la autoría de Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello, se recogen, como propias del proceso civil en general, las mismas características de brevedad, celeridad, concentración, oralidad, inmediatez etc., que han venido orientando los proyectos de reforma y las reformas del proceso laboral.

En este orden de ideas, una Ley Procesal del Trabajo concebida en términos de la moderna Teoría General del Proceso, debe sustentar las especificidades del procedimiento laboral, sin que ello implique su aislamiento de aquella ni, naturalmente, de las normas fundamentales que la informan. Ello tampoco comporta un desconocimiento de la autonomía científica del Derecho del Trabajo como disciplina sustantiva.

¹ Hernando Devis Echandía (1995), *Compendio de Derecho Procesal Civil*. ABC: Bogotá T.I P.7.

² Enrique Véscovi (1984), *Teoría General del Proceso*. Temis: Bogotá. p. 12.

En este sentido nos parece, por demás clara, la conclusión de Jorge Pinheiro Castelo, cuando señala: "La autonomía del derecho procesal del trabajo, con todo, no quiere decir aislamiento. Muy por el contrario, entendemos que el derecho procesal del trabajo integra el sistema (el derecho) procesal, observando la unidad metodológica o de raciocinio, de la teoría general del derecho procesal y el objetivo final del derecho procesal, común a todas las ramas del derecho procesal"³.

En consecuencia, la unidad del proceso no puede ser entendida como una merma a la especificidad del Derecho del Trabajo (o a su autonomía) ni a la del proceso laboral; menos, como un intento de mantenerlo encadenado al derecho común, sino que se funda en la necesidad de darle un mayor rigor científico e integridad, de tal manera que, atendiendo a sus particulares necesidades, pueda nutrirse de los aportes de la Teoría General del Proceso, lo que le permitirá emplear —con las modalidades que surgen de la aplicación de los postulados propios del Derecho del Trabajo— la normativa general elaborada con base en la misma, así como la jurisprudencia construida a partir de sus principios. Lo contrario sugeriría una ruptura total con el Derecho Procesal común, específicamente con el Código de Procedimiento Civil, lo cual obligaría a la ley procesal del trabajo a estatuir y pronunciarse sobre todas las posibles situaciones que puedan presentarse en el proceso, lo cual la haría incurrir en inútiles repeticiones, en muy probables contradicciones y, necesariamente, daría lugar a abundantes lagunas que dificultarían la labor tanto del juez como de las partes, en detrimento de la seguridad jurídica y de la tutela judicial efectiva.

Por todo lo expuesto, no resulta adecuado que en una ley destinada a normar el procedimiento en los juicios laborales se descarte en forma absoluta la aplicación supletoria de las normas procesales comunes. Por el contrario, consideramos que una ley procesal del trabajo debe desarrollar en forma expresa los principios que le dan su peculiar fisonomía al proceso laboral y, al mismo tiempo, sin desmedro de lo anterior y en beneficio de su eficacia, admitir la aplicación supletoria de otras normas procesales, que, sin ser contrarias a dichos principios, permitan el mejor funcionamiento de la justicia laboral.

En este sentido, cuando se discutió la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, propusimos que se eliminara la prohibición de aplicar supletoriamente el Código de Procedimiento Civil, lo cual fue aceptado. En esa oportunidad propusimos que una norma reguladora de las fuentes del proceso laboral fuese concebida en los siguientes términos:

"Artículo 11. El proceso laboral se regirá por esta Ley. Las disposiciones del Código de Procedimiento Civil serán fuentes supletorias. Si el Código de Procedimiento Civil no contuviese una norma supletoria que aplicar al caso sometido a su decisión, el Juez recurrirá a otras normas procesales. En todo caso, el Juez del Trabajo velará porque la aplicación de otras fuentes no resulte contraria a las normas contenidas en esta Ley ni a los principios y caracteres que informan el proceso laboral".

³ Jorge Pinheiro Castelo (1973), *O Direito Processual do Trabalho na Moderna Teoria Geral do Processo*. Sao Paulo: Edit. L.T.R. p. 419.

La norma aprobada fue la siguiente:

“Artículo 11. Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en la ley; en ausencia de disposición expresa, el Juez del Trabajo determinará los criterios a seguir para su realización, todo ello con el propósito de garantizar la consecución de los fines fundamentales del proceso. A tal efecto, el Juez del Trabajo podrá aplicar, analógicamente, disposiciones procesales establecidas en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta el carácter tutelar de derecho sustantivo y adjetivo del derecho del trabajo, cuidando que la norma aplicada por analogía no contraríe principios fundamentales establecidos en la presente Ley”.

Esta norma, al no establecer una sola fuente supletoria sino permitir al juez que opte por aquella de su preferencia, puede dar lugar a que en los distintos tribunales se aplique procedimientos diferentes, de acuerdo a la norma supletoria que el juez escoja. Ello es contrario a la unificación del proceso laboral, que es uno de los importantes logros de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Por ello es explicable que en la práctica judicial venezolana de siete años de aplicación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, cuando los jueces no han encontrado una norma aplicable en la LOPT, en general, hayan recurrido al Código de Procedimiento Civil.

II. ALGUNAS PECULIARIDADES DEL PROCESO LABORAL

Vistas las anteriores consideraciones, queremos resaltar que nuestras convicciones acerca de la unidad del proceso, no descartan que, dentro de un proceso laboral concebido de manera coordinada con las normas procesales generales, existan normas particulares que regulen determinadas instituciones de una manera diferente a la establecida para el proceso ordinario. Sin ánimo de agotar el tema y a sólo título de ejemplificación, haremos muy breve referencia a algunas peculiaridades que se encuentran en algunas de las recientes reformas del proceso laboral, especialmente en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana, que ofrecen soluciones diferentes y, a nuestro juicio, más adecuadas a nuestra materia, que las ofrecidas por el proceso ordinario.

1. COMPETENCIA DEL JUEZ DEL LUGAR DONDE SE PRESTÓ EL SERVICIO

En los procesos tradicionales el juez competente es el del domicilio del demandado o el del domicilio especial que las partes hayan acordado. En materia laboral, con la intención de facilitar el acceso a la justicia del trabajador, que suele ser el actor, se establece que éste puede demandar ante el juez del lugar donde prestó sus servicios, aun cuando el empleador tenga un domicilio diferente.

2. LA CITACIÓN O NOTIFICACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

Una de las trabas que presenta el proceso tradicional es la dificultad de citar a la parte demandada, que, en el proceso laboral es generalmente el empleador. Los procesos tradicionales requieren que la citación se haga en la persona del

demandado y, si se trata de una persona jurídica, de su representante legal. Este tipo de citación o notificación resulta engorrosa, pues para el funcionario judicial suele ser difícil el acceso a la persona que tiene que citar. Por eso en los procesos tradicionales es frecuente que la citación o notificación de la parte demandada constituya un motivo de importantes demoras judiciales, requiriéndose en ocasiones la citación por la prensa, lo cual supone un costo adicional. Los nuevos procesos prevén la citación o notificación mediante un cartel que se emplaza en la sede de la empresa o incluso que se haga a través de medios electrónicos controlables.

3. LA ACUMULACIÓN ACTIVA

En el proceso laboral se suele admitir la posibilidad de que varios trabajadores demanden en un solo libelo a su común patrono a fin de reclamarle el cumplimiento de las obligaciones contraídas con ellos en virtud de sus respectivas relaciones individuales de trabajo, aun cuando sus pretensiones no sean conexas por su causa u objeto. Este tipo de acumulación, denominada impropia porque se encuentra fuera de la concepción ortodoxa de la acumulación en el juicio ordinario, permite que los tribunales laborales conozcan, en un solo expediente, de reclamaciones presentadas contra un empleador por decenas y, a veces, hasta cientos de trabajadores, facilitando de esa manera el curso de juicios cuya tramitación hubiese sido altamente complicada si hubiese tenido que seguirse una causa separada para cada reclamación.

4. LOS ASUNTOS PRELIMINARES

En los procesos tradicionales las cuestiones previas o excepciones, denominaciones que varían de uno a otro país para referirse a los asuntos que el juez debe decidir preliminarmente al fondo de la demanda, han sido instrumentos por excelencia del retardo judicial. De allí que es explicable el recelo mostrado por los nuevos procesos laborales frente a tales cuestiones. Tal recelo lleva a restringir el uso de estos medios preliminares. El extremo de las restricciones lo contiene la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana que, en su artículo 129, LOPT, dice que en la audiencia preliminar no se admitirán cuestiones previas. No obstante, la jurisprudencia ha temperado la rigidez que parece derivarse de esta norma, mediante el uso del despacho saneador, mediante el cual el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá resolver todos los vicios procesales que pudiera detectar, de oficio o a petición de parte.

5. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el proceso laboral las exigencias para la contestación de la demanda suelen ser más rigurosas que en el proceso ordinario. La parte demandada no puede limitarse pura y simplemente a "contradecir la demanda tanto en los hechos como en el derecho", conforme reza una fórmula frecuente en el proceso ordinario, sino que tiene que referirse expresamente a todos y cada uno de los

hechos alegados, determinando si cada hecho es cierto o falso y, en esta última hipótesis señalando cuál es la verdad correspondiente. Si así no lo hace, debe presumirse que son ciertos aquellos hechos alegados en la demanda y sobre los cuales la parte demandada no haya hecho la requerida determinación.

6. LAS PRUEBAS

La particularidad más importante del proceso laboral tiene que ver con la carga de la prueba. En el proceso ordinario el principio fundamental en esta materia es el tradicional de que quien alegue un hecho debe probarlo. En materia laboral este principio se modifica la redacción porque, generalmente, al trabajador solo corresponde la carga de probar la prestación personal del servicio y probada ésta, se presumirá la existencia de la relación de trabajo, presunción que admite prueba en contrario. Si el empleador niega la relación de trabajo, corresponde al trabajador probarla. Pero si la prueba, quedan automáticamente admitidos todos los hechos alegados por el trabajador con relación a la misma.

Demostrada o presumida la relación de trabajo, corresponde al empleador la carga de probar el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la legislación, las convenciones colectivas, los acuerdos colectivos y los contratos individuales de trabajo.

El trabajador deberá probar los usos, costumbres y prácticas laborales que alegue, así como los beneficios, condiciones o circunstancias que invoque en exceso de las legales. Así, debe probar el trabajo extraordinario o en días feriados que alegue.

El empleador que alegue una causa justificada de despido deberá probarla.

7. LOS PODERES DEL JUEZ LABORAL

En el nuevo proceso laboral el juez tiene un papel mucho más activo que el que juega en el proceso tradicional. Un tema que se resuelve en forma muy positiva es el del papel y la presencia del juez en el juicio. El juez es el rector del proceso, está obligado a impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, debe presenciar y más que presenciar, dirigir, el debate y la evacuación de las pruebas de las cuales obtiene su convencimiento. Queda atrás, pues, la figura del juez distante, que inmerso en un escenario de papel, debe decidir sobre pruebas que no presenció, que muchas veces se evacuaron bajo la égida de funcionarios auxiliares y que van a ser examinadas por el juzgador mucho tiempo después, a veces años, del momento en que se produjeron.

8. LA LEALTAD PROCESAL

En los modernos procesos laborales se suele establecer un severo sistema para la prevención y sanción de las faltas de lealtad procesal y de probidad en el proceso y para la responsabilidad de las partes que incurran en las mismas. En este sentido los jueces del trabajo ejercen un control disciplinario sobre las partes, adoptando todas las medidas tendientes a prevenir o sancionar su

conducta indebida, debiendo oficiar lo conducente a los organismos jurisdiccionales competentes a fin de que se establezcan las responsabilidades legales a que haya lugar y tendiendo la posibilidad de imponer sanciones a las partes por sus faltas a la lealtad procesal. En Venezuela, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo autoriza al juez a extraer elementos de convicción de la conducta procesal de las partes. Así, si una parte obstruye maliciosamente una prueba, el juez, según las circunstancias de autos, podría dar por ciertos los hechos que con ella pretendían demostrarse.

9. LAS COSTAS

En los procesos laborales se suele establecer que los trabajadores, o al menos aquellos trabajadores cuyos salarios se encuentren por debajo de cierto nivel legalmente determinado, no son susceptibles de ser condenados al pago de costas por los juicios laborales que intenten.

10. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los nuevos procesos laborales promueven el empleo de los medios alternativos de solución de conflictos, especialmente la mediación, la conciliación y el arbitraje, a los cuales se les da muy poca importancia en los procesos tradicionales

11. LA CASACIÓN SOCIAL

En la mayoría de los países la casación tradicional está sujeta a un gran ritualismo formal. Son innumerables los fallos de casación en que se declara sin lugar el recurso por razones puramente formales. El nuevo proceso laboral desacraliza el recurso de casación, eliminando o restringiendo los ritualismos formales. En algunos casos se permite la casación de oficio y se elimina el reenvío del expediente para que sea nuevamente decidido por el tribunal de origen.

Barquisimeto, Marzo 2011

En primer lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

En segundo lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

En tercer lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

En cuarto lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

En quinto lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

En sexto lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

En séptimo lugar, el Estado debe garantizar la existencia de un sistema de justicia que permita a los ciudadanos resolver sus conflictos de manera pacífica y ordenada. Esto implica la creación de tribunales independientes y eficientes, así como la formación de jueces y abogados capacitados. Además, el Estado debe promover la cultura de la paz y la resolución pacífica de conflictos, a través de programas educativos y campañas de sensibilización.

El Derecho Procesal Laboral en Chile (Notas descriptivas)*

Emilio MORGADO-VALENZUELA

Ex-Presidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Resumen

Sumario

I. Características y Principios. Características. Principios.
II. Procedimientos regulados. Procedimiento de aplicación
general. Procedimiento de tutela laboral. Procedimiento
monitorio. III. Recursos autorizados. Recurso de reposición.
Recurso de apelación laboral. Recurso de nulidad. Recurso
de unificación de jurisprudencia. IV. Resultados y
perspectivas. Anexos.

El nuevo procedimiento laboral chileno está contenido en dos textos normativos: la Ley 20.087, de enero de 2006 y la Ley 20.287, de septiembre de 2008. En la primera se sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo y en la segunda se adecuan algunas normas del nuevo procedimiento. Ambos textos forman parte de una política pública encaminada a re-regular aspectos substanciales del derecho adjetivo del trabajo, introduciendo factores de protección de los derechos de los trabajadores. En tal contexto conceptual el nuevo procedimiento laboral se beneficia, a la vez que fortalece reformas recientes en las que destacan el importante aumento del número de tribunales del trabajo y el establecimiento de tribunales de cobranza laboral y previsional (Ley 20.022, de mayo de 2005), así como la creación de la Defensoría Laboral, financiada por el Estado y encargada de proporcionar asesoría legal gratuita y especializada a los trabajadores de menores ingresos.

Teniendo presente el tiempo asignado para mi participación en esta Mesa Redonda, centraré mis comentarios en tres materias: (i) las características de

los nuevos procedimientos y sus principios orientadores; (ii) los procedimientos regulados y los recursos autorizados, y (iii) los resultados de la reforma y sus perspectivas

I. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS

CARACTERÍSTICAS

En la legislación reformatora se dispone que los procedimientos del trabajo son orales, públicos y concentrados.

PRINCIPIOS

En ella además se establece que en los procedimientos primarán los siguientes seis principios: **inmediación**, **impulso procesal de oficio**, **celeridad**, **buena fe**, **bilateralidad de la audiencia** y **gratuidad**. Su enunciado, por cierto, actualiza el debate acerca de lo que son "principios", medios y características, materia que no se abordará en esta ocasión,

Entre las normas referidas a esos principios cabe evocar que en lo atinente a la **inmediación**, las audiencias se desarrollarán en su totalidad ante el juez de la causa, el que las presidirá y no podrá delegar su ministerio, salvo en los casos expresamente exceptuados en la ley. En cuanto al **impulso procesal de oficio**, el Tribunal actuará de oficio, decretando las pruebas que estime necesarias aunque no hayan sido ofrecidas por las partes, a la vez que rechazará aquellas que considere inconducentes. También dictará todas las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, por lo que no será aplicable el "abandono de procedimiento". Además, corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del juicio y adoptará las medidas necesarias para evitar la nulidad del procedimiento. Para asegurar la **buena fe** se faculta al Tribunal para adoptar todas las medidas necesarias para impedir fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias, esto es, aquellas presididas por el propósito de demorar la prosecución del juicio. Respecto de la **celeridad**, en la legislación se dispone que los actos procesales deberán realizarse con la celeridad necesaria, procurando concentrar en un solo acto aquellas diligencias en que esto sea posible. Así, por ejemplo: (i) los incidentes de cualquier naturaleza deberán promoverse sólo en la audiencia respectiva y se debe resolver de inmediato, aunque excepcionalmente puede el Tribunal postergar su resolución para la sentencia definitiva, y (iii) las causas laborales gozarán de preferencia para la vista y conocimiento en la Corte Suprema y en las Cortes de Apelaciones. En lo atinente a la **gratuidad**, en la legislación se dispone que toda actuación, trámite o diligencia del juicio realizada por funcionarios del Tribunal será gratuita para las partes; las que gocen de privilegio de pobreza tendrán derecho a defensa letrada gratuita.

A estos principios se agrega el de **protección**, que informa toda la legislación reformatora, una de cuyas expresiones concretas consiste en la "función cautelar" que se atribuye al Tribunal, cuando se dispone que éste podrá decretar "todas las medidas que estime necesarias para asegurar el resultado de la

acción, así como para la protección de un derecho o la identificación de los obligados y la singularización de su patrimonio”.

II. PROCEDIMIENTOS REGULADOS

En el nuevo sistema procesal laboral se regulan cuatro procedimientos: (i) el de aplicación general; (ii) el de tutela laboral; (iii) el monitorio, y el (iv) el de reclamación judicial de multas administrativas. Nos referimos someramente sólo a los tres primeros.

PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN GENERAL

Lo fundamental es que el procedimiento se desarrollará en dos audiencias, la primera preparatoria y la segunda de juicio.

Admitida la demanda a tramitación, el Tribunal deberá de inmediato y sin más trámite, citar a las partes a una **audiencia preparatoria** que se celebrará dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la resolución, debiendo mediar a lo menos 10 días entre la celebración de la audiencia y la notificación de la demanda y citación. En la citación se hará constar que la audiencia preparatoria se celebrará con las partes que asistan, afectando a la que no concurra todas las resoluciones que se dicten en ella, sin necesidad de ulterior notificación.

El contenido y actuaciones de la audiencia preparatoria, especialmente lo atinente a los medios probatorios están detalladamente regulados en el artículo 453 del Código del Trabajo. Particular importancia práctica tiene la norma que dispone que terminada la etapa de discusión, el juez llamará a las partes a conciliación, a cuyo objeto deberá proponerles las bases para un posible acuerdo, sin que las opiniones que emita al efecto sean causal de inhabilitación. De la conciliación alcanzada –total o parcial– se dejará constancia en el acta respectiva, firmada por el juez y las partes, estimándose lo conciliado como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

La **audiencia de juicio** debe celebrarse en un plazo no superior a 30 días. Su contenido y actuaciones están detalladamente reguladas en el artículo 454 del Código del Trabajo. Practicada la prueba las partes formularán oralmente, en forma breve y precisa, las observaciones que les merezcan y sus conclusiones. Si a juicio del juez hubiere puntos no suficientemente esclarecidos, podrá ordenar a las partes que los aclaren. Finalizada la audiencia se extenderá el acta correspondiente, en la que constará en lugar, fecha e individualización del tribunal, de las partes comparecientes, de sus apoderados y abogados, y de toda otra circunstancia que el tribunal estime necesario incorporar.

El Tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, expresando las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general tomará en consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.

El juez podrá pronunciar el fallo al término de la audiencia de juicio o, en todo caso, dictarlo dentro del plazo del décimo quinto día, contado desde la realización de ésta, en cuyo caso citará a las partes para notificarlas del fallo, fijando día y hora al efecto, dentro del mismo plazo. En esta segunda alternativa, el juez deberá anunciar las bases fundamentales del fallo al término de la referida audiencia.

La sentencia definitiva se pronunciará sobre las acciones y excepciones deducidas que no se hubieren resuelto con anterioridad, y sobre los incidentes, en su caso, o sólo sobre éstos, cuando sean previos e incompatibles con aquéllas.

Dicha sentencia tendrá los contenidos señalados en el artículo 459 del Código del Trabajo. Una vez firme, lo que deberá certificar de oficio el tribunal, y siempre que no se acredite su cumplimiento dentro del término de cinco días, se dará inicio a su **ejecución de oficio por el tribunal**, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 463 al 473 del Código del Trabajo.

PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL

El procedimiento de tutela laboral se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los siguientes derechos fundamentales de los trabajadores:

- a. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral.
- b. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia.
- c. La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.
- d. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.
- e. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que será de quórum calificado.
- f. La libertad de trabajo y el derecho a su libre elección.
- g. El principio de no discriminación, sancionando los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2 del Código del Trabajo, con excepción de los contemplados en su inciso sexto¹.

¹ Junto con declarar que los actos de discriminación son contrarios a los principios de las leyes laborales, en el Código del Trabajo se establece que los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato, en el empleo y la ocupación. Con todo, no serán consideradas discriminación las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado. Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de

- h. La libertad sindical, a través de la protección contra las prácticas desleales y antisindicales.

Este procedimiento queda limitado a la tutela de los derechos recién mencionados, por lo que no cabe su acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 485 del Código del Trabajo, se entenderá que los derechos y garantías mencionados resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales. El procedimiento de tutela laboral queda limitado

Cualquier trabajador u organización sindical que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados derechos fundamentales, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento. Cuando el trabajador afectado haya incoado una acción, la organización sindical a la que se encuentre afiliado, podrá requerir su tutela por la vía de este procedimiento, directamente o por intermedio de su organización de grado superior. Sin perjuicio de lo anterior, tal organización podrá interponer denuncia y actuar como parte principal.

La Inspección del Trabajo, a requerimiento del tribunal, deberá emitir un informe acerca de los hechos denunciados. Podrá, asimismo, hacerse parte en el proceso. Si actuando dentro del ámbito de sus atribuciones y sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras, la Inspección del Trabajo toma conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales, debe denunciarlos al tribunal competente y acompañar a dicha denuncia el correspondiente informe de inspección. Esta denuncia servirá de suficiente requerimiento para dar inicio a la tramitación del proceso y la Inspección del Trabajo podrá hacerse parte en el juicio. No obstante, la Inspección del Trabajo deberá llevar a cabo, en forma previa a la denuncia, una mediación entre las partes a fin de agotar las posibilidades de corrección de las infracciones constatadas. La denuncia deberá interponerse dentro de 60 días contados desde que se produjo la alegada vulneración de derechos fundamentales.

Si la vulneración de derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela corresponderá exclusivamente al trabajador afectado. La denuncia debe interponerse dentro del plazo de 60 días contado desde la separación. En caso de acogerse la denuncia el juez ordenará el pago de la indemnización de conformidad a lo dispuesto en el artículo 162 (inciso cuarto), la establecida en el artículo 163, con el recargo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo y,

obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley puedan ser comunicados por los responsables de registros o bancos de datos personales, ni podrá exigir para dicho fin declaración ni certificación alguno. Exceptuándose solamente los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza, y los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración.

adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual. Cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2 del Código del Trabajo, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones ya mencionadas.

Admitida la denuncia a tramitación, su substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general. De oficio o a petición de parte, el juez dispondrá, en la primera resolución que dicte, la suspensión de los efectos del acto impugnado, cuando aparezca de los antecedentes acompañados al proceso que se trate de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración denunciada pueda causar efectos irreversibles, ello bajo apercibimiento de multa de 50 a 100 unidades tributarias mensuales (USD. 3.850 a USD. 7.700, aproximadamente), la que podrá repetirse hasta obtener el debido cumplimiento de la medida decretada. Contra estas resoluciones no procederá recurso alguno.

Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Con el mérito del informe de fiscalización, cuando corresponda, de lo expuesto por las partes y de las demás pruebas acompañadas al proceso, el juez dictará sentencia en la misma audiencia o dentro del quinto día. El contenido de la sentencia está regulado en el artículo 495 del Código del Trabajo.

PROCEDIMIENTO MONITORIO

Este procedimiento se aplica respecto de: (i) las contiendas por término de la relación laboral cuya cuantía sea igual o inferior a ocho "ingresos mínimos mensuales" (alrededor de USD 2.850), y (ii) las contiendas a que se refiere el artículo 201 del Código del Trabajo (fuero maternal).

Su tramitación comprende una fase administrativa "prejudicial", ante la correspondiente Inspección del Trabajo, y otra judicial, ante el tribunal competente.

El reclamo **administrativo** debe ser presentado dentro de los plazos de prescripción y caducidad establecidos en el Código del Trabajo². Las partes deben concurrir a un comparendo de conciliación acompañando todos los instrumentos probatorios. Al cursar la citación el Inspector del Trabajo podrá instruir que se acompañen los contratos de trabajo, balances, comprobantes de remuneraciones, registros de asistencia y cualquier otra documentación

² Sesenta días hábiles desde la separación del trabajador: (i) si no se ha invocado causal alguna o la causal o causales son injustificadas, indebidas o improcedentes o (ii) en caso de fuero. El plazo es de seis meses desde la terminación de los servicios si el empleador no ha pagado las cotizaciones previsionales.

pertinente. En dicho acto las partes que asisten deberán fijar domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funciona el tribunal respectivo, y se levantará acta de todo lo obrado en el comparendo. Si el denunciante no se presentare al comparendo, se despachará una segunda citación; si nuevamente el denunciante no concurriere al comparendo, los antecedentes serán archivados, sin perjuicio de su facultad para recurrir judicialmente de acuerdo a las reglas generales.

Si no hubiere conciliación entre las partes, el Inspector del Trabajo remitirá al juzgado competente el acta de celebración del comparendo -aun sin la presencia del denunciado- y todos los instrumentos presentados por las partes. De lo obrado en el comparendo se entregará copia a las partes que asistan, y se remitirá el acta por carta certificada a las partes que no comparezcan.

En sede **judicial**, si el juez estima fundada las pretensiones del requirente las acogerá de inmediato; en caso contrario las rechazará de plano. Las partes tendrán cinco días de esta resolución ante el tribunal que la dictó. Presentado el reclamo, el juez citará a las partes a una audiencia preparatoria que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes, sujetándose a lo establecido respecto de la audiencia preparatoria en el procedimiento de aplicación general. La audiencia de juicio tendrá lugar dentro de los veinte días siguientes, y se desarrollará de acuerdo a lo establecido en el artículo 454 (audiencia de juicio en el procedimiento de aplicación general).

Contra la sentencia que se dicte en este procedimiento sólo se podrá recurrir a la apelación laboral si la sentencia ha ido dictada con infracción de garantías constitucionales, o de normas legales que influyan substancialmente en lo dispositivo del fallo (letra a. del artículo 477 del Código del Trabajo).

Sin duda los procesos conciliatorios en sede administrativa, una vez más fortalecen su condición de pre-judiciales.

III. RECURSOS AUTORIZADOS

La nueva legislación regula cuatro recursos: el de reposición, el de apelación laboral, el de nulidad laboral y el de unificación de jurisprudencia. Evocaremos a continuación sólo algunos aspectos referidos a esos recursos.

RECURSO DE REPOSICIÓN

El recurso de reposición procede en contra de los autos, decretos y sentencias interlocutorias que no pongan término al juicio o hagan imposible su continuación.

En contra de la resolución dictada en audiencias, la reposición debe interponerse en forma verbal, inmediatamente de pronunciada la resolución que se impugna, y se resolverá en el acto. La reposición en contra de la resolución dictada fuera de audiencia, deberá presentarse dentro del tercer día de notificada tal resolución, a menos que dentro de dicho término tenga lugar una audiencia, en cuyo caso deberá interponerse a su comienzo, y será resuelta en el acto.

RECURSO DE APELACIÓN LABORAL

Sólo son apelables: (i) las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación; (ii) las que se pronuncien sobre medidas cautelares, y (iii) las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

Tratándose de medidas cautelares, la apelación de la resolución que la otorgue o que rechace su alzamiento, se concederá en el solo efecto devolutivo. De la misma manera se concederá la apelación de las resoluciones que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

RECURSO DE NULIDAD

El recurso de nulidad tiene por finalidad invalidar el procedimiento total o parcialmente junto con la sentencia definitiva, o sólo esta última, según corresponda. Este recurso procede respecto de sentencias definitivas cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva: (i) se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o (ii) cuando ella se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En contra de las sentencias definitivas no procederán más recursos.

También procede el recurso de nulidad: (a) cuando ella haya sido pronunciada por juez incompetente, legalmente implicado o cuya recusación se encuentre pendiente o haya sido declarada por tribunal competente; (b) cuando ella haya sido pronunciada con infracción manifiesta de las normas sobre la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; (c) cuando sea necesaria la alteración de la calificación jurídica de los hechos, sin modificar las conclusiones fácticas del tribunal inferior; (d) cuando en el juicio hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre la inmediación o cualquier otro requisito para los cuales la ley haya previsto expresamente la nulidad o expresamente lo haya declarado como esencial; (e) cuando la sentencia haya sido dictada con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en los artículos 459, 495 o 501 inciso final, del Código del Trabajo, según corresponda; contuviese decisiones contradictorias; otorgare más allá de lo pedido por las partes o se extendiere a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente otorgue, y (f) cuando la sentencia haya sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y hubiere sido ello alegado oportunamente en el juicio.

El tribunal ad quem, al acoger el recurso de nulidad fundado en las causales previstas en las letras b). c) y f), deberá dictar la sentencia de reemplazo correspondiente. En los demás casos ese tribunal, en la misma resolución, determinará el estado en que queda el proceso y ordenará la remisión de sus antecedentes al tribunal correspondiente para su conocimiento.

No producirán nulidad aquellos defectos que no influyan en lo dispositivo del fallo, sin perjuicio de las facultades de corregir de oficio que tiene la Corte durante el conocimiento del recurso. Tampoco la producirán los vicios que,

conocidos, no hayan sido reclamados oportunamente por todos los medios de impugnación existentes.

Si un recurso se fundare en distintas causales deberá señalarse si se invocan conjunta o subsidiariamente.

El recurso de nulidad deberá interponerse por escrito, ante el tribunal que hubiere dictado la resolución que se impugna, dentro del plazo de diez días contados desde la notificación respectiva a la parte que lo entabla. Deberá expresar el vicio que se reclama, la infracción de garantías constitucionales o de ley que adolece, según corresponda, y en este caso, además señalar de qué modo dichas infracciones de ley influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Una vez interpuesto el recurso, no podrá invocarse nuevas causales, pero la Corte podrá, de oficio, acoger el recurso deducido por un motivo distinto del invocado por el recurrente, cuando aquél corresponda a alguno de los señalados en la ley. El tribunal a quo declarará admisible el recurso de nulidad si reúne los requisitos legales. La interposición de ese recurso suspende los efectos de la sentencia recurrida. Si una o más de varias partes entablare tal recurso, la decisión favorable que se dictare aprovechará a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, debiendo el tribunal declararlo así expresamente.

En la audiencia las partes efectuarán sus alegaciones sin previa relación. El alegato de cada parte no excederá de treinta minutos. No será admisible prueba alguna, salvo las necesarias para probar la causal de nulidad alegada. La falta de comparecencia de uno o más de los recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes.

El fallo del recurso deberá pronunciarse dentro del plazo de cinco días, contado desde el término de la vista de la causa. Cuando no sea procedente la dictación de sentencia de reemplazo, al acoger el recurso la Corte –junto con señalar el estado en que quedará el proceso– deberá devolver la causa dentro del segundo día de pronunciada la resolución. Si los errores de sentencia no influyeren en su parte dispositiva, la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso.

No procederá recurso alguno en contra de la resolución que falle un recurso de nulidad ni en contra de la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realice como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad.

RECURSO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En forma excepcional se puede interponer el “recurso de unificación de jurisprudencia” en contra de la resolución que falla el recurso de nulidad, cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes y emanados de los Tribunales Superiores de Justicia.

Este recurso deberá interponerse ante la Corte de Apelaciones correspondiente en el plazo de quince días desde la notificación de la respectiva

sentencia, para que sea conocido por la Corte Suprema. La interposición de este recurso no suspende la aplicación de la resolución recurrida, salvo cuando su cumplimiento haga imposible llevar a efecto la que se dicte si se acoge el recurso. La parte vencida podrá exigir que no se lleve a efecto tal resolución mientras la parte vencedora no rinda fianza de resultas a satisfacción del tribunal. El recurrente deberá ejercer este derecho conjuntamente con la interposición del recurso y en solicitud separada.

El escrito que contenga el recurso deberá ser fundado e incluirá una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de la materia de derecho objeto de la sentencia, sostenidas en diversos fallos emanados de los Tribunales Superiores de Justicia. Asimismo deberá acompañarse copia del o los fallos que se invocan. Interpuesto el recurso no podrá hacerse en él variación alguna.

Sólo si el recurso es interpuesto fuera de plazo, el tribunal a quo lo declarará inadmisibles de plano. Contra dicha resolución únicamente podrá interponerse reposición dentro del quinto día, fundado en un error de hecho. La resolución que resuelva dicho recurso será inapelable.

Si la Corte de Apelaciones declara admisible el recurso, debe pronunciarse de plano sobre la solicitud de la parte vencida y, si corresponde, debe remitir a la Corte Suprema los antecedentes correspondientes. Tal resolución no admite recurso alguno. 483 A.

La Sala competente de la Corte Suprema sólo puede declarar admisible el recurso con el voto unánime de sus miembros. En contra de esa resolución sólo cabe interponer el recurso de reposición, dentro del 5º día. En la vista de la causa se deben observar las reglas establecidas para la apelación laboral. El fallo resultante sólo producirá efectos en la causa en que se presentó el recurso (en caso alguno afectará las situaciones 30.2).

Vista la causa la Corte Suprema dicta la sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia. En contra de la sentencia que falla el recurso y de la eventual sentencia de reemplazo no procede recurso alguno, salvo el de aclaración, rectificación o enmienda.

IV. RESULTADOS Y PERSPECTIVAS

De acuerdo con informaciones publicadas por el Ministerio de Justicia, desde el inicio de la implementación de las reformas (2008) hasta el 31 de marzo de 2010 se interpusieron 30.152 demandas referidas a las materias objeto de los nuevos procedimientos de aplicación general, monitorio y de tutela. El 57% de ellas fueron presentadas por Oficinas de Defensa Laboral (ODL), y 43% fueron interpuestas por demandantes no patrocinados por las ODL.

Del total de demandas, en 14.107 casos se recurrió al procedimiento de aplicación general (el 24% de ellos a cargo de las ODL), en 15.017 casos se utilizó el procedimiento monitorio (el 90% de ellos a cargo de las ODL), y en 1.028 casos se recurrió al procedimiento de tutela (el 7% de ellos a cargo de las ODL). Adicionalmente, las ODL presentaron 4.221 demandas en aplicación del procedimiento ejecutivo.

Las demandas presentadas por las ODL culminaron con 4.159 sentencias totalmente favorables, 247 parcialmente favorables y sólo 248 desfavorables. En 6.603 hubo conciliación o avenimiento entre las partes. Cabe anotar que en la Región Metropolitana el 66% de los casos terminaron por conciliación o avenimiento, y en el 33% de los casos hubo sentencias totalmente favorables.

En el período 1.1.2010-31.10.2010, el tiempo promedio de tramitación en los nuevos procedimientos fue de 68 días (procedimiento de aplicación general), 27 días (procedimiento monitorio) y 72 días (procedimiento de tutela).

Analizando tales resultados, algunos especialistas opinan que ello demuestra la existencia de un claro sesgo "pro trabajador" de las normas y de los operadores vinculados al sector laboral y, también, de jueces laborales. Otros, en cambio, concluyen que las reformas habidas han hecho posible comprobar la existencia de infracciones realmente existentes. Hay también fuertes opiniones que destacan la existencia de desequilibrios en el conocimiento y uso de los nuevos procedimientos y de las destrezas consubstanciales al carácter oral y acelerado de esos procedimientos,

Entre las reacciones generadas por esos resultados destacan: (i) cambios en la gestión de lo laboral al interior de las empresas, aumentando las auditorías encaminadas a detectar la existencia de posibles infracciones, a la vez que acciones de capacitación para evitar incurrir en ellas; (ii) surgimiento de una nueva modalidad de seguros privados: el "seguro ante infracciones laborales", destinado a indemnizar los gastos en que se incurra en causas judiciales que sancionan infracciones de los empleadores, y (iii) proposiciones de reformas legales principalmente destinadas a reinstalar en plenitud el recurso de apelación, modificar los nuevos procedimientos y alterar los contenidos normativos ligados a la oralidad, la prueba, el impulso de oficio, la inmediación, la buena fe y la celeridad.

Al respecto cabe evocar el proyecto de ley presentado en el Senado por los Senadores Pablo Longueira Montes y Víctor Pérez Varela, de la Unión Nacional Independiente (UDI), principal partido político del actual Gobierno. Su texto aparece en el **Anexo 1**.

En relación con ese proyecto de ley, con fecha 2 de julio de 2010, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema, por mayoría de votos, emitió el Informe que acompaño en el **Anexo 2**. El mencionado Informe es favorable a la moción de los Senadores Longueira y Pérez, a la vez que plantea la conveniencia de adicionar otras reformas.

En forma acertada los Ministros de la Corte Suprema señores Nibaldo Segura Peña, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, Héctor Carreño Seaman y Haroldo Brito Cruz, y la Ministra señora Margarita Herrera Martínez *"estuvieron por informar desfavorablemente la iniciativa, en atención a que en nuestro país se ha estimado que es garantía suficiente para las partes la doble revisión o derecho a la impugnación, que tiene por objeto circunscribir la materia del agravio a aspectos específicos, dado que la apelación, como doble instancia, se revisa toda la prueba rendida en primera instancia, recurso que se contrapone con los principios de oralidad e inmediación. Ha sido esta misma Corte la que*

se ha opuesto a la escrituración de los procedimientos, según lo expresó tanto con motivo de la reforma laboral, como en el retroceso que importó la modificación introducida a los procedimientos de familia incorporando la contestación escrita de la demanda. Se está produciendo tal regresión en la oralidad e inmediación de los procedimientos que podrá observarse con nostalgia que éstos fueron principios rectores de las reformas impulsadas en nuestro país, puesto que en tales condiciones la única etapa oral y de inmediación será la audiencia en que se reciba la prueba de peritos y testigos, al igual que ocurría en los antiguos procedimientos (juicio sumario), tan criticado por la doctrina y el mismo legislador al impulsar esas reformas. Es más, la doble instancia mediatizada en cuanto a la prueba recibida por el juez de primera, llevaría a leer y escuchar toda la prueba rendida en primera, en audiencias públicas, como se hace en otros países, por ejemplo Perú, en que en las Cortes se exhibe video de las audiencias en primera instancia en tiempo real de horas o días. La instauración del recurso de nulidad ampliado, en materia laboral tenía por objeto evitar precisamente la apelación. Además, si bien las reformas procesales deben adoptarse en cuanto se observan las fallas del sistema, lo cierto es que menos de dos años parece un tiempo exiguo para una evaluación seria, cuyo estudio tampoco se adjunta a la iniciativa".

En conclusión, la reforma procesal laboral ha demostrado su eficiencia en el establecimiento de un mayor equilibrio de las partes en el acceso a la justicia laboral, fortaleciendo así la real vigencia de los derechos laborales. A la vez, ha generado algunas reacciones que ponen en peligro la continuidad de las reformas procesales.

ANEXOS

ANEXO 1

Senado de la República: Boletín Nº 6.970-13

Proyecto de ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Pérez Varela y Longueira, que amplía el recurso de apelación en materia laboral.

La sustancial reforma que experimentó el procedimiento laboral con la instauración de juicios orales, públicos y concentrados, en el cual los principios de inmediación, celeridad e impulso procesal de oficio constituyen la esencia del mismo, no cabe duda que ha sido un gran avance en la oportuna y adecuada solución de conflictos del trabajo, con el cual se han visto beneficiados los actores en el mismo, como lo son los trabajadores y sus empleadores.

En este sentido, el llamado a conciliación que consagra este procedimiento, otorgándole al juez amplias facultades para instar a las partes del proceso a un acuerdo justo y conforme a la equidad natural, ha tenido un gran éxito, toda vez que, la gran mayoría de los casos terminan por la vía de la conciliación.

Así como la institución mencionada ha resultado beneficiosa en la práctica dentro del nuevo procedimiento, existen en el mismo, omisiones sustanciales

que lesionan gravemente el debido proceso, al preterir el principio de la doble instancia, por considerar los teóricos que dicho principio pugna con el principio de la inmediación.

Conforme a lo anterior, la ley N° 20.022 que, estableció los nuevos juzgados de letras del trabajo y el procedimiento, en materia de recursos, como medios de impugnación de las resoluciones dictadas por los juzgados del trabajo, sólo consagró la reposición y el recurso de nulidad, reduciendo a términos menores el recurso de apelación, el cual sólo se puede interponer contra las sentencias interlocutorias que ponen término al juicio o hagan imposible su continuación, aquellas que se pronuncian sobre medidas cautelares y las que fijan el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

En este estado de cosas, la práctica judicial advierte anomalías y abusos que se hace necesario corregir, en beneficio particularmente de los trabajadores.

Fundamentos de la Moción de Ley

El casi inexistente recurso de apelación para impugnar, especialmente sentencias definitivas, ha provocado una alteración en el procedimiento, originando trámites extraordinarios e irregulares que se hace ineludible corregir y enmendar, atendido a que las partes afectadas con resoluciones de esa naturaleza, usan recursos extraordinarios que resultan del todo improcedentes, recargando a la Excma. Corte Suprema de trabajo y pérdida de tiempo, que no se condice con la naturaleza misma del más alto tribunal de la república.

En efecto, constituyendo el recurso de nulidad el único medio de impugnación que tiene la parte vencida para alzarse en contra de la sentencia definitiva en el procedimiento laboral, y siendo tal recurso particularmente formalista, y riguroso respecto de las exigencias de su interposición, es que las salas de admisibilidad de las respectivas Cortes de Apelaciones, declaran inadmisibles una importante y significativa cantidad de ellos, viéndose inundada la Excma., Corte Suprema de recursos de queja interpuestos en contra de las resoluciones que declaran dicha inadmisibilidad, lo que ha suscitado en la práctica que el más alto tribunal de la república tenga que rechazar la queja, y ejercer de oficio sus facultades constitucionales dejando sin efecto la resolución que declara la inadmisibilidad, obligando a las Cortes de Apelaciones a conocer de los recursos de nulidad.

La situación descrita, constituye una anomalía que afecta el debido proceso y que, evidentemente causa un perjuicio a los usuarios del sistema. Quienes sostienen en doctrina, que los principios de inmediación y celeridad, se hacen fuego con el principio de la doble instancia, no reparan que existen otros procedimientos judiciales en que coexisten, y con meritorio éxito, ambos principios, sin que ellos impliquen un retraso en la tramitación de las causas. En este sentido, palmario es el ejemplo del procedimiento en materia de familia donde la sentencia definitiva de primera instancia es susceptible de apelación, estableciendo la ley respectiva, una tramitación fluida y eficaz, de este recurso clásico de nuestra historia procesal, y que da el nombre a las Cortes de Apelaciones. Considerando el procedimiento en los juzgados de familia, y atendida la situación táctica denunciada en este proyecto, y que lo origina, es

que nos vemos óbice para establecer el recurso de apelación en los mismos términos que en el procedimiento de familia, de modo que el debido proceso tenga la doble instancia como un derecho de toda persona en el procedimiento laboral.

En virtud de todo lo anterior, es que proponemos, la siguiente iniciativa de ley.

Proyecto de ley

Artículo Único: Modifícase el Código del Trabajo en los siguientes términos:

a) Reemplázase el inciso primero del artículo 476 por el siguiente: "Sólo serán apelables las sentencias definitivas de primera instancia, las resoluciones que pongan término al juicio o que hagan imposible su continuación, las que se pronuncien sobre medidas cautelares, y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social".

b) Modifícase el artículo 477 por el siguiente: "El recurso de apelación contra sentencias definitivas de primera instancia deberá entablarse por escrito, dentro del plazo del quinto día desde la fecha de notificación de la sentencia, y se concederá en el sólo efecto devolutivo. El tribunal de alzada deberá fallar el recurso dentro del quinto día, contado desde el término de la vista de la causa.

c) El actual artículo 477 pasa a ser artículo 477 bis, el que será del siguiente tenor: "Contra el fallo dictado por la Corte de Apelaciones, en un recurso de apelación de sentencia definitiva, sólo procederá el recurso de nulidad siempre que se hubiere infringido en dicho fallo sustancialmente derechos o garantías constitucionales, o éste se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo".

d) Sustitúyase el inciso segundo del artículo 478 del Código del Trabajo, la expresión: "El tribunal ad quem" por la expresión "La Corte Suprema".

e) En el artículo 480 reemplázase las siguientes expresiones:

En el inciso primero: "el tribunal a quo" por la expresión: "la Corte de Apelaciones".

En el inciso segundo: "a la Corte correspondiente" por la expresión "a la Corte Suprema".

En el inciso final la expresión "al tribunal ad quem" por "a la Corte Suprema" y la expresión después de la coma "éste" por "ésta".

f) Agrégase el siguiente inciso, como inciso final, al artículo 481, "En la vista de las apelaciones se observarán las reglas precedentes".

PABLO LONGUEIRA MONTES
SENADOR

VÍCTOR PÉREZ VARELA
SENADOR

ANEXO 2

Corte Suprema: Oficio N° 90

*Informe Proyecto de Ley 19.2010. Antecedente: Boletín N° 6970-13
Santiago, 5 de julio de 2010*

Por Oficio N° 373/SEC/10, recibido el 3 de junio de 2010, el Presidente del H. Senado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la ley N° 18.918, ha requerido de esta Corte informe sobre el proyecto de ley que amplía el recurso de apelación en materia laboral.

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 2 de julio del presente, presidida por su titular don Milton Juica Arancibia y con la asistencia de los Ministros señores Urbano Marín Vallejo, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urrea, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señoras Gabriela Pérez Paredes, Sonia Araneda Briones, señores Carlos Künsemüller Loebenfelder, Haroldo Brito Cruz, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías, y señor Roberto Jacob Chocair, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

AL SENADOR DON JORGE PIZARRO SOTO PRESIDENTE H. SENADO

"Santiago, dos de julio de dos mil diez.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que por oficio N° 373/SEC/2010, de 2 de junio último, el señor Presidente del Senado de la República, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política, en relación con el artículo 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, ha recabado la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley –iniciado en moción de los Senadores señores Longueira y Pérez– que amplía el recurso de apelación en materia laboral.

Segundo: Que la motivación de los autores de la moción se origina en el derecho que tienen las partes para que el asunto sometido al conocimiento de los tribunales sea revisado por un superior jerárquico.

El proyecto de ley que se informa hace apelables las sentencias definitivas de primera instancia, cuestión que, en opinión de esta Corte Suprema, es en el actual estado de la situación, beneficioso, pues consagra el principio de la gradualidad o doble instancia; pero con el inconveniente que ello se contempla en el solo efecto devolutivo, lo que contraviene el principio general de que el recurso de apelación se concede en ambos efectos, salvo casos especiales.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corte Suprema sugiere la revisión, en miras a su unificación, de todo el sistema recursivo en materia civil, penal, de familia y laboral.

Tercero: Que, por otra parte, el proyecto en comento reserva para la Corte Suprema el recurso de nulidad, instituto que, como es sabido, contiene en definitiva causales que en el procedimiento común serían de nulidad de forma y otras de nulidad de fondo. Esta Corte Suprema no vislumbra la razón por la cual no podrían las Cortes de Apelaciones conocer de algunas infracciones de forma, llevando todo el conocimiento de la Corte Suprema, lo que sin duda afectaría el funcionamiento de esta última. Dentro de esta misma línea no parece tampoco aconsejable que en el conocimiento del recurso de apelación no se observen para su tramitación las normas generales que existen para el conocimiento de tales recursos, aplicando las mismas disposiciones que actualmente existen para el conocimiento del recurso de nulidad.

Cuarto: Que, en el mismo sentido, se estima inconveniente modificar en la forma propuesta el régimen de recursos sin entrar al análisis o a la modificación del de "uniformidad de la jurisprudencia", contenido en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, pues si se toma en consideración que la Corte Suprema conocerá del recurso de nulidad cuando en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones se hubiere infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales o ésta se hubiere dictado con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo sentenciando el caso sometido a su conocimiento en una determinada forma, bastaría que la parte afectada invocara una sentencia emanada de un tribunal superior de justicia con una jurisprudencia en contrario sobre la materia de derecho objeto del juicio para que pudiera atacar ese mismo fallo por la vía de este recurso de uniformidad, el que deberá ser conocido por la propia Corte Suprema y en la misma Sala.

Por lo señalado y en conformidad con lo dispuesto en la norma constitucional citada, se acuerda informar favorablemente el referido proyecto de ley, con las observaciones anotadas precedentemente, en lo relativo a la incorporación del recurso de apelación en materia laboral, y desfavorablemente en cuanto concierne a la modificación del recurso de nulidad.

Se previene que el Ministro señor Brito no comparte lo expresado en el párrafo final del fundamento segundo.

Acordada, en la parte que decide informar favorablemente el proyecto en lo que se refiere al recurso de apelación, contra el voto de los Ministros señores Segura, Ballesteros y Muñoz, señora Herreros y señores Carreño y Brito, quienes estuvieron por informar desfavorablemente la iniciativa, en atención a que en nuestro país se ha estimado que es garantía suficiente para las partes la doble revisión o derecho a la impugnación, que tiene por objeto circunscribir la materia del agravio a aspectos específicos, dado que la apelación, como doble instancia, se revisa toda la prueba rendida en primera instancia, recurso que se contrapone con los principios de oralidad e inmediación. Ha sido esta misma Corte la que se ha opuesto a la escrituración de los procedimientos, según lo expresó tanto con motivo de la reforma laboral, como en el retroceso que importó la modificación introducida a los procedimientos de familia incorporando la contestación escrita de la demanda. Se está produciendo tal regresión en la oralidad e inmediación de los procedimientos que podrá observarse con nostalgia que éstos fueron

principios rectores de las reformas impulsadas en nuestro país, puesto que en tales condiciones la única etapa oral y de inmediación será la audiencia en que se reciba la prueba de peritos y testigos, al igual que ocurría en los antiguos procedimientos (juicio sumario), tan criticado por la doctrina y el mismo legislador al impulsar esas reformas. Es más, la doble instancia mediatizada en cuanto a la prueba recibida por el juez de primera, llevaría a leer y escuchar toda la prueba rendida en primera, en audiencias públicas, como se hace en otros países, por ejemplo Perú, en que en las Cortes se exhibe video de las audiencias en primera instancia en tiempo real de horas o días. La instauración del recurso de nulidad ampliado, en materia laboral tenía por objeto evitar precisamente la apelación. Además, si bien las reformas procesales deben adoptarse en cuanto se observan las fallas del sistema, lo cierto es que menos de dos años parece un tiempo exiguo para una evaluación seria, cuyo estudio tampoco se adjunta a la iniciativa.

Oficiese”.

Saluda atentamente a V.E.

Milton Juica Arancibia

Presidente

Rosa María Pinto Egusquiza

Secretaria

Las nuevas tendencias del Derecho Laboral Procesal en Iberoamérica

Rolando MURGAS-TORRAZZA

Profesor de la Universidad de Panamá. Ex-Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen

Sumario

1. La autonomía del Derecho laboral procesal. 2. El objeto del proceso. 3. Celeridad y reformas procesales. 4. Tendencias de las nuevas reformas laborales.

1. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO LABORAL PROCESAL

Lo primero que cabe destacar es que la denominación de esta Mesa Redonda supone, en cierto modo, una toma de posición frente al tema de la autonomía de lo que se ha venido llamando "Derecho procesal laboral" y que, Óscar ERMIDA URIARTE, en posición que compartimos, ha estado insistiendo en que, en su lugar, usemos la expresión DERECHO LABORAL PROCESAL¹. De esta manera, partiríamos de la base de que el "Procesal Laboral" es parte del Derecho del Trabajo y no del Derecho Procesal.

En su clásica obra, Wagner GIGLIO, frente a la diversidad de posiciones respecto de la existencia o no de la autonomía, indica la existencia de tres corrientes favorables a la autonomía, con diversos grados de intensidad: moderados (Blasco y Alcázar, Alonso Olea, Menéndez-Pidal, Stafforini, Pérez Leñero, Russomano y Coqueijo Costa); avanzados (Tesorieri, Jeger, Tissembaum, Nicolliello, Cristovao Piragive Tostes Malta y Maranhao); y radicales (Sarhou, Couture y Trueba Urbina). Destaca también la corriente opuesta. Han

¹ ERMIDA URIARTE, Óscar: *La celeridad procesal*, en *Actualidad del Derecho del Trabajo*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Delure, Lima, 2009, pp. 239, 242 y 243. También en Conferencia Magistral "Tendencias del Derecho Procesal Laboral en América Latina", IV Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Isla Margarita, Venezuela, 28 de abril al 1º de mayo de 2010.

sostenido igualmente la tesis favorable a la autonomía PLÁ RODRÍGUEZ²; y Néstor DE BUEN³. Desde luego que en el grupo de los radicales habría que agregar a Óscar ERMIDA URIARTE.

La naturaleza del Derecho del trabajo, con su concepción de desigualdades compensatorias, penetra el proceso y, por ende, la ciencia del Derecho laboral procesal. La situación de desigualdad material, que es punto de partida del Derecho del trabajo, no desaparece en el escenario procesal. Por el contrario al mismo entra el trabajador con toda su carga de desigualdades y de apremiantes necesidades.

De allí todo el diseño de un conjunto de ventajas procesales compensatorias a favor del trabajador que, sin romper el equilibrio del debido proceso, lo colocan en una situación material diferente a la que le ofrecería el Derecho procesal común.

El llamado nuevo derecho, apoyado instrumentalmente por un nuevo derecho procesal, o sea, el derecho laboral procesal, requería de tribunales debidamente preparados para entender y aplicar con toda precisión las concepciones propias de la emergente ciencia jurídica especial. Igualmente, debían administrar un nuevo tipo de proceso.

Es así como surge la jurisdicción especial de trabajo, que a partir de la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, se extiende por la mayor parte de América Latina, aunque la mayoría de los modelos instaura tribunales especializados, pero de jueces togados y son pocos los que siguen en América el sistema de los llamados tribunales clasistas.

Esta idea de la exigencia de una especialización de la justicia de trabajo, fue incorporada en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada en Bogotá el 2 de mayo de 1948, cuyo artículo 36 dispone que en "cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos".

Además de la clara alusión a la justicia especializada y a un procedimiento propio, es de notar que desde entonces, había la clara convicción de que el procedimiento debía conducir a la "rápida solución de los conflictos", idea que en la mayoría de los casos sólo se logró de manera relativa, esto es, en comparación con la duración de los procesos civiles, pero no lo suficientemente adecuada a las urgencias propias del trabajador que litiga.

El comité de Libertad sindical de OIT ha señalado que, en materia de protección de la libertad sindical, el procedimiento debe garantizar una rápida y eficaz tutela.

Parte de la discusión envuelve si debe existir completa autonomía normativa en códigos o leyes laborales procesales y hasta dónde conviene tener como fuente supletoria el procedimiento común.

² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: "Visión crítica del derecho procesal del trabajo", en *Proceso do trabalho na América Latina*, Estudos em homenagem a Alcione Niderauer Correa, LTR, Sao Paulo, 1992, p. 254.

³ DE BUEN, Néstor: *Derecho procesal del trabajo*, Ed. Porrúa, México D. F., 1988, pp. 72-74.

2. EL OBJETO DEL PROCESO

Es importante no perder de vista cuál es el objeto del proceso, que no es un fin en sí mismo. Dentro del contexto que intentamos situar con los párrafos anteriores, la idea básica del objeto del proceso, entendido como el resultado que debe derivar de la actividad procesal, radica en que dicho objeto no es otro que el de hacer efectivos, en sentido real, los derechos reconocidos en las normas sustanciales. Es allí en donde las normas procesales o adjetivas cumplen en esencia su función de normas instrumentales, que no representan un fin en sí mismas, sino que sirven para que el Estado haga sentir el carácter coactivo del Derecho ante sus mandatos expresados en las normas de carácter sustantivo.

En el fondo, las normas de derecho material o sustantivas son normas incompletas, en la medida en que de no alcanzarse el cumplimiento del mandato legal en el discurrir normal de las relaciones jurídicas, es con el accionar de las normas instrumentales en el proceso, que las primeras son capaces de resultar materialmente efectivas.

Desde esta perspectiva, los medios alternativos de solución de los conflictos de trabajo, deben tener, en sus resultados, el mismo objeto del proceso. No pueden convertirse, como con frecuencia sucede, en una vía de escape, para que, en sentido material, se otorgue validez a la renuncia de derechos.

3. CELERIDAD Y REFORMAS PROCESALES

La experiencia ha demostrado que, pese a sus ventajas relativas frente al proceso civil, el proceso laboral, no ha resultado lo suficientemente eficaz, en gran parte por insuficiencia de celeridad. Esto ha provocado importantes reformas laborales en América Latina. Se asiste, si se quiere, a una suerte de *flexibilización del proceso laboral*, pero esta sí en beneficio de los trabajadores, al tener como norte el cumplimiento del objeto del proceso.

Como antecedentes a las más recientes reformas procesales, cabe mencionar los casos del Código de Trabajo de Panamá, vigente desde 1972; la reforma de 1975 en Panamá, con la creación de las Juntas de Conciliación y Decisión, sujetas a un procedimiento sumario especial; la reforma procesal efectuada a la Ley Federal del Trabajo de México, en 1980; y el Código de Trabajo de República Dominicana, de 1992.

La reforma procesal mexicana de 1980 renovó significativamente el proceso laboral en ese país. De gran impacto fueron las figuras de la *suplencia de la queja* y el poder de las Juntas para disponer la reversión de la carga de la prueba hacia el empleador.

Con el Código de Trabajo de 1992, República Dominicana adopta en un código único las normas sustantivas y las procesales. Entre otras cosas, puso en vigencia efectiva la figura de los vocales clasistas en la administración de justicia laboral y la obligación para el empleador que apela de consignar el importe de la condena.

Luego de estos antecedentes, en los últimos años se han dado importantes reformas del proceso laboral, que han supuesto verdaderas transformaciones.

Óscar ERMIDA URIARTE destaca las reformas en Brasil del *rito sumarissimo* de 2002, la Enmienda constitucional de 2004 y la introducción del proceso electrónico y la digitalización; la nueva Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, de 2002; tres leyes procesales en Ecuador, en los años 2003 y 2004; en Chile las leyes aprobadas en los años 2006 y 2007, sobre proceso laboral especial; proceso de protección de derechos fundamentales; y la relativa al proceso monitorio; en Colombia, la reforma de 2007 al Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; y en el Uruguay la ley 18.572 de 2009, vigente desde febrero de 2010⁴.

En Chile se cumplió un proceso continuado de reforma de la parte procesal del Código de Trabajo, mediante la aprobación de las leyes N° 20.022 que crea nuevos tribunales con jueces especializados, a partir del 1° de mayo de 2007; N° 20.023 de 2005, que modifica el sistema de ejecución de los títulos ejecutivos previsionales; N° 20.087, promulgada el 15 de diciembre de 2005 y publicada el 3 de enero de 2006, que sustituye el procedimiento laboral del Código de Trabajo; N° 20.164, promulgada el 2 de febrero de 2007 y publicada el 14 del mismo mes, que pospuso la entrada en vigencia de las leyes N° 20.022 y N° 20.087, para el 2008; N° 20.252, promulgada el 1° de febrero de 2008 y publicada el 15 del mismo mes, que modifica la ley N° 20.022 y otros cuerpos legales; N° 20.260, promulgada el 28 de marzo de 2008 y publicada el 29 del mismo mes, que modifica el Libro V del Código de Trabajo (normas de procedimiento) y la ley N° 20.087; N° 20.287, promulgada el 1° de septiembre de 2008 y publicada el 17 del mismo mes, que hace adecuaciones a algunas normas del Código de Trabajo modificadas por la ley N° 20.087.

Más recientemente, se aprobó en Perú una Nueva Ley Procesal del Trabajo, mediante ley N° 29497, de 13 de enero de 2010.

Por otro lado, algunos países, como Costa Rica, Bolivia y Nicaragua adelantan el trámite para una reforma integral del procedimiento laboral.

4. TENDENCIAS DE LAS NUEVAS REFORMAS LABORALES

Las reformas laborales marcan una tendencia a garantizar una efectiva celeridad, utilizando diversos instrumentos para obtenerla.

1. **Abandono de la falsa oralidad:** Uno de ellos es la utilización de la verdadera oralidad, abandonando la *falsa* o *aparente* oralidad que caracterizó los sistemas anteriores.
2. **Otros instrumentos:** El uso de la inmediación; el fallo en audiencia; el otorgamiento de claros poderes de conducción al Juez; las limitaciones a los recursos; la utilización de las nuevas tecnologías; y los plazos apremiantes para realizar las audiencias y fallar la controversia. En

⁴ ERMIDA URIARTE: Conferencia "Tendencias del Derecho Procesal Laboral en América Latina", cit.

algunos países, la reforma ha sido acompañada de un aumento en el número de tribunales.

3. **Tendencia a dos audiencias:** En las reformas introducidas en general se dan dos audiencias: una preliminar conciliatoria o bien preparatoria (o para ambas cosas), como es el caso de Chile, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela (en este último país ante dos jueces diferentes).
4. **Audiencia en una sola comparecencia:** Como parte de la oralidad, algunas reformas introducen la restricción de la audiencia en una sola comparecencia. En Colombia, sólo por excepción se permite la celebración de una segunda comparecencia. En Chile no debe suspenderse la audiencia. En Venezuela, la audiencia, de no poderse concluir en el mismo día, debe ser continuada en el o los días hábiles inmediatamente siguientes.
5. **Grabación de las audiencias:** Para garantizar la plena oralidad, se dispone en varias de las reformas que las audiencias sean grabadas o registradas mediante las nuevas tecnologías. Así lo disponen las legislaciones de Colombia (arts. 46 y 73), Chile (art. 425), Perú (art. 12), Ecuador y Venezuela, para ambas instancias (arts. 162 y 166).
6. **Afirmación de la inmediación:** Para garantizar mayormente la inmediación, la reforma chilena es más exigente, pues si el Juez que va a decidir el caso no fue quien dirigió la audiencia, esta última debe repetirse.
7. **Fallo en audiencia:** El fallo en audiencia está previsto en Venezuela, Perú, Colombia y, para algunas causas, en Panamá.
8. **Término preciso para fallar. Sanciones al Juez:** En Ecuador, el Juez dispone de un término de diez días para dictar sentencia. Si no lo hace, puede ser multado, por cada día de mora, con el equivalente al 25% de su salario.
9. **Concentración:** Para procurar la concentración, hay una tendencia a que las decisiones interlocutorias no sean recurribles o a que ciertos temas sean resueltos en la sentencia. En Ecuador, por ejemplo las recusaciones del Juez se deciden en la sentencia.
10. **Consignación total o parcial de la condena para recurrir:** Una limitación a las posibilidades de recurrir, lo cual conduce a mayor celeridad, es la de exigir al empleador que apela la sentencia, la consignación de una parte o de la totalidad de la condena. Tal es el caso de España, República Dominicana, Brasil y Argentina. En Uruguay la reciente reforma laboral procesal exigía la consignación del 50% de la condena, pero este dispositivo fue declarado inconstitucional.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la actividad de los organismos en el medio ambiente, considerando los factores que influyen en su desarrollo y su interacción con el entorno.

En primer lugar, se describen las características generales de los organismos, incluyendo su estructura, su fisiología y su comportamiento. Se analizan los factores que influyen en su desarrollo, como la temperatura, la humedad y la disponibilidad de nutrientes.

Posteriormente, se estudia la interacción de los organismos con su entorno. Se analizan los factores que influyen en su comportamiento, como la disponibilidad de alimento, la presencia de depredadores y la competencia por recursos. Se describen los mecanismos de adaptación que utilizan los organismos para sobrevivir en su entorno.

Finalmente, se analizan los efectos de la actividad de los organismos en el medio ambiente. Se describen los procesos de transformación de la materia y la energía, así como los cambios en la estructura y la composición del medio ambiente.

En conclusión, la actividad de los organismos es un proceso complejo que involucra una serie de factores que influyen en su desarrollo y su interacción con el entorno. El estudio de esta actividad es fundamental para comprender el funcionamiento del medio ambiente.

El presente trabajo tiene como finalidad analizar la actividad de los organismos en el medio ambiente, considerando los factores que influyen en su desarrollo y su interacción con el entorno.

En primer lugar, se describen las características generales de los organismos, incluyendo su estructura, su fisiología y su comportamiento. Se analizan los factores que influyen en su desarrollo, como la temperatura, la humedad y la disponibilidad de nutrientes.

Posteriormente, se estudia la interacción de los organismos con su entorno. Se analizan los factores que influyen en su comportamiento, como la disponibilidad de alimento, la presencia de depredadores y la competencia por recursos. Se describen los mecanismos de adaptación que utilizan los organismos para sobrevivir en su entorno.

Finalmente, se analizan los efectos de la actividad de los organismos en el medio ambiente. Se describen los procesos de transformación de la materia y la energía, así como los cambios en la estructura y la composición del medio ambiente.

La nueva Ley Procesal del Trabajo del Perú

Pilares y paradigmas

Mario PASCO-COSMÓPOLIS

**Ex-Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social**

Resumen

Sumario

I. Aspectos fundamentales de la nueva ley. Principios y fundamentos. Artículo III. Fundamentos del proceso laboral. La presunción de laboralidad. Competencia por razón de materia. Legitimación activa: los casos especiales. Tipos de procesos. Reglas de conducta. Notificaciones. Oportunidad de la prueba. Carga de la prueba. Prueba de oficio. Conciliación y sentencia previa. Medidas cautelares. Casación y ejecución del fallo. II. Oralidad: proceso por audiencias y litigación oral. III. Uso intensivo de la tecnología. Notificaciones. Filmación de las actuaciones. Planilla electrónica. Cálculo de beneficios. Jurisprudencia clasificada. Expediente electrónico. IV. El rol protagónico del juez. El control formal y sustancial del proceso. Actividad probatoria. Conciliación.

La muy reciente y novedosa Nueva Ley Procesal del Trabajo peruana N° 29947 –NLPT– promulgada el 15 de enero de 2010, con vigencia a partir del 15 de julio del mismo año y aplicación progresiva, está sustentada en tres pilares: oralidad, uso intensivo de la tecnología y rol protagónico del juez.

Estos tres pilares, como en un trípode, se apoyan y necesitan unos a otros. La ausencia de uno solo de ellos haría tambalear el sistema.

I. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA NUEVA LEY

PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS

La NLPT contiene un Título Preliminar en cuyo artículo I se destacan los pilares del nuevo sistema: intermediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad; y luego se enuncian sus fundamentos, verdaderos principios, en verdad.

ARTÍCULO III. FUNDAMENTOS DEL PROCESO LABORAL

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la conducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros.

El proceso laboral es gratuito para el prestador de servicios, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP).

Son de destacar también las reglas de interpretación y aplicación de las normas en la resolución de las controversias, para lo que igualmente basta transcribir el artículo IV.

LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

Al definir el ámbito de la justicia laboral, la NLPT introduce un concepto novedoso, trascendental. Según la ley anterior, la carga de la prueba recaía en los hombros del empleador, pero el trabajador debía demostrar la existencia de la relación laboral, es decir, probar su condición de tal; que prestaba servicios personales, que éstos eran remunerados y, sobre todo y lo más difícil, que eran subordinados.

Logrado ello, se transfería al empleador la responsabilidad de demostrar que los hechos alegados eran inexactos o que la obligación demandada no existía o ya había sido cancelada, lo que en la práctica equivalía a demostrarlo todo.

Ahora, con la NLPT, el trabajador sólo requiere acreditar "la prestación personal de servicios", logrado lo cual se presume que la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

Es el empleador, entonces, quien tendrá que demostrar que tales servicios eran autónomos o independientes.

Esta presunción de laboralidad en toda prestación personal de servicios constituye un avance que aligera la carga probatoria del trabajador y acentúa la del empleador.

COMPETENCIA POR RAZÓN DE MATERIA

La competencia material está escalonada en cuatro grados: el juez de paz letrado laboral, que conoce de las controversias de mínima cuantía; el juez especializado laboral, con una competencia amplísima, que comprende, en ciertas circunstancias, también controversias de servidores públicos con el Estado; el juez superior, que conoce de las apelaciones, y que actúa normalmente colegiado en tribunales de tres miembros; la NLPT, sin embargo, crea tribunales unipersonales para revisar las causas de menor cuantía; y, finalmente, la Corte Suprema, que conoce en casación.

LEGITIMACIÓN ACTIVA: LOS CASOS ESPECIALES

Los sindicatos pueden comparecer en causa propia, en defensa de los derechos colectivos, pero también, sin necesidad de poder especial, en defensa de sus dirigentes y afiliados en controversias de carácter individual.

Cuando se afecta el derecho a la no discriminación, el acceso al empleo o se quebranta la prohibición al trabajo forzoso o infantil, la acción puede ser emprendida por los propios afectados, pero también por una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales, caso en el que deben acreditar su solvencia ante el juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público.

Cuando se afecta la libertad sindical o el derecho de negociación colectiva, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponde a un grupo o categoría de prestadores de servicios, pueden accionar el sindicato, los representantes de los trabajadores o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

Lo destacable en todos estos casos, pero muy especial en los dos últimos, es que se rompe la vieja regla *Nemo iudex sine actore*, que en el Código Civil peruano se expresa así: "Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley". (Artículo VI del Título Preliminar).

Pues bien, este es el primer caso de disposición expresa que extiende el interés moral a determinadas personas en caso de derechos fundamentales.

TIPOS DE PROCESOS

La NLPT contiene procesos distintos: (i) ordinario; (ii) abreviado; (iii) impugnativo de laudos arbitrales económicos; (iv) cautelar; y (v) de ejecución.

De primera intención, parecería un exceso, pero sólo los dos primeros son

propriadamente complejos. Éstos, a grandes rasgos, se definen en atención a la cuantía, pues corresponden al abreviado los que no superan cincuenta Unidades de Referencia Procesal¹, y se tramitan ante el juez de paz letrado laboral, con revisión por el juez especializado laboral.

Sin embargo, también se sujetan al proceso abreviado, pero ante el juez especializado (con apelación ante la Corte Superior), los casos de reposición (por despido nulo) y aquellos que se refieren a la vulneración de la libertad sindical.

Se ha querido así conferir a estos casos un carácter urgente, un tratamiento más expeditivo.

El proceso ordinario se desarrolla en dos audiencias: la de conciliación y la de juzgamiento. En esta última se desahoga toda la prueba y, al término de la misma, luego de los alegatos, el juez debe emitir sentencia.

El proceso abreviado es en una sola audiencia, dentro de la que están inmersas la conciliación, la actuación de la prueba, los alegatos y la sentencia.

REGLAS DE CONDUCTA

El juez puede sancionar no sólo las conductas impropias de carácter externo, como interrumpir a quien hace uso de la palabra, abandonar injustificadamente la sala de audiencia, hacer uso del teléfono celular sin autorización, etc., situaciones que no influyen en el resultado del proceso.

Pero, en un salto cualitativo, que nos atrevemos a calificar de audaz, el juez puede extraer conclusiones derivadas de la conducta de las partes, atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada al no cumplir con las exhibiciones ordenadas, negar la existencia de documentación propia de la actividad económica, impedir o negar el acceso al juez, los peritos o comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, negarse a declarar o responder evasivamente.

Por eso, previsoramente, dispone que quien presta declaración en calidad de representante de una persona jurídica –y con mayor razón, si actúa a nombre propio– tiene el deber de acudir informado sobre los hechos que motivan el proceso.

De ese modo se impedirán respuestas evasivas, del tipo de “no me consta” o “me remito a los documentos”.

NOTIFICACIONES

Las notificaciones de todo lo que acontece en el proceso se deben realizar por vía electrónica, dejando de lado y superando el sistema de envíos personales

¹ Que en términos prácticos equivalen más o menos a seis mil quinientos dólares americanos (US\$ 6,500.00).

por mensajero. Sólo se notifican al modo tradicional la demanda y su auto admisorio (y algunas incidencias menores como la admisión de un tercero con interés, las medidas cautelares, etc.).

Para ello, es requisito de admisibilidad de la demanda y contestación, respectivamente, la consignación de una dirección electrónica.

La sola eliminación de los tiempos muertos que generan las notificaciones del estilo antiguo garantiza un avance en materia de celeridad.

OPORTUNIDAD DE LA PRUEBA

La prueba debe ser ofrecida con la demanda y con la contestación, respectivamente, lo que plasma el principio conocido como eventualidad o lealtad procesal. Sólo se admite prueba extemporánea cuando esté referida a hechos nuevos o que hubiesen sido conocidos u obtenidos con posterioridad.

Fuera de estos casos, la presentación inoportuna de prueba adicional no acarrea ninguna consecuencia, puesto que no puede servir de fundamento para la sentencia.

CARGA DE LA PRUEBA

Sin desmedro de que la carga de la prueba corresponda a quien afirma hechos que configuran su pretensión, la NLPT señala que, de modo paralelo, incumbe al demandado que sea señalado como empleador probar el pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extensión o inegibilidad; la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado; y el estado del vínculo laboral y la causa del despido.

Si bien se observa, el empleador debe probarlo todo... o casi todo.

PRUEBA DE OFICIO

La NLPT autoriza al juez a disponer prueba de oficio, cuando lo estime necesario. Esta facultad ya existía en la ley anterior, y muchos jueces la utilizaban, e incluso en el proceso civil, donde los jueces son reacios a su empleo.

Lo novedoso es que también pueden ordenar prueba los jueces de alzada, dentro de la moderna teoría del llamado proceso horizontal.

CONCILIACIÓN Y SENTENCIA PREVIA

La NLPT pone mucho énfasis en la conciliación, al punto de haber dispuesto una audiencia consagrada a procurarla. El juez, por mandato expreso, debe participar activamente a fin de que las partes solucionen sus diferencias total o parcialmente.

Lo novedoso es que si se produce acuerdo el juez lo aprueba –salvaguardando,

se entiende, los derechos irrenunciables— y emite de inmediato una resolución con carácter de cosa juzgada para disponer el cumplimiento de las prestaciones acordadas. Igual proceder está previsto cuando hay algún extremo no controvertido.

MEDIDAS CAUTELARES

La NLPT permite el acceso a cualesquiera medidas cautelares que pudieran ser eficientes al propósito buscado, que es asegurar de antemano la ejecutabilidad de un eventual fallo condenatorio; en tal sentido, enuncia algunas y abre la posibilidad a todas las demás que existan o puedan existir a futuro.

En especial destaca la reposición provisional, cuando lo que se discute es un despido nulo, y el pago de una asignación provisional durante el transcurso del juicio, respaldada con los fondos depositados de la Compensación por Tiempo de Servicios.

CASACIÓN Y EJECUCIÓN DEL FALLO

Sin extendernos en demasía en el recurso de casación, muy resistido por muchos por lo que puede implicar de retardo, lo rescatable es que su interposición no suspende la ejecución de la sentencia. Si se trata de obligación de dar sumas de dinero, la parte obligada puede solicitar la suspensión de la ejecución, a cuyo efecto debe depositar el importe reconocido o presentar una carta fianza renovable.

Con ello, si el recurso es desestimado, la ejecución es inmediata, sin dilación ni necesidad de mayor trámite.

II. ORALIDAD: PROCESO POR AUDIENCIAS Y LITIGACIÓN ORAL

Durante muchas décadas se ha vivido en el Perú, y acaso en todo nuestro continente, a la sombra de la ficción de que nuestros procesos laborales eran orales o, al menos, que lo eran de modo predominante. Tal parecía desprenderse de los textos legales que así lo predicaban.

La realidad discurría por otra senda. Aunque en la teoría tales procesos eran —y todavía son en la mayoría de países— sistemas mixtos, en la práctica siguen siendo escriturarios, porque la mayoría de las actuaciones se sigue haciendo en esa forma, y porque hasta aquellas actuaciones que se descargan de manera verbal terminan reducidas a actas y a escritos.

Se trata, en verdad, de una falsa oralidad, una “oralidad caricaturizada”, como dice Stafforini², que “como género híbrido carece de las respectivas ventajas de ambos tipos procesales; en ella se dicta, no se habla, y se dicta para que se lea, no para que se escuche, perdiéndose así simultáneamente las ventajas de la escritura y las ventajas de la oralidad”.

² STAFFORINI, Eduardo: *Derecho Procesal Social*, Editora Argentina, Buenos Aires 1995, p. 360.

Los actos que deben ser orales se transforman, por necesidades de la forma, en actos escritos, o peor aun, las actuaciones son leídas de viva voz.

La audiencia, cuando no puede concluir en una sola fecha, es descuartizada en oportunidades distantes y aisladas, rompiéndose su unidad.

La intermediación del Juez es apenas formal y las audiencias son un remedo de la oralidad, con ritos centenarios como los de los pliegos interrogatorios, etc. El Juez, además, se limita a expedir lo indispensable, sin asumir el papel protagónico que este proceso le impone.

La sentencia es pronunciada meses y hasta años después de realizada la audiencia, cuando el Juez no recuerda ni por asomo lo acontecido en su presencia.

Ese sistema, prevalente en la mayoría de países, conjuga lo peor de los dos sistemas: es más engorroso que el sistema escrito, porque demanda mucha presencia del juez, las partes y los abogados, y consume por ende mucho de su tiempo, pero no tiene las ventajas del juicio oral.

La falsa oralidad es peor que la escrituración y como sistema —o quizás sea mejor decir, como método— es en realidad un engorro y no una solución.

La oralidad, en efecto, no es un simple atributo o peculiaridad, sino un carácter que cimenta y califica todo un sistema procesal. Los sistemas suelen ser clasificados en dos grandes tipos: oral o escrito. Cuando la oralidad es acogida, pasa a ser el rasgo dominante, el elemento nuclear, la clave definitoria del proceso.

La oralidad exige y al mismo tiempo posibilita, es decir, condensa y es, a su vez, requisito para la consecución y la propia eficacia de otras características de gran importancia, pacíficamente atribuidas al proceso laboral: intermediación, concentración, sencillez e incluso celeridad, y uno más, al que no siempre se le reconoce la debida importancia: publicidad.

Lo que marca la diferencia entre ellos no es el que **todos** los actos dentro de cada cual deban desarrollarse forzosamente de manera oral o escrita, sino la forma cómo se relacionan las partes entre sí y, sobre todo con el juez, así como el modo cómo éste toma contacto y puede apreciar la prueba.

La oralidad no es, pues, la mera prevalencia de la expresión hablada sobre la escrita en el desarrollo de las actuaciones procesales, sino que constituye un sistema alternativo y distinto al del proceso escriturario.

Otro rasgo vital es la publicidad: cualquier persona puede presenciar la audiencia, que es abierta. La audiencia debe ser pública por una doble razón: en primer lugar, para que la sociedad, simbólicamente representada en el conjunto de los asistentes, puede ejercer un contralor sobre la imparcialidad y acierto del juez. Como el fallo debe ser proferido al término mismo de la audiencia, quienes la han presenciado se han formado su propio criterio, que no tiene por qué desentonar grandemente del que a su vez se forme el juez, si aplican ambos el sentido común. Siendo así, con los matices que la realidad impone, será difícil para un juez emitir una sentencia que contrarie lo que ha quedado

evidenciado de las actuaciones que todos han visto. Es, si se quiere, un freno subjetivo a la corrupción.

Pero además el juez –como también los abogados, por cierto– estarán rindiendo en cada audiencia una especie de examen de idoneidad. Aquel que no estudie de antemano el caso, que no lo conozca y domine en profundidad, que no planifique su actuación, organice sus interrogatorios, estudie lo necesario; aquel, en suma, que no prepare sus alegatos quedará evidenciado; saltarán a la vista su improvisación, su desconocimiento, su ignorancia, su ineptitud. Y no sólo frente al público presente, sino para la posteridad, ya que su actuación quedará registrada de modo indeleble en voz e imagen, a través de la grabación de la audiencia.

Por eso la publicidad es no sólo importante, sino necesaria. Sin ella el proceso oral perdería una de sus principales virtudes, y con ello su eficacia.

Lo que caracteriza al proceso oral, entonces, no es sólo que las cosas, en vez de escriturarse, se verbalicen, sino que todo el trámite se realice en audiencia, con la presencia indispensable e insustituible del juez, quien no es un espectador sino que pasa a ser el verdadero protagonista al dirigir, enrumbar y conducir todas las actuaciones, que deben llevarse a cabo y agotarse en un concentrado y mínimo número de diligencias.

Esta es una cuestión capital. Nada hay que sustituya, en la formación de criterio, a la percepción directa, en especial de los testigos. La reacción a las preguntas, la claridad de las respuestas, las dudas, las vacilaciones, los silencios son muchas veces más convincentes que el contenido formal recogido en el acta, que muchas veces se limita a un lacónico Sí o No, desprovisto de toda carga comunicativa.

Las sensaciones, las emociones, los sentimientos no se expresan sólo con palabras; es más, muchas veces se esconden o encubren detrás de las palabras. Hay, sin embargo, un metalenguaje que se trasunta en los gestos, los ademanes, los tics, y otras manifestaciones corporales, que tan magistralmente describió Sigmund Freud en su *Psicopatología de la vida cotidiana*, que son incontables a nivel consciente y, en razón de ello, más fidedignos que las palabras. Por lo demás, es regla conocida que la primera impresión es duradera y, casi siempre, la más acertada.

Al Juez laboral se le exige, además, una posición activa y diligente, en la que debe liderar el proceso, que es reconocido por eso como uno cuasi inquisitivo. Por tanto, al momento de la actuación de las declaraciones no puede esquinarse y recibir, de manera pasiva, el interrogatorio prefabricado de la parte que ofreció la prueba, ni la manifestación –muchas veces también prefabricada– del declarante, sino que tiene que intervenir en forma dinámica, siguiendo el vaivén de las preguntas y respuestas, y haciéndose una composición de lugar en la que los vacíos que surjan deben de ser colmados con la intervención del propio juez, cuyo deber es buscar la verdad real.

También los peritos deben comparecer, no para la ratificación ritual y superficial de lo que sentaron por escrito, sino para dar explicaciones, absolver dudas, responder a cuestionamientos y, en general, hacer patente no sólo el

resultado de sus opiniones, sino la manera como se formaron, el método que siguieron, el decurso de sus indagaciones y el razonamiento que guió a la formación de su criterio, nada de lo cual se traduce en el peritaje, que suele ser un instrumento conciso y poco ilustrativo de ese desarrollo subjetivo.

El proceso oral se desenvuelve sobre la base de determinadas premisas u objetivos.

III. USO INTENSIVO DE LA TECNOLOGÍA

NOTIFICACIONES

El sistema tradicional de notificación de las actuaciones procesales es engorroso, lento y costoso. Aunque parezca increíble y hasta asombroso, cualquier notificación, la más simple de ellas, genera la participación de no menos de 18 o 20 personas, cada una de las cuales cumple un papel necesario, pero que va generando recargas de tiempo y, por ende, ralentamiento del trámite. Si cada una de ellas, por decir, necesitara medio día para cumplir su faena, sólo con eso tendríamos una dilación de 9 o 10 días útiles.

Estos tiempos muertos son parte de las causas que generan morosidad en la administración de justicia.

Con la NLPT hay una sola notificación necesaria: la del traslado de la demanda; todas las demás se practican de modo presencial. Así, en la audiencia de conciliación se señala día y hora para la de prueba; en ésta se señala día y hora para la entrega de la sentencia, y así sucesivamente.

Además, es requisito de admisibilidad de la demanda y de su contestación que se indique la dirección de correo electrónico en que se practicarán cualesquiera otras notificaciones, si las hubiere.

FILMACIÓN DE LAS ACTUACIONES

En vez del vetusto método de levantamiento de actas de cada diligencia, que recarga la duración de las mismas y el trabajo físico de los auxiliares y del propio juez, con la NLPT aquellas serán filmadas, y lo que quedará será un registro magnetofónico. Las partes podrán obtener copia de tal registro, para su propio uso.

De ese modo, a más de disminuir la carga de trabajo, se obtendrán grandes ahorros de tiempo, ya que las audiencias podrán discurrir de manera continua, sin el engorro del labrado de actas.

PLANILLA ELECTRÓNICA

Como en el Perú se ha ya sustituido la tradicional planilla de pago de remuneraciones, que antaño se llevaba en forma manual y fue luego informatizada, que es remitida periódicamente al Ministerio de Trabajo, el Juez podrá obtener en forma inmediata el acceso a la misma simplemente ordenando que dicho Ministerio la ponga a su disposición por vía telemática.

De otro lado, cuando existía una sola planilla física y el empleador tenía varios juicios simultáneos, era materialmente imposible revisar las planillas mientras no fueran procesadas en el primero de ellos, y así sucesivamente.

Hoy, con la planilla electrónica, ésta puede ser enviada en forma simultánea a todos los juzgados en que se ventilen procesos contra un mismo empleador.

CÁLCULO DE BENEFICIOS

Una de las tareas más pesadas para el juez es calcular el monto de las prestaciones que se discuten, y que habrá de ser uno de los componentes necesarios de su posterior fallo. Ello genera una indeseable dependencia del juez en relación con sus auxiliares, ya que requiere del auxilio profesional de un experto en contabilidad.

La NLPT dispone un sistema informatizado para dichos cálculos, el cual, como es obvio, estará a disposición de cada juez, quien, con ese apoyo material, podrá realizar los cálculos, o en todo caso verificar con certeza los que se le presenten.

JURISPRUDENCIA CLASIFICADA

La NLPT dispone que el Poder Judicial deberá colocar en sus portales informáticos las sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante.

En este punto la NLPT peca de timidez: debió disponer que toda la jurisprudencia, no sólo la vinculante, sea puesta a disposición de los usuarios, en forma clasificada y sistematizada. No es un esfuerzo excesivo; basta la buena voluntad y la decisión de realizarlo.

EXPEDIENTE ELECTRÓNICO

No está enunciado en la NLPT pero es una consecuencia necesaria de la misma que, si no en tiempo inmediato, pero en plazos razonables, se sustituya de modo integral el expediente de papeles por el expediente electrónico, al cual puedan acceder en forma directa los interesados, sin necesidad de personarse físicamente al local del juzgado.

Los ahorros se darán en tiempo, en papel y en dinero. Pero, sobre todo, en eficiencia.

No tenemos duda de que con el solo uso intensivo de la tecnología hoy disponible –y sin pensar todavía en la que sobrevenga, que no dudamos será todavía más sorprendente– las ventajas en términos de celeridad y eficiencia nos hacen avizorar un proceso pletórico de beneficios para los litigantes, para los jueces y, por ende, de la administración de justicia.

IV. EL ROL PROTAGÓNICO DEL JUEZ

El Juez, como la NLPT proclama con vigor inusitado, tiene un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso.

Dentro del esquema dispositivo, los protagonistas son los abogados, que cruzan e intercambian escritos y recursos. El Juez permanece oculto, en la soledad de su despacho, como una especie de *convidado de piedra*, figura retórica a la que se ha acudido con frecuencia para hacer evidente su pasividad.

Con el nuevo esquema procesal eso debe cambiar sustantivamente. El Juez, como la NLPT se encarga de destacar, debe evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procura alcanzar la igualdad real de las partes, haciendo patente otro de los principios del Derecho Procesal del Trabajo, el principio protector.

Debe, así mismo, privilegiar el fondo sobre la forma e interpretar los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso. Ello debe llevar a la erradicación de esa malsana costumbre de declarar nulidades, muchas veces por razones nimias o superables, y además imponen al Juez el deber de impulsar el proceso en todas sus etapas.

EL CONTROL FORMAL Y SUSTANCIAL DEL PROCESO

Para ello, la NLPT ha dotado al Juez de poderes muy especiales, tanto para el debido control de los actos formales del proceso, en especial de la audiencia, cuanto, sobre todo, de los aspectos sustanciales del mismo.

Así, debe cuidar que se observen y respeten las reglas básicas de la convivencia civilizada, impidiendo los agravios de palabra u obra, las interrupciones, el uso de teléfonos celulares, el abandono injustificado de la sala de audiencia, así como cualquier expresión de aprobación o censura.

En consonancia con esta facultad, el Juez puede aplicar multas y otras medidas (denuncia ante la Corte Superior, el Ministerio Público o el Colegio de Abogados) a quienes incurran en infracciones de tipo formal.

Pero, en lo que constituye un avance en profundidad, puede sancionar a quien alega hechos falsos, ofrece medios probatorios inexistentes, obstruye la actuación de las pruebas, genera dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia o desobedezcan las órdenes que haya impartido.

Hay más, sin embargo: el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta observada por éstas en el proceso, lo cual es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada.

ACTIVIDAD PROBATORIA

Las pruebas son naturalmente ofrecidas por las partes –con la demanda y con la contestación, respectivamente– y actuadas en la audiencia respectiva.

El Juez, sin embargo, tiene capacidad para ordenar excepcionalmente la práctica de alguna prueba adicional, y su decisión al respecto inimpugnable.

Al señalar la NLPT que no puede ser invocada esta facultad en casación, de manera implícita está determinando que sí lo pueda en la segunda instancia

de modo que el revisor podría basar un fallo revocatorio en prueba que no fue conocida por el juez inicial.

Esto está en línea con la moderna doctrina de lo que se ha dado en llamar la justicia horizontal.

En cuanto al juez de la primera instancia, la potestad de disponer prueba de oficio puede ser ejercitada en cualquier momento, antes incluso de que se haya llevado a cabo la audiencia de juzgamiento.

Pero la actividad del juez no se restringe a disponer prueba de oficio, sino que es quien lleva adelante, en la audiencia, la actuación de las pruebas de partes.

El juez puede —en cualquier momento— interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes (testigos, peritos). Para ello, en la audiencia toma juramento conjunto a todos ellos, con lo cual todos quedan expeditos para intervenir, a requerimiento del juez, cuando éste lo estime necesario y pertinente.

Por eso la NLPT dispone que no se requiera de pliego interrogatorio, ni para la declaración de parte, ni para la de testigos, porque las preguntas deben ser formuladas por el juez, las partes y sus abogados, en forma libre, directa, espontánea.

En eso tendrá el juez una especial responsabilidad, no sólo porque deberá preparar de antemano el Plan del Caso, al cual se sujetará su actuación y la de las partes y sus abogados, sino porque su accionar se llevará a cabo frente al público y quedará además registrado en imagen y palabra, de modo que quien vaya imprevisto o improvisado quedará expuesto a la crítica y a la evaluación de desempeño que podrán hacer los jueces de las instancias superiores.

CONCILIACIÓN

La NLPT coloca en el juez no sólo una facultad, sino un deber, en torno a la conciliación. Para ello, para darle realce y viabilidad a la misma, le dedica virtualmente una audiencia entera.

El juez debe participar activamente, formular propuestas, incorporarse subjetivamente en la búsqueda de ese acuerdo, con la confianza de que las propuestas que formule no comprometen su posición, ni implican adelanto de opinión.

Hay en la NLPT un cúmulo de atributos para el juez, que tendrá, en palabras de la misma, un rol protagónico. Será, pues, el elemento central, alrededor de cuyo comportamiento y experticia girará la audiencia y, con ella, el proceso todo.

Para culminar esta actuación estelar, el juez tendrá que emitir su fallo al término mismo de la audiencia, lo que le impone la necesidad, que es la piedra de toque del nuevo proceso, de prepararse en el conocimiento profundo y sistemático de la materia involucrada en el litigio, de sus complejidades y vacíos, de los aspectos esenciales en fondo y forma, única manera de que el nuevo sistema procesal nos lleve, como es su propósito, a una justicia laboral no sólo expeditiva, sino fundamentalmente eficaz.

El Proceso Laboral en la República Argentina

Jorge RODRÍGUEZ-MANCINI

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

Resumen

I. Un informe sobre la actualidad del proceso laboral en la República Argentina requiere una aclaración previa referida a que conforme con el régimen federal de gobierno, la aplicación de las leyes comunes —que incluye obviamente a las del derecho del trabajo— compete exclusivamente a la Nación o a las provincias según que las personas se hallen radicadas en el territorio propio de cada una de estas jurisdicciones y pertenezcan al ámbito privado o estatal. Por lo tanto en cada una de ellas los órganos legislativos correspondientes regulan el procedimiento judicial que se utilizará en los conflictos que se basen en las normas laborales¹.

En función de esta localización del procedimiento es que se registran diversos modelos de organización judicial y consiguientemente de normas procesales. En el orden nacional la justicia del trabajo funciona con ochenta juzgados unipersonales en la Capital Federal y jueces federales en las provincias, cuyas sentencias son recurribles a una cámara de apelaciones (dividida ésta en diez salas de tres miembros cada una) para la Capital Federal y cámaras federales en las provincias².

En las provincias, para los asuntos laborales comunes se han implementado en algunas provincias, tribunales unipersonales, procedimiento escrito, con recursos a cámaras con número distinto según las densidades poblacionales. En otras provincias se organizó la justicia laboral con tribunales colegiados, de única instancia, con procedimiento oral.

Como se ve es muy variada la organización, producto obviamente del sistema constitucional que fue mencionado.

¹ La materia comprendida es exclusivamente la de derecho del trabajo y no abarca, por lo tanto, lo propio del derecho de la seguridad social para cuyos conflictos opera la justicia federal de la seguridad social.

² La competencia federal en el territorio de las provincias en materia laboral se circunscribe a los conflictos originados en relaciones laborales dentro de organismos federales que funcionen en esos territorios locales.

II. Apesar de esa variedad puede afirmarse que se presenta en el ordenamiento procesal laboral un dato uniforme: en ningún caso se ha instrumentado un procedimiento que aspirara a presentar el derecho procesal aplicable a los juicios laborales como una rama independiente del derecho procesal laboral y particularmente de una de sus manifestaciones que es el procedimiento civil. Y esto se observa desde el nacimiento de las primeras normas procesales para los juicios laborales en el año 1944³ en todas las cuales se constata que las normas especiales que regulan ese proceso, se complementan con las propias de los códigos procesales que se aplican en los juicios civiles, comerciales y semejantes. Es que en mi opinión –y como digo no existen antecedentes importantes de cuestionamientos del sistema– el derecho procesal para los juicios en los que se debaten cuestiones propias del derecho del trabajo, no representa una rama independiente. Ni la Constitución Nacional ni otras de rango semejante imponen distinguos, diferencias o privilegios para la parte trabajadora en esta función jurisdiccional del Estado, salvo la resultante, como ya expliqué, del sistema federal y por ello todos los tribunales integran el poder judicial de la Nación o de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Que la propia Constitución distinga en su mandato al legislador cuerpos diferenciados del derecho material y en eso reconozca la autonomía del derecho del trabajo, como de las otras ramas, no debe llevar a trasladar una diferenciación semejante, a los instrumentos que dispone el Estado para efectivizar los derechos que derivan de las leyes. Todos los principios de protección especial para el trabajador se encuentran insertos en las leyes que regulan la relación pero no alcanzan a los procedimientos en los que se discute su aplicación, en los cuales media el equilibrio propio de un juicio judicial. Las directivas básicas del derecho del trabajo como la de norma más favorable, de interpretación de hechos y derecho a favor del trabajador, etc., no son normas procesales sino sustanciales que obviamente deben ser respetadas por el juez cuando aplica el derecho pero son ajenas al desenvolvimiento de los sujetos en el proceso en el cual la regla es la igualdad. En las normas procesales laborales se observan, eso sí, *adaptaciones* de los principios del derecho procesal general como sucede con la concesión de amplios poderes al juez para la dirección y vigilancia del proceso, con impulsión del procedimiento de oficio y la perentoriedad de los plazos, la aportación de una sola vez de todos los medios de ataque y defensa, la facultad de disponer de medios de prueba por el juez para llegar al esclarecimiento de la verdad de los hechos, la deseable inmediatez del juez con las partes y las pruebas, y aun el poder de fijar el monto de la condena con prescindencia de la reclamación, aunque en todo ajustado a los que las normas dispongan en punto a la acción ejercida; también se opera la limitación de los recursos. Y de tal modo se puede observar como estas *técnicas* que no alteran la sustancia de la rama procesal, se han ido incorporando también a los

³ En el año 1944 se dictó el decreto 32.347/44 por el cual se instalaron los primeros tribunales laborales con competencia exclusiva en la Capital Federal y se reguló el procedimiento respectivo. A partir de allí las provincias hicieron lo propio, cada una con la modalidad preferida pero siempre con la misma base de considerar el procedimiento para juicios laborales como especial dentro del procedimiento general civil y comercial al cual en innumerables hipótesis se disponen remisiones y sin que se introduzcan importantes variaciones acerca de los mecanismos de la apreciación de la prueba o de los derechos de las partes del proceso.

procedimientos civiles y comerciales, en una manifestación clara de la dirección publicística de la legislación procesal moderna.

III. El análisis de los resultados de esta variedad de organización y de procedimiento se puede formular teniendo en cuenta como índice de valoración la indispensable celeridad en el proceso y el respeto del máximo de garantías en la defensa de los derechos de los litigantes. Desde ya señalé que las pretendidas ventajas del procedimiento oral sobre el escrito para obtener justicia rápida y eficaz, han quedado superadas por otro elemento que considero sustancial tanto para uno como para otro modelo y es el referido a la proporción tribunales/litigios. Mientras esta referencia no se logre mantener en equilibrio adecuado, resultará lo que se constata en nuestro territorio. En los ámbitos donde la conflictividad judicial se ha desarrollado paralelamente con la concentración urbana y naturalmente económica, aquel desiderátum de justicia rápida ha sido totalmente excedido y esto tanto para donde impera el procedimiento escrito como oral. Las estadísticas revelan que sólo en lugares de escasa población y desarrollo industrial, se puede pensar en obtener sentencia definitiva en menos de un año de tramitación. En el resto, afectado por la mencionada fractura de la proporción, los lapsos pueden extenderse por muchos años.

Sin duda que este fenómeno no es ajeno al desarrollo de la apuntada conflictividad judicial originada a su vez por distintos factores que cabe distinguir.

Por un lado debo marcar un vicio social que lamentablemente caracteriza el comportamiento general –no exclusivamente laboral– constituido por el marcado incumplimiento de la ley. Se trata de un fenómeno profundamente analizado por sociólogos, moralistas, juristas, en todos los campos del comportamiento social y que en el propio de las relaciones laborales se presenta de manera puntual, aunque como ya lo aclaré, no exclusiva. El incumplimiento referido reconoce, sin duda, específicamente en el campo laboral, causales variadas relacionadas con costos, con excesivas reglamentaciones que no distinguen las dimensiones de las unidades empresarias, la legislación cambiante y a veces ausente, la exacerbación de expectativas nacidas de interpretaciones extremas, alicientes económicos indebidos, etc.

Sobre esta base es natural que se desarrolle un incremento conflictivo que no puede ser cubierto con un servicio de justicia eficiente y rápida.

Se han intentado, con resultado interesante aunque con grietas jurídicas importantes, el desarrollo de sistemas de solución extrajudiciales intentados en instancias conciliatorias obligatorias, que han atenuado la proporción de conflictos que llegan a los tribunales de la Capital Federal⁴.

IV. En este panorama descrito con la generalidad que permite este informe y por lo tanto expuesto a insuficiencias inevitables, debo añadir otros aspectos relevantes en la fenomenología del proceso laboral de mi país.

⁴ En otras jurisdicciones esa instancia conciliatoria es voluntaria.

En primer término –sin duda vinculado con el crecimiento numérico de tribunales como consecuencia del desarrollo de la conflictividad anotado– debe tenerse en cuenta que es inevitable que en la producción jurisprudencial aparezcan interpretaciones y aplicaciones del derecho sustancial con variadas direcciones. De por sí y a pesar de las directivas y principios en que se sustenta el derecho del trabajo, no puede soslayarse la necesaria libertad interpretativa a cargo de los jueces en el campo de la aplicación concreta de la norma al caso. A partir de ello resulta que según el tribunal de segunda instancia que toque intervenir –donde hay procedimiento de doble instancia y la cámara se integra con distintas salas que intervienen según turnos sorteados– será la lectura y aplicación de la norma de donde resultan conclusiones que difieren de las elaboradas por otros jueces que integran el mismo tribunal⁵.

Indiscutiblemente este resultado de una intención de mejorar el servicio con más jueces tiene el riesgo apuntado para lo cual la ley nacional para los tribunales nacionales de la Capital Federal, ha previsto un procedimiento de unificación de doctrina mediante lo que se denomina “plenario” del tribunal de apelaciones. Ahora bien, el remedio que es lógico y correcto no contempla la situación que ha aparecido a medida que el aludido tribunal de apelación ha ido aumentando sus miembros hasta llegar a un número –en el caso de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal son actualmente treinta miembros– que hace sumamente dificultoso alcanzar tales pronunciamientos plenarios que se definen por votación. El trámite de un recurso que persiga esa unificación puede insumir años y por lo tanto resulta uno más de los instrumentos frustrados por la cantidad de juicios y de jueces.

Otra observación que considero necesario tener en cuenta para evaluar un sistema judicial y de procedimiento cuando se ha adoptado, como ocurre en algunas provincias argentinas, el sistema de *oralidad ante tribunal colegiado de instancia única*, sólo susceptible de recurso extraordinario por violación de la ley, es el de la indispensable instrumentación de medios de registro grabados de lo actuado en las vistas que se celebran ante el tribunal. De otro modo, sin registro escrito, sin registro grabado (cintas o imágenes) resulta altamente riesgoso para las partes que la sentencia sea producto de la discrecionalidad y también la arbitrariedad de los jueces cuyas afirmaciones no hay modo de enfrentar. El eventual recurso –cuando proceda por el cuestionamiento de la interpretación legal o de su doctrina– no podrá basarse en falsedades de hechos que no han sido probados, o en dichos de testigos que han sido tergiversados, etc., conculcando de tal modo otro de los derechos fundamentales constitucionales cual es el de defensa en juicio.

Diciembre 2010.

⁵ Lo mismo sucede cuando esa diversidad interpretativa se constata entre tribunales nacionales y provinciales o de éstos entre sí. Y esto obviamente que afecta una de las garantías constitucionales suprema cual es la de igualdad ante la ley. Pero es el fruto del régimen federal que no admite casación en temas del derecho no federal.

Doctrina del Trabajo

REVISTA DE ECONOMÍA

Publicada por el Instituto de Estudios Económicos de la Universidad de Chile
y el Departamento de Economía de la Universidad de Chile

Sumario

La reforma laboral en Chile: un análisis de los efectos
económicos y sociales de la ley de fomento al empleo
en el sector privado y público. Por: Carlos Cerda
Elaboración de la encuesta de hogares y el estudio
de la fuerza de trabajo. Por: Roberto Díaz
Elaboración de la encuesta de hogares y el estudio
de la fuerza de trabajo. Por: Roberto Díaz

Doctrina

El presente artículo, que se titula "Doctrina del Trabajo", trata de los aspectos económicos y sociales de la ley de fomento al empleo en el sector privado y público. El autor, Carlos Cerda, analiza los efectos de esta ley en el mercado laboral chileno, considerando tanto el sector privado como el público. El estudio se basa en datos de la encuesta de hogares y el estudio de la fuerza de trabajo, que permiten evaluar el impacto de la ley en el empleo y en las condiciones laborales. El autor concluye que la ley ha tenido un efecto positivo en el empleo, pero que aún queda mucho por hacer para mejorar las condiciones laborales y la productividad en el sector privado.

El presente artículo, que se titula "Elaboración de la encuesta de hogares y el estudio de la fuerza de trabajo", trata de los aspectos metodológicos de la encuesta de hogares y el estudio de la fuerza de trabajo. El autor, Roberto Díaz, describe el diseño de la encuesta, la selección de la muestra, la recolección de datos y el procesamiento de la información. El estudio se basa en datos de la encuesta de hogares y el estudio de la fuerza de trabajo, que permiten evaluar el impacto de la ley en el empleo y en las condiciones laborales. El autor concluye que la encuesta ha sido una herramienta valiosa para el análisis de la fuerza de trabajo y el mercado laboral chileno.

Doctrines

Un siglo de avances y frustraciones en el Derecho del Trabajo

Efrén CÓRDOVA

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

Sumario

La industria como hábitat del derecho del trabajo. De cómo surgieron los elementos de la subordinación y la protección. Un ascenso rápido y progresivo. Los grandes cambios. Flexibilización y desregulación. El trabajo informal. Diversificación. La globalización. Los otros cuestionamientos. Repercusiones sobre las relaciones colectivas. A guisa de conclusiones.

Siempre he sostenido que el Derecho del Trabajo nació hace cerca de un siglo en el período que va desde la constitución de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 hasta el fin de la República de Weimar en Alemania en 1933. La OIT le dio jerarquía al nuevo derecho; los profesores alemanes le imprimieron sistematización. Las que eran dispersas normas laborales pasaron a ser una disciplina académica, sujeta a estructuras lógicas y principios coherentes. La idea de que la relación de trabajo era asimilable al arrendamiento de servicios y pertenecía por tanto al derecho civil quedó descartada para siempre.

Lo que había antes corresponde a dos etapas formativas: primero la de las incipientes leyes tutelares cuyo comienzo puede remontarse a la *Moral and Health Act* dictada en Inglaterra en 1802; segundo la de la agrupación en un solo texto legislativo de todas las medidas regulatorias o protectoras de un mismo sujeto trabajador como fue la ley francesa de 1841 relativa al trabajo de niños y mujeres. Legislaciones relativas en general a la relación individual de trabajo fueron apareciendo en otras sociedades industriales del siglo XIX. Las que reconocieron la legitimidad del ejercicio de los derechos colectivos datan de la segunda mitad de ese siglo. (En Francia, por ejemplo, en las leyes de 1864 y 1884; en los E.U. tras la decisión judicial *Commonwealth vs. Hunt* de mediados de siglo). Es probablemente con referencia a esta etapa formativa

que hay autores como Mario Ackerman que hablan de 200 años de existencia de nuestra disciplina¹.

¿Qué habían sido hasta entonces los estudios de derecho del trabajo? No sería exagerado decir que se habían limitado a la exégesis de los textos legislativos que en forma esporádica se habían estado dictando desde los primeros años del siglo XIX. Tómese a Francia como ejemplo y se verá la índole todavía incipiente y tentativa de las obras que antes de 1930 se consagraban a nuestra disciplina. Paul Pic se esforzaba aún por separar la legislación obrera de la industrial y pensaba que la primera era una especie de economía social aplicada. George Scelle consagraba la mitad de su obra al recuerdo histórico de la evolución de la clase obrera y de la aparición de las primeras leyes. George Bry sufría aún del temor de llamar derecho a la materia que trataba y prefería titular sus libros como manuales de las leyes que regían el trabajo industrial.

No podía encontrarse entonces la consistencia que caracteriza un cuerpo de conocimientos regido por principios. El estudio de la regulación legal se estimaba aún tan raquítico que usualmente se acompañaba con la explicación de las doctrinas sociales; el concepto de asalariado aún tomaba el lugar del de trabajador dependiente; la discusión relativa a las relaciones colectivas se centraba en el examen de las coaliciones, de las huelgas y de los paros; el concepto de legislación de clase seguía predominando; la discusión de los seguros sociales se hacía bajo la forma de instituciones de patronaje (Pic) o de solidaridad social, tutela y educación (Scelle).

Algo más, es cierto, había avanzado la doctrina italiana con Barassi, Balella, Luisa Riva Sanseverino y Santoro Passarelli, pero sus enfoques del derecho colectivo fueron pronto distorsionados por la influencia corporativista. Poco o nada podía decirse de la doctrina británica y norteamericana, bastante rudimentarias en sus concepciones juslaboralistas. En los Estados Unidos no hubo hasta 1935 ni siquiera un texto legal importante que comentar. En Gran Bretaña hubo que esperar la llegada de Otto Kahn-Freund para que alcanzaran un cierto nivel los estudios de derecho del trabajo.

Todo esto cambia con la contribución que hizo Alemania de 1919 a 1933. Los profesores de Weimar dieron por evidentes las características de ajenidad y voluntariedad y prefirieron adentrarse en los factores ético-jurídicos e históricos que matizan la relación de trabajo. Supieron definir mejor los fundamentos y lineamientos del derecho laboral y sistematizar sus instituciones. Identificaron la subordinación como el elemento clave de la relación de trabajo, establecieron las bases de la participación, la negociación, la acción concertada y los otros elementos de las relaciones colectivas de trabajo y procuraron utilizar un enfoque sociológico de protección para comprender la naturaleza del derecho del trabajo.

¹ M. Ackerman et al.: *El futuro del Derecho del Trabajo*. (Buenos Aires: Zavalla, 1997), p. 15.

LA INDUSTRIA COMO HÁBITAT DEL DERECHO DEL TRABAJO

Esos estudiosos del trabajo advirtieron ante todo que la legislación del trabajo había sido concebida en función de la gran industria y de los efectos sociales que ella irrogaba. Tan estrecha fue esa conexión que algunos laboristas lo llaman vástago de la industria y otros lo califican como producto neto de la revolución industrial ocurrida en el siglo XIX. Tómese el término industria en el sentido estricto de manufactura o maquinofactura o considéresele como equivalente al conjunto de empresas dedicadas a producir y circular riquezas fue en el seno de esa industria que se crearon las condiciones que dieron vida al derecho laboral. Fue entonces en los talleres de seda de Lyon, en los altos hornos de Lieja, en las hilanderías y en las fábricas textiles de Manchester y en las empresas metalúrgicas de la Alta Sajonia donde primero se sintieron las secuelas de la revolución industrial. En esos sectores se escenificaron los episodios más dramáticos de la explotación del obrero por los triunfantes capitanes de industria. Allí se incubó la lucha de clases que desde mediados del siglo XIX casi alcanzó las proporciones de un estado de guerra y allí salieron las voces de protesta que dieron vida a las más radicales doctrinas sociales.

Documentar el nexo industria-derecho del trabajo es fácil de ilustrar. Tómese por ejemplo el caso de Inglaterra, país que estaba entonces a la cabeza del desarrollo industrial: a los conflictos del trabajo se les llamaba *industrial disputes*, a los tribunales del trabajo se le conocía como *industrial courts* y a los consejos paritarios de consulta se les designaba como *industrial councils*. En 1919 cuando se creó la OIT su Constitución ciñó su competencia a las cuestiones de la industria y del trabajo².

Todavía en los primeros años del siglo pasado muchos pensaban que la industrialización estaba destinada a ser la actividad económica preponderante llamada a absorber trabajadores de otros sectores y a expandirse por todo el mundo. Grandes juristas como Lyon-Caen y Camerlynk afirmaban que llegará un día en que toda persona física tendrá la calidad jurídica de asalariado. Cuatro notables economistas americanos (Kerr, Dunlop, Harbison y Myers) escribieron en 1960 su clásico *Industrialism and the Industrial Man*.

La legislación del trabajo tomó entonces como modelo o prototipo de sus regulaciones al trabajador asalariado que reflejaba la circunstancia industrial del momento. También lo hicieron las doctrinas sociales más radicales las cuales convirtieron al obrero en héroe de la lucha de clases. El marxismo, por ejemplo, articuló gran parte de sus postulados sobre la hipótesis del predominio de la industria. Léase el *Manifiesto Comunista* y se verá cómo en su primera parte la palabra industria se menciona más de 30 veces. Marx habla mucho de la revolución industrial en el primer tomo de *El Capital* y lo mismo hizo Engels en *La situación de la clase obrera en Inglaterra* publicada en 1845. En ambos casos el enfoque fue un fenómeno históricamente explicable pero conceptualmente erróneo o cuestionable.

² Artículo 10-2-d.

Esa situación (anterior a Weimar) de leyes aisladas e inconexas y de normas que aparecían al azar de presiones y temores, inevitablemente tenía que terminar bajo la influencia de los juristas alemanes³. Hacía falta ordenar la materia normativa existente, establecer directrices y darle una identidad propia a la novel rama del derecho. Los juristas de Weimar identificaron al elemento de la **subordinación** como característica central de la disciplina y lo combinaron con un principio que habían heredado de la etapa formativa del derecho laboral: **el principio protector**. Entre ambos elementos visualizaron la existencia de una relación de poder que jugaba un papel importante en la dinámica del trabajo moderno.

DE CÓMO SURGIERON LOS ELEMENTOS DE LA SUBORDINACIÓN Y LA PROTECCIÓN

Fue en el momento de apogeo de la industria cuando la legislación del trabajo se constituyó en disciplina jurídica autónoma. Y fue entonces que bajo el signo de la subordinación se marcaron los límites del nuevo derecho y también se engendraron las condiciones que hoy sitúan a la gran masa del sector informal al margen del derecho⁴.

La selección de la subordinación como punto clave del nuevo derecho se fundaba en la lógica misma de la industria⁵. Las operaciones industriales suponen ante todo una organización del talento y una coordinación de las aptitudes de los que van a participar en ella. La transformación de materias primas en productos elaborados no es una operación sencilla. Requiere una dirección inteligente y centralizada capaz de seleccionar y reclutar al personal adecuado y de dar órdenes e instrucciones necesarias para el mejor funcionamiento de la empresa. El hecho de que ello deba hacerse de manera sistemática, con vista a guiar, conducir, controlar y supervisar con eficacia el centro de trabajo significa que el director o regente de esa empresa esté investido de autoridad y pueda darle carácter vinculante a sus instrucciones. Es cierto que también reciben instrucciones los empleados de comercio y los trabajadores agrícolas pero ellas son más simples, requieren menos coordinación y permiten una cierta autonomía. En la industria, en cambio, quienes reciben las órdenes están obligados a observarlas lo que significa que esa autoridad, que es en principio discrecional, puede ser usada también de modo arbitrario o abusivo. Y fue así como la subordinación se convirtió en la puerta de entrada del Derecho del Trabajo y éste enlazó su destino con el de la industria.

Se quiso proteger al trabajador subordinado o dependiente que se estimaba indefenso e hiposuficiente al tiempo que se presumía iba a ser el mayoritario o predominante. Se quiso asimismo dotar a esos trabajadores con armas de

³ Vale citar al respecto a Sinzheimer, Hueck, Nipperdey, Kaskel, Dersh y Molitor.

⁴ Esa configuración del derecho laboral alrededor de la subordinación fue pronto conocida en América Latina pero su mayor difusión se alcanzó en los años 30 del pasado siglo cuando en México Mario de la Cueva, que había hecho sus estudios de post-grado en Alemania y Ernesto Krotoschin, que había sido ayudante de Kaskel en Berlín, publicaron sus excelentes tratados.

⁵ Véase E. Córdova: "El papel de la industrialización y el principio de subordinación en la evolución de la legislación laboral" en *Evolución del pensamiento juslaboralista* (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997) p. 123.

autodefensa basadas en los nexos de solidaridad que se establecen en los centros fabriles.

No todos los juslaboralistas alemanes le imprimieron carácter excluyente al factor de la subordinación. Hubo uno, Lotmar, que trató de buscar otro signo o elemento de la prestación de trabajo que sirviera para comprender todas las modalidades de realización del trabajo humano. Lamentablemente sus esfuerzos fueron infructuosos.

Con el tiempo, sin embargo, la rigidez con que se siguió aplicando el elemento de la subordinación dejaría fuera del Derecho del Trabajo a numerosos trabajadores y conduciría a un encogimiento de su campo de aplicación.

Por su parte el principio protector surgió para favorecer al trabajador en caso de dudas sobre la interpretación de una norma laboral. Su ámbito de aplicación era judicial y se concibió en términos de *in dubio pro operario*. De ese modesto origen pasó a convertirse calladamente en factor de índole legisferante. De principio hermenéutico pasó a ser fuente inspiradora de normas. Ya no era sólo la norma preexistente sino la creación de nuevas normas lo que constituía su función principal.

La rama laboral del poder judicial se ha mantenido fiel, en términos generales, al espíritu protector. (En Francia, por ejemplo, el 65 por ciento de los casos sometidos a los tribunales son resueltos en favor de los trabajadores).

Ha pesado mucho el recuerdo del mísero espectáculo de la condición obrera (en el siglo XIX). Los laboristas acogimos con entusiasmo el nuevo giro de amparo y protección. El trabajador se convirtió en figura principal, el sindicalismo en la asociación más noble, las huelgas ya no eran sólo la prueba de fuerzas entre la cesación colectiva del trabajo y la capacidad de resistencia del empleador. Ahora se desdoblaba en síndrome social de tintes bélicos. Las huelgas fueron acompañadas de los medios auxiliares (el picketing o piquete, el boicot y el sabotaje). Sólo este último se tildó de ilícito. En Uruguay se llegó a declarar lícita la llamada huelga trombosis, la rotativa y la intermitente⁶. En Italia hubo largos períodos (como el otoño caliente de 1980) en los que las huelgas proliferaban por doquier. En los E.U. hubo una época en que la mayor parte de los empleados públicos incluyendo bomberos y policías pusieron sus ojos en la huelga. (Hoy la huelga es permisible al nivel de muchos estados, pero está prohibida para los empleados federales).

Habría mayor o menor razón para la pertinencia de una regulación tutelar de proyección general pero la contraposición que caracteriza al sistema capitalista, la desigualdad innata de las partes y el margen para el abuso y la injusticia se concertaron para conferir legitimidad al principio protector del trabajador. Y esa constatación oriunda del siglo XIX fue extendida a todas las épocas por los laboristas de las primeras hornadas.

⁶ Santiago Pérez del Castillo: *El derecho de la huelga* (Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 1993), p. 331.

Mas como sucedió con la subordinación, la necesidad de una protección dejaría después de tener la misma urgencia y razón de ser en la moderna organización del trabajo.

UN ASCENSO RÁPIDO Y PROGRESIVO

Ya constituida en disciplina académica con aires de ciencia, legisladores y laboristas se dieron a la tarea de completar su contenido y extender sus límites. El impulso principal lo dio el principio tutelar. El progreso se efectuó también en su formato con la adopción de compilaciones, consolidaciones y códigos. (El código francés de 1910 no fue más que una recopilación parcial). También fue la conjunción de sistematización y protección la que condujo a la constitucionalización de los grandes principios del nascente derecho cuya tendencia estuvo avalada por los precoces ejemplos de Querétaro (1917) y Weimar (1919).

El Derecho del Trabajo avanzó rápido. La jornada semanal de trabajo bajó de 48 horas a 35 en Francia. Las vacaciones retribuidas subieron de una semana en 1936 a seis o siete semanas en las grandes empresas de Alemania. Y el afán de progreso llegaba hasta los países en desarrollo. El más elocuente ejemplo de la reducción operada en las horas de trabajo lo ofrece el caso de Cuba: en 1936 el año laboral era de 2.496 horas de trabajo. Veintiún años después la jornada anual era de unas 1.880 horas⁷. (En Cuba había jornada de verano, licencia por enfermedad, días de fiesta nacionales y locales, licencia de maternidad y otras interrupciones del trabajo).

Razones bien comprensibles alimentaban esa tendencia a disminuir el tiempo de trabajo: la protección de la salud, la aspiración a una mejor calidad de vida, el propósito de proteger la vida familiar y el deseo de ofrecer más oportunidades de trabajo en un mundo de incesante crecimiento demográfico. Se perseguía el propósito de eliminar o atenuar los efectos de la fatiga y garantizar espacios para las nuevas generaciones y para el desarrollo físico y la recreación de las actuales. Mas es probable que al cumplir con esas finalidades se incurriera en excesos.

Por su parte la remuneración alcanzó en algunos países cotas increíbles. De 25 centavos la hora en el primer pago del salario mínimo en los E.U. (1938) a 40 dólares la hora en el contrato de la General Motors y 26 la hora en el de Caterpillar, ambos anteriores a la recesión de 2009. En los países ricos muchos trabajadores ascendieron a la clase media. En los países subdesarrollados muchos trabajadores formales e informales siguen sumidos en la pobreza. Viven atrapados en un círculo vicioso: porque los padres recibían salarios insuficientes los hijos se vieron obligados a trabajar desde temprana edad en detrimento de su educación y oportunidades futuras.

La normativa laboral se enriqueció a seguidas con un verdadero aluvión de adiciones al salario. Bajo nombres diversos (suplementos salariales, formas

⁷ Véase Efrén Córdova: *Derecho Laboral Cubano*, (La Habana: Editorial Ley, 1957).

indirectas de remuneración o beneficios extrasalariales) fueron creándose diversas modalidades de pagos al trabajador que por su número y costo representan en muchos países desarrollados o semidesarrollados un valor total que sobrepasa el 50 por ciento de la remuneración directa. Figuran entre ellas prácticas tan conocidas como las asignaciones familiares, las primas, las comisiones, los viáticos, las bonificaciones, las primas de antigüedad, las primas al ahorro de materiales, las recompensas por puntualidad, los bonos pascuales, las compensaciones por haber estado a la disposición del patrono, los gastos de representación, los subsidios de transporte, el suministro de equipos e instrumentos de trabajo y finalmente la participación en las utilidades.

No eran pagos caprichosos o infundados. Muchos aumentos tuvieron el propósito de defender el salario real frente al incremento del costo de la vida. Es lo que en algunos países se conoce con el nombre de indexación; se trataba de ajustes justificados frente al fenómeno de la inflación y una latente intención de acercar los mínimos al salario vital y algunas veces al justo. Menudearon también incentivos materiales y morales que buscaban estimular el rendimiento y premiaban el mayor esfuerzo del trabajador. Otros pagos extrasalariales se derivaban de los deberes de asistencia y previsión que el Derecho asignaba a los empleadores. Lo que alarmaba a las empresas era el costo agregado y la necesidad de proveer otros gastos de administración y contabilidad.

A menudo, sin embargo, se produjeron distorsiones en la concesión por vía estatal de esos aumentos. Sin necesidad de verificar cálculos ni de introducir otras técnicas se producían aumentos poco justificados. En América Latina, por ejemplo, fue el propósito de seducir votantes lo que en Ecuador explica que se deformaran ajustes y gratificaciones y con la excusa del bono pascual se dispusiera el pago de bonos equivalentes al décimo tercer, décimo cuarto, décimo quinto y hasta décimo sexto mes de retribución. En Venezuela la participación en las utilidades puede llegar a cuatro meses más del salario al año. Otros países recurrieron a la argucia de 44 horas de trabajo por 48 de remuneración. O a la gradual transformación de la propina en pago cuasiobligatorio de hasta 25% del consumo.

Es claro en todo caso que en materia de salarios tanto la ingerencia del Estado como la importancia que en el curso del siglo ha alcanzado la negociación colectiva han ido afectando la correlatividad o condición sinalagmática que siempre había sido consubstancial al salario.

En materia de seguridad e higiene del trabajo los E.U. se reivindicaron de su pobre expediente laboral adoptando en 1970 la *Occupational Safety and Health Act*, sin duda una de las más completas y rigurosas regulaciones dictadas al respecto. Desde la prevención de accidentes y enfermedades profesionales hasta la inspección, penalización y registro de riesgos y violaciones. OSHA se convirtió en modelo de protección.

Ya por el año 1960 entrarían en la temática laboral asuntos hasta poco antes harto controvertidos como la estabilidad, el horario flexible, el derecho a la información, la participación en las decisiones (la referida a las utilidades tiene raíces más antiguas), la cogestión alemana, la autogestión yugoeslava y la concertación en la cumbre.

Otras regulaciones sobre la vida del contrato de trabajo y los trabajos especiales llenaron las páginas de los 17 códigos sustantivos del trabajo que existen en América Latina y de los más de 50 vigentes en todo el mundo. La modernización, el afán de progreso y la justicia social inspiraron la mayoría de esos esfuerzos.

Fue por otra parte el uso creciente de la conciliación y el arbitraje unido a la insistente promoción del tripartismo por la OIT, lo que calmó los ánimos beligerantes y sirvió para encauzar debidamente la solución pacífica de los inevitables conflictos del trabajo. Ello requirió cambios en la administración del trabajo y dio lugar a la introducción de personal especializado. Fue una gran contribución del Derecho del Trabajo a la paz social y a la subsistencia del sistema de mercado. En 1968 la OIT recibió el Premio Nobel de la Paz.

LOS GRANDES CAMBIOS

Mientras tales avances ocurrían un desajuste profundo se estaba produciendo entre el derecho y la materia objeto de su regulación. Las dos grandes revoluciones industriales del siglo XX con su cortejo de fordismo, robotización, automatización, informática, acción electrónica y producción digital habían transformado por completo el panorama laboral.

Nada ilustra mejor la magnitud de esos cambios que el contraste entre las modernas técnicas de producción y los símbolos que la Unión Soviética adoptó en 1917 para referirse al trabajo humano. ¿La hoz y el martillo en tiempos de alta tecnología?

Inevitablemente un derecho cuyas raíces remontan a los inicios de la sociedad industrial tenía que chocar con la realidad de una sociedad post industrial coexistente con una economía de servicios. Una triple crisis de cobertura, adaptación e ideología comenzó a afectar nuestro derecho⁶. E intervino también el factor cronológico y su impacto demográfico.

Se había ido perdiendo de vista que las bases de la legislación laboral fueron promulgadas cuando el mundo tenía mil millones de habitantes; hoy pasan de siete mil millones. Se había soslayado en suma el gran cambio producido por la segunda y tercera revolución industrial.

Cualquiera que fueran los cambios, su carácter progresivo implicaba gastos adicionales para el empleador. La ecuación menos horas de trabajo y mayores aumentos de salarios tenía que suscitar su oposición y provocar las críticas de los economistas, en particular de los neoliberales. Surgió el reclamo de la flexibilización y la desregulación y se dio entrada al trabajo atípico. Empezaba la época de las vicisitudes.

FLEXIBILIZACIÓN Y DESREGULACIÓN

Tras los años de consolidación y progreso sobrevino el período de los

⁶ Arturo Bronstein: "Retos actuales del Derecho del Trabajo" (Barquisimeto, 2005), p. 20.

contratiempos y los retos agudizados ambos por la crisis del petróleo en 1973 y por la gran recesión del 2009. Ningún otro derecho se ha visto confrontado por problemas de tanta envergadura como el nuestro. Las críticas llegaron al extremo de poner en tela de juicio su propia razón de ser.

Del lado empresarial fueron las demandas de flexibilización y desregulación. Del lado de la economía se manifestaron críticas a propósito del trabajo precario, la diversificación, la extensión del sector informal y la globalización. Y por último de lo más profundo del propio Derecho del Trabajo surgieron cuestionamientos relativos a sus elementos básicos.

Flexibilización y desregulación son términos vagos que pudieran tener aplicaciones diferentes y conducir a una erosión del contenido del Derecho del Trabajo. Bastaría considerar las clasificaciones que de ellas se han hecho. Javillier, por ejemplo, distingue tres clases de flexibilización: una de protección, otra de adaptación y otra de desregulación⁹. Óscar Ermida por su parte utiliza dos enfoques diferentes para de un lado separar la flexibilización condicionada de la incondicional y de otro la flexibilización interna (que puede afectar el horario de trabajo, la remuneración y la movilidad geográfica o funcional) y la externa (que busca modificar las formas de contratación o las de extinción del contrato de trabajo)¹⁰.

La desregulación por su parte es tan amplia y peligrosa como la institución que se quiera derogar o modificar. Puede afectar el ingreso (facilitando la entrada del trabajador atípico o temporero) y también la terminación (permitiendo el despido o disminuyendo las indemnizaciones).

Cualquiera que fuere su forma específica es claro que sus diversas variantes entrañan una disminución de la protección al trabajador en favor de la competitividad de las empresas y el propósito de fomentar el empleo.

Un estudio reciente hecho en España ofrece una decena de ejemplos de flexibilización, algunos que no llegaron a hacerse efectivos, otros que sufrieron modificaciones¹¹. El resultado muestra la timidez con que se verificaron esos intentos.

También objeto de particular interés ha sido el trabajo precario, sólo que unas veces se le considera como una modalidad del trabajo informal y otras se estima que su inestabilidad, mala retribución y realización en condiciones impropias le hacen integrar una categoría aparte¹². Son por lo general trabajadores manuales que laboran dispersos y en forma esporádica. Han perdido los sentimientos de solidaridad y son presa fácil para su explotación. Datos de la OECD indican que cada año un tercio del personal de las empresas abandona su empleo por una u otra razón perdiendo así identificación con su cenro de trabajo, su ocupación o su comunidad. Quienes fracasan en encontrar otro empleo se suman al sector informal o llegan a ser asimilados al lumpen.

⁹ Jean Claude Javillier: *Derecho del Trabajo* (Madrid: Instituto de Estudios Laborales, 1982), p. 60.

¹⁰ Óscar Ermida: *La flexibilidad* (Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 2000), pp. 10-15.

¹¹ Véase Guy Standing: *The Prevariat* (Londres: Bloomsbery Academic, 2011).

¹² Fernando Suárez González: *Las reformas laborales* (Madrid: Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2011), *passim*.

EL TRABAJO INFORMAL

El segundo gran reto que hoy encara el Derecho del Trabajo es qué hacer y cómo tratar a esa heterogénea cantidad de trabajadores que en la actualidad se acostumbra designar con el nombre de informales. Son los que no hallando puestos en el mercado de trabajo laboran para sí y por su cuenta y riesgo al margen de la protección que se otorga a los que trabajan para empresas establecidas. Por mucho tiempo constituyeron una minoría de contornos medidos; hoy forman un conjunto de grandes e imprecisas dimensiones. Se le supone a veces incluyente del trabajo a tiempo parcial y del subempleo (los que trabajan menos de 20 horas a la semana). Mas esas son modalidades de trabajo que tienen en realidad distinta naturaleza. Se le asimila a veces a los artesanos y buhoneros, otras a los indocumentados y no faltan los que fijan la atención en los cuentapropistas y marginados. Se trata simplemente de seres humanos que tienen necesidad de generar sus propios medios de subsistencia¹³ y se sitúan a menudo en las llamadas zonas fronterizas¹⁴.

Las estadísticas indican en todo caso que su número ha ido aumentando con impresionante rapidez. En los países de América Latina representan hoy porcentajes elevados de la fuerza de trabajo: del 30 al 35 en Colombia y México, el 40 en Venezuela, el 70 en Perú y el 80 en Centroamérica. Aunque no son porcentajes fijos sino fluctuantes, los informales están convirtiéndose en parte de la estructura social del Tercer Mundo y en particular de América Latina.

Los informales laboran dispersos, tienen por lo general limitada educación y su nivel de aptitudes técnicas no se compadece con los requerimientos de la moderna organización del trabajo. Aunque algunos informales aguzados por la necesidad saben aprovechar su libertad de acción, la mayoría vive en la más abyecta pobreza. Ignorados y a veces perseguidos por las autoridades. Tampoco cuentan con el apoyo abierto de muchos sindicatos que muestran poco interés en afiliarlos dadas sus dificultades en pagar la cuota sindical.

Para el Derecho del Trabajo presentan en todo caso la paradoja de que los que menos necesitaban protección eran los que recibían la mayor suma de medidas protectoras mientras que los más necesitados e inermes quedaban al margen de la protección. Tan marcado fue el contraste que la legislación laboral pasó a tener la doble condición de indicador de progreso social y de variable crucial de la economía subdesarrollada.

DIVERSIFICACIÓN

Dos fuerzas contrapuestas han estado influyendo en la evolución reciente de la organización del trabajo, una de tipo institucional que tiende a uniformar las condiciones de trabajo y está representada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de la OIT sobre Derechos Fundamentales en el Trabajo y la vasta normativa internacional y otra proveniente de la economía

¹³ Efrén Córdova: "The Informal Challenge", Hemisphere (Miami), vol. IV, N° 2, Invierno 1991.

¹⁴ Véase Iván Mirabal: "Zonas fronterizas del Derecho del Trabajo", *Derecho del Trabajo* (Barquisimeto), año 2006, p. 154.

que da vida a una diversificación de los empleos subsiguiente a la quiebra de los prototípicos sujetos del Derecho del Trabajo. Aunque la OIT y los ministerios del trabajo se aferran a la tendencia institucional o clásica, la cruda realidad de nuestros días presenta una abrumadora proliferación de modalidades muy diversas.

Aun el propio trabajador de industria, el típico obrero de hoy, es muy distinto del obrero de mediados y fines del siglo XIX. Su trabajo es hoy menos penoso al menos desde el punto de vista físico. Su centro de trabajo es muy diferente de los lóbregos e inadecuados talleres de antaño. Sus condiciones de trabajo difieren sustancialmente de las que prevalecían en otras épocas. Es diverso su grado de educación, ya apenas existe el aprendizaje pero esa deficiencia es colmada por los institutos de formación profesional y por su nivel de educación general que le permite desempeñar tareas más complejas. Para mejor aprovechar y perfeccionar su técnica se hace uso de la descripción de tareas y de la evaluación de tareas que antes no existían.

Poco a poco se fueron opacando los presupuestos que antes conformaban la organización del trabajo. En vez de la concentración del capital del comercio y la manufactura prevista por Marx y Engels se asiste hoy a una proliferación de grandes, pequeñas y medianas empresas. En los E.U., por ejemplo, el 70 por ciento de los nuevos empleos son creados por pequeñas empresas. En vez de la gran masa de proletarios concentrados en la gran industria lo que caracteriza hoy al mundo del trabajo es la diversificación del trabajo, la multiplicación de oficios y ocupaciones y la proliferación de los servicios. En vez de la centralización rigurosa la nueva organización del trabajo se fraccionó en múltiples unidades. En vez de la acumulación monopólica o multilateral del trabajo, éste se diversifica más allá de toda previsión. No es solamente la gama de nuevas ocupaciones que crea la alta tecnología sino también la sociedad civil, la propia demografía y las mayores expectativas de vida.

Solo con respecto a la duración del contrato de trabajo en España, por ejemplo, se registran al presente las siguientes modalidades: trabajadores en formación, trabajadores en prácticas, temporeros enviados por una agencia de trabajo temporal, temporeros por mutuo acuerdo o por la índole del trabajo a realizar, estacionales, cíclicos, interinos, relevantes o suplentes, empleados por tiempo indefinido y contratados para una obra o servicio determinado. Añádanse las variantes del trabajo a tiempo parcial, el moderno teletrabajo y el antiguo trabajo a domicilio, el trabajo por equipo o de grupo, el trabajo con jornada limitada, el trabajo de los indocumentados y el de los temporeros. En E.U. pasan de 5.9 millones los trabajadores a tiempo parcial. En Alemania hay un 3.5 por ciento de la fuerza de trabajo empleada como temporeros. Estas modalidades de trabajo se han convertido en el epicentro de la contraposición entre la demanda flexibilizadora de los empresarios y la consternación de los sindicalistas que las estiman difícilmente sindicalizables. Para los economistas es un modo de reinserción de los parados, para los laboristas una manera de evadir responsabilidades.

La más elocuente prueba de esa diversificación la ofrece el aumento notable de ocupaciones que ofrecen las sucesivas ediciones del Diccionario de

Ocupaciones que publica la Oficina Internacional del Trabajo. En una de sus últimas ediciones contiene una lista de más de 100 ocupaciones, algunas de las cuales se subdividen en varias categorías y niveles.

Al margen de ellas ha ido emergiendo un verdadero enjambre de nuevas modalidades de trabajo directa o indirectamente reconocidas en otras publicaciones de la OIT como son los Indicadores Claves del Mercado de Trabajo y los datos de la Población Económicamente Activa. En 2003 la OIT se vio obligada a dedicar su Informe V al "Ámbito de la relación de trabajo". En realidad el mercado de trabajo se fragmentaba de manera más o menos acelerada según se tratase de economías industrializadas, emergentes, en transición o subdesarrolladas.

En resumen, el cuadro social del mundo del trabajo del presente es muy distinto del que presentaba la sociedad que dio vida a la llamada cuestión social, a la civilización industrial y al derecho del trabajo. Son diferentes los titulares de la actividad empresarial y laboral, distintos los que entonces se enfrentaban en las luchas sociales, los que eran beneficiarios de las instituciones de la época y los que entonces fungían como autoridades del trabajo. Se está produciendo en suma un desfase entre el derecho y el trabajo.

No hay duda: frente al modelo básico originario del trabajo subordinado y el empleo total lo que existe hoy en el mundo del trabajo es una multitud de trabajos distintos, ejecutados por actores de características diferentes. Algunos de estos nuevos actores están sujetos a una tenue subordinación y otros son enteramente autónomos. Hubo intentos de ampliar el elenco de los protegidos pero no fue grande el éxito obtenido. Se habló en Italia de la parasubordinación; se dio aceptación en España a la cuasi dependencia, se acogió a los atípicos y se ha tratado de fomentar una estrategia productivista en la que se procuraba modular la protección a fin de permitir la creación de nuevos empleos identificatorios de la rama laboral del derecho.

LA GLOBALIZACIÓN

Junto a la fragmentación advino la globalización y ello agudizó la gravedad del problema. Se suceden en la actualidad los traslados internacionales masivos de empresas y trabajadores. No son sólo los que son obligados a encaminarse a otros países por disposición de sus empleadores; son además los 280 millones de trabajadores emigrantes, legales e ilegales, que hoy laboran en un país para enviar dinero a sus familiares en otro.

Se produjeron cambios en la gestión empresarial que adoptaba estrategias descentralizadoras aprovechando los adelantos en comunicaciones y transportes y las facilidades de traspasar fronteras. Unas veces se seguía el camino de la subcontratación, otras se mudaba toda o parte de la producción a otro país. La mecánica era simple dados los adelantos tecnológicos de la época actual mas las consecuencias sociales eran graves. Inevitablemente unos trabajadores perdían sus empleos, otros rehusaban el traslado que se les ofrecía y sólo unos pocos técnicos lo aceptaban. En el campo del derecho laboral se discutían los alcances del poder de dirección en el ámbito internacional, el monto de las

posibles indemnizaciones y la índole de las nuevas condiciones de trabajo incluyendo la determinación de las responsabilidades en materia de seguridad e higiene en el trabajo. En realidad, la globalización es un fenómeno inevitable que conduce a grandes desigualdades para las cuales el Derecho del Trabajo aún no ha producido soluciones definitivas.

Otro problema de importante y trágicas consecuencias es el contraste en la eficacia de los mecanismos de defensa de los trabajadores entre el Primer y Tercer Mundo. Un mismo tipo de accidente, un incendio por ejemplo, ocurrido en una fábrica de confecciones, ilustra la gravedad de la diferencia. En 1911 ocurrió en New York el incendio del Triangle Factory que causó más de cien víctimas. Cien años después tuvo lugar en Bangladesh el incendio de la fábrica Tazreen Fashions en el que perecieron 112 trabajadores. Mientras entre esos cien años los E.U. habían puesto en vigor normas de prevención de incendios que se añadían a la estricta *Occupational and Safety Act* en Bangladesh se violaban las escasas leyes de seguridad existentes. Y lo curioso es que Tazreen Fashion hacía confecciones para grandes firmas americanas como Walmart y Gap.

LOS OTROS CUESTIONAMIENTOS

La discrepancia de Lotmar fungió como antecedente de la aparición de más profundos cuestionamientos. Voces críticas referentes a los elementos del contrato de trabajo se hicieron presente en varios países cuestionándose en especial la validez de la subordinación.

En Inglaterra Lord Wedderburn sostiene que el modelo de empleo total y trabajo subordinado no fue concebido para todos los tiempos. En Italia, Veneziani afirma que el contrato tradicional de empleo subordinado ya no es viable ni representativo de todas las formas de la relación de trabajo y califica de mito las premisas de duración del contrato, lugar especial de trabajo y disponibilidad del fruto del trabajo que servían de base al contrato en estudio. Asimismo en España, Alonso García considera que la subordinación es insuficiente para definir el contrato de trabajo. Por último en Francia, Javillier constata que la población asalariada ha disminuido considerablemente y se pregunta si no ha habido una decadencia del contrato de trabajo. En América Latina Nestor de Buen piensa que la subordinación no debe ser el elemento diferencial de la relación de trabajo y su opinión cuenta con varios seguidores.

Y es que a medida que aumentan las voces disidentes y se toma conciencia de los cambios que han estado produciéndose se va haciendo clara la necesidad de una nueva conceptualización de nuestro derecho en la que sin descartar por completo la subordinación se revise el lugar y carácter como debiera figurar al lado de la ajenidad y la voluntariedad.

Y es que con el tiempo la rigidez con que se fue aplicando el elemento de la subordinación engendraba aprensión entre quienes advertían que ello conduciría al encogimiento del campo de aplicación de nuestra disciplina. Un Derecho del Trabajo menguado sería el resultado final de la adhesión incondicional al punto de vista germano. Ese enfoque fue válido al inicio con referencia al mundo del trabajo de hace un siglo pero ya no se ajustaba a la realidad actual.

Un fenómeno parecido ocurrió con el principio protector. La necesidad de una protección acentuada era patente para todos en los orígenes del derecho del trabajo. No era sólo que se trabajaba para otro por un salario de miseria; era también que se trabajaban jornadas excesivas en ámbitos sórdidos.

Tan vigorosa fue la reacción proteccionista que algunos autores anunciaron el advenimiento de una nueva era de responsabilidades sociales, sustitutivas del salario y otros pronosticaron el fin del trabajo sustituido por un paraíso tecnológico. Sin embargo, el proteccionismo alcanzó tal fuerza que algunos críticos llegaron a formular toda una teoría sobre la culpabilización del derecho del trabajo al que se acusaba de ser un estorbo al proceso de desarrollo económico. No solamente se dejaba a un lado la dimensión social del desarrollo sino que se llegaba a cuestionar la procedencias y validez de todo un ordenamiento jurídico siendo así que eran sólo ciertos aspectos específicos del mismo los que en algunos países se alegaba habían sobrepasado los baremos de una protección razonable.

Hacia mediados del siglo XX surgieron discrepancias con respecto al principio protector. Fueron primero dos profesores brasileños (Pinto Antunez y Alípio Silveiro) los que aducían que la protección de un solo factor de la producción ponía en peligro el fundamento del sistema capitalista y que la parcialidad proletaria perjudicaba el equilibrio de intereses que sirve de base a la empresa. (En tiempos más recientes algunos autores apuntan al contraste entre el lóbrego taller de antaño y la climatizada oficina de hoy para afirmar que el principio preotector resulta hoy anacrónico).

REPERCUSIONES SOBRE LAS RELACIONES COLECTIVAS

Los drásticos cambios operados en la organización del trabajo y en el papel de la industria encontraron reflejo en la composición de la fuerza de trabajo e inmediatamente después en la tasa de sindicalización. Decreció el número de trabajadores comprendido en el sector secundario y aumentó el contingente del terciario.

Mientras los vástagos de la industrialización, es decir los obreros, se concentraban en fábricas más o menos grandes y esa concentración estimulaba los nexos de solidaridad, los nuevos trabajadores se hallan dispersos por todo el mundo o excepcionalmente agrupados en sectores de élite. En esos ámbitos privilegiados las nuevas formas de trabajo tienden a ser menos propensas a la sindicalización. El concepto de la acción colectiva les resulta ajeno y aun es difícil identificar entre ellos una comunidad de intereses. La fragmentación hace difícil la aplicación de los principios mismos del Derecho del Trabajo.

En los E.U., por ejemplo, el gran sindicato de la industria del automóvil conocido por sus siglas A.U.W. que llegó a afiliar 1.500.000 trabajadores hoy representa sólo 400.000. Las dos organizaciones sindicales que al presente tienen más poder de representación son las que afilian empleados de servicios (dos millones de afiliados) y empleados públicos (un millón y medio).

Tras el declive de la tasa de sindicalización decreció el número de acciones

concertadas incluyendo la acción directa. En los E.U. los grandes sindicatos que antes obtenían reivindicaciones ahora se ven forzados a hacer concesiones. Los esfuerzos del AFL-CIO por sindicalizar al personal del más grande empleador de E.U., Walmart, han fracasado.

Francia que dio vida a grandes corrientes sindicales hoy agrupa sólo al nueve por ciento de la fuerza de trabajo y sus famosas *journees d'action* están en declive. En el Reino Unido la tasa de sindicalización bajó del 44% al 15 por ciento. Sin embargo, el declive no es universal. En México, por ejemplo dos grandes sindicatos, el de los maestros y el del petróleo, detentan un gran poder que a veces llega a ser abusivo. En otros países hay zonas o centros de trabajo de tecnología digital o super avanzada en la que el mensaje sindical no llega o ha perdido resonancia.

Los cambios en el mundo del trabajo han afectado también al escenario de la conflictividad. Los huelguistas potenciales de hoy saben que con la globalización son muy pocas las probabilidades de ganar una huelga. Al empleador le basta con trasladar la empresa a otro país que ofrezca facilidades y una fuerza de trabajo barata y ansiosa de encontrar empleo. A lo que pudiera agregarse que el poder de convocatoria de las redes sociales está hoy superando al del sindicato. Los antiguos huelguistas que acosaban a las empresas hoy ceden su empeño a las protestas callejeras contra la política económica de los gobiernos.

Allá por los años 60 se publicaban estudios comparativos sobre los índices de conflictividad y su incidencia en la economía. Uno de esos estudios, el realizado por Ross y Hartman, apuntaba a mineros y portuarios como los sectores más susceptibles de acudir a las técnicas de presión. Ellos se sorprenderían de saber que los grupos que hoy son más propensos a declarar huelga en los E.U. son los maestros, las enfermeras y los empleados públicos.

A GUISA DE CONCLUSIONES

Cuando los datos del mundo real no concuerdan con los parámetros del derecho de que se trate el momento parece oportuno para una revisión de las presunciones de este último. La carrera ascendente de la industrialización se cumplió sólo en los países más desarrollados y aun en ellos experimenta hoy los efectos de la post-industrialización concatenada con el auge de la economía de servicios. El carácter tipificante y definitorio de la subordinación como base de la presunción de laboralidad no parece hoy suficiente. Un autor latinoamericano tilda de anacrónica la actual presunción de laboralidad¹⁵. Y es que las modificaciones ocurridas en la organización del trabajo van más allá de la ejecución del trabajo para afectar al conjunto de la cultura del trabajo¹⁶.

¹⁵ Wilfredo Sanguinetti: "La presunción de laboralidad ¿Un anacronismo?" *Derecho del Trabajo* (Barquisimeto, no. 1.205), p. 161.

¹⁶ José A. Sánchez Asaín: *Hacia una nueva cultura del trabajo* (Bilbao: Universidad del país Vasco, 1996).

No solamente el Derecho del Trabajo sino el trabajo mismo atraviesa además un período de transición hacia una economía globalizada y esa expansión del ámbito de la producción y distribución de bienes y servicios traerá consigo grandes transformaciones incluyendo una nueva distribución del empleo. La aventura del trabajo humano ha estado siempre ligada a la evolución de la economía y el progreso de la técnica.

¿Qué tipo de organización laboral va a emerger de la globalización y los asombrosos cambios tecnológicos? ¿Pueden esas grandes innovaciones originar una mutación en la estructura y orientación de las relaciones laborales? Es probable que aumente el desempleo tecnológico y se desvanezca aún más el principio de subordinación. También cabe presumir que crecerá el distanciamiento entre los países desarrollados y los subdesarrollados y con él se aumentará la desigualdad y se agudizará la inestabilidad. Nuevas reglas de juego tendrán que surgir para superar ese estado de cosas y salir adelante en ese mundo inédito. Es posible que se genere una nueva cuestión social y que para bregar con ella haga falta una visión distinta del objeto de nuestra disciplina. Pero el trabajo existirá siempre. No es necesario proclamar, como quería Babeuf, que es un crimen no realizarlo. Ni siquiera privar de comer al que no trabaje como quería San Pablo. Bastaría decir que es un derecho, un deber y un honor.

El camino recorrido ha sido largo: más de dos siglos desde que se dictaron las primeras leyes y cerca de un siglo desde el nacimiento del Derecho del Trabajo. Se han superado muchos tropiezos, se han logrado notables mejoras y se cambió la faz de la organización del trabajo. Se ha incurrido en errores pero se ha mantenido el rumbo inicial de protección al trabajador. Y ahora al final de ese recorrido cabe preguntarse ¿Ha sido correcta esa invariable orientación? ¿Se ajusta esa orientación a la realidad del mundo actual? ¿No ha llegado el momento de revisar los principios?

Parece ya inevitable aceptar que grandes sectores de la población se han situado al margen de la relevancia de sus normas. Mientras que en los países en desarrollo sigue siendo difícil su aplicación en otros parece aconsejable modular la intensidad del principio protector.

Habría que reconocer que la protección no es sólo la prevención y salvaguarda de la salud física del trabajador sino también el resguardo de la dignidad y libertad del hombre que trabaja y si ese trabajo se diversifica habrá que revisar a fondo la pertinencia y alcances de las normas al precio de aceptar el encogimiento de su campo de aplicación. Siempre habrá espacios que demandan protección y tutela pero sus dimensiones son menores que las que existían en los inicios del derecho laboral. Siempre habrá trabajadores subordinados y también dependientes pero la evolución de la moderna organización del trabajo tiende a mermar sus rangos.

El desafío consiste en imprimir nuevo vigor a la base filosófica sobre la que hoy se asienta el Derecho del Trabajo. El tríptico industria-subordinación-protección resulta hoy notoriamente insuficiente salvo en algunos sectores de países pobres. Se impone la urgencia de encontrar nuevos horizontes, de buscar fórmulas omnicomprensivas, de explorar otras alternativas de fundamentación y razón de ser de nuestro derecho.

Lo postuló la Cumbre Mundial de Desarrollo Social de Copenhague en 1995: es necesario adoptar criterios más amplios de protección social que actúen como elemento estabilizador de la economía global.

Si hasta ahora la mirada se ha puesto en el sujeto trabajador y la necesidad de mejorar sus condiciones de vida, en la actualidad parece prudente dirigirla también al trabajo mismo y al imperativo de que pueda desenvolverse normalmente, sin impedimentos ni desviaciones. Recordemos su importancia y cualidades: el trabajo es la única actividad que de manera sostenida y conspicua acompaña el devenir de todas las sociedades, es por medio del trabajo que el hombre alcanza la verdadera medida de su valor, es en todas partes la genuina vía legítima de promoción social, es un quehacer creador por excelencia, el origen de todas las invenciones y muestra por último un doble valor: en el orden colectivo el gran motor del desarrollo de los pueblos y en el social ejerce una función de cohesión y paz social.

Frente a los grandes cambios ocurridos en los últimos 50 años el Derecho del Trabajo tiene que intentar la búsqueda de nuevos horizontes a partir de supuestos distintos a los que existían hace un siglo. Hay que aprovechar las oportunidades que ofrecen la globalización y la sociedad del conocimiento para lograr una mejor distribución de la riqueza.

Esas son las disquisiciones que vienen a la mente al acercarnos a un siglo de vida del Derecho del Trabajo. Quienes se involucren en la tarea de revisar la dirección y contenido del Derecho del Trabajo deberían tener en cuenta que a esa disciplina con todas sus dificultades y vicisitudes le inspiran tan nobles impulsos de justicia y equilibrio de clases que puede muy bien reclamar su condición de patrimonio de la humanidad.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo se caracteriza por ser un Derecho de carácter social, que busca garantizar la dignidad y el bienestar de los trabajadores, así como la estabilidad y la justicia en el ámbito laboral. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

El Derecho del Trabajo es un Derecho social, que surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo. Este Derecho surge como respuesta a las necesidades de la sociedad, en particular de la clase trabajadora, para proteger sus intereses y garantizar condiciones dignas de trabajo.

Los retos del Derecho del Trabajo en los momentos actuales. Perspectiva latinoamericana*

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela
y Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social. Secretario General de la misma

Sumario

1. Introducción. 2. Unidad y Diversidad de América Latina. 3. Elementos comunes en el Derecho Laboral latinoamericano. 4. La dinámica entre garantismo y flexibilización. 5. Los problemas de eficacia de la legislación laboral. 6. Protección del trabajo informal y del trabajo autónomo. 7. La seguridad social: el gran déficit social de América Latina. 8. Las nuevas formas de organización empresarial. 9. El debilitamiento de las organizaciones sindicales. 10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Por obvias razones de distancia geográfica, no tenemos los miembros de la Academia muchas oportunidades de reunirnos. Gracias a la hospitalidad de los colegas españoles y a la circunstancia de reunirse en Sevilla en el Congreso Regional Europeo, nos hemos dado cita en la mañana de hoy. Al programar la agenda de esta reunión, pensamos que, aparte de discutir sobre temas organizativos y programáticos de la Academia, debíamos reservar un espacio para tratar algún tema de fondo. No propiamente una conferencia con suficiente espacio para una exposición amplia y un posterior debate, porque lo reducido del tiempo disponible no lo permite, pero sí un relato general sobre las perspectivas de nuestras disciplinas en los dos continentes que comprende nuestra Academia. Corresponde a nuestro colega Luis Enrique de La Villa hacer un esbozo de las perspectivas de nuestras disciplinas en Europa. Me corresponde intentar esbozar unos trazos sobre lo que en esta materia está planteándose en la región latinoamericana.

* Conferencia dictada en la reunión de la Academia Iberoamericana de Derecho del trabajo celebrada en Madrid en septiembre de 2011.

2. UNIDAD Y DIVERSIDAD DE AMÉRICA LATINA

Antes de abordar el tema de fondo es necesario hacer una primera consideración. Entendemos por América Latina el conjunto de países que fueron conquistados y colonizados por naciones latinas europeas, concretamente España, Portugal y Francia. El concepto de América Latina está, por tanto, íntimamente vinculado a la conquista y colonización del Nuevo Mundo por parte de Europa, ya que en la época precolombina no existía entre esos territorios y sus poblaciones un denominador común como el que se estableció con posterioridad. Es por ello acertada la expresión del escritor venezolano Arturo Uslar Pietri cuando dice que la América Latina, ha sido y de cierta manera continúa siendo una creación intelectual de Europa.

La formación de los pueblos latinoamericanos no puede definirse, como en cierta forma sí ocurre con los de Norteamérica, como un proceso de transculturización. Se trató más bien de un formidable choque entre pueblos y culturas totalmente diferentes. En el mismo participaron no solamente los europeos y los aborígenes americanos, sino también los africanos, que fueron llevados como esclavos y estuvieron igualmente presentes en esa violenta y conflictiva mezcla de razas y de culturas.

Los países latinoamericanos no conforman una realidad homogénea desde el punto de vista social económico y político, ni han elaborado ellos un único mecanismo de integración regional semejante al europeo. Sin embargo, el proceso de formación histórica y cultural determinó factores comunes, los cuales permiten hacer ciertos análisis generales sobre América Latina que pueden ser válidos, incluso tomando en cuenta la heterogeneidad propia de 20 países, distribuidos a lo largo de veinte millones de kilómetros cuadrados, en los cuales viven más de cuatrocientos millones de habitantes.

3. ELEMENTOS COMUNES EN EL DERECHO LABORAL LATINOAMERICANO

En cuanto se refiere al estudio del Derecho en América Latina y más concretamente del Derecho del Trabajo, se puede señalar que la recurrencia a un mismo sistema general de fuentes, facilita no sólo el análisis comparativo, sino también la determinación de tendencias y problemas generalizados en los diferentes países, cuyos ordenamientos jurídicos han experimentado frecuentemente influencias no sólo comunes, sino, además, recíprocas. Así, en los países hispánicos, rigieron, aun cuando con poca efectividad, las Leyes de Indias, que contenían, entre otras disposiciones, algunas relativas a la regulación del trabajo, con especial atención a la protección de los indígenas. En los inicios del proceso de emancipación, los primeros legisladores de los países latinoamericanos, recibieron la influencia del enciclopedismo francés y del pensamiento constitucional norteamericano. Posteriormente, fue generalizada la influencia del Código Napoleón, el cual, con variantes y adaptaciones nacionales, hizo sentir su presencia en la mayor parte de los países. En la legislación, jurisprudencia y doctrina jurídicas de América Latina prevalecieron las orientaciones de orden romanístico, así como los aportes de la doctrina jurídica de los países latinos de Europa. Este cuadro de influencias coincidentes,

facilitó que el advenimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo, ocurrido en América Latina en las primeras décadas del siglo pasado, presentase características muchas veces semejantes en los diversos países, que experimentaron, como hemos dicho, influencias recíprocas y en los cuales el sistema de relaciones laborales presenta grandes puntos de afinidad, especialmente en aquellos grupos de países con condiciones socio-económicas similares. Otro factor común es la influencia de las normas contenidas en los Convenios y Recomendaciones elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, las cuales han actuado, indudablemente, como un factor de homogeneización de la disciplina en la Región.

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir que en la América Latina, a pesar de las características singulares de los distintos ordenamientos y sistemas de relaciones laborales nacionales, es notable la presencia de ciertos denominadores comunes cuyo análisis facilita el hacer análisis generales de las principales tendencias del desarrollo de nuestras disciplinas en la Región.

4. LA DINÁMICA ENTRE GARANTISMO Y FLEXIBILIZACIÓN

El Derecho del Trabajo tradicional de América Latina, se apartó de los esquemas propios del Derecho Civil, y constituyó un ordenamiento que, en lugar de descansar en la libre voluntad de las partes, se orientó a proteger, aun en contra de manifestaciones de voluntad suyas, al trabajador y a su familia. De esta manera, se quiso compensar el privilegio económico de que gozaban los empleadores, otorgando a los trabajadores el privilegio jurídico de un estatuto esencialmente protector.

Esta concepción, que no es únicamente latinoamericana, pues en general orientó el nacimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo como disciplina autónoma, vino a ser cuestionada por quienes, especialmente dirigentes del sector empresarial, consideraron que el continuo proceso de expansión de las normas laborales había llegado a crear rigideces en el mercado de trabajo, que determinaban situaciones insostenibles, especialmente en condiciones de dificultades económicas y de cambios tecnológicos. Tales rigideces, afirman los autores de este planteamiento, estorban el crecimiento de la economía y el aumento del empleo, al punto que la normativa que las sostiene, en lugar de ser beneficiosa para los trabajadores, como teóricamente pretende ser, les resulta perjudicial, por lo cual la misma debe ser flexibilizada. Este planteamiento llega a sus extremos en la voz de quienes, más que la necesidad de flexibilizar el ámbito laboral, propugnan su desregulación.

La tendencia anterior fue formulada y desarrollada en Europa Occidental durante la década de los ochenta. Sus repercusiones en América Latina fueron tardías. Se hicieron presentes en algunas reformas legislativas que llevaron a cabo en la década de los noventa, dentro del marco de las políticas de ajuste acordadas por los gobiernos con los organismos financieros internacionales. Concretamente en Colombia, Argentina, Perú, Ecuador, Brasil se hicieron reformas que favorecieron formas de contratación precaria especialmente para jóvenes, así como formas de externalización del empleo, redujeron el nivel de protección en caso de despido, flexibilizaron la jornada de trabajo, favorecieron el trabajo

a tiempo parcial y previeron nuevas formas de contratación atípica, reformaron las compensaciones por tiempo de servicio eliminando su pago al último salario y por todo el tiempo de antigüedad del trabajador. Es de señalar que con anterioridad, en Chile durante el régimen militar en 1978 y 1979 y en Panamá en 1986, se produjeron precozmente reformas legislativas de carácter desregulador.

En el caso chileno se desmontó en buena parte uno de los sistemas protectores de mayor raigambre histórica en América Latina, pues a través de su consolidación en el Código del Trabajo de 1931, sirvió de fuente de inspiración de otras legislaciones de la región. En el caso panameño, la reforma fue más limitada.

Pero no puede decirse que las tendencias flexibilizadoras se hayan impuesto en América Latina al punto de establecer un panorama general del Derecho Laboral totalmente diferente al tradicional garantista. Por una parte, las reformas que acabamos de mencionar no comportaron una exclusión total del sistema protector sino una modificación localizada a determinadas áreas, especialmente a aquellas alrededor de las cuales se centró la presión del sector empleador en favor de la flexibilización. Por otra parte, coetáneamente a las reformas que podrían considerarse "flexibilizadoras", se produjeron otras que no sólo mantuvieron el esquema tutelar tradicional, sino que, en algunos aspectos, lo reforzaron.

Así, en Chile, una vez restaurada la democracia fueron aprobadas varias leyes laborales, ninguna de las cuales puede ser considerada "flexibilizadora", sino que, por el contrario, significan un abandono de la tendencia a la desregulación impulsada por el depuesto gobierno militar. En Venezuela la Ley Orgánica del Trabajo, vigente a partir del 1 de mayo de 1991, mantuvo el esquema garantista tradicional de la Ley del Trabajo de 1936, cuyos niveles de protección elevó en algunos aspectos, tomando en cuenta el desarrollo económico logrado por el país desde esa fecha y los progresos alcanzados por la negociación colectiva. Aparte de mantener el carácter tutelar de la vieja Ley, la Ley Orgánica del Trabajo estableció lo que podríamos denominar "nuevas rigideces", pero, al mismo tiempo introdujo elementos flexibilizadores. En la República Dominicana, por consenso entre los actores sociales el gobierno y las fuerzas parlamentarias, se aprobó un Código del Trabajo que mantiene el carácter tutelar de la legislación anterior, eleva algunos niveles de protección e incorpora al ámbito de su tutela a sectores anteriormente excluidos. En Guatemala, Costa Rica, El Salvador y Paraguay, reformas legislativas aprobadas en la década de los noventa ampliaron la protección de los derechos colectivos y algunas de ellas incorporaron algunas reformas al derecho individual que no pueden ser consideradas como adscritas a la corriente flexibilizadora.

Pero lo más particular es que en países que se adoptaron normas flexibilizadoras, también fueron aprobadas reformas que profundizaron el garantismo tradicional. El caso más conspicuo lo encontramos en Colombia, que a finales de 1990 aprobó una ley que contiene importantes elementos de flexibilización del Código Sustantivo del Trabajo y que pocos meses después aprobó una Constitución que profundiza el garantismo. Algo similar ocurrió en Ecuador, en donde en 1998 se aprobó una Constitución que ampliaba el garantismo, al punto de establecer la intangibilidad de los derechos laborales,

que comporta que una vez adquirido un derecho por un trabajador, el mismo no puede ser objeto de modificaciones peyorativas y en 2000 y 2005 se aprobaron reformas flexibilizadoras al Código del Trabajo, entre otras, la que establece el denominado trabajo por horas, que permite que el empleador contrate a un trabajador pagándole una cantidad de dinero por hora de servicio, sin que se generen las prestaciones adicionales contempladas por la generalidad de las legislaciones laborales latinoamericanas. En Venezuela, la Constitución de 1999 también establece el principio de la intangibilidad de los derechos sociales. Por otra parte, el Gobierno ha impuesto por vía de decretos presidenciales un sistema de inamovilidad laboral absoluta que, aun cuando se postula como provisional, tiene más de diez años siendo prorrogado, y que prácticamente sustituye para la inmensa mayoría de los trabajadores el sistema de estabilidad relativa contenido en la Ley Orgánica del Trabajo. Pero, al mismo tiempo que se establecen estas normas especialmente rígidas, el Gobierno ha favorecido la desregulación laboral en importantes áreas, como el trabajo cooperativo y el trabajo en ciertos sectores de la Administración Pública, especialmente en los programas asistenciales denominados "misiones", en algunos de los cuales el trabajo asalariado se presta bajo la apariencia de "voluntariados sociales". Esta situación contradictoria se repite en varios países de la región.

En fin, el panorama del Derecho Laboral latinoamericano con posterioridad a la década de los 90 se caracteriza por la dinámica lucha entre dos tendencias, la tradicional, que pretende que, aun haciendo las adaptaciones que fueren requeridas, debe mantenerse sustancialmente el carácter tutelar e imperativo que caracteriza desde su origen al Derecho del Trabajo y la flexibilizadora, que, alegando la necesidad de eliminar rigideces que obstaculizan el buen funcionamiento del mercado de trabajo, persigue flexibilizar el ordenamiento jurídico laboral, rescatando el papel preponderante de la autonomía de la voluntad y tendiendo hacia la individualización de las relaciones de trabajo.

Sin poseer facultades de clarividencia, me atrevo a preveer que ninguna de las tendencias tendrá un predominio absoluto en la región y que ambas seguirán estando presentes en forma coetánea y contradictoria como hasta ahora ha ocurrido. La prevalencia de una u otra tendencia dependerá fundamentalmente de las orientaciones políticas predominantes en cada país.

5. LOS PROBLEMAS DE EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN LABORAL

Uno de los retos que tradicionalmente se ha planteado el Derecho del Trabajo en América Latina y que aún continúa planteado es el de la relativa eficacia de la legislación laboral. Desde sus indicios la doctrina laboral latinoamericana señaló la existencia de una brecha entre la normatividad laboral y la realidad social de los países. En una posición extrema, el maestro italo argentino Mario Deveali señalaba que "si se desea conocer el derecho vigente, lo último que quizá debiera consultarse es la legislación laboral".

La legislación laboral de nuestros países establece, en líneas generales, niveles de protección relativamente altos. Sus contenidos, especialmente en cuanto al derecho individual se refiere, suelen estar en conformidad con los parámetros

establecidos por los convenios internacionales de la O.I.T. Puede decirse que los derechos y garantías que las legislaciones laborales latinoamericanas conceden a los trabajadores, se encuentran en un nivel similar al ofrecido por las legislaciones europeas y que es más alto que el ofrecido por las legislaciones de algunos países desarrollados, especialmente los de inspiración anglosajona, que en muchos aspectos, siguen privilegiando la autonomía de la voluntad de las partes. El problema consiste en que no siempre estos niveles de protección establecidos en las normas son aplicados en la práctica. Es necesario observar que, independientemente de que se trate de un incumplimiento puro y simple o a través de medios fraudulentos, el grado de ineficacia de la legislación laboral ha constituido y sigue constituyendo un grave problema social en la generalidad de los países de América Latina. Citemos, tan sólo para ejemplificar, dos casos. En el Brasil el problema del trabajo forzoso sigue siendo tan importante que se ha requerido la creación de una fiscalía especial del trabajo que con el auxilio de otros organismos públicos hace considerables esfuerzos para atacar este flagelo, obviamente prohibido por la Constitución y la legislación laboral brasileñas. En Venezuela, el país que tal vez tiene la legislación más rígida en la región, una estadística de 1999 señala que tres de los institutos fundamentales de la legislación laboral (antigüedad o prestación por tiempo de servicios, participación en los beneficios y vacaciones), se aplicaban, respectivamente, sólo al sólo al 61%, 65% y 60%, respectivamente, de los trabajadores destinatarios. Para el 2008 las estadísticas señalaban que el cumplimiento de estos tres ítems cubría el 77%, 79% y 77%, respectivamente, de los destinatarios, lo cual significa que ha habido un progreso, en buena parte influido por el aumento del empleo público en la década del 2000. Es de señalar, no obstante, que estas estadísticas se refieren a trabajadores que son conceptualmente considerados como tales, es decir, que dejan por fuera un considerable número de trabajadores fraudulentamente contratados como si no lo fueran, ello mediante figuras civiles o mercantiles. Es cierto que el reforzamiento de los sistemas democráticos en la región y el mejoramiento de la inspección del trabajo han producido progresos en el grado de eficacia de la legislación del trabajo. No obstante, la reducción del incumplimiento de la normativa laboral constituye uno de los principales retos que debe afrontar nuestra disciplina en la región.

6. PROTECCIÓN DEL TRABAJO INFORMAL Y DEL TRABAJO AUTÓNOMO

El tema del trabajo autónomo, que a nivel mundial puede considerarse entre los más importantes de la agenda laboral del siglo XXI, reviste especial trascendencia para América Latina, pues en esta región el trabajo autónomo tiene características que la hacen muy vulnerable. Mientras en Europa, de acuerdo a cifras de EUROFOUND (2009) para el año 2007 había un 10,5% de trabajadores por cuenta propia, en ese mismo año de acuerdo con cifras de la OIT, en América Latina, al porcentaje de autónomos, incluyendo a los trabajadores rurales, fue de alrededor del 40% de la población asalariada del sector privado (más del 50% en Perú, Honduras, Colombia y Bolivia y alrededor del 9% en Chile, Uruguay y Argentina). Pero aparte del tema cuantitativo, hay que destacar el cualitativo. Mientras que en Europa la mayor parte del trabajo autónomo es realizada por profesionales independientes, en América Latina para 2009 el

trabajo autónomo no profesional representa alrededor del 92% del total del trabajo autónomo. También debe señalarse que en América Latina la presencia de mujeres en el trabajo autónomo es frecuente en posiciones de menor estatus. Además, los problemas del trabajo autónomo están estrechamente vinculados a los problemas del trabajo informal, el cual tiene una gran presencia en la región, hasta el punto de que cerca de la mitad de los trabajos se lleva a cabo en el sector informal, el cual tiene grandes índices de crecimiento, calculándose que por cada diez nuevos puestos de trabajo, siete se crean en el sector informal. De hecho, la mayoría de los trabajadores autónomos es informal.

Al lado de la realidad anteriormente expuesta, nos encontramos ante otra realidad. Dado que en América Latina la subordinación ha sido durante mucho tiempo utilizada como criterio determinativo predominante del ámbito de aplicación de la legislación laboral, un gran porcentaje de trabajadores queda fuera de la protección prevista por dicha legislación laboral: los trabajadores autónomos. Esta falta de protección es mucho más grave si se tiene en cuenta los problemas de ineficacia de la legislación laboral, especialmente en el sector informal o no estructurado de la economía, que incluye alrededor de cincuenta por ciento de la población económicamente activa en la región. Por lo tanto, se puede decir que la inexistencia de una adecuada protección del trabajo autónomo es una carencia de la política social en los países de América Latina.

Estas consideraciones nos llevan a difíciles interrogantes ¿quién debe tutelar el trabajo autónomo y mediante cuáles modalidades? ¿Será el Derecho del Trabajo el instrumento adecuado para proveerla? En nuestra opinión, el hecho de que las legislaciones del trabajo tengan en el trabajo subordinado el centro de su atención, se explica en buena parte por razones técnicas y no sólo por motivos ideológicos. De hecho, la extensión pura y simple del Derecho del Trabajo a los trabajadores verdaderamente independientes, se encuentra con la dificultad de que la mayor parte de la tutela laboral individual está concebida sobre la base de derechos del trabajador exigibles a un empleador, a quien se imponen correlativas obligaciones. Sin embargo, el trabajador verdaderamente autónomo —a diferencia entre los trabajadores dependientes enmascarados con ropa de independiente—, no tiene un empleador. No hay un empleador al cual se pueda exigir el pago de un salario mínimo, el recargo por horas extraordinarias, el respeto del descanso semanal o las vacaciones. Por lo tanto, no es fácil la aplicación mecánica de las instituciones de Derecho del Trabajo, especialmente del individual, a trabajadores autónomos. Estas instituciones no pueden ser trasplantadas al trabajo autónomo, el cual podría encontrar una adecuada tutela a través de instrumentos diferentes al Derecho del Trabajo.

La construcción de este sistema de protección social es uno de los grandes desafíos que el siglo XXI presenta a los políticos y a todos los científicos sociales, y entre los cuales, los abogados, especialmente quienes nos ocupamos de la cuestión social, tendremos la responsabilidad de diseñar un marco normativo adecuado.

7. LA SEGURIDAD SOCIAL: EL GRAN DÉFICIT SOCIAL DE AMÉRICA LATINA

Hemos visto como el Derecho Laboral latinoamericano, fuertemente inspirado por la acción de la O.I.T., es susceptible, en general, de ser objeto de una

cómoda comparación con los sistemas jurídicos laborales de otras regiones más desarrolladas y que, incluso, el nivel de tutela jurídica legislativa y judicial que los estados latinoamericanos prestan, en general, a las relaciones de trabajo dependientes, es mayor que el prestado en aquellos países desarrollados en los cuales se privilegia la acción autónoma de las partes y no la intervención estatal a través de la legislación. En realidad, el gran déficit de las sociedades latinoamericanas con sus trabajadores no se encuentra en relación a la existencia de una adecuada legislación laboral, sino en la carencia de un buen sistema de seguridad social. En aquellos sectores laborales de América Latina en los cuales las leyes laborales tienen un grado relativamente normal de aplicación, el trabajador goza de una relativa protección en cuanto al disfrute de su salario, a los descansos remunerados y al pago de diversos beneficios laborales establecidos legislativa o convencionalmente. Pero la gran dificultad que experimentan muchos trabajadores que, en general, disfrutan de la tutela legislativa laboral, aparece cuando deben afrontar contingencias que no pueden atender adecuadamente con su salario y demás beneficios legales o contractuales. Cuando el trabajador se enferma, muere o entra en una desocupación crónica, cuando se hace viejo y pierde sus facultades productivas, el Derecho Laboral deja de ser un instrumento adecuado de ayuda. Es entonces cuando la Seguridad Social debería prestar al trabajador el auxilio que ya no le da el Derecho del Trabajo y es entonces cuando, desgraciadamente, la seguridad social en muchos países de la región latinoamericana aparece como bastante inadecuada para llevar a cabo esta importante misión.

Y si es deficitaria la seguridad social para los trabajadores dependientes sujetos a la legislación laboral, mucho más lo es entre los trabajadores autónomos y entre los trabajadores informales, entre los cuales la cobertura de la seguridad social es intrascendente.

Algunas cifras de la Comisión Económica Para la América Latina (CEPAL) dependiente de las Naciones Unidas (*La Protección Social de Cara al Futuro: acceso, financiamiento y solidaridad*, Montevideo, marzo de 2.006), permiten evidenciar el carácter deficitario de la seguridad social en la región. Para el 2006 el porcentaje de trabajadores de la región que cotizaba a la seguridad social era apenas del 38,7%. Esta cifra, que comporta una reducción de la que arrojaban las estadísticas para 1990, supone un promedio que comprende desde los países con cobertura más amplia (Costa Rica, con el 65,3% y Chile con el 64,9%) hasta los de cobertura más baja (Paraguay 13,5% y Perú 13%). Esta baja cobertura de la seguridad coexiste con la existencia de un alto porcentaje de la población (32,1% para 2010) que se encuentra debajo de la línea de pobreza y sin protección social básica. En cifras absolutas tenemos cerca de 180 millones de pobres, de los cuales 72 millones viven en la extrema pobreza. Se ha observado que este gran déficit o deuda social en materia de seguridad social no se corresponde con otros grandes logros históricos en otros ámbitos. El más importante de ellos es el notable aumento de la esperanza de vida en la mayoría de los países de la región durante las últimas décadas, el cual en el período 1970-1975 era de 61,4 años, mientras en el período 2005-2010 se había elevado a 73,4, siendo de observar que este logro, que comporta un envejecimiento relativo de la población, supone una mayor presión sobre el financiamiento de los sistemas de pensiones y de salud.

De todo lo expuesto podemos concluir que la construcción de un adecuado sistema de seguridad social es quizás el principal de reto que enfrenta el mundo del trabajo en la América Latina del Siglo XXI.

8. LAS NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL

América Latina está integrada por países en vía de desarrollo. Ninguna de sus economías puede considerarse totalmente desarrollada. Ni Brasil ni México, con una importante población y con economías consideradas entre las veinte más importantes del mundo, ni Chile quizás la economía más sólida de la región y con décadas de constante crecimiento, ni Venezuela cuyo fisco se ha beneficiado considerablemente de los altos precios petroleros de la última década, pueden considerarse ingresados al exclusivo club de los países "del primer mundo" industrializado y post industrial. Y es que incluso, en aquellos países latinoamericanos de mayor crecimiento industrial, pervive una economía "dualista" en la cual coexisten sectores de avanzada, con sectores tradicionales e incluso atrasados. En algunos países existen sectores enteros de la industria que ni siquiera han agotado el fordismo-taylorismo.

No obstante ello, el mundo del trabajo latinoamericano, en el cual tienen importante presencia las empresas transnacionales, portadoras de los más recientes avances tecnológicos y organizativos, no ha estado ausente de los cambios que las nuevas tecnologías introducidas por la informática y la microelectrónica, han generado en el mundo globalizado en materia de organización empresarial. Y es que la industria contemporánea, inclusive en la economía dualista latinoamericana, requiere –y el equipamiento tecnológico a su alcance así lo permite– una gran flexibilidad para adaptarse a los cambios constantes en planes y procesos de producción que son necesarios para atender eficazmente las demandas cambiantes y diversificadas del mercado.

Ante estas circunstancias, el Derecho del Trabajo tiene el gran reto de regular las nuevas realidades buscando que las mismas no afecten la responsabilidad laboral del empleador ni la protección debida al prestador de servicios. En este contexto corresponde al Derecho Laboral consolidar y ofrecer las vías necesarias para el ejercicio, por parte los trabajadores "descentralizados", de su derecho a la seguridad social, a la libertad sindical, a la negociación colectiva y al derecho de huelga, así como para el ejercicio de los derechos derivados de la antigüedad en el servicio. Asimismo, el Derecho del Trabajo debe ofrecer y activar mecanismos adecuados para evitar los contratos precarios, las desigualdades laborales, los casos que constituyen fraude a la ley, simulación de la relación de trabajo o encubrimiento de éstas.

En América Latina la mayoría de las legislaciones contemplan disposiciones destinadas a proteger los trabajadores que prestan servicios a contratistas, disponiendo que los propietarios de las obras contratadas responden solidariamente de las obligaciones laborales de los contratistas, cuando entre las actividades económicas de ambos existe "inherencia" o "conexidad". Pero muy pocas legislaciones ofrecen soluciones adecuadas a las situaciones generadas por las diversas formas de externalización empresarial, conocida en

varios países de la región con la denominación de tercerización, las cuales, al disgregar la organización empresarial, han generado "fugas" del Derecho del Trabajo, pues en muchos casos favorece la utilización de mecanismos fraudulentos, esconde la figura del verdadero patrono, poniendo trabas a la responsabilidad empresarial, dificulta la afiliación de los trabajadores al sindicato y a la seguridad social y, en fin, facilita la evasión de la legislación laboral. Algo similar ocurre con la proliferación de grupos de empresas y de cooperativas. En aquéllos, se dificulta en algunos casos la identificación del verdadero patrono económicamente solvente y verdadero responsable de las obligaciones laborales. En éstas, hay una tendencia a deslaborizar el trabajo cooperativo, lo cual ha generado miles de cooperativas fraudulentas.

Algunas legislaciones han comenzado a preocuparse por estos temas, los cuales constituyen un importante reto al cual debe enfrentarse con coraje e inteligencia el Derecho Laboral latinoamericano de nuestro siglo.

9. EL DEBILITAMIENTO DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

El declive de las tasas de afiliación sindical, que en las últimas décadas constituye un fenómeno universal, se encuentra igualmente presente en América Latina. Las tasas de sindicalización de la región fluctúan desde 4% en Colombia hasta un 35% en Argentina.

Como se ha visto, los procesos de restructuración económica, las nuevas formas organizativas y muy particularmente la externalización laboral y la disgregación de las empresas, han contribuido notablemente al descenso de la sindicalización en la región. Ello ocurre no obstante que los procesos de democratización que comienzan a predominar desde finales del Siglo XX han reducido, aun cuando no eliminado, las prácticas antisindicales características de los gobiernos autoritarios. En los tiempos recientes se han presentado dos situaciones que merecen ser relevadas. Por una parte, las políticas de diálogo y alianzas entre el sindicalismo y las fuerzas que ejercen el poder político en algunos países de la región, ha dado lugar a que en Brasil, Argentina y Uruguay se haya experimentado un repunte importante del sindicalismo. Por otra parte, hay que destacar el surgimiento y desarrollo de movimientos sociales no propiamente sindicales que provienen fundamentalmente de sectores informales y que han llegado a constituir una importante fuerza de presión social. Existen movimientos que agrupan propietarios y trabajadores dependientes en sectores como el del transporte colectivo, en el cual estas organizaciones mixtas ejercen un sobresaliente liderazgo. En Venezuela, Ecuador y Bolivia, estos movimientos sociales, muchas veces promovidos desde el Estado, vienen jugando un papel importante en la vida social.

La estructura sindical mayoritaria en la región es el sindicato de empresa. Incluso, un país como Argentina, en el cual tradicionalmente predominaban los sindicatos por ramas industriales, ha ido disminuyendo este modelo en beneficio de la sindicalización por empresa. Esta tendencia supone una atomización del sindicalismo y obstaculiza su presencia en las medianas y pequeñas empresas, que constituyen la principal fuente del empleo.

Para afrontar adecuadamente los retos que el mundo del trabajo tiene planteados para las próximas décadas, el sindicalismo latinoamericano tiene que fortalecerse no sólo cuantitativa sino también cualitativamente. Es necesario establecer estructuras sindicales que permitan una inclusión más extendida de la población trabajadora en la actividad sindical. Se hace necesario un esfuerzo para erradicar las intervenciones gubernamentales en la vida sindical y las prácticas antisindicales que aún persisten en varios países. Por otra parte, se requiere de un proceso de maduración y capacitación de la dirigencia sindical que le permita trascender de la lucha reivindicacionista cotidiana y elaborar ópticas adecuadas para enfrentar los grandes problemas de la sociedad, de la economía y del trabajo.

Sumario

10. CONCLUSIONES

A grandes rasgos he presentado los que, a mi juicio, son los principales desafíos que enfrenta el Derecho del Trabajo en América Latina en el siglo XXI. La adecuada atención de esos desafíos requiere de una variedad de instrumentos y programas públicos y sociales que deben formularse y ejecutarse de manera equilibrada y eficiente, de manera que la tutela conferida al trabajo no constituya un factor que perturbe la vida armoniosa de la sociedad. En este orden de ideas el Derecho Laboral es uno de los varios instrumentos de que dispone la sociedad para la tutela del trabajo humano, pero no el único. En todo caso, el eficaz desempeño del papel que el Derecho del Trabajo tiene asignado dentro de una sociedad democrática depende, a su vez, de la eficacia con que cumplan su función los distintos actores que participan en el proceso de formación y desarrollo de esta disciplina: –Los legisladores, quienes deben crear normas claras y precisas, que tomen en cuenta la realidad social en la que van a ser aplicadas, para que la finalidad de la tutela pueda ser compatible con los requerimientos de la producción y del equilibrio social. –Los empleadores y sus organizaciones, que deben comprender que sus específicos intereses profesionales no encuentran mejor garantía que el funcionamiento de un sistema de relaciones laborales justo y equilibrado, lo cual no puede ser logrado sino mediante el respeto y el cumplimiento de las normas del trabajo. –Los trabajadores y sus organizaciones, que deben comprender que no habrá adecuado funcionamiento del sistema si ellos no cumplen sus deberes con el mismo celo que exigen el disfrute de sus derechos, que no habrá remuneración justa si no hay producción adecuada. –Los jueces y los agentes de la administración del trabajo, quienes deben ser los principales garantes del cumplimiento de la normativa laboral y que deben actuar con eficiencia, tesón e imparcialidad, para poner fin a la brecha entre realidad y norma que ha caracterizado nuestro mundo laboral. En fin, el sector académico, que debe contribuir con el estudio permanente de los temas que dan vida al Derecho del Trabajo y que debe superar la sublime tentación de la erudición, para dedicar sus esfuerzos al estudio de los problemas reales de la sociedad y del trabajo.

Madrid, septiembre de 2011.

En primer lugar, el Estado debe intervenir en la economía para garantizar la estabilidad macroeconómica. Esto implica la emisión de moneda, la fijación de tipos de interés y la gestión de las finanzas públicas. En segundo lugar, el Estado debe intervenir para garantizar la competencia y la eficiencia en el mercado. Esto implica la regulación de las actividades económicas, la supervisión de las empresas y la protección de los consumidores. En tercer lugar, el Estado debe intervenir para garantizar la justicia social y la redistribución de la renta. Esto implica la imposición de impuestos y la creación de programas de bienestar social. En cuarto lugar, el Estado debe intervenir para garantizar la sostenibilidad ambiental. Esto implica la regulación de las actividades que generan contaminación y la creación de programas de conservación.

En conclusión, el Estado debe intervenir en la economía para garantizar la estabilidad macroeconómica, la competencia y la eficiencia en el mercado, la justicia social y la redistribución de la renta, y la sostenibilidad ambiental.

A grandes rasgos no presentando los datos, se puede decir que la economía de España en los últimos años ha experimentado un crecimiento sostenido, aunque con algunas fluctuaciones. El PIB ha crecido de manera constante, lo que indica una actividad económica vigorosa. Sin embargo, también se han observado algunos problemas, como el desempleo y la desigualdad de la renta. En cuanto a las finanzas públicas, se ha observado un déficit que ha aumentado en los últimos años, lo que puede ser preocupante a largo plazo. En resumen, la economía de España ha mostrado una cierta resiliencia, pero también enfrenta desafíos que requieren la intervención del Estado para garantizar su sostenibilidad y bienestar social.

Extinción de la relación de trabajo

Emilio MORGADO-VALENZUELA

Ex-Presidente y Presidente de Honor de la Academia Iberoamericana
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Sumario

Primera Parte: seguridad en el empleo y vicisitudes de la relación de trabajo. I. Seguridad en el empleo. II. Vicisitudes de la relación de trabajo. 1. La determinación de la existencia de una relación de trabajo. 2. El desplazamiento del contrato de duración indefinida. 3. La externalización de las relaciones de trabajo. Segunda Parte: Modalidades de extinción de la relación de trabajo I. Causas de extinción de la relación de trabajo. II. Extinción de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. 1. Causas justificadas. A. Extinción por iniciativa del empleador por causa de la capacidad del trabajador. B. Extinción por iniciativa del empleador por causa de la conducta del trabajador (causas disciplinarias). C. Extinción por iniciativa del empleador por causa de necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. 2. Preaviso. 3. Procedimiento previos o con ocasión de la terminación. 4. Recurso contra la terminación. 5. Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos. III. Ámbitos normativos constitucionales y la ratificación del convenio N° 158 de la OIT. Bibliografía.

La voz extinción es definida como la acción y efecto de extinguir o extinguirse, de poner término a algo. Equivale al final o conclusión, a la desaparición o cese permanente.

El estudio de la extinción de la relación de trabajo lo divido en tres partes. En la primera presento lo concerniente a la seguridad en el empleo y a las vicisitudes de la relación de trabajo, con especial mención a la determinación de la existencia de una relación de trabajo, el desplazamiento del contrato de duración indefinida y la externalización de las relaciones de trabajo. En la segunda parte examino las causas de extinción de la relación de trabajo, presentando separadamente las originadas por iniciativa del empleador (despido), las que, atendiendo a la naturaleza de las causas que las justifican, agrupo en tres

categorías: (i) las referidas a la capacidad del trabajador; (ii) las atinentes a su conducta y, (iii) las concernientes a las necesidades de funcionamiento de las empresas, establecimientos o servicios. Luego examino lo concerniente al preaviso, a los procedimientos previos o con ocasión de la terminación, a los recursos contra ella y a la indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos. Finalmente, en la tercera parte hago referencia a los correspondientes ámbitos normativos constitucionales y al estado actual de las ratificaciones del Convenio núm. 158 de la OIT.

PRIMERA PARTE: SEGURIDAD EN EL EMPLEO Y VICISITUDES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

I. SEGURIDAD EN EL EMPLEO

La seguridad en el empleo puede entenderse como la certeza, claridad y previsibilidad acerca del contenido, interpretación y aplicación de la normatividad sobre la extinción de la relación de trabajo. En tal sentido, la seguridad en el empleo es una salvaguarda protectora que preserva la firmeza y constancia de la relación de trabajo. Por ello, un apropiado nivel de seguridad dignifica la relación de trabajo y aleja el temor de que ella se extinga injustificadamente.

Entre las consideraciones tenidas en cuenta para promover un mejor nivel de seguridad en el empleo destacan: (i) mientras para algunos el trabajo es un insumo reemplazable en el proceso productivo, para otros el trabajo tiene un carácter *alimentario* por cuanto su efecto remuneratorio constituye el único o principal ingreso del trabajador, por lo que la extinción de la relación de trabajo lesiona seriamente la capacidad del trabajador para atender sus necesidades y las de su grupo familiar dependiente. Adicionalmente, la pérdida injustificada del trabajo afecta su autoestima y limita su desarrollo personal; (ii) la extinción de la relación de trabajo condiciona, limita o torna inane el acceso pleno al ejercicio de los derechos laborales, afecta la naturaleza y calidad de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, excluye o limita el acceso a las prestaciones de seguridad social y afecta el financiamiento de ellas; (iii) la extinción de la relación de trabajo tiene efectos económicos directos e indirectos, tales como el pago de indemnizaciones, pérdida de inversiones en formación profesional y capacitación de trabajadores, efectos recesivos por disminución de consumos, pérdida de imagen corporativa; (iv) desde el punto de vista social dicha extinción es una fuente alimentadora de la pobreza y la consiguiente elevación de los niveles de marginación y exclusión. Ello plantea nuevas exigencias a las políticas públicas de promoción del empleo, y (v) desde el punto de vista político la extinción de la relación de trabajo afecta negativamente en el grado de cohesión social necesario para alcanzar o mantener niveles apropiados de gobernabilidad democrática inclusiva.

La seguridad del empleo tiende a ser favorecida con la existencia de normas declarativas y garantizadoras de la estabilidad en el mismo. La definición, alcances y modalidades de esa estabilidad son objeto de fuertes debates doctrinales en torno a cómo, mediante ella, se incorporan –o retienen, en su

caso— limitaciones efectivas a la extinción injustificada de la relación de trabajo, particularmente eliminando el despido *ad nutum*, en cualquiera de sus manifestaciones directas e indirectas¹.

El concepto de estabilidad no es unívoco. La doctrina suele distinguir entre la estabilidad absoluta y relativa propia o impropia. La estabilidad absoluta es entendida como la prohibición del despido que no se fundamente en una causa legalmente establecida, por lo que si se produce el despido éste es nulo y el trabajador puede exigir ser reincorporado en su puesto de trabajo. Tratándose de la estabilidad relativa propia el despido declarado nulo no conlleva la reincorporación real del despedido sino que genera la reincorporación ficta, esto es, la continuidad del derecho a recibir el pago de las correspondientes remuneraciones directas e indirectas. A su vez, existe estabilidad relativa impropia cuando el despido no se considera nulo y mantiene su validez y eficacia pero, no obstante, es sancionado con el pago de las indemnizaciones que establece la ley.

Tanto en la legislación como en la práctica iberoamericana están presentes una o más de estas modalidades de estabilidad. No obstante es fuerte la crítica respecto de la aceptación de formas de estabilidad distintas a la absoluta. Por ejemplo, Helios Sarthou sostiene que: (i) los institutos de la estabilidad están conformados en nuestro derecho positivo bajo una óptima unilateral funcional a la parte más fuerte de la relación de trabajo, de filiación sancionatoria y reparatoria, que omite el real enfoque tuitivo y humanista; (ii) la estructura jurídica de la supuesta estabilidad de los trabajadores en general está conformada sobre la base del instituto del despido indemnizado; (iii) la doctrina y la jurisprudencia más recibidas, sin quererlo o queriéndolo, en ciertos casos, han homologado esta anómala reglamentación legal de la estabilidad, cuando la clasifica en absoluta y relativa, propia e impropia. De este modo incluye el régimen indemnizatorio del despido como “estabilidad impropia”, cuando en realidad nada tiene que ver con la estabilidad, siendo un sistema de reparación de los efectos dañosos, precisamente de la violación de la estabilidad. No existe más que una estabilidad: el mantenimiento o reintegro de la relación de trabajo en los mismos términos en que se encontraba al tiempo del despido. Tampoco la llamada “estabilidad propia relativa” es estabilidad, pues el restablecimiento de los efectos del contrato y la puesta de energía a la orden, no constituye la reinstalación efectiva y material en la empresa, impidiendo la plenitud de derechos materiales y morales que implica el contrato de trabajo. Esa reinstalación ficta puede afectar el plano moral del trabajador al percibir el salario sin realizar las tareas, comprometiendo su posición en el medio laboral, y (iv) la estabilidad impropia es una coartada semántica, y la propia relativa corrige la privación del salario pero no es verdadera estabilidad².

En general, en los países iberoamericanos ha disminuido el nivel de seguridad del empleo por efecto de variados factores. Éstos alcanzan dimensiones y

¹ Sobre el particular, por ejemplo Mario Pasco Cosmópolis afirma que la extinción de la relación laboral en el Perú sólo puede ser estudiada y entendida en función y a partir de la estabilidad laboral. (Ver: La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana, p. 240).

² Helios Sarthou: Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo. Fundación Cultura Universitaria, FCU. Montevideo 2002, especialmente pp. 57 y 669.

expresiones estrechamente ligadas a los variantes entornos políticos y económicos existentes en los ámbitos nacionales e internacionales, a menudo acelerados o distorsionados por procesos de globalización en los que suelen estar ausentes valores éticos que sirven de fundamento a los principios del Derecho del Trabajo: el protectorio, el de continuidad, el de irrenunciabilidad, el de la primacía de la realidad, el de no discriminación, unidos a los principios del Derecho Procesal del Trabajo.

A lo anterior cabe agregar los múltiples efectos, directos e indirectos, derivados la persistencia de altos niveles de desempleo y subempleo, cuyo abatimiento, según algunos, obliga a la desregulación de las normas laborales, en particular de las que regulan la contratación y la terminación de la relación de trabajo, mediante fórmulas de flexibilización de ingreso y egreso. De esta forma al clásico enunciado del "empleo como bien escaso", formulado por el siempre recordado y apreciado Profesor *Manuel Alonso Olea*, ahora hay que agregar las palabras "y precario".

Como consecuencia de lo expresado han surgido variadas vicisitudes referidas a la relación de trabajo.

II. VICISITUDES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Entre las vicisitudes que actualmente experimenta la relación de trabajo cabe evocar las referidas a la determinación de su existencia, el desplazamiento del contrato de duración indefinida, y la externalización de las relaciones de trabajo.

1. La determinación de la existencia de una relación de trabajo

En la actualidad no siempre es fácil determinar la existencia de una relación de trabajo. En parte esas dificultades derivan de la implantación de relaciones distintas de las laborales, mediante las cuales se pretende disfrazar y encubrir verdaderas relaciones de trabajo y así evitar la plena vigencia de la legislación que las rige. También en parte dichas dificultades se generan por "la presencia de insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación", particularmente en los casos en que hay relaciones "objetivamente ambiguas"³.

Estos factores adquieren dimensiones y matices relevantes por efecto directo o indirecto de las transformaciones que experimentan la organización y naturaleza del sistema productivo y del trabajo, especialmente si se tiene presente los cambios tecnológicos y económicos y las periódicas crisis financieras y recesiones económicas internacionales.

Mediante reformas legislativas –y también fácticamente– se han instalado variadas formas de contratación laboral "deslaboralizadas", esto es, reguladas por ordenamientos jurídicos distintos al laboral no obstante tratarse de reales y

³ Ver: Oficina Internacional del Trabajo: Informe V(1) La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006. OIT, Ginebra, 2005.

efectivas relaciones de trabajo. Ese deslizamiento hacia lo no laboral produce efectos aun más perniciosos cuando conduce a la existencia de relaciones totalmente desreguladas.

Como se expresa en el Informe de 1995 de la OIT sobre la relación de trabajo "disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley o evadir impuestos o las obligaciones de la seguridad social (... y además) sirve para ocultar la identidad del empleador"⁴.

Tal encubrimiento también puede consistir en atribuir a una relación de trabajo características y modalidades diferentes a las reales, por ejemplo en lo atinente al plazo de vigencia de la relación de trabajo⁵.

De otra parte, tratándose de las llamadas relaciones "objetivamente ambiguas", en el Informe se evocan repercusiones resultantes de la pérdida de protagonismo de la relación de trabajo típica por el surgimiento y ampliación creciente de las relaciones atípicas⁶. A la vez se da particular importancia a lo concerniente a las relaciones triangulares de trabajo y las consiguientes incertezas respecto de materias tales como la identidad del empleador, la radicación y nivel de responsabilidad –solidaria o subsidiaria– de los correspondientes proveedores y usuarios, y de los posibles intermediarios, situaciones que se tornan más complejas tratándose de triangulaciones en cadena o red. Asimismo en el Informe se evoca lo atinente a las modalidades comerciales que asume el sistema de franquicias. Adicionalmente se menciona la situación del "trabajo económicamente dependiente", en el que un trabajador formalmente independiente depende de los ingresos que obtiene "de unos pocos clientes o de uno solo"⁷.

Con distintos enfoques y matices las legislaciones de los países iberoamericanos abordan estas materias, particularmente lo referido al concepto de relación de trabajo y sus sujetos, la aproximación al principio de "primacía de la realidad" y la prueba, las fronteras entre lo dependiente e independiente, la externalización y triangulación, y las funciones de fiscalización y control del cumplimiento de la legislación⁸.

En **Chile** los factores dependencia y subordinación poseen diferentes calificaciones como elementos caracterizadores de la relación de trabajo. Mientras en la definición de contrato de trabajo esos factores constituyen requisitos copulativos para la existencia de ese contrato, y de la correspondiente relación de trabajo ("subordinación y dependencia"), no tienen tal carácter en las definiciones legales de trabajador y de empleador ("subordinación o dependencia"). La eliminación del carácter copulativo de ambos términos

⁴ Id. ant. p.14.

⁵ Ibid.

⁶ Tal fenómeno fue magistralmente expuesto por el Profesor Efrén Córdova, Relator del Tema en el Décimo Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (Caracas, 1985).

⁷ Ver: Oficina Internacional del Trabajo: Informe V(1) La relación de trabajo. Ob.cit. p. 13.

⁸ Id. ant. pp. 19 a la 54.

permitiría ampliar considerablemente el ámbito de aplicación de la relación de trabajo y de su amplia gama de efectos jurídico-laborales y de seguridad social⁹.

2. El desplazamiento del contrato de duración indefinida

En cuanto a la duración del contrato de trabajo, en Latinoamérica se ha transitado desde la preferencia por el contrato de duración indefinida a la creciente tendencia que favorece al contrato por tiempo determinado. Así han quedado atrás dos características clásicas del contrato de trabajo: (i) mientras no se pruebe lo contrario, el contrato es por tiempo indefinido, y (ii) el contrato por tiempo definido es de carácter excepcional y, por lo tanto, tiene cabida si se cumplen las condiciones exigidas para celebrarlo, entre otras, la temporalidad intrínseca del trabajo o servicio que se contrata, fundamentada en la existencia de causas objetivas que la acrediten. Ahora la temporalidad del contrato no obedece a la temporalidad de la prestación laboral objeto del contrato.

Como tal, la temporalidad se manifiesta en múltiples y crecientes formas contractuales. Todas se inscriben en el objetivo de fortalecer la flexibilidad de ingreso como un medio para favorecer variados objetivos, incluidos los de acrecentar las facultades de organización y administración del trabajo radicadas en el empleador, y los de fomentar el empleo, particularmente a través de la primera contratación y la formación para aumentar la empleabilidad. En ciertos casos dicha temporalidad ha sido acompañada por exenciones en materias tributarias y de previsión y seguridad social, lo que le agrega contenidos de suma precariedad.

Especial relevancia tienen las reformas que restan protagonismo a los contratos de duración indefinida modificando peyorativamente la clásica presunción del carácter de indefinido del plazo de vigencia del contrato de trabajo (**Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela**) y favoreciendo, promoviendo y multiplicando modalidades de contratos por tiempo determinado (**Argentina,**

⁹ Al igual que en otros países, las complejidades que enfrenta la determinación de la existencia de una relación de trabajo pone de relieve la apropiada selección y utilización de elementos indiciarios. Aunque no se ha legislado acerca de ellos cabe recordar que los más corrientemente aludidos en la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo principalmente son: la continuidad o periodicidad de la prestación de servicios; el cumplimiento de horarios de trabajo y descanso; la entrega de materiales y equipo para realizar el trabajo; la supervigilancia directa o indirecta; las órdenes o instrucciones acerca de cómo y cuando realizar el trabajo; el sometimiento a procesos de selección o evaluación; la naturaleza coincidente de las labores encomendadas coincidentes la naturaleza de las actividades de la empresa; el uso obligatorio de uniformes o sellos, logos o emblemas distintivos de la empresa y, muy especialmente, la determinación de quien utiliza el trabajo realizado o se beneficia con él. A su vez en la jurisprudencia judicial destacan las sentencias en que se ha establecido que hay relación de trabajo —aunque no haya contrato de trabajo o, eventualmente se hayan extendido boletas por servicios independientes o celebrado contrato “a honorarios”— si se demuestra la existencia de alguno de los siguientes factores indiciarios: desempeño real como dependiente durante un tiempo determinado, con horario y remuneración; informes de rendiciones de cuentas presentadas al empleador y “signadas” por éste; trabajo realizado en dependencias de la empresa o utilizando la infraestructura de ella; uso de un vehículo de la empresa; pago de los gastos realizados “en terreno”, previa rendición de gastos y aprobación por parte de la empresa; compromiso de exclusividad en la prestación de servicios; obligación de asistencia diaria; obligación de rendir cuenta de las actividades realizadas; recepción y obligación de cumplimiento de instrucciones; pago de de colación (alimentación), gratificación o estímulos anuales; emisión de boletas de honorarios correlativas; cúmulo de obligaciones establecidas en el contrato de un profesional liberal, que exceden a las propias de un profesional que presta servicios en determinados actos relacionados con su especialidad.

Brasil, Ecuador, Nicaragua Perú, República Dominicana, Venezuela), a la vez que aumentando sus plazos de vigencia (**Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela**).

Cabe también señalar que en **Brasil**—mediante la negociación colectiva— la empresa puede ser autorizada para celebrar contratos de trabajo de duración determinada; en **Ecuador** la legislación reformada regula los contratos eventuales, ocasionales, de temporada, de obra cierta y por tarea, y en cuanto a su duración se establece que los contratos de duración determinada tendrán una duración no menor a un año ni superior a dos años (no renovable), excepto si se trata de contratos: (i) temporales (que en total no excedan de 30 días en un año), (ii) por obra cierta que no sean habituales, (iii) contratos de temporada, (iv) contratos de servicio doméstico, (v) contratos de aprendizaje; (vi) contratos a prueba; (vii) contratos entre artesanos y sus operarios, y (viii) los demás contratos que determine la ley; que tendrán un año de duración como mínimo; en **Nicaragua** se modificó la regulación sobre contratos de tiempo determinado y se estableció como plazo de duración de los contratos el que convengan las partes, o el tiempo de duración de la obra o servicio, o de trabajos cíclicos o estacionales, salvo lo que se disponga en convenios o acuerdos colectivos; en **Perú** se establecieron los siguientes contratos temporales: (i) por inicio o lanzamiento de una nueva actividad (con un plazo máximo de dos años), (ii) por necesidades del mercado (con un plazo máximo de cinco años), y (iii) por reconversión empresarial (con un plazo máximo de dos años). A la vez se establecieron los siguientes contratos de naturaleza accidental: (i) ocasionales (con un plazo máximo de seis meses), (ii) de suplencia, y (iii) de emergencia (ambos con la duración que sea necesaria). A ellos se sumaron tres modalidades de contrato de obra o servicio: (i) de obra determinada o servicio específico, (ii) intermitente, y (iii) de temporada. A estas formas contractuales se agregaron los contratos: (i) del régimen de exportación de productos no tradicionales; (ii) de zonas francas, y (iii) “cualquier otro contrato cuya causa de contratación sea temporal” (en esas tres modalidades la duración del contrato “será la que resulte necesaria”); en **República Dominicana** se mantuvo la regulación de los contratos por cierto tiempo y para una obra o servicios determinados si en tal contratación concurre alguno de los siguientes tres requisitos: (i) que sea conforme a la naturaleza del servicio que se va a prestar, (ii) que consista en la substitución temporal de un trabajador, o (iii) que convenga a los intereses del trabajador. La duración de los contratos es determinada por la naturaleza de la labor convenida.

La tendencia es inversa en **Argentina** país en que se reemplazó la legislación sobre “las modalidades promovidas recontrato de trabajo” y reguló lo concerniente al contrato de trabajo de aprendizaje y al régimen de pasantías, y en **Venezuela**, en donde el contrato por tiempo determinado sólo puede celebrarse si así lo exige la naturaleza del servicio, o cuando tenga por objeto substituir lícita y provisionalmente a un trabajador, o cuando se trate de trabajadores venezolanos que prestarán servicios en el extranjero. Los contratos por obra determinada terminan con la conclusión del trabajo y los de duración determinada no pueden exceder de un año (obreros) o tres años (empleados).

De otra parte se ha recurrido a la creación de nuevas modalidades de contratación, como las de formación y aprendizaje (**Argentina, El Salvador, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela**), y se ha ampliado el plazo de duración de los períodos de prueba (**Argentina, Colombia, Panamá, Perú, Venezuela**).

En ciertos casos se ha establecido una duración máxima del contrato de plazo definido, por ejemplo, dos años en **Brasil** y en **Panamá** (tratándose de nuevas actividades o de empresas con hasta un año de antigüedad), y de hasta cinco años en **Perú** (en presencia de necesidades coyunturales del mercado). En cuanto a su duración mínima, las regulaciones nacionales no son uniformes. Por ejemplo, en **Colombia** se fija un año, renovable indefinidamente, y en **Ecuador** se establece la duración inferior a un año tratándose de contratos eventuales, ocasionales o de temporada.

A la figura jurídica del contrato por tiempo definido se suma la del contrato a tiempo parcial, también llamado contrato por horas, que puede ser de duración indefinida aunque en la práctica se manifiesta, principalmente, en contrataciones temporales, porque esos contratos tienden a ser modalidades del contrato de duración determinada. Igual naturaleza puede atribuirse a ciertas manifestaciones del período de prueba que suele incorporarse en el contrato de trabajo.

De otra parte, en la práctica ha crecido el uso de contratos por obra, faena o servicio, en los que se da una interpretación extensiva a esos vocablos, los que tienden a ser considerados como sinónimos de tarea o parte de una tarea, con lo que en definitiva disminuye el tiempo de duración del contrato de trabajo.

3. La externalización de las relaciones de trabajo

Las modalidades de externalización (outsourcing) varían según los países y las ramas de actividad económica. A la vez, presentan matices concretos que van desde ciertas formas de intermediación hasta modalidades de externalización máxima, incluso de carácter internacional. Esas modalidades reflejan la existencia de tendencias descentralizadoras en la organización de la producción y del trabajo a la vez que una acentuación de la disminución de las plantillas fijas de personal, el crecimiento de la intervención de terceros en las relaciones tanto laborales como no laborales existentes en la externalización productiva y, en general, la ampliación de modalidades de deslizamientos deslaboralizadores de lo laboral.

En este marco conceptual la contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza. En consecuencia migra desde el ámbito de las vinculaciones directamente establecidas entre el empleador y el trabajador –base de la relación laboral y del contrato de trabajo clásicos– y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza. En tal marco coexisten relaciones laborales y relaciones contractuales no laborales. En las primeras el empleador real (clásico) no es quien directamente contrata el trabajo ni quien directamente lo remunera, funciones que radican en el contratista o subcontratista o en la empresa de servicios transitorios. Surgen entonces triangulaciones en las que

existen relaciones entre el trabajador, su empleador formal y el que recibe y se beneficia con el trabajo realizado.

Por ejemplo, en **Chile** la legislación regula dos formas de externalización de la prestación de trabajo: la subcontratación y el trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios.

El trabajo en régimen de subcontratación es definido como el realizado por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista el que, mediante una relación contractual (no laboral) con una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena (denominada empresa principal), se encarga de ejecutar, por su cuenta y riesgo, obras o servicios con trabajadores bajo su dependencia. Los servicios u obras contratadas se desarrollan o ejecutan en la empresa principal.

En lo concerniente al trabajo a cargo de empresas de servicios transitorios, la legislación regula los siguientes cinco componentes: las empresas de servicios transitorios, la empresa usuaria o usuaria, el contrato de puesta a disposición, el trabajador de servicios transitorios, y el contrato de trabajo de servicios transitorios, formulando las siguientes definiciones: (i) **empresa de servicios transitorios** es la persona jurídica inscrita en el registro respectivo, que tiene por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros –denominados para estos efectos empresas usuarias– trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como “otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos”; (ii) es **usuaria** toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: (a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados; (b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza; (c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados; (d) período de inicio de actividades en empresas nuevas; (e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o (f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria. No se puede contratar la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios: (a) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados; (b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva, o (c) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios; (iii) es **contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios** aquel de naturaleza no laboral en el que la empresa de servicios transitorios y la usuaria dejan constancia de: (a) la causal invocada para la contratación de servicios transitorios; (b) los puestos de trabajo para los cuales se realiza; (c) la duración de la puesta a disposición;

(d) "el precio convenido"; (e) la indicación de los trabajadores puestos a disposición que durante la vigencia de dicho contrato, tendrán o no derecho a utilizar transporte e instalaciones colectivas que existan en la usuaria, y (f) la individualización de las partes, con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas, se debe, además, individualizar a el o los representantes legales; (iv) es **trabajador de servicios transitorios** aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones del Código del Trabajo, y (v) es **contrato de trabajo de servicios transitorios** la convención en virtud de la cual un trabajador y una empresa de servicios transitorios se obligan recíprocamente, aquél a ejecutar labores específicas para una usuaria de dicha empresa, y ésta a pagar la remuneración determinada por el tiempo servido.

En la reciente Ley N° 1429, de **Colombia**, sobre formalización y creación de empleo, se dispone que en toda institución o empresa pública o privada, el personal requerido para el desarrollo de actividades "misionales permanentes" no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales o prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes¹⁰. En **Perú**, en la externalización mediante el suministro de trabajadores a cargo de una cooperativa de servicios, los socios de éstas aportados a la empresa contratante no son trabajadores dependientes de la cooperativa de la que son miembros, ni de la empresa contratante que se beneficia con su trabajo. Sin embargo se les considera habilitados para pertenecer, como trabajadores dependientes, a tres instituciones de protección social: el Régimen de Prestaciones de Salud, el Sistema Nacional de Pensiones y el Sistema Privado de Pensiones.

SEGUNDA PARTE: MODALIDADES DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

I. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

En la legislación de los países latinoamericanos existen numerosas y disímiles clasificaciones de las causas de extinción de la relación de trabajo, a lo que se agrega el uso de vocablos cuyo significado no siempre es coincidente. En algunos casos la clasificación en sí es también compleja y en otros sólo se trata de enumeraciones de causales, aun cuando en ellas suele advertirse la existencia de agrupaciones con una cierta identidad común o coherente. En resumen, no hay una terminología común y generalmente aceptada.

Por ejemplo, *Wagner D. Giglio* expresa que en **Brasil**, la relación de trabajo puede concluir por causas ajenas a la voluntad de las partes o por acuerdo de

¹⁰ En dicha ley también dispone que, sin perjuicio de los derechos irrenunciables, las pre-cooperativas y cooperativas de trabajo asociados, cuando en casos excepcionales previstos en la Ley tengan trabajadores, retribuirán a éstos y a los trabajadores asociados, por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. El incumplimiento de esta legislación, unto con la aplicación de elevadas multas, causará la disolución y liquidación de esas pre-cooperativas y cooperativas.

ellas. Entre las primeras destaca: (i) la fuerza mayor, que incluye al acto de autoridad que prohíbe o imposibilita la actividad empresarial, y (ii) las relativas al trabajador (muerte del trabajador o su encarcelamiento por más de treinta días, la decisión del padre o tutor del menor de edad, la incapacidad mental o física bajo ciertas circunstancias). *Giglio* también sostiene que el mayor interés reside en la extinción del vínculo por acto de voluntad, que puede ser bilateral (contrato a plazo determinado o por actividad u obra determinada), el disenso (o rescisión por acuerdo de las partes y la culpa recíproca), o ser unilateral del empleador o del trabajador. Sobre el particular *Giglio* expresa que la "rescisión del vínculo por acto de voluntad del empleador puede derivar del cierre voluntario de la empresa, por la jubilación (obligatoria) del trabajador a requerimiento del empleador, del despido del trabajador con o sin causa justificada y, finalmente, por la decisión judicial dictada en una acción destinada a obtener la autorización de separación del trabajador con derecho a la estabilidad (con o sin falta grave). La rescisión del trabajador puede manifestarse a través de su solicitud de jubilación o de renuncia, de su ruptura directa de la relación de trabajo sin comunicación previa al empleador o inclusive mediante una acción rescisoria que pretenda la confirmación judicial. En las dos últimas hipótesis, la rescisión puede producirse con o sin causa justificada..."¹¹.

En el Código del Trabajo de **Chile** se establecen las siguientes causas generales de terminación del contrato de trabajo: (i) mutuo acuerdo de las partes; (ii) renuncia del trabajador, dando aviso a su empleador con treinta días de anticipación, a lo menos; (iii) muerte del trabajador; (iv) vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año, plazo que se eleva a dos años tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste¹²; (v) conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato, y (v) caso fortuito o fuerza mayor. En normas separadas el Código regula lo concerniente al despido por causa de la conducta del trabajador y lo referido a la terminación por necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, materias que son presentadas más adelante.

En **Colombia** el contrato de trabajo termina: (i) por muerte del trabajador; (ii) por mutuo consentimiento; (iii) por expiración del plazo fijo pactado; (iv) por terminación de la obra o labor contratada; (v) por liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; (vi) por suspensión de actividades por parte del empleador durante más de ciento veinte (120) días; (vii) por sentencia ejecutoriada; (viii) por decisión unilateral en los casos previstos en la legislación, y (viii) por no regresar el trabajador a su empleo, al desaparecer las causas de la suspensión del contrato¹³.

¹¹ Wagner D. Giglio: La extinción de la relación de trabajo en el Brasil. En: La extinción de la relación laboral. Perspectiva latinoamericana, ps. 10 y 11.

¹² El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un período de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida. la duración del contrato no podrá exceder de dos años. El hecho de continuar el trabajador prestando servicios con conocimiento del empleador después de expirado el plazo, lo transforma en contrato de duración indefinida. Igual efecto producirá la segunda renovación de un contrato de plazo fijo.

¹³ En los casos contemplados en (los numerales v) y (vi), el empleador debe solicitar el correspondiente permiso al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social e informar por escrito a sus trabajadores.

La terminación unilateral del contrato puede tener lugar por justa causa o sin justa causa. El enunciado de las justas causas que permiten al empleador dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo son presentadas separadamente. Por parte del trabajador son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo las expresadas en el Código Substantivo de Trabajo¹⁴.

Respecto de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, en el Código se expresa que en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. Tratándose de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador —o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley— el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que se señalan en el Código del Trabajo.

En **Costa Rica** el contrato de trabajo termina sin responsabilidad para ninguna de las partes por las siguientes causas: (a) por el advenimiento del plazo en los contratos a plazo fijo, salvo el caso de prórroga, y por la conclusión de la obra en los contratos para obra determinada; (b) por las causas expresamente estipuladas en él; y (c) por mutuo consentimiento.

El trabajador puede dar por terminado su contrato de trabajo, conservando su derecho a las indemnizaciones y prestaciones legales, en presencia de alguna de las justas causas determinadas en el Código del Trabajo¹⁵. También

¹⁴ Son justas causas: (i) haber sufrido engaño por parte del empleado, respecto de las condiciones de trabajo; (ii) todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el empleador contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del empleador con el consentimiento o la tolerancia de éste; (iii) cualquier acto del empleador o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas; (iv) todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato, y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el empleador no se allane a modificar; (v) todo perjuicio causado maliciosamente por el {empleador} al trabajador en la prestación del servicio; (vi) el incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del empleador, de sus obligaciones convencionales o legales; (vii) la exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquél para el cual se le contrató, y (viii) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

¹⁵ En el Código del Trabajo se establecen las siguientes justas causas: (i) cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados. Quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley; (ii) cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma reñida con la moral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador; (iii) cuando un dependiente del patrono o una de las personas que viven en casa de éste, cometa, con su autorización expresa o tácita, alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra el trabajador; (iv) cuando el patrono directamente o por medio de sus familiares o dependientes cause maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador; (v) cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para el cumplimiento del contrato; (vi) cuando el patrono, un miembro de su familia, o su representante en la dirección de las labores u otro trabajador esté atacado por alguna enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto con la persona de que se trate; (vii) cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el lugar de trabajo, por excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan; (viii) cuando el patrono comprometa con su imprudencia o descuido

termina sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles, en presencia de: (i) la muerte del trabajador; (ii) la necesidad que tuviere éste de satisfacer obligaciones legales, como la del servicio militar u otras semejantes que conforme al derecho común equivalen a imposibilidad absoluta de cumplimiento; (iii) la fuerza mayor o el caso fortuito; (iv) la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla sólo rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos, y cuando se haya satisfecho la preferencia legal que tienen los acreedores alimentarios del occiso, insolvente o fallido; (v) cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o retiro, (vi) la propia voluntad del patrono.

También el contrato termina por decisión del empleador, con o sin responsabilidad.

En **Cuba** el contrato de trabajo termina por: (i) acuerdo de las partes; (ii) iniciativa de alguna de las partes; (iii) llamado del trabajador para el cumplimiento del servicio militar activo; (iv) vencimiento del término fijado, en el caso de los contratos por tiempo determinado; (v) ejecución del trabajo objeto del contrato, cuando se ha concertado a ese fin; (vi) jubilación del trabajador; (vii) fallecimiento del trabajador, y (viii) extinción de la entidad laboral, cuando no exista la subrogación por cualquier otra.

El trabajador, por su voluntad, puede decidir dar por terminado el contrato, caso en el cual está en la obligación de comunicarlo por escrito a la administración de la entidad laboral en los términos de aviso previo establecidos para cada tipo de contrato. Una vez recibido el aviso previo, la entidad laboral puede acceder a la solicitud del trabajador antes del vencimiento de los términos señalados. El abandono por el trabajador del centro de trabajo sin cumplir el término de preaviso se considera una violación de la disciplina laboral.

La terminación del contrato de trabajo por tiempo indeterminado por las causales de ineptitud, falta de idoneidad, invalidez parcial o declaración de disponibilidad debe ser comunicado al trabajador por escrito, con treinta días de antelación a la ejecución de la baja, por la entidad laboral. Durante el plazo antes referido, la administración de la entidad laboral, dentro de las posibilidades que brinden la producción o los servicios, debe conceder facilidades al trabajador para que gestione un nuevo empleo.

En **Ecuador** las causales de terminación se agrupan en las siguientes cinco categorías:

1ª Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes y sin intervención judicial: (i) cumplimiento del plazo; (ii) muerte del trabajador; (iii) terminación del negocio como consecuencia directa y necesaria de la muerte

inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o de las personas que allí se encuentren; (ix) cuando el patrono viole alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 70; y (x) cuando el patrono incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

del patrono; (iv) incapacidad legal, física o mental de cualquiera de las partes que haga imposible el cumplimiento del contrato, o la continuación de la empresa o establecimiento en su caso; (v) disolución o liquidación de la sociedad, asociación o institución titular de la empresa o establecimiento, cuando se hubiere producido por la finalización del negocio o del objeto para que fueron creadas, o por ser ambos de imposible realización; (vi) fuerza mayor o caso fortuito, cuando sus consecuencias no sean imputables al patrono y siempre que produzcan necesariamente la terminación de todo o parte del negocio; (vii) terminación total o parcial de las actividades de la empresa, decidida por el Síndico o acordada por la Junta de Acreedores en los casos de quiebra o concurso fortuitos; y (viii) sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador la pena de prisión; o por sentencia ejecutoriada que imponga al patrono la misma pena, cuando su ausencia produzca necesaria e inevitablemente la terminación del negocio.

2ª Causales de terminación sin responsabilidad para ninguna de las partes que requieren intervención judicial: (i) cierre definitivo, total o parcial, de la empresa o establecimiento, o la reducción definitiva de las labores, motivados por incosteabilidad de los negocios y autorizados por sentencia del Juez de Trabajo competente. La incosteabilidad deberá haber durado tres meses por lo menos, o un período mayor que el juez estime razonable, atendiendo a la naturaleza e importancia del negocio. Además, tratándose del cierre parcial o de la reducción definitiva expresados, la situación económica dicha ha de ser de tal gravedad que pueda conducir a la total incosteabilidad del negocio, y (ii) clausura del negocio, motivada por agotamiento de la materia que se explota en las industrias extractivas, y autorizada aquélla por sentencia del Juez de Trabajo competente.

3ª Causales de terminación sin responsabilidad para el patrono.

4ª Causales de terminación con responsabilidad para el patrono: el trabajador tendrá derecho a dar por terminado el contrato de trabajo con responsabilidad para el patrono, por las causas determinadas en el Código del Trabajo¹⁶.

¹⁶ Tales causas son: (i) cuando sin mediar justa causa, el patrono reduzca el salario al trabajador, o realice cualquier acto que produzca ese mismo efecto, o lo traslade a un puesto de menor categoría, o lo destine al desempeño de un trabajo de naturaleza distinta a la del convenido en el contrato. Estas causas dejarán de tener efecto después de treinta días de ocurrida la reducción, el traslado o destinación dichos; (ii) por engañar el patrono al trabajador, al tiempo de celebrarse el contrato, acerca de las condiciones en que deberían realizarse las labores. Esta causa también dejará de tener efecto después de treinta días laborados por el trabajador en la empresa o establecimiento, contados a partir de aquél en que se inició la prestación de servicios; (iii) por cometer el patrono, en el lugar de trabajo, en contra del trabajador o del grupo de trabajadores en que éste labore y del cual forme parte, o en contra de todo el personal de la empresa, actos que lesionen gravemente su dignidad, sentimientos o principios morales; (iv) por malos tratamientos de obra o de palabra, por parte del patrono o jefe de la empresa o establecimiento, en contra del trabajador o en contra de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, siempre que el patrono o jefes conocieren el vínculo familiar; (v) perjuicios que el patrono cause por malicia, directamente o por medio de otra persona, o por negligencia grave de su parte, en las herramientas, implementos de trabajo, o cualquier otra cosa, con tal que sean de propiedad del trabajador, o que, siendo de tercera persona, estén bajo su responsabilidad. Si los perjuicios fueren causados por negligencia leve o levisima, no podrá el trabajador demandar la terminación cuando el patrono se avenga a resarcirlos; (vi) actos del patrono o de sus representantes que pongan en peligro la vida o la salud del trabajador; (vii) por grave peligro para la vida o la salud del trabajador, debido a falta de condiciones higiénicas en el lugar de trabajo, o en la vivienda proporcionada por el patrono conforme al contrato de trabajo; y, en general, por incumplimiento del patrono, de las medidas preventivas o profilácticas prescritas por la ley o por disposición administrativa de autoridad competente; (viii) en los casos de los ordinales 2º, 3º y 4º del Art.

5ª Causales de terminación por mutuo consentimiento y por renuncia, siempre que consten por escrito. La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono. Si la terminación del contrato fuere por mutuo consentimiento, no habrá responsabilidad para las partes.

En **Guatemala**: El contrato de trabajo termina sin responsabilidad para las partes por alguna de las siguientes causas: a) por el advenimiento del plazo en los contratos a plazo fijo y por la conclusión de la obra en los contratos para obra determinada; b) por las causas legales expresamente estipuladas en él; y c) por mutuo consentimiento.

También la relación de trabajo termina cuando una o las dos partes que forman la relación laboral le ponen fin a ésta, cesándola efectivamente, ya sea por voluntad de una de ellas, por mutuo consentimiento o por causa imputable a la otra, o en que ocurra lo mismo, por disposición de la ley, en cuyas circunstancias se extinguen los derechos y obligaciones que emanan de dichos contratos. Sobre el particular en el Código se establecen las causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte, materia que ya hemos examinado.

Asimismo el Código regula las causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, sin responsabilidad de su parte¹⁷.

37, si no reanuda el patrono el cumplimiento del contrato dentro del término que el Juez de Trabajo la señale al declarar improcedente la suspensión, y (ix) por incumplir o violar el patrono, gravemente, cualquiera de las obligaciones o prohibiciones emanadas de alguna de las fuentes a que se refiere el Art. 24 del Código del Trabajo. En todos los casos de este artículo el trabajador tendrá derecho a que se le indemnice como si hubiera sido despedido, en la cuantía y forma que establecen los artículos 58 y 59 del Código, según el caso.

¹⁷ Son causas justas: (i) cuando el patrono no le pague el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados: quedan a salvo las deducciones autorizadas por la ley; (ii) cuando el patrono incurra durante el trabajo en falta de probidad u honradez, o se conduzca en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador; (iii) cuando el patrono directamente, uno de sus parientes, un dependiente suyo o una de las personas que viven en casa del primero, cometa con su autorización o tolerancia, alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra el trabajador; (iv) cuando el patrono directamente o por medio de familiares o dependientes, cause maliciosamente un perjuicio material en las herramientas o útiles del trabajador; (v) cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el trabajador fuera del lugar donde se ejecutan las labores y en horas que no sean de trabajo, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se hagan imposibles la convivencia y armonía para el cumplimiento del contrato; (vi) cuando el patrono, un miembro de su familia o su representante en la dirección de las labores u otro trabajador esté atacado por alguna enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con la persona de que se trate; (vii) cuando exista peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas al lugar de trabajo, por excesiva insalubridad de la región o porque el patrono no cumpla con las medidas de prevención y seguridad que las disposiciones legales establezcan; (viii) cuando el patrono comprometa con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de la persona que allí se encuentre; (ix) cuando el patrono viole alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 66; (x) cuando el patrono o su representante en la dirección de las labores traslade al trabajador a un puesto de menor categoría o con menos sueldo o le altere fundamental o permanentemente cualquiera otra de sus condiciones de trabajo. Si embargo, en el caso de que el trabajador hubiere ascendido a un cargo que comprenda funciones diferentes a las desempeñadas por el interés en el cargo anterior, el patrono dentro del periodo de prueba puede volverlo a su cargo original, si establece la manifiesta incompetencia de éste en el desempeño del puesto al que fue promovido. Cuando el ascenso o aumento de salario lo hiciere en forma temporal, en virtud de circunstancias calificadas, el patrono tampoco incurre en responsabilidades al volver al trabajador a sus condiciones originales; y (xi) cuando el patrono incurra en cualquiera otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato. La terminación del contrato conforme a una o varias de las causas recién enumeradas constitutivas de despido indirecto, surte efecto desde que el trabajador la comunique al patrono debiendo aquel en este caso cesar inmediatamente y efectivamente en el desempeño de su cargo. El tiempo que se utilice en la entrega no se considera comprendido dentro de la relación laboral, pero el patrono debe remunerarlo al trabajador de acuerdo con el salario que a éste le corresponda.

De otra parte en el Código del Trabajo se dispone que son causas que terminan con los contratos de trabajo de cualquier clase que sean, sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste o de sus herederos o concubina para reclamar y obtener el pago de las prestaciones o indemnizaciones que puedan corresponderles en virtud de lo ordenado por el presente Código o por disposiciones especiales como las que contengan los reglamentos emitidos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en uso de sus atribuciones: (i) la muerte del trabajador; y (ii) la fuerza mayor o el caso fortuito; la insolvencia, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial de la empresa; o la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria la imposibilidad absoluta de cumplir el Contrato. En estos casos, la Inspección General de Trabajo, o los Tribunales de Trabajo y Previsión Social si ya ha surgido litigio, deben graduar discrecionalmente el monto de las obligaciones de la empresa en concepto de despido, sin que en ningún caso éstas puedan ser menores del importe de dos días de salario, ni mayores de cuatro meses de salario, por cada trabajador, para este efecto debe tomarse en cuenta, fundamentalmente, la capacidad económica de la respectiva empresa, en armonía con el tiempo que tenga de estar en vigor cada contrato. No obstante el límite máximo recién evocado, si la insolvencia o quiebra se declara culpable o fraudulenta, se deben aplicar las reglas de los artículos 82 y 84 del Código del Trabajo en el caso de que éstos den lugar a prestaciones o indemnizaciones mayores a favor de los trabajadores.

En **Honduras** son causas de terminación de los contratos de trabajo: (i) cualquiera de las estipuladas en ellos si no fueren contrarias a la ley; (ii) el mutuo consentimiento de las partes; (iii) muerte del trabajador o incapacidad física o mental del mismo que haga imposible el cumplimiento del contrato; (iv) enfermedad del trabajador en el caso previsto por el artículo 104; (v) pérdida de la libertad del trabajador en el caso previsto en el artículo 106; (vi) caso fortuito o fuerza mayor; (vii) perder la confianza del patrono el trabajador que desempeñe un cargo de dirección, fiscalización o vigilancia; tales como mayordomos, capataces, debiendo justificarse a juicio de la Dirección General de Trabajo, o sus representantes, los motivos de tal desconfianza; mas si había sido promovido de un puesto de escalafón en las empresas en que éste existe, volverá a él, salvo que haya motivo justificado para su despido, lo mismo se observará cuando el trabajador que desempeñe un puesto de confianza solicite volver a su antiguo empleo; (viii) suspensión de actividades por más de ciento veinte días en los casos 1° y 3° al 6° del artículo 100; (ix) liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento; (x) ejercicio de las facultades que conceden a las partes los artículos 112 y 114; (xi) insolvencia o quiebra; (xii) preaviso de las partes; y, (xiii) resolución del contrato decretada por autoridad competente.

En el supuesto anterior, el patrono goza del derecho a emplazar al trabajador ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social y antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de probarle que abandonó sus labores sin justa causa. El trabajador que se dé por despedido en forma indirecta, goza asimismo del derecho de demandar a su patrono, antes de que transcurra el término de prescripción, el pago de las indemnizaciones y demás prestaciones legales que procedan.

Producida la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, sin responsabilidad de su parte, el trabajador tiene derecho de emplazar al empleador ante los Tribunales del Trabajo, antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de que le pruebe la justa causa en que se fundó el despido. Si el empleador no prueba dicha causa debe pagar al trabajador las indemnizaciones que según este Código le puedan corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que éste habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que con sujeción a las normas procesales del presente Código debe quedar firme la sentencia condenatoria respectiva.

El trabajador puede demandar a su patrono el cumplimiento del contrato para que se le reponga en su trabajo o para recibir las indemnizaciones correspondientes al despido injustificado.

De otra parte en el Código del Trabajo se regulan las causas justas que facultan al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, sin preaviso y sin responsabilidad de su parte, conservando el derecho a las prestaciones e indemnizaciones legales, como en el caso de despido injusto¹⁸.

En la Ley Federal del Trabajo de **México**, se distingue entre: (i) la rescisión de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador o del patrono, por causa justificada y sin incurrir en responsabilidad, y (ii) la terminación de la relación de trabajo.

Producida la rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el patrón, el trabajador puede solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario. Si en el juicio correspondiente "no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además, cualquiera que hubiese sido la acción intentada, a que se le paguen

¹⁸ Son justas causas: (i) el engaño de patrono al celebrar el contrato, respecto a las condiciones en que deba realizar sus labores el trabajador. Esta causa no podrá alegarse contra el patrono, después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) todo acto de violencia, malos tratamientos, o amenazas graves inferidas por el patrono contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del patrono, con el consentimiento o la tolerancia de éste; (iii) cualquier acto del patrono o de su representante que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus condiciones políticas o religiosas; (iv) los actos graves del patrono o de su representante que pongan en peligro la vida o salud del trabajador o de sus familiares; (v) el perjuicio que el patrono, sus familiares o representantes, causen por dolo o negligencia inexcusable en las herramientas o útiles del trabajador, o que siendo de tercera persona estén bajo su responsabilidad; (vi) no pagarle el patrono el salario completo que le corresponda, en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados, salvo las deducciones autorizadas por la ley; (vii) trasladarle a un puesto de menor categoría o con menos sueldo cuando hubiere ocupado el que desempeña por ascenso, sea por competencia o por antigüedad. Se exceptúa el caso de que el puesto a que hubiere ascendido comprenda funciones diferentes a las desempeñadas por el interesado en el anterior cargo, y que en el nuevo se compruebe su manifiesta incompetencia, en cuyo caso puede ser regresado al puesto anterior sin que esto sea motivo de indemnización. El trabajador no podrá alegar esta causa después de transcurridos treinta días de haberse realizado el traslado o reducción del salario; (viii) adolecer el patrono, un miembro de su familia, su representante u otro trabajador de una enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con la persona de que se trate; (ix) el incumplimiento, de parte del patrono, de las obligaciones convencionales o legales; (x) cualquiera violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumbe al patrono, de acuerdo con los artículos 95 y 96, siempre que el hecho este debidamente comprobado, y, (xi) el incumplimiento del patrono, de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, prescritas en la leyes y reglamentos respectivos.

los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se cumplimente el laudo"¹⁹.

En cuanto a las causas de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el trabajador, en la LFT se establecen las siguientes justas causas: (i) engañarlo el patrón, o en su caso, la agrupación patronal al proponerle el trabajo, respecto de las condiciones del mismo. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) incurrir el patrón, sus familiares o su personal directivo o administrativo, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos; (iii) incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; (iv) reducir el patrón el salario del trabajador; (v) no recibir el salario correspondiente en la fecha o lugar convenidos o acostumbrados; (vi) sufrir perjuicios causados maliciosamente por el patrón, en sus herramientas o útiles de trabajo; (vii) la existencia de un peligro grave para la seguridad o salud del trabajador o de su familia, ya sea por carecer de condiciones higiénicas el establecimiento o porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establezcan; (viii) comprometer el patrón, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él, y (ix) las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes, en lo que al trabajo se refiere.

En cuanto a la terminación de las relaciones de trabajo, en la LFT se dispone que son causas de terminación: (i) el mutuo consentimiento de las partes; (ii) la muerte del trabajador; (iii) la terminación de la obra o vencimiento del término o inversión del capital; (iv) la incapacidad física o mental o inhabilidad manifiesta del trabajador, que haga imposible la prestación del trabajo; y (v) los casos a que se refiere el artículo 434.

En **Panamá** el Código del Trabajo establece las siguientes causas de terminación de las relaciones de trabajo: (i) por mutuo consentimiento, siempre que conste por escrito y no implique renuncia de derechos; (ii) por la expiración del término pactado; (iii) por la conclusión de la obra objeto del contrato; (iv) por la muerte del trabajador; (v) por la muerte del empleador, cuando conlleve como consecuencia ineludible la terminación de contrato, (vi) por la prolongación de cualquiera de las causas de suspensión de los contratos por un término que exceda del máximo autorizado en este Código para la causa respectiva, a petición del trabajador; (vii) por el despido fundado en causa justificada, o la

¹⁹ En el artículo 49 de la Ley Federal de Trabajo se establece que "el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes: I. Cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; II. Si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; III. En los casos de trabajadores de confianza; IV. En el servicio doméstico; y V. Cuando se trate de trabajadores eventuales".

renuncia del trabajador; (viii) por decisión unilateral del empleador, con las formalidades y limitaciones establecidas en el Código²⁰.

Producida la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador por concurrir una causa justificada para ello, y ordenado el reintegro del trabajador despedido, el empleador podrá dar por terminada la relación laboral, pagando la indemnización correspondiente más el recargo establecido en el Código. Además, debe pagar los salarios caídos en la forma que señale la sentencia respectiva, de conformidad con el artículo 218.

El derecho del trabajador de reclamar por razón de despido injustificado prescribe en el término de sesenta días hábiles contados a partir de la separación. Este plazo rige para reclamar el reintegro o la indemnización por despido injustificado, con pago en ambos casos de salarios caídos. El reclamo por la sola indemnización por despido injustificado y demás prestaciones derivadas de la terminación de la relación de trabajo prescribe al año, contado a partir de la fecha de separación. Ordenado el reintegro, el trabajador despedido injustificadamente debe ser reincorporado a su trabajo inmediatamente, o dentro del segundo día hábil siguiente a la ejecutoria de la resolución respectiva, en las mismas condiciones existentes antes del despido.

El trabajador podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin causa justificada, mediante notificación escrita al empleador con quince días de anticipación, salvo que se trate de trabajador técnico, caso en el cual la notificación debe darse con dos meses de anticipación. La notificación que no fuere firmada con la intervención de una autoridad administrativa de trabajo o delegado, o rectificada ante ella, no podrá ser invocada posteriormente por el empleador. El trabajador responsable de no realizar la notificación previa de que trata el párrafo anterior, quedará obligado a pagarle al empleador una cantidad equivalente a una semana de salarios, suma que podrá ser deducida del importe de la prima de antigüedad de servicios, cuando tuviere derecho a ella.

Asimismo el trabajador podrá poner término a la relación de trabajo basado en la existencia de una justa causa para ello²¹.

²⁰ El empleador no podrá poner término a la relación de trabajo por tiempo indefinido, sin que medie alguna causa justificada prevista por la ley y según las formalidades de ésta. Se exceptúan los siguientes casos: (i) trabajadores que tengan menos de dos años de servicios continuos; (ii) trabajadores domésticos; (iii) trabajadores permanentes o de planta, de pequeñas empresas, agrícolas, pecuarias, agroindustriales o manufactureras. Se consideran tales, las siguientes: agrícolas o pecuarias con diez o menos trabajadores; agroindustriales con veinte o menos trabajadores y manufactureras con quince o menos trabajadores; (iv) trabajadores en naves dedicadas al servicio internacional; (v) aprendices, y (vi) trabajadores de establecimiento en ventas de mercancía al por menor y empresa con cinco o menos trabajadores, salvo el caso de los establecimientos financieros de seguros y bienes raíces.

²¹ Son justas causas que facultan al trabajador para dar por terminada la relación de trabajo, con derecho a percibir el importe de la indemnización por despido injustificado, las siguientes: (i) el haber sufrido engaño por parte del empleador, respecto de las condiciones de trabajo; (ii) la falta de pago por parte del empleador del salario completo que legalmente le corresponde, en las condiciones convenidas o acostumbradas; (iii) la alteración unilateral por parte del empleador de las condiciones de trabajo; (iv) la conducta inmoral del empleador durante el trabajo; (v) la injuria, calumnia, vías de hecho o mal tratamiento del empleador contra el trabajador o sus familiares; (vi) la ejecución por parte de un dependiente del empleador o de una de las personas que convivan con él, con su autorización expresa o tácita, de alguno de los actos enumerados en el numeral anterior, contra el trabajador o sus familiares; (vii) el haber causado el empleador directamente o por medio de sus familiares o dependientes, y con malicia, un perjuicio material en las herramientas o útiles de trabajo del trabajador; (viii) estar el empleador, un miembro de su familia, su representante en la dirección de las labores, u otro empleado padeciendo de una

En **Paraguay** son causas de terminación de los contratos de trabajo: (i) las estipuladas expresamente en ellos, si no fuesen contrarias a la ley; (ii) el mutuo consentimiento, formalizado en presencia de un escribano público o de un representante de la autoridad administrativa del trabajo, o del Secretario del Tribunal del Trabajo del Juzgado en lo Laboral de turno o de dos testigos del acto; (iii) la muerte del trabajador o la incapacidad física o mental del mismo que haga imposible el cumplimiento del contrato; (iv) el caso fortuito o la fuerza mayor que imposibilite permanentemente la continuación del contrato; (v) el vencimiento del plazo o la terminación de la obra, en los contratos celebrados por plazo determinado o por obra; (vi) la muerte o incapacidad del empleador, siempre que tenga como consecuencia ineludible o forzosa la terminación de los trabajos; (vii) la quiebra del empleador o la liquidación judicial de la empresa, salvo el caso de que el síndico, de acuerdo con los procedimientos legales pertinentes, resuelva que deba continuar el negocio o explotación. Si continuase, el síndico puede, si las circunstancias lo requieren, solicitar la modificación del contrato. El rehabilitado deberá contratar con los mismos trabajadores o sindicato; (viii) el cierre total de la empresa, o la reducción definitiva de las faenas, previa comunicación por escrito a la autoridad administrativa del trabajo, la que dará participación sumaria a los trabajadores antes de dictar la resolución respectiva; (ix) el agotamiento de la materia objeto de una industria extractiva; (x) el despido del trabajador por el empleador con causa justificada conforme a lo dispuesto en este Código; (xi) el retiro del trabajador por causas justificadas con arreglo a la ley; (xii) la resolución del contrato decretada por autoridad competente, y (xiii) por las demás causas de extinción de los contratos, conforme a las disposiciones del derecho común, que sean aplicables al contrato de trabajo.

También se regulan las causas justificadas de terminación del contrato por voluntad unilateral del trabajador²².

enfermedad contagiosa, siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con el enfermo; (ix) el incumplimiento por parte del empleador, de las medidas de seguridad, salud e higiene prescritas en este Código, sus respectivos reglamentos y en las demás disposiciones legales; (x) la imprudencia o descuido inexcusables del empleador que comprometan la seguridad del lugar donde se realicen las labores o de las personas que allí se encuentren; (xi) la violación por parte del empleador de alguna de las prohibiciones contenidas en el artículo 138; (xii) la falta grave del empleador al cumplimiento de las obligaciones que le impongan la ley o el contrato; (xiii) todo acto del empleador, o de sus representantes, que tenga por objeto inducir al trabajador o cometer un acto ilícito, inmoral o contrario a sus convicciones políticas o religiosas; (xiv) la aparición en el proceso de trabajo de causas imprevistas perjudiciales a la salud o a la vida del trabajador y que no fueren corregidas en el plazo que fijen las autoridades competentes después de acoger la respectiva denuncia.

²² Son justas causas: (i) falta de pago del salario correspondiente en la fecha y lugar convenidos o acostumbrados; (ii) negativa del empleador para pagar el salario o reanudar el trabajo, en caso de suspensión ilegal del contrato de trabajo; (iii) exigencia por el empleador de tareas superiores a las fuerzas o capacidad profesional del trabajador contrarias a la ley o buenas costumbres o ajenas a lo estipulado; (iv) actos de violencia, amenazas, injurias o malos tratos del empleador o sus representantes, familiares y dependientes, obrando éstos con el consentimiento o tolerancia de aquel dentro del servicio y cometidos contra el trabajador, su cónyuge, padres, hijos o hermanos; (v) los mismos actos cometidos fuera del servicio por las personas citadas contra el trabajador o sus familiares, si fuesen de tal gravedad que hagan imposible el cumplimiento del contrato; (vi) el perjuicio causado intencionalmente por el empleador, sus representantes o dependientes, en las herramientas o útiles de trabajo pertenecientes al trabajador; (vii) la reducción ilegal del salario por el empleador. Equivale a ella, la reducción injustificada de la jornada legal o de los días de trabajo sin consentimiento del trabajador, si no se abonase la remuneración íntegra correspondiente a la jornada completa o a los días hábiles en que se dejó de trabajar; (viii) la imprudencia o descuido inexcusable del empleador que comprometa la seguridad de la fábrica, oficina o lugar de trabajo o de las personas que allí se encuentran; (viii) el peligro grave para la seguridad, la integridad orgánica o la salud del trabajador o su familia, resultante del incumplimiento por el empleador

De otra parte, en el artículo 94 del Código del Trabajo se establece que “el trabajador que cumple diez años ininterrumpidos de servicios con el mismo empleador, adquiere estabilidad en el empleo”, y sólo podrá terminar su contrato si concurren los requisitos que al efecto establece el Código²³.

En **República Dominicana** el contrato de trabajo puede terminar sin o con responsabilidad para las partes. No hay responsabilidad para las partes si el contrato termina: (i) por mutuo consentimiento²⁴; (ii) por la ejecución del contrato; (iii) por la imposibilidad de ejecución, (iv) si se produce un caso fortuito o de fuerza mayor. El contrato de trabajo termina con responsabilidad para alguna de las partes: (i) por el desahucio; (ii) por el despido del trabajador, y (iii) por la dimisión del trabajador.

Desahucio es el acto por el cual una de las partes, mediante aviso previo a la otra y sin alegar causa, ejerce el derecho de poner término a un contrato por tiempo indefinido. El desahucio no surte efecto y el contrato por tiempo indefinido se mantiene vigente, si el empleador ejerce su derecho: (i) durante el tiempo en que ha garantizado al trabajador que utilizará sus servicios; (ii) mientras estén suspendidos los efectos del contrato de trabajo, si la suspensión tiene su causa en un hecho inherente a la persona del trabajador; (iii) durante el período de las vacaciones del trabajador, (iv) en los otros casos previstos en el Código del Trabajo. A su vez, si el trabajador ejerce el desahucio contra un empleador que ha erogado fondos a fin de que aquél adquiera adiestramiento técnico o realice estudios que lo capaciten para su labor, dentro de un período igual al doble del utilizado en el adiestramiento o los estudios, contado a partir del final de los mismos, pero que en ningún caso excederá de dos años, su contratación por otro empleador, en ese período, compromete frente al primer empleador la responsabilidad civil del trabajador y además, solidariamente, la del nuevo empleador.

de las medidas higiénicas y de seguridad que las leyes, los reglamentos o la autoridad competente establecen; (ix) la enfermedad contagiosa del empleador, de algún miembro de su familia o de su representante en la dirección de los trabajos, así como la de otro trabajador, siempre que el saliente deba permanecer en contacto inmediato con el enfermo; (x) la conducta inmoral del empleador durante el trabajo; (xi) la embriaguez del empleador en las horas de trabajo que ponga en peligro la seguridad u ocasione molestias intolerables al trabajador; (xii) el paro patronal del trabajo, declarado ilegal por la autoridad competente, y (xiii) toda alteración unilateral del contrato de trabajo de parte del empleador no aceptada por el trabajador así como las violaciones graves del reglamento interno de trabajo cometidas por aquel.

²³ Los requisitos exigidos son: (i) que el empleador compruebe previamente, en forma fehaciente, la existencia de alguna justa causa legal de despido imputada al trabajador; (ii) que el trabajador cuya reposición fue ordenada decida sustituir la misma por la doble indemnización a que se refiere el Código, y (iii) que el trabajador se haya acogido a la jubilación, de conformidad con la ley. El trabajador que hubiese adquirido estabilidad y a quien se imputasen los hechos previstos en la ley, como causales de despido, quedará suspendido en el empleo durante la sustanciación del juicio, y sólo podrá ser despedido después de comprobarse la imputación ante el Juez del Trabajo. Si no se probase la causal alegada en el caso del artículo anterior, el empleador quedará obligado a reintegrar al trabajador en su empleo y a pagarle el salario y las demás remuneraciones correspondientes al período de suspensión en el trabajo. Queda a opción del trabajador aceptar la reintegración al empleo o percibir el importe de indemnización prevista en el artículo 97, del Código y la que corresponda por preaviso omitido. Cuando la reintegración del trabajador dispuesta por el artículo anterior no fuera factible por haber sobrevenido alguna incompatibilidad entre el trabajador y el empleador, o representante principal de la persona jurídica contratante, probada en juicio, el empleador pagará una indemnización equivalente al doble de lo que le correspondería al trabajador en caso de despido injustificado, conforme a su antigüedad.

²⁴ Para que tenga validez, debe hacerse ante el Departamento de Trabajo o la autoridad local que ejerza sus funciones, o ante Notario.

El empleador que ejerza el desahucio debe pagar al trabajador un auxilio de cesantía, cuyo importe se fijará de acuerdo con las normas que establece el Código. El auxilio de cesantía debe pagarse aunque el trabajador pase inmediatamente a servir a las órdenes de otro empleador. Adicionalmente se establece "una asistencia económica" de monto variable según la antigüedad del trabajador, si el contrato termina: (i) por la muerte del empleador o su incapacidad física o mental, siempre que estos hechos produzcan como consecuencia la terminación del negocio; (ii) por la muerte del trabajador o su incapacidad física o mental o inhabilidad para el desempeño de los servicios que se obligó a prestar; (iii) por enfermedad del trabajador o ausencia u otra causa legalmente justificada, que le haya impedido concurrir a sus labores por un período total de un año, desde el día de su primera inasistencia; (iv) por agotamiento de la materia prima objeto de una industria extractiva; (v) por quiebra de la empresa, siempre que cese totalmente la explotación del negocio o por su cierre o reducción definitiva de su personal, resultantes de falta de elementos para continuar la explotación, incosteabilidad de la misma u otra causa análoga, con la aprobación del Departamento de Trabajo.

El despido es definido en el Código como la resolución del contrato de trabajo por la voluntad unilateral del empleador. Es justificado cuando el empleador prueba la existencia de una justa causa prevista al respecto en este Código. Es injustificado en el caso contrario. Las causas que justifican el despido sin responsabilidad para el empleador son analizadas más adelante. No obstante cabe señalar que en el Código se dispone que: (i) el despido que no haya sido comunicado a la autoridad del trabajo correspondiente en la forma y en el término indicado en el artículo 91, se reputa que carece de justa causa. La querrella del trabajador, en ningún caso suple la obligación del empleador, (ii) si el empleador no prueba la justa causa invocada como fundamento del despido, el tribunal declarará el despido injustificado y resuelto el contrato por causa del empleador y, en consecuencia, condenará a este último a pagar al trabajador los valores que fija el Código del Trabajo.

A su vez, en el Código del Trabajo la dimisión es definida como la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador. Es justificada cuando el trabajador prueba la existencia de una justa causa prevista al respecto en el Código²⁵.

²⁵ El trabajador puede dar por terminado el contrato de trabajo, presentando su dimisión, por cualquiera de las causas siguientes: (i) por haberlo inducido a error el empleador, al celebrarse el contrato, respecto a las condiciones de éste; (ii) por no pagarle el empleador el salario completo que le corresponde, en la forma y lugar convenidos o determinados por la ley, salvo las reducciones autorizadas por ésta; (iii) por negarse el empleador a pagar el salario o reanudar el trabajo en caso de suspensión ilegal de los efectos del contrato de trabajo; (iv) por incurrir el empleador, sus parientes o dependientes que obren con el consentimiento expreso o tácito de él dentro del servicio, en faltas de probidad, honradez, en actos o intentos de violencia, injurias o malos tratamientos contra el trabajador o contra su cónyuge, padres, hijos o hermanos; (v) por incurrir las mismas personas en los actos a que se refiere el apartado anterior, fuera del servicio, si son de tal gravedad que hagan imposible el cumplimiento del contrato; (vi) por haber el empleador, por sí mismo o por medio de otra persona, ocultado, inutilizado o deteriorado intencionalmente las herramientas o útiles de trabajo del trabajador; (vii) por reducir ilegalmente el empleador el salario del trabajador; (viii) por exigir el empleador al trabajador que realice un trabajo distinto de aquél a que está obligado por el contrato, salvo que se trate de un cambio temporal a un puesto inferior en caso de emergencia con disfrute del mismo salario correspondiente a su trabajo ordinario; (ix) por requerir el empleador al trabajador que preste sus servicios en condiciones que lo obliguen a cambiar de residencia, a menos que el cambio haya sido previsto en el contrato, o resulte de la naturaleza del trabajo o del uso,

II. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR

1. Causas justificadas

Entre las normas de aplicación general contenidas en el Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador (1982), se dispone que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio²⁶.

Teniendo presente tal tipología analizaremos la legislación latinoamericana distinguiendo tres situaciones: (i) extinción por iniciativa del empleador por causa de la capacidad del trabajador; (ii) extinción por iniciativa del empleador por causa de la conducta del trabajador, y (iii) extinción por iniciativa del empleador por causa de necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio

A. Extinción por iniciativa del empleador por causa de la capacidad del trabajador

En **Chile** la legislación de 1991, que acotó la amplia norma de la legislación precedente acerca de las causales determinadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, señaló que el empleador podía poner término al contrato de trabajo invocando como causal "la falta de adecuación técnica del trabajador". Tal causal fue derogada mediante la ley 19.759, de 2001. En **Panamá** se atribuye la condición de causa disciplinaria a la falta notoria del rendimiento, calificada de acuerdo con sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social o acordados en una

o sea justificado y no cause perjuicio al trabajador; (x) por estar el empleador, un miembro de su familia o su representante en la dirección de las labores, atacado de alguna enfermedad contagiosa siempre que el trabajador deba permanecer en contacto inmediato con las personas de que se trata, o por consentir el empleador o su representante que un trabajador atacado de enfermedad contagiosa permanezca en el trabajo con perjuicio para el trabajador dimisionario; (xi) por existir peligro grave para la seguridad o salud del trabajador, porque no se cumplan las medidas preventivas y de seguridad que las leyes establecen; (xii) por comprometer el empleador, con su imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del taller, oficina o centro de trabajo o de las personas que allí se encuentren; (xiii) por violar el empleador cualquiera de las disposiciones contenidas en el artículo 47, (xiv) incumplimiento de una obligación sustancial a cargo del empleador.

²⁶ En el Convenio núm. 158 se dispone que entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; (d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. Al enunciado de estas causales agrega la advertencia de que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, aclarando que la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación de lo advertido precedentemente, serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

convención colectiva. Además, como causas no imputables se incluyen la inhabilidad originaria o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato; la incapacidad mental o física del trabajador que haga imposible la prestación del servicio, debidamente comprobada, y pérdida de la idoneidad exigida por la ley para el ejercicio de la profesión que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. En **Paraguay** se autoriza la terminación en caso de inhabilidad o incompetencia manifiesta, así como en presencia del engaño por parte del trabajador sobre su capacidad o aptitudes profesionales. En **Perú**: la terminación de la relación de trabajo se puede fundamentar en: (i) la disminución deliberada y reiterada de rendimiento, o de la calidad o cantidad de la producción; (ii) el detrimento de la facultad física o mental o ineptitud sobrevenida; (ii) el rendimiento deficiente, y (iii) la inhabilitación del trabajador. En **República Dominicana** la terminación de la relación de trabajo puede basarse en: (i) haber inducido al empleador en error, pretendiendo tener condiciones o conocimientos indispensables que no posee o prestándole referencias o certificados cuya falsedad se compruebe luego, o (ii) la incapacidad, ineficacia o falta de dedicación en las labores.

B. Extinción por iniciativa del empleador por causa de la conducta del trabajador (causas disciplinarias)

Tal decisión del empleador por poner término al contrato de trabajo fundamentada en la existencia de una causal disciplinaria, como señala **Américo Plá**, debe ser "seria, inequívoca y precisa, apreciadas todas estas condiciones con un criterio de razonabilidad"²⁷. En similar sentido **Rafael Alburquerque** sostiene que la falta invocada debe efectivamente existir, encontrarse incorporada en el Código del Trabajo, ser grave e inexcusable²⁸. En las legislaciones se establecen las siguientes causales disciplinarias:

Argentina: el contrato termina en caso de inobservancia por parte del trabajador de las obligaciones resultantes del contrato que configuren injuria y que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces.

Bolivia: (i) perjuicio material causado con intención en las máquinas, productos o mercancías; (ii) revelación de secretos industriales; (iii) omisiones o imprudencias que afecten a la higiene y seguridad industriales; (iv) inasistencia injustificada de más de tres días consecutivos o de más de seis en el curso de un mes; (v) incumplimiento total o parcial del contrato de trabajo o del reglamento interno de la empresa; (vi) retiro voluntario del trabajador antes de cumplirse los términos señalados en la ley o en el contrato; (vii) abuso de confianza, robo o hurto por el trabajador; (viii) vías de hecho, injurias o conducta inmoral en el trabajo, y (ix) abandono en masa del trabajo, siempre que los trabajadores no obedecieran a la intimidación de la autoridad competente.

²⁷ La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana, p. 347).

²⁸ Id. ant., ps. 306 y 307.

Brasil: (i) actos de improbidad; (ii) mala conducta o comportamiento; (iii) ejecución habitual por cuenta propia o de tercero, sin autorización del empleador, de transacciones comerciales que constituyan actos de concurrencia con la empresa o que perjudiquen su servicio; (iv) condena penal a o ser que haya sido suspendida; (v) desidia en el desempeño de sus funciones; (vi) embriaguez habitual o durante el servicio; (vii) violación de los secretos de empresa; (viii) indisciplina o insubordinación; (ix) abandono del empleo; (x) actos o vías de hecho que atenten contra el honor o la reputación de una persona cometidos durante el trabajo, o incluso fuera de él, contra el empleador o un superior jerárquico, salvo en caso de legítima defensa propia o de tercero; (xi) práctica constante de juegos de azar, y (xii) actos que atenten contra la seguridad social.

Colombia: (i) engaño por parte del trabajador; para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido; (ii) todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo; (iii) todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del empleador, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores; (iv) todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas; (v) todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores; (vi) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos; (vii) la detención preventiva del trabajador por más de treinta días, a menos que posteriormente sea absuelto, o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato; (viii) el que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa; (ix) el deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador; (x) la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales; (xi) todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento; (xii) la renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes; (xiii) la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada; (xiv) el reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa; (xv) la enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta días. El despido por esta causa no podrá efectuarse

sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al empleador de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad²⁹.

Costa Rica: (i) cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o las vías de hecho contra su patrono; (ii) cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo que se ejecutan los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores; (iii) cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las faenas y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo; (iv) cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo; (v) cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71 del Código del Trabajo; (vi) cuando el trabajador comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusable, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentren; (vii) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario; (viii) cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar en perjuicio del patrono las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando; (ix) cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a), b), c), d) y e), del artículo 72 del Código del Trabajo; (x) cuando el trabajador al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado; (xi) cuando el trabajador sufra prisión por sentencia ejecutoria; y (xii) cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Cuba: (i) ineptitud del trabajador para realizar un trabajo, debidamente demostrada; (ii) falta de idoneidad del trabajador para el desempeño de la ocupación o cargo asignado, cuando se trata del incumplimiento de condiciones específicamente establecidas en el contrato; (iii) declaración de disponibilidad del trabajador, siempre que no exista otro trabajo que pueda realizar o que,

²⁹ En los casos mencionados en los numerales ix al xv, el empleador deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince días.

existiendo, no sea aceptado por él; (iv) invalidez parcial del trabajador, cuando se hayan agotado las posibilidades para su ubicación en la entidad laboral; (v) separación definitiva del trabajador por violar la disciplina laboral; (vi) sanción de privación de libertad por sentencia firme o medida de seguridad, en ambos casos cuando exceda de seis meses; (vii) cumplimiento del plazo de la licencia no retribuida para el cuidado de los hijos sin que la trabajadora se haya reintegrado al trabajo; (viii) sanción de privación de libertad por sentencia firme, en los casos de los contratos por tiempo determinado o para la ejecución de un trabajo u obra.

Ecuador: (i) faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencias, o abandono del trabajo durante más de tres días consecutivos sin justa causa; (ii) indisciplina o desobediencia grave al reglamento interno; (iii) falta de probidad o conducta inmoral; (iv) injurias graves al empleador, su cónyuge, ascendientes o descendientes o a su representante; (v) ineptitud manifiesta del trabajador; (vi) denuncia injustificada contra el empleador respecto a sus obligaciones en el Seguro Social, y (vii) no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, los reglamentos o la autoridad competente o, por contrariar sin debida justificación las prescripciones y dictámenes médicos.

El Salvador: (i) haber engañado al trabajador al patrono al celebrar el contrato, presentándole recomendaciones o certificados falsos sobre su aptitud. Esta causa dejará de tener efectos después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) negligencia reiterada del trabajador; (iii) pérdida de la confianza del patrono en el trabajador, cuando éste desempeña un cargo de dirección, vigilancia, fiscalización u otro de igual importancia y responsabilidad. El Juez respectivo apreciará prudencialmente los hechos que el patrono estableciere para justificar la pérdida de la confianza; (iv) revelar el trabajador secretos de la empresa o aprovecharse de ellos; o por divulgar asuntos administrativos de la misma que puedan causar perjuicios al patrono; (v) actos graves de inmoralidad cometidos por el trabajador dentro de la empresa o establecimiento o fuera de éstos, cuando se encontrare en el desempeño de sus labores; (vi) cometer el trabajador, en cualquier circunstancia, actos de irrespeto en contra del patrono o de algún jefe de la empresa o establecimiento, especialmente en el lugar de trabajo o fuera de él, durante el desempeño de las labores. Todo sin que hubiere precedido provocación inmediata de parte del jefe o patrono; (vii) cometer el trabajador actos graves de irrespeto en contra del cónyuge, ascendiente, descendiente o hermanos del patrono, cuando el trabajador conociere el vínculo familiar y siempre que no haya precedido provocación inmediata de parte de dichas personas; (viii) cometer el trabajador actos que perturben gravemente el orden en la empresa o establecimiento, alterando el normal desarrollo de las labores; (ix) ocasionar el trabajador, maliciosamente o por negligencia grave, perjuicios materiales en los edificios, maquinarias, materias primas, obras, instalaciones o demás objetos relacionados con el trabajo; o por lesionar con dolo o negligencia grave, cualquier otra propiedad o los intereses económicos del patrono; (x) poner el trabajador en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de las personas mencionadas en las causales 6ª y 7ª de este artículo, o la de sus compañeros de trabajo; (xi) poner el trabajador en grave peligro, por malicia o negligencia grave, la seguridad de los edificios,

maquinarias, materias primas, obras, instalaciones y demás objetos relacionados con el trabajo; (xii) faltar el trabajador a sus labores sin el permiso del patrono o sin causa justificada, durante dos días laborales completos y consecutivos; o durante tres días laborales no consecutivos en un mismo mes calendario entendiéndose por tales, en este último caso, no sólo los días completos sino aún los medios días; (xiii) no presentarse el trabajador, sin causa justa, a desempeñar sus labores en la fecha convenida para iniciarlas, o por no presentarse a reanudarlas, sin justa causa dentro de los tres días a que se refiere el Art. 45; (xiv) cuando no obstante presentarse el trabajador a reanudar sus labores dentro de los tres días siguientes a aquél en que fue puesto en libertad, después de haber cumplido pena de arresto, la falta cometida hubiere sido contra la persona o bienes del patrono o de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, o contra la persona o propiedad de algún jefe de la empresa o establecimiento o de algún compañero de trabajo; (xv) cuando no obstante presentarse el trabajador a reanudar sus labores dentro de los tres días siguientes a aquél en que fue puesto en libertad, después de haber estado en detención provisional, el delito por el que se le procesa hubiere sido contra la persona del patrono, de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, o en la persona de algún jefe de la empresa o establecimiento o compañero de trabajo; y en todo caso, cuando se trate de delitos contra la propiedad, contra la Hacienda Pública o de falsedad; (xvi) desobedecer el trabajador al patrono o a sus representantes en forma manifiesta, sin motivo justo y siempre que se trate de asuntos relacionados con el desempeño de sus labores; (xvii) contravenir el trabajador en forma manifiesta y reiterada las medidas preventivas o los procedimientos para evitar riesgos profesionales; (xviii) ingerir el trabajador bebidas embriagantes o hacer uso de narcóticos o drogas enervantes en el lugar del trabajo, o por presentarse a sus labores o desempeñar las mismas en estado de ebriedad o bajo la influencia de un narcótico o droga enervante; (xix) infringir el trabajador algunas de las prohibiciones contenidas en el Art. 32, siempre que por igual motivo se le haya amonestado, dentro de los seis meses anteriores, por medio de la Inspección General de Trabajo, y (xx) incumplir o violar el trabajador, gravemente, cualquiera de las obligaciones o prohibiciones emanadas de alguna de las fuentes a que se refiere el Art. 24 del Código del Trabajo.

Guatemala: (i) cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral o acuda a la injuria, la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o los representantes de éste en la dirección de las labores; (ii) cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero de trabajo, durante el tiempo que se ejecuten las labores, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina o se interrumpan las labores; (iii) cuando el trabajador, fuera del lugar donde se ejecutan las labores y en horas que sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que, como consecuencia de ellos, se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo; (iv) cuando el trabajador cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del patrono, de alguno de sus compañeros de trabajo o en perjuicio de un tercero en el

interior del establecimiento; asimismo cuando cause intencionalmente por descuido o negligencia, daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados, en forma inmediata o indudable con el trabajo; (v) cuando el trabajador revele los secretos aludidos en el Código del Trabajo; (vi) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada, durante dos días laborales completos y consecutivos o durante seis medios días laborables en un mismo mes calendario. La justificación de la inasistencia se debe hacer al momento de reanudarse las labores, si no se hubiere hecho antes; (vii) cuando el trabajador se niegue de manera manifiesta a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos, indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador se niegue en igual forma a acatar las normas o instrucciones que el patrono o sus representantes en la dirección de los trabajadores le indiquen con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores; (viii) cuando infrinja cualquiera de las prohibiciones del artículo 64, o del reglamento interior de trabajo debidamente aprobado, después de que el patrono lo aperciba una vez por escrito. No será necesario el apercibimiento en el caso de embriaguez cuando, como consecuencia de ella, se ponga en peligro la vida y la seguridad de las personas o de los bienes del patrono; (ix) cuando el trabajador, al celebrar el contrato haya inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales haya sido contratado; (x) cuando el trabajador sufra pena de arresto mayor o se le imponga prisión correccional, por sentencia ejecutoriada; y (xi) cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Honduras: (i) el engaño del trabajador o del sindicato que lo hubiere propuesto mediante la presentación de recomendaciones o certificados falsos sobre su aptitud. Esta causa dejará de tener efecto después de treinta (30) días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) todo acto de violencia, injurias, malos tratamientos o grave indisciplina, en que incurra el trabajador durante sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo; (iii) todo acto grave de violencia, injurias o malos tratamientos, fuera del servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, o personal directivo, cuando los cometiere sin que hubiere precedido provocación inmediata y suficiente de la otra parte o que como consecuencia de ellos se hiciere imposible la convivencia o armonía para la realización del trabajo; (iv) todo daño material causado dolosamente a los edificios, obras, maquinaria o materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas; (v) todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente; (vi) revelar los secretos técnicos o comerciales o dar a conocer asuntos de carácter reservado en perjuicio de la empresa; (vii) haber sido condenado el trabajador a sufrir pena por crimen o simple delito, en sentencia ejecutoriada; (viii) cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono o sin causa justificada

durante dos (2) días completos y consecutivos o durante tres (3) días hábiles en el término de un (1) mes; (ix) la negativa manifiesta y reiterada del trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o el no acatar el trabajador, en igual forma y en perjuicio del patrono, las normas que éste o su representante en la dirección de los trabajos le indiquen con claridad, para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando; (x) la inhabilidad o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento del contrato; (xi) el descubrimiento de que el trabajador padece enfermedad infecciosa o mental incurable o la adquisición de enfermedad transmisible, de denuncia o aislamiento no obligatorio cuando el trabajador se niegue al tratamiento y constituya peligro para terceros; y, (xii) cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 97 y 98 del Código del Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, siempre que el hecho esté debidamente comprobado y que en la aplicación de la sanción se observe el respectivo procedimiento reglamentario o convencional.

México: (i) engañarlo el trabajador o en su caso, el sindicato que lo hubiese propuesto o recomendado con certificados falsos o referencias en los que se atribuyan al trabajador capacidad, aptitudes o facultades de que carezca. Esta causa de rescisión dejará de tener efecto después de treinta días de prestar sus servicios el trabajador; (ii) incurrir el trabajador, durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos, injurias o malos tratamientos en contra del patrón, sus familiares o del personal directivo o administrativo de la empresa o establecimiento, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia; (iii) cometer el trabajador contra alguno de sus compañeros, cualquiera de los actos enumerados en la fracción anterior, si como consecuencia de ellos se altera la disciplina del lugar en que se desempeña el trabajo; (iv) cometer el trabajador, fuera del servicio, contra el patrón, sus familiares o personal directivo administrativo, alguno de los actos a que se refiere la fracción II, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo; (v) ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales durante el desempeño de las labores o con motivo de ellas, en los edificios, obras, maquinaria, instrumentos, materias primas y demás objetos relacionados con el trabajo; (vi) ocasionar el trabajador los perjuicios de que habla la fracción anterior siempre que sean graves, sin dolo, pero con negligencia tal, que ella sea la causa única del perjuicio; (vii) comprometer el trabajador, por su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en él; (viii) cometer el trabajador actos inmorales en el establecimiento o lugar de trabajo; (ix) revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa; (x) tener el trabajador más de tres faltas de asistencia en un período de treinta días, sin permiso del patrón o sin causa justificada; (xi) desobedecer el trabajador al patrón o a sus representantes, sin causa justificada, siempre que se trate del trabajo contratado; (xii) negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; (xiii) concurrir

el trabajador a sus labores en estado de embriaguez o bajo la influencia de algún narcótico o droga enervante, salvo que, en este último caso, exista prescripción médica. Antes de iniciar su servicio, el trabajador deberá poner el hecho en conocimiento del patrón y presentar la prescripción suscrita por el médico; (xiv) la sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión, que le impida el cumplimiento de la relación de trabajo; y (xv) las análogas a las establecidas en las fracciones anteriores, de igual manera graves y de consecuencias semejantes en lo que al trabajo se refiere.

Nicaragua: (i) la falta grave de probidad o contra la vida e integridad física del empleador o de los compañeros de trabajo; (ii) la expresión injuriosa o calumniosa contra el empleador que produzca desprestigio o daños económicos a la empresa, y (iii) cualquier violación de las obligaciones que le imponga el contrato individual o reglamento interno, que hayan causado graves daños a la empresa.

Panamá: (i) el haber sufrido engaño de parte del trabajador, mediante la presentación de documentos o certificados falsos, que le atribuyan cualidades, aptitudes o facultades de que carezca, cuando el contrato o su modificación se celebre en atención a dichas condiciones especiales. El derecho del empleador de terminar el contrato por esta causa, caducará al mes, a partir de la fecha en que se compruebe la falsedad. Cuando no se trate de certificación de idoneidad para el ejercicio de una profesión, este plazo no excederá de un año, contados desde la fecha del inicio de la relación de trabajo; (ii) incurrir el trabajador, durante sus labores, en actos de violencia, amenazas o injurias en contra del empleador, sus familiares o de miembros del personal directivo de la empresa o negocio, o de los compañeros de trabajo, excepto que hubiere mediado provocación; (iii) cometer el trabajador, fuera del centro de trabajo, en contra del empleador, o de miembros del personal directivo de la empresa o negocio, o de sus compañeros de trabajo, uno de los actos descrito en el numeral anterior, si por razón de la gravedad de los mismos fuese imposible la continuación del contrato; (iv) la revelación, por parte del trabajador, sin la autorización de su empleador, de secretos técnicos, comerciales o de fabricación o la divulgación de asuntos de carácter administrativo, reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al empleador; (v) incurrir el trabajador, durante la ejecución del contrato, en faltas graves de probidad u honradez, o la comisión de delitos contra la propiedad, en perjuicio directo del empleador; (vi) cometer el trabajador, de modo intencional, durante el desempeño de sus labores o con motivo de ellas, un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos, edificios y demás objetos relacionados de modo inmediato con el trabajo; (vii) causar el trabajador, con culpa de su parte, los daños materiales contemplados en el numeral anterior con la condición de que fuesen graves y que la culpa del trabajador sea la única causa del perjuicio; (viii) comprometer el trabajador con su imprudencia o descuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realicen las labores o de las personas que allí se encuentren; (ix) negarse el trabajador manifiesta o reiteradamente a adoptar las medidas preventivas y los procedimientos indicados para evitar los riesgos profesionales; (x) desobedecer el trabajador, sin causa justificada, y perjuicio del empleador, las órdenes impartidas por éste o sus representantes en la dirección de los trabajos, siempre

que fuesen indicadas con claridad, y se refieran de modo indirecto a la ejecución del trabajo contratado; (xi) la inasistencia del trabajador a sus labores, sin permiso del empleador o sin causa justificada, durante dos lunes en el curso de un mes, seis en el curso de un año, o tres días consecutivos o alternos en el período de un mes. Para los efectos de este numeral se tendrá como lunes el día que siga a uno de fiesta o duelo nacional; (xii) la reincidencia en el abandono del trabajo por parte del trabajador que comprende la salida intempestiva e injustificada del centro de trabajo durante las horas de labores, sin permiso del empleador o de quien lo represente, o la negativa reiterada a trabajar sin causa justificada en la prestación convenida; (xiii) la reincidencia del trabajador, en el término de un año, en infringir las prohibiciones previstas en los numerales 3, 4, y 5 del artículo 127 del Código del Trabajo; (xiv) la comisión por parte del trabajador de confianza de actos u omisiones, dentro o fuera del servicio que conlleven la pérdida de la confianza del empleador; (xv) el acoso sexual, la conducta inmoral o delictiva del trabajador durante la prestación del servicio, y (xvi) la falta notoria del rendimiento, calificada de acuerdo con sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social o acordados en una convención colectiva³⁰.

Paraguay: (i) el engaño por parte del trabajador acerca de su capacidad, conducta moral o aptitudes profesionales; (ii) condena a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo; (iii) actos de acoso sexual consistentes en amenaza, presión, hostigamiento, chantaje, manoseo con propósitos sexuales hacia un trabajador de uno u otro sexo por parte de los representantes del empleador, jefes de la empresa, oficina o taller o cualquier otro superior jerárquico; (iv) los actos de violencia, amenazas, injurias o malos tratamientos del trabajador contra los compañeros de labor, si con ellos se alterase el orden en el lugar del trabajo; (v) la perpetración fuera del servicio, contra el empleador, sus representantes, o familiares, de algunos de los actos recién mencionados, si fuesen de tal gravedad que hicieran imposible el cumplimiento del contrato; (vi) los perjuicios materiales que ocasione el trabajador intencionalmente, por negligencia; (vii) la imprudencia o falta grave, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados con el trabajo; (viii) la comisión por el trabajador de actos inmorales en el lugar de

³⁰ En el Código del Trabajo de Panamá también se autoriza la terminación de la relación de trabajo sin responsabilidad para el empleador si concurre alguna de las siguientes causales "no imputables": (i) la inhabilidad originaria o la ineficiencia manifiesta del trabajador que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato. Esta causa sólo podrá ser invocada por el empleador dentro del término de seis meses, a partir de la fecha de inicio de la prestación de servicio; (ii) la sentencia ejecutoriada que imponga al trabajador una pena de prisión o reclusión, o el hecho de que el trabajador que sufra pena de arresto o prisión preventiva no realice oportunamente la notificación prevista en el ordinal 2 del artículo 199, o el transcurso del término de un año a partir de la fecha de detención; (iii) el reconocimiento al trabajador por el sistema de previsión de la pensión de jubilación, o invalidez permanente y definitiva, previa comprobación de que percibirá la pensión respectiva durante el mes siguiente; (iv) la incapacidad mental o física del trabajador, debidamente comprobada, o la pérdida de la idoneidad exigida por la ley para el ejercicio de la profesión, que haga imposible el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato; (v) la expiración del plazo de un año, a partir de la fecha de suspensión del contrato, motivada por enfermedad o accidente no profesional del trabajador; (vi) la incapacidad del empleador cuando conlleve como consecuencia ineludible la terminación del contrato, y (vii) la fuerza mayor o caso fortuito, que conlleve como consecuencia necesaria, inmediata o indirecta la paralización de las actividades del empleador.

trabajo; (ix) la revelación por el trabajador de secretos industriales o de fábrica o asuntos de carácter reservado que conociese en razón de sus funciones en perjuicio de la empresa; (x) el hecho de comprometer el trabajador con su imprudencia o descuido inexcusables la seguridad de la empresa, fábrica, taller u oficina, así como la de las personas que allí se encontrasen; (xi) la concurrencia del trabajador a sus tareas en estado de embriaguez, o bajo influencia de alguna droga o narcótico, o portando armas peligrosas, salvo aquellas que, por la naturaleza de su trabajo, le estuviesen permitidas; (xii) la condena del trabajador a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo; (xiii) la negativa manifiesta del trabajador para adoptar las medidas preventivas o someterse a los procedimientos indicados por las leyes, los reglamentos, las autoridades competentes o el empleador, que tiendan a evitar accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; (xiv) la falta de acatamiento del trabajador, en forma manifiesta y reiterada y con perjuicio del empleador, de las normas que éste o sus delegados le indiquen claramente para la mayor eficacia y rendimiento en las labores; (xv) el trabajo a desgano o disminución intencional en el rendimiento del trabajo y la incitación a otros trabajadores para el mismo fin; (xvi) la pérdida de la confianza del empleador en el trabajador que ejerza un puesto de dirección, fiscalización o vigilancia. Si dicho trabajador hubiese sido promovido de un empleo de escalafón, podrá volver a éste, salvo que medie otra causa justificada de despido; (xvii) la negociación del trabajador por cuenta propia o ajena, sin permiso expreso del empleador, cuando constituya un acto de competencia a la empresa donde trabaja; (xviii) participar en una huelga declarada ilegal por autoridad competente; (xix) la inasistencia del trabajador a las tareas contratadas durante tres días consecutivos o cuatro veces en el mes, siempre que se produjera sin permiso o sin causa justificada; (xx) el abandono del trabajo de parte del trabajador. Se entiende por abandono del trabajo: la dejación o interrupción intempestiva e injustificada de las tareas; la negativa de trabajar en las labores a que ha sido destinado; y la falta injustificada o sin aviso previo, de asistencia del trabajador que tenga a su cargo una faena o máquina, cuya paralización implique perturbación en el resto de la obra o industria. El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo quedará configurado, con la falta de justificación o silencio del trabajador, ante intimación hecha en forma fehaciente para que se reintegre al trabajo, en un plazo no menor de tres días; (xxi) la falta reiterada de puntualidad del trabajador en el cumplimiento del horario de trabajo, después de haber sido apercibido por el empleador o sus delegados; (xxii) la interrupción de las tareas por el trabajador, sin causa justificada aunque permanezca en su puesto. En caso de huelga, deberá abandonar el lugar de trabajo; (xxiii) la desobediencia del trabajador al empleador o sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado. Habrá desobediencia justificada, cuando la orden del empleador o sus representantes ponga en peligro la vida, integridad orgánica o la salud del trabajador o vaya en desmedro de su decoro o personalidad; (xiv) la comprobación en el trabajador de enfermedad infectocontagiosa o mental o de otras dolencias o perturbación orgánicas, siempre que le incapaciten permanentemente para el cumplimiento de las tareas contratadas o constituyan un peligro para terceros; y (xxv) las violaciones graves por el trabajador de las cláusulas del contrato de trabajo o disposiciones del reglamento interno de taller, aprobado por la autoridad competente.

Perú: (i) el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, reiterada paralización intempestiva de labores e inobservancia del reglamento interno o del reglamento de seguridad e higiene industrial; (ii) la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en las labores o del volumen o de la calidad de producción; (iii) la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador, o que se encuentren bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos en beneficio propio o de terceros; (iv) el uso o entrega a terceros de información reservada, la sustracción o utilización de documentos y la competencia desleal; (v) la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando revista excepcional gravedad; (vi) los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores; (vii) el daño intencional en los bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta; (viii) el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos o ausencias injustificadas por más de cinco en un período de treinta días calendario, o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, y (ix) la impuntualidad reiterada si ha sido acusada por el empleador.

República Dominicana: (i) por haber el trabajador inducido a error al empleador pretendiendo tener condiciones o conocimientos indispensables que no posee, o presentándole referencias o certificados personales cuya falsedad se comprueba luego; (ii) por ejecutar el trabajo en forma que demuestre su incapacidad e ineficiencia. Esta causa deja de tener efecto a partir de los tres meses de prestar servicios el trabajador; (iii) por incurrir el trabajador durante sus labores en faltas de probidad o de honradez, en actos o intentos de violencias, injurias o malos tratamientos contra el empleador o los parientes de éste bajo su dependencia; (iv) por cometer el trabajador, contra algunos de sus compañeros, cualesquiera de los actos enumerados en el apartado anterior, si ello altera el orden del lugar en que trabaja; (v) por cometer el trabajador, fuera de servicio, contra el empleador o los parientes que dependen de él, o contra los jefes de la empresa, algunos de los actos señalados en el numeral iii; (vi) por ocasionar el trabajador, intencionalmente, perjuicios materiales, durante el desempeño de las labores o con motivo de éstas, en los edificios, obras, maquinarias, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados con el trabajo; (vii) por ocasionar el trabajador los perjuicios graves, mencionados en el ordinal anterior, sin intención, pero con negligencia o imprudencia de tal naturaleza que sean la causa del perjuicio; (viii) por cometer el trabajador actos deshonestos en el taller, establecimiento o lugar de trabajo; (ix) por revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado en perjuicio de la empresa; (x) por comprometer el trabajador, por imprudencia o descuido inexcusables, la seguridad del taller, oficina u otro centro de la empresa o de personas que allí se encuentren; (xi) por inasistencia del trabajador a sus labores durante dos días consecutivos o dos días en un mismo mes sin permiso del empleador o de quien lo represente, o sin notificar la causa justa que tuvo para ello en el plazo prescrito por el artículo 58 del Código del Trabajo; (xii) por ausencia, sin notificación de la

causa justificada, del trabajador que tenga a su cargo alguna faena o máquina cuya inactividad o paralización implique necesariamente una perturbación para la empresa; (xiii) por salir el trabajador durante las horas de trabajo sin permiso del empleador o de quien lo represente y sin haberse manifestado a dicho empleador o a su representante, con anterioridad, la causa justificada que tuviere para abandonar el trabajo; (xiv) por desobedecer el trabajador al empleador o a sus representantes, siempre que se trate del servicio contratado; (xv) por negarse el trabajador a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados por la ley, las autoridades competentes o los empleadores, para evitar accidentes o enfermedades; (xvi) por violar el trabajador cualesquiera de las prohibiciones previstas en los ordinales 1, 2, 5 y 6 del artículo 45 del Código; (xvii) por violar el trabajador cualesquiera de las prohibiciones previstas en los ordinales 3. y 4. del artículo 45 del Código después que el Departamento de Trabajo o la autoridad local que ejerza sus funciones lo haya amonestado por la misma falta a requerimiento del empleador; (xviii) por haber sido condenado el trabajador a una pena privativa de libertad por sentencia irrevocable, y (xix) por falta de dedicación a las labores para las cuales ha sido contratado o por cualquier otra falta grave a las obligaciones que el contrato imponga al trabajador.

Uruguay: Se prevé el despido por notoria mala conducta. Acotando este concepto, *Américo Plá Rodríguez* sostiene que los hechos constitutivos de la notoria mala conducta del trabajador deben reunir las siguientes seis condiciones: (i) deben ser hechos voluntarios de los cuales pueda responsabilizarse al trabajador; (ii) deben ser hechos relacionados con la actividad laboral ya sea porque se han cumplido en el desempeño de las tareas, en el lugar de trabajo o con ocasión del trabajo, ya sea porque ajenos al trabajo repercuten en él, afectando su consideración o su prestigio en forma que redunde desfavorablemente para la empresa en la que actúa; (iii) los hechos deben ser de tal gravedad que hagan imposible la continuación del contrato en condiciones normales ("que ponga en crisis el contrato de trabajo"); (iv) la conducta que merezca este calificativo puede resultar de un solo hecho suficientemente grave (por ejemplo un desfalco, una agresión al superior, la revelación de un secreto) como la reiteración de varios hechos, cuya repetición revela que el trabajador no se ha enmendado ni demuestra la voluntad de cumplir sus obligaciones (impuntualidad reiterada, inasistencias repetidas, desobediencias, indisciplinas, actos de desatención o de desprolijidad, descuido en el manejo de los materiales que le han sido confiados, etc.); (v) la apreciación la debe hacer el Juez, en caso de que las partes no coincidan en su apreciación. Pero cuando no hay acuerdo, el Juez debe decidir apreciando el conjunto de circunstancias y antecedentes, lo que le da cierta relatividad a esta calificación y dificulta la determinación en abstracto de si tal hecho o tal serie de hechos, constituye notoria mala conducta, y (vi) debe tenerse presente que la notoria mala conducta es una excepción, por lo que no solo debe ser probada por quien la invoca, sino que en todo caso de duda debe optarse por pagar indemnización. Lo normal es pagarla, lo anormal es no pagarla³¹.

³¹ Américo Plá Rodríguez: ob. cit. ps. 364 y 365.

Venezuela: (i) falta de probidad o conducta inmoral en el trabajo; (ii) vías de hecho, salvo en legítima defensa; (iii) injuria o falta grave al respeto o consideración debidos al patrono, a sus representantes o a los miembros de su familia que vivan con él; (iv) hecho intencional o negligencia grave que afecte la seguridad o higiene del trabajo; (v) omisiones o imprudencias que afecten gravemente a la seguridad o higiene del trabajo; (vi) inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles en el período de un mes; (vii) perjuicio material causado intencionalmente o con negligencia grave en las pertenencias de la empresa; (viii) revelación de secretos de manufactura, fabricación o procedimiento; (ix) falta grave a las obligaciones que impone la relación de trabajo, y (x) abandono del trabajo.

En **Chile** la legislación de 1924 estableció la libre terminación del contrato de trabajo. En el Código del Trabajo de mayo de 1931 se incluyó a la voluntad de cualquiera de las partes como una de las causales de terminación del contrato de trabajo. Ese libre despido fue derogado por la ley 16.455, al establecer que el empleador no podrá poner término al contrato de trabajo sino por la concurrencia de alguna de las causas justificadas señaladas en la ley, entre ellas las referidas a la conducta del trabajador³². Producido el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, se dictó el Decreto Ley 32 (4 de octubre de 1973), que introdujo las siguientes nuevas causas disciplinarias adicionales: (i) "comisión de actos ilícitos que hayan impedido o impidan al trabajador concurrir a su trabajo o cumplir con sus obligaciones laborales"; (ii) "atentados contra los bienes situados en las empresas"; (iii) "todo acto que haya destruido o destruya materiales, instrumentos de trabajo o mercaderías, o disminuido o disminuya su valor o causen su deterioro"; (iv) "haber dirigido o dirigir la interrupción o paralización ilegales de actividades, totales o parciales, en las empresas o en los lugares de trabajo, o en la retención indebida de personas o bienes"; (v) "haber incitado a destruir, inutilizar, interrumpir, o haber participado en hechos que hayan dañado o dañen instalaciones públicas o privadas", y (vi) "haber participado o participar en la introducción al país, fabricación, almacenamiento, transporte o entrega, al título que sea, de cualquier tipo de armas, sin la autorización correspondiente". Con algunas modificaciones de redacción esas causales fueron incorporadas al Decreto Ley 2.200, de 1978, que reemplazó las normas existentes del Código del Trabajo en lo concerniente al contrato de trabajo y la protección de los obreros y empleados en el trabajo, normas que fueron incorporadas con algunas modificaciones solamente formales en el Código del Trabajo de 1987. Estas regulaciones normativas del despido disciplinario fueron derogadas por la ley 19.010, de 1991.

En la actualidad el artículo 160 del Código del Trabajo dispone que el contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales: (i) alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan: (a) falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones; (b) conductas de acoso sexual; (c) vías de hecho ejercidas

³² Se mantuvo el libre despido en el caso de los gerentes, agentes, apoderados o empleados de exclusiva confianza, los empleados del hogar y los trabajadores con menos de seis meses de antigüedad.

por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa; (d) injurias proferidas por el trabajador al empleador, y (e) conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña; (ii) negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador; (iii) no concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra; (iv) abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal: (a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y (b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato; (v) actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos; (vi) perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías, y (vii) incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

C. Extinción por iniciativa del empleador por causa de necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio

El Convenio núm. 158 contiene disposiciones complementarias sobre la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, referidas a la consulta de los representantes de los trabajadores³³ y la notificación a la autoridad competente³⁴.

En **Argentina** se prevé un procedimiento preventivo de crisis con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza

³³ Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: (i) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones; (ii) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos. La aplicación de estas normas se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal.

³⁴ De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. La legislación nacional podrá limitar la aplicabilidad de esta norma a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a un número o a un porcentaje determinados del personal. El empleador notificará a las autoridades competentes con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional.

mayor, crisis económicas o tecnológicas que afecten a más del 15% en empresas de menos de 400 trabajadores; a más del 10% en empresas de entre 400 y 1.000 trabajadores, y a más de 5% en empresas de más de 1.000 trabajadores.

En **Chile** la legislación de los años 70 y 80 estableció como causales adicionales de terminación "las que sean determinadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio". Mediante la ley 19.010, de 1991, se acotó el contenido de esa causal señalando que el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores, y la falta de adecuación técnica del trabajador.

En **Nicaragua** el contrato individual o relación de trabajo termina, entre otras causas: (i) por cesación definitiva de la industria comercio o servicio basada en motivos económicos legalmente fundamentados y debidamente comprobados por el Ministerio del Trabajo; (ii) por resolución judicial firme cuya consecuencia sea la desaparición definitiva de la empresa, y (iii) por fuerza mayor o caso fortuito cuando traigan como consecuencia precisa el cierre de la empresa (Art. 41 del CT).

En **Panamá** son causas justificadas de naturaleza económica: (i) el concurso o la quiebra del empleador; (ii) la clausura de la empresa o la reducción definitiva de los trabajos, debido a la incosteabilidad notoria y manifiesta de la explotación o agotamiento de la materia objeto de la actividad extractiva, y (iii) la suspensión definitiva de las labores inherentes al contrato o la disminución comprobada de las actividades del empleador, debidas a crisis económicas graves incosteabilidad parcial de las operaciones por razón de disminución de la producción, o por innovaciones en los procedimientos y equipos de fabricación, o revocación o caducidad de una concesión administrativa, cancelación de pedidos u órdenes de compra o las ventas, u otra causa análoga debidamente comprobada por la autoridad competente³⁵.

En **Perú** son causas objetivas de extinción, entre otras, las derivadas de motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, si afectan, cuando menos, al 10% del personal.

En **República Dominicana** la relación de trabajo, entre otras causas, termina (i) por agotamiento de la materia prima objeto de una industria extractiva, y (ii) por quiebra de la empresa, siempre que cese totalmente la explotación del negocio o por su cierre o reducción definitiva de su personal, resultantes de

³⁵ En los despidos se debe respetar las siguientes reglas: (i) se empezará por los trabajadores de menor antigüedad dentro de las categorías respectivas; (ii) una vez aplicada la regla anterior, se preferirá, para determinar la permanencia en el empleo, a los trabajadores panameños respecto de quienes no lo son; a los sindicalizados respecto a quienes no lo estén, y los más eficientes, respecto a los menos eficientes; (iii) las mujeres en estado de gravidez, aun si no estuvieren amparadas preferentemente por las reglas anteriores se despedirán en el último lugar, si fuere absolutamente necesario y previo cumplimiento de las formalidades legales, y (iv) en igualdad de circunstancias, luego de aplicadas las reglas anteriores, los trabajadores amparados por el fuero sindical tendrán preferencia sobre los demás para su permanencia en el empleo.

falta de elementos para continuar la explotación, incosteabilidad de la misma u otra causa análoga.

En lo atinente a notificación a la autoridad competente en el caso de despidos colectivos, en **Argentina, Colombia, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela**, se establecen procedimientos especiales en el Ministerio de Trabajo, con participación de las correspondientes organizaciones sindicales y la promoción de negociaciones entre las partes involucradas. En **Argentina** el acuerdo logrado debe ser homologado por el Ministerio de Trabajo, y si no existe acuerdo, se da por concluido "el procedimiento de crisis". En **Perú** la conciliación tiene lugar ante el Ministerio de Trabajo, si ella no se produce corresponde al Ministerio emitir la resolución que estime conveniente. Si no hay resolución en el término de cinco días se entiende aprobado el cese. En Venezuela el empleador debe contar con la aprobación de los trabajadores; si ello no ocurre, el asunto es sometido a un arbitraje. El Ministerio de Trabajo podrá suspender el procedimiento si objeta la causal de cese.

2. Preaviso

En el Convenio núm. 158 se establece que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

La legislación latinoamericana recoge ampliamente la institución del preaviso, también denominado desahucio. Al respecto se establecen algunas diferenciaciones atendiendo a la calidad de obreros o empleados, la duración definida o indefinida de la relación laboral, el tiempo transcurrido desde el inicio de la relación³⁶, el período fijado para el pago de las remuneraciones del contrato según

3. Procedimientos previos o con ocasión de la terminación

En el Convenio núm. 158 se dispone que no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

Esta materia es abundante y detalladamente regulada en la casi totalidad de los países latinoamericanos, exigiendo que la o las causas invocadas sean expresadas en forma escrita. En algunos casos se establecen formas de intervención de la autoridad pública de trabajo (por ejemplo en **Brasil, Chile, Ecuador, México, Paraguay, y República Dominicana**).

³⁶ Por ejemplo, en Honduras el preaviso es de 24 horas si el trabajador ha servido menos de tres meses a un mismo empleador y en forma continua.

4. Recurso contra la terminación

En el Convenio núm. 158 se dispone que el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro³⁷. Al mismo tiempo se establece que podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

Asimismo en el Convenio se determinan las siguientes normas de procedimiento: (i) los organismos ya mencionados estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada; (ii) a fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, se deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del Convenio, y/o b) los citados organismos estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del Convenio.

De otra parte en el Convenio se dispone que si los organismos mencionados llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada. Sobre el particular cabe señalar que las reformas habidas en **Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela**—con distintos matices, valores referenciales, condicionamientos y procedimientos—ponen de manifiesto una creciente preferencia por substituir la reincorporación al empleo por el pago de indemnizaciones, algunas de ellas pagables “a todo evento”, esto es, cualquiera sea la causa de terminación del contrato.

³⁷ Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

Si bien en las legislaciones existe plena coincidencia respecto del derecho del trabajador a recurrir contra la decisión unilateral del empleador de extinguir la relación de trabajo, son heterogéneos los sistemas procesales para ejercer tal derecho, así como los objetivos del mismo, principalmente en lo que concierne a las reclamaciones encaminadas a obtener la declaración de nulidad del despido por estimar que la causa invocada es ilegal, injustificada, indebida o improcedente, por lo que correspondería la reposición en el empleo y el pago adicional o alternativo de indemnizaciones.

La presentación de un análisis comparativo de los diferentes sistemas procesales nacionales escapa de los límites de esta monografía.

5. Indemnización por fin de servicios y otras medidas de protección de los ingresos

En el Convenio núm. 158 se dispone: (i) que de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: (a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o (b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones; (ii) cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones ya mencionadas; (iii) en caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas.

Respecto de las indemnizaciones, en lo sustantivo y en lo procesal las legislaciones regulan estas materias en forma muy variada y muy detallada. Sin pretender cubrir el amplio y disímil espectro normativo latinoamericano, sólo como simple información presento la situación existente en algunos de ellos.

En **Argentina**: en los despidos sin justa causa la indemnización es de un mes de sueldo por año de servicio o fracción de tres meses, calculada sobre la base de la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si fuere menor. En forma especial se regula la situación de los trabajadores excluidos del convenio colectivo, los trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables. En caso alguno la indemnización puede ser menor de un mes de sueldo (Ley 25.877).

En **Colombia**: (i) en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios

a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente; (ii) en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan: En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días. En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará de acuerdo a normas diferenciadoras basadas en la cuantía de la remuneración y el tiempo de servicio. A las indemnizaciones ya señaladas se agregan las derivadas de la falta de pago de salarios y prestaciones debidos a la terminación del contrato, incluyendo en su monto el pago de un día de salario por cada día de retardo, más los intereses que corresponda, según lo dispuesto en el artículo 65 del Código Substantivo del Trabajo. En dicha norma además se dispone que para proceder a la terminación del contrato de trabajo el empleador deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

En **México**: el patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones: (i) cuando se trate de trabajadores que tengan una antigüedad menor de un año; ((ii) si comprueba ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, que el trabajador, por razón del trabajo que desempeña o por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él y la Junta estima, tomando en consideración las circunstancias del caso, que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo; (iii) en los casos de trabajadores de confianza; (iv) en el servicio doméstico; y (v) cuando se trate de trabajadores eventuales. Las indemnizaciones consistirán: (i) si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios, y (ii) si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados. Además de estas indemnizaciones se pagará el importe de tres meses de salario y también los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones.

En **Panamá**, si el contrato de duración indeterminada termina por despido injustificado o sin la autorización previa exigida por la legislación, y el trabajador opte por la indemnización, ésta se sujeta a una gradualidad diferente según se

trate de servicios anteriores al 2 de abril de 1972 o posteriores a esa fecha.³⁸ Respecto de las relaciones de trabajo iniciadas con posterioridad a la reforma del Código de Trabajo, la indemnización es equivalente a 3.4 semanas de salario por cada año laborado en los diez primeros años. Por cada año posterior a ese plazo la indemnización equivaldrá a una semana de salario por cada año.

En **Perú**: en los contratos de duración indefinida la indemnización es de una y media remuneración mensual por año completo de servicio, con un máximo de 12 remuneraciones; las fracciones de año se abonan por dozavos o treintavos. En los contratos de plazo definido la indemnización es de una y media remuneración mensual por cada mes que resta para el término del contrato, con un máximo de 12 meses.

En **Uruguay** la indemnización es de un mes de salario por cada año o fracción de actividad.

En **Venezuela**: en los contratos de duración indefinida los despidos sin justa causa se indemnizan con el pago de 10 días de salario (trabajadores con tres a seis meses de antigüedad, o 30 días de salarios por cada año de antigüedad, hasta un máximo de 150 días de salario). En los contratos de duración definida la indemnización equivale al salario que se devengaría hasta la conclusión de la obra o el vencimiento del plazo del contrato. En el **Anexo 1** presento una visión del sistema indemnizatorio vigente en **Chile**.

III. ÁMBITOS NORMATIVOS CONSTITUCIONALES Y LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO Nº 158 DE LA OIT

La seguridad del empleo, mediante la regulación de la terminación de la relación de trabajo, constituye un derecho constitucional en la mayoría de los países iberoamericanos. La constitucionalización de este derecho se inició en México (1917), al incorporarse en el artículo 123 la norma que dispuso que "el patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte de una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario".

En las Constituciones se recurre a modalidades de reconocimiento y protección de la seguridad del empleo. Ente ellas evocamos la protección contra el despido arbitrario (**Argentina, Brasil, Venezuela**), la estabilidad en el trabajo (**Bolivia, Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay**), la necesidad de

³⁸ Para servicios iniciados antes del 2 de abril de 1972 la escala es la siguiente: si el tiempo de servicios fuere menor de un año, el monto de la indemnización corresponde al salario de una semana por cada tres meses de trabajo y, en ningún caso, la indemnización será inferior a una semana de salario. Si esos servicios comprenden uno a dos años de trabajo, la indemnización equivale a una semana de salario por cada dos meses de trabajo. Si comprenden de dos a cinco años de trabajo, la indemnización es de tres meses de salario. Si comprende de cinco a diez años de trabajo, la indemnización es de cuatro meses de salario. Si comprende de diez a quince años de trabajo, la indemnización es de cinco meses de salario. Si comprende de quince a veinte años de trabajo, la indemnización es de seis meses de salario. Y si comprende más de veinte años de trabajo, la indemnización es de siete meses de salario. A su vez, tratándose de servicios posteriores al 2 de abril de 1972 la tabla de indemnizaciones es: (i) menos de un año, una semana de salario por cada tres meses de trabajo, en todo caso la indemnización no será inferior a una semana de salario, (ii) de uno a dos años de trabajo, una semana de salarios por cada dos meses de trabajo; (iii) de dos a diez años de trabajo, el salario de tres semanas adicionales por cada año.

desahucio (**Bolivia, Brasil**), la necesidad de justa causa (**Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela**), la indemnización compensatoria u otras prestaciones (**Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela**), el pago de daños y perjuicios (**Guatemala, Honduras**), la readmisión (**Perú**), el seguro de desempleo (**Costa Rica**), el despido indirecto (**Guatemala, México**), la prohibición de la discriminación antisindical (**México**), y la nulidad del despido (**Venezuela**).

Al concluir, también es conveniente recordar que el Convenio núm. 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, entró en vigor el 23 de Noviembre de 1985, y que al 31 de Diciembre de 2010, ha sido ratificado por 36 Estados Miembros de la OIT, entre ellos la **República Bolivariana de Venezuela**, país que lo ratificó el 6 de mayo de 1985.

En el **Anexo 2** acompaño el texto del Convenio y en el **Anexo 3** incluyo una visión resumida de la Recomendación núm. 166, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982).

BIBLIOGRAFÍA

Albuquerque, Rafael: *La terminación de la relación de trabajo en la República Dominicana*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

De Buen Lozano, Néstor: *La terminación de la relación de trabajo en México*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

De Buen Unna, Carlos: *La extinción de la relación de trabajo*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.

Blancas Bustamante, Carlos: *El despido en el derecho laboral peruano*. 2da. edición. ARA Editores Lima, 2006.

Giglio D., Wagner: *La terminación de la relación de trabajo en el Brasil*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.

González Hunt, César: *Estabilidad laboral. El estado de la cuestión en Perú*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.

Hernández Álvarez, Óscar: *La terminación de la relación de trabajo. Clasificación y efectos*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.

- Hernández Álvarez, Óscar: *La protección del empleo en situaciones de crisis. Características generales propias de un sistema de protección al empleo.* En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo.* (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.
- Morgado Valenzuela, Emilio: *El despido disciplinario.* En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social.* (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.
- Morgado Valenzuela, Emilio: *Seguridad del empleo. Visión actual de la terminación de la relación de trabajo en Iberoamérica.* En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo.* (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.
- Murgas Torrazza, Rolando: *Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas.* En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Universidad Nacional Autónoma de México: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social.* (Coordinadores Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela). México, 1997.
- Murgas Torrazza, Rolando: *La terminación de la relación de trabajo en el Derecho Panameño.* En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Iberoamericana.* (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.
- O.I.T.: *Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).*
- O.I.T.: *Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 198).*
- O.I.T.: *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado* (María Luz Vega, Coordinadora). Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Lima, 2001 15 años después.
- O.I.T.: *La reforma laboral en América Latina. Un análisis comparado: 15 años después.* (María Luz Vega, Coordinadora). Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe. Lima, 2005.
- O.I.T.: *La relación de trabajo.* Conferencia Internacional del Trabajo, 95ª reunión, 2006. Informe V(1). Ginebra.
- O.I.T.: *Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2011. Documento informativo sobre ratificaciones y actividades normativas hasta el 31 de diciembre de 2010.* Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de los convenios y recomendaciones. Informe II (Parte 2). Ginebra.
- Pasco Cosmópolis, Mario: *La terminación de la relación de trabajo en el Perú.*

- En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.
- Plá Rodríguez, Américo: *La terminación de la relación de trabajo en Uruguay*. En: *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Ibero-americana*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). AELE-Editorial. Lima, 1985.
- Rocha, Armando; Ackerman, Mario E.; Tosca, Diego M., y Rodríguez Fernández, Liliana: *Terminación de la relación de trabajo*. En: Mario E. Ackerman (Director) y Diego M. Tosca (Coordinador): *Tratado de Derecho del Trabajo*. Tomo IV: *La relación individual de trabajo, III*. Rubinzal-Culzoni, Editores. Buenos Aires, 2005.
- Rodríguez Mancini, Jorge: *Estabilidad laboral. El estado de la cuestión en la República Argentina*. En: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: *Actualidad del Derecho del Trabajo*. (Coordinador: Mario Pasco Cosmópolis). Lima. Noviembre de 2009.
- Sarthou, Helios: *Trabajo, Derecho y Sociedad Estudios de Derecho individual del trabajo*. . Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2002.
- Sims. E.: *Seguridad en el empleo (terminación de la relación de trabajo)*. En O.I.T.: *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global. 75º aniversario de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. (J. Claude Javillier, Director de publicación y A. Odero, Coordinador). Versión preliminar. Ginebra, 2001.

Textos normativos nacionales.

ANEXO 1

CHILE: RÉGIMENES INDEMNIZATORIOS REGULADOS EN EL CÓDIGO DEL TRABAJO

1. Indemnización substitutiva del aviso previo a la terminación del contrato de trabajo. Tratándose de las causales del artículo 161 (necesidades de la empresa y desahucio), el aviso de terminación dado por el empleador al trabajador –con copia a la Inspección de Trabajo respectiva– no requiere ser dado con a lo menos treinta días de anticipación cuando el empleador pagare al trabajador una indemnización en dinero efectivo substitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada.

2. Indemnización convencional o legal por años de servicios (artículo 163). Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término basado en las causales del artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicios que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior al legal. A falta de esa estipulación o cuando ella es de un monto inferior al legal, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. La indemnización tendrá un límite máximo de 330 días de remuneración y es compatible con la substitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador.

3. Indemnización para los trabajadores de casa particular. A estos trabajadores se aplica un régimen especial consistente en el pago de una indemnización "a todo evento" —esto es, cualquiera sea la causal invocada— para cuyo financiamiento el empleador debe aportar el 4.11% de la remuneración mensual imponible, hasta el 11° año de iniciada la relación de trabajo, la que se regirá, en cuanto corresponda, por lo dispuesto en los artículos 165 y 166 del Código respecto del procedimiento para efectuar los aportes del empleador en el caso de pactarse indemnizaciones a todo evento. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes efectuados y la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.

4. Indemnización por años de servicios "a todo evento". En los artículos 164 al 167 se regula lo concerniente a la indemnización por años de servicios "a todo evento", pactada entre las partes para substituir la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163. Tal pacto debe constar por escrito y puede ser convenido entre las partes a partir del inicio del séptimo año de la relación laboral. La indemnización presenta las siguientes características: (i) es una indemnización a todo evento —esto es, pagadera con motivo de la terminación del contrato de trabajo cualquiera que sea la causal invocada—; (ii) sólo cubre el lapso posterior a los primeros 6 años de servicios, hasta el término del undécimo año de la relación laboral; (iii) el aporte no puede ser inferior al 4.11% de la remuneración mensual imponible que devengue el trabajador a partir de la fecha del acuerdo, y (d) tal porcentaje se aplica hasta una remuneración máxima de 90 UF (la Unidad de Fomento es un valor de referencia variable que equivale a US\$ 37, aproximadamente).

El aporte del 4.11% es de cargo del empleador, quien debe depositarlo mensualmente en la AFP (Administradora de Fondos de Pensiones) en la que se encuentre afiliado el trabajador, a una cuenta de ahorro especial que abrirá la AFP a cada trabajador, sujeta a las normas del DL 3.500 (de 1980), con las siguientes excepciones: (a) esos fondos sólo podrán ser girados una vez que el trabajador acredite que ha dejado de prestar servicios en la empresa de que se trate; (b) esos fondos sólo podrán ser embargados una vez terminado el contrato de trabajo, en los casos previstos en lo que excedan de 56 UF, a menos que se trate de pensiones alimenticias debidas por ley y decretadas judicialmente, de defraudaciones, hurto o robo cometidos por el trabajador en contra del empleador en el ejercicio de su cargo, o de remuneraciones adeudadas por el trabajador a personas que hay estado a su servicio en calidad de trabajador, caso en el que se podrá embargar hasta el 50%); (c) en caso de muerte del trabajador los fondos serán pagados a la persona que se haya hecho cargo de los funerales hasta la concurrencia del costo de los mismos, y el resto a la cónyuge, hijos legítimos o naturales o a los padres legítimos o naturales del fallecido, unos a falta de otros, en el orden señalado, bastando acreditar el estado civil respectivo, y el saldo incrementará la masa de bienes de la herencia; (d) los aportes que debe efectuar el empleador tendrán el carácter de cotizaciones previsionales para los efectos de su cobro, aplicándose las normas pertinentes del DL 3.500; (v) los referidos aportes no constituirán renta para efectos tributarios, en lo que no excedan un 8.33% de la remuneración mensual imponible del trabajador y la rentabilidad que se obtenga de ellos. El retiro de esos aportes no estará afecto

a impuestos; (e) en caso de incapacidad temporal del trabajador, el empleador deberá efectuar los aportes sobre el monto de los subsidios que reciba el trabajador; (f) la AFP podrá cobrar una comisión porcentual, de carácter uniforme, sobre los depósitos que se efectúen en esas cuentas, y (g) si el trabajador no está afecto a las normas del DL 3.500, se debe afiliar a una AFP para el solo efecto del cobro y administración de los aportes ya mencionados.

El pacto sobre indemnización a todo evento puede cubrir períodos anteriores a su fecha, si no afecta la indemnización legal correspondiente a los primeros seis años de servicio, conforme al artículo 163. Tal cobertura retroactiva debe ceñirse a las siguientes regulaciones especiales: (a) el empleador debe efectuar un aporte del 4.11% de la última remuneración mensual imponible por cada mes de servicio que se haya considerado en el pacto. El aporte se calculará hasta por una remuneración máxima de 90 UF y debe efectuarse de una vez, conjuntamente con las cotizaciones correspondientes a las remuneraciones devengadas en el primer mes de vigencia del pacto, y (b) se puede suscribir más de un pacto hasta cubrir la totalidad del período que exceda de los primeros 6 años de servicio.

5. Indemnizaciones sancionadoras adicionales

A. Sanciones por despido injustificado, injusto o improcedente. En el artículo 168 se establece que si el trabajador cuyo contrato de trabajo ha terminado por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161 considera que dicha aplicación es injustificada, injusta o improcedente, o que no se ha invocado causal alguna, podrá recurrir al juzgado competente a fin de que éste así lo declare, dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde la separación. Dicho plazo se suspende si dentro de éste el trabajador interpone un reclamo ante la respectiva Inspección del Trabajo, pero en caso alguno podrá recurrirse al Tribunal transcurridos 90 días hábiles desde la separación del trabajador.

Si el juez acoge la demanda del trabajador ordenará el pago de la indemnización sustitutiva del preaviso y de la indemnización convencional o la legal de 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas: (a) en 30% si se trata de la aplicación improcedente del artículo 161; (b) en 50% si se trata de aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado alguna causal para terminar el contrato de trabajo, o (c) en 80% si se trata de aplicación indebida de las causales del artículo 160.

B. Sanciones por despido carente de motivo plausible. Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los numerales 1, 5 o 6 del artículo 160 (algunas de las conductas indebidas de carácter grave debidamente comprobadas señaladas en esa norma; actos, las omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos; o el perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías), y el despido además

fuere declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del art. 163, se incrementará en 100%.

C. Sanciones por no acreditación de las causales invocadas. Si el juez establece que la aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada, se entiende que el término del contrato se ha producido por algunas de las causales señaladas en el artículo 161, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales mencionados en los literales A y B precedentes.

D. Sanciones por despido debido a invalidez total o parcial. Si el trabajador que fuere separado de sus funciones por motivo de invalidez total o parcial, tendrá derecho a la indemnización por años de servicio establecida en el artículo 163, con el incremento del 50%.

6. Normas reguladoras del pago de las indemnizaciones. En los artículos 169, 170, 175 y 176 se establecen las normas reguladoras del pago de las indemnizaciones que se mencionan a continuación.

A. Terminación del contrato de trabajo por necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Si el contrato de trabajo terminare por aplicación de la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio se observarán las siguientes reglas: (a) la comunicación prevista en el artículo 162 supondrá una oferta irrevocable de pago de la indemnización por años de servicios y de la substitutiva de aviso previo; (b) el empleador estará obligado a pagar las indemnizaciones en un solo acto al extender el finiquito; (c) si las partes acuerdan fraccionar el pago de esas indemnizaciones, las cuotas deberán consignar los respectivos intereses y reajustes del período. Dicho pacto deberá ser ratificado ante la Inspección del Trabajo. El simple incumplimiento del pacto hará inmediatamente exigible el total de la deuda y se aplicará una multa administrativa; (d) si esas indemnizaciones no se pagaren al trabajador éste puede recurrir al Tribunal para que se ordene y cumpla el pago de lo adeudado, pudiendo el juez incrementarlas en un 150%, y (e) si el trabajador estima que la aplicación de la causal de necesidades de la empresa es improcedente, y no ha hecho aceptación con las formalidades ya mencionadas, podrá recurrir al tribunal competente dentro del plazo de 60 días hábiles contado desde la separación. Si el Tribunal rechazare la reclamación del trabajador, éste sólo tendrá derecho a la indemnización substitutiva del aviso previo y a la indemnización convencional o legal por años de servicio —según corresponda— con el reajuste correspondiente a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior al mes en que se puso término al contrato y el mes que antecede a aquel en que se efectúa el pago, sin intereses.

B. Terminación del contrato de trabajo por desahucio. En el artículo 170 se dispone que los trabajadores cuyos contratos terminen en virtud de un desahucio que tengan derecho a la indemnización convencional o legal por años de servicios, pueden instar por su pago y por la del aviso previo, si fuere el caso, dentro de los 60 días hábiles contados desde la fecha de la separación, si no se les ha pagado las indemnizaciones por años de servicios y la substitutiva del aviso previo. En tal caso el juez puede incrementar esas indemnizaciones en 150%.

C. Pago de la indemnización convencional substitutiva. Si se ha pactado la indemnización por años de servicio a todo evento, las demás indemnizaciones previstas en el Código del Trabajo se limitarán a aquella parte correspondiente al período que no haya sido objeto de la estipulación.

D. Denuncias por acoso sexual. En el caso de las denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con las obligaciones que le impone la ley respecto de su prevención y sanción no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en el caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente.

7. Normas varias

A. Incompatibilidad. La indemnización legal o convencional es incompatible con toda otra indemnización que por concepto de término del contrato o de los años de servicios pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo del trabajador, con excepción de las indemnizaciones substitutivas y sancionadoras.

B. Concepto de "última remuneración mensual imponible". Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprende toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social a cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad. Si la remuneración es variable, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario. En todo caso no se considerará una remuneración superior al valor de 90 UF correspondientes al monto de ellas en el último día del mes anterior al pago.

C. La reajustabilidad e intereses aplicables a los montos adeudados. Las indemnizaciones recién mencionadas se reajustarán conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadística, entre el mes anterior a aquél en que se puso término al contrato y el que antecede a aquél en que se efectúe el pago. Desde el término del contrato, la indemnización así reajustada devengará también el máximo interés permitido para operaciones reajustables.

D. Aplicabilidad de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Se dispone que para ningún efecto tributario constituirán renta las indemnizaciones establecidas por ley, contratos colectivos o convenios colectivos que complementen, modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos de trabajo.

ANEXO 2

CONVENIO N° 158, SOBRE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO, 1982

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 2 junio 1982, en su sexagésima octava reunión;

Habiendo tomado nota de las normas internacionales que contiene la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963;

Habiendo tomado nota de que desde la adopción de la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1963, se han registrado novedades importantes en la legislación y en la práctica de numerosos Estados Miembros relativas a las cuestiones abarcadas por dicha Recomendación;

Considerando que en razón de esas novedades es oportuno adoptar nuevas normas internacionales en la materia, habida cuenta en particular de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos durante los últimos años en gran número de países;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio,

adopta, con fecha 22 de junio de mil novecientos ochenta y dos, el presente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982:

Parte I. Métodos de Aplicación, Campo de Aplicación y Definiciones

Artículo 1

Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.

Artículo 2

1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas.

2. Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;

b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable;

c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.

3. Se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio.

4. En la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio.

5. En la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, la autoridad competente o el organismo apropiado de cada país podrá tomar medidas para excluir de la aplicación del presente Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

6. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá enumerar, en la primera memoria sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías que hubieren sido excluidas en virtud de los párrafos 4 y 5 del presente artículo, explicando los motivos de dicha exclusión, y deberá indicar en las memorias subsiguientes el estado de su legislación y práctica respecto de las categorías excluidas y la medida en que aplica o se propone aplicar el Convenio a tales categorías.

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, las expresiones *terminación* y *terminación de la relación de trabajo* significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

Parte II. Normas de Aplicación General

Sección A. Justificación de la Terminación

Artículo 4

No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su

conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Artículo 5

Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;

b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;

c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes;

d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social;

e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Artículo 6

1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo.

2. La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

Sección B. Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta

Artículo 7

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.

Sección C. Recurso Contra la Terminación

Artículo 8

1. El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro.

2. Si una autoridad competente ha autorizado la terminación, la aplicación del párrafo 1 del presente artículo podrá variar de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

3. Podrá considerarse que el trabajador ha renunciado a su derecho de recurrir contra la terminación de su relación de trabajo si no hubiere ejercido tal derecho dentro de un plazo razonable después de la terminación.

Artículo 9

1. Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.

2. A fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio deberán prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas:

a) incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, tal como ha sido definida en el artículo 4 del presente Convenio;

b) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.

3. En los casos en que se invoquen para la terminación de la relación de trabajo razones basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para verificar si la terminación se debió realmente a tales razones, pero la medida en que esos organismos estarán facultados también para decidir si esas razones son suficientes para justificar la terminación deberá determinarse por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 de este Convenio.

Artículo 10

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

Sección D. Plazo de Preaviso

Artículo 11

El trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso.

Sección E. Indemnización por fin de Servicios y Otras Medidas de Protección de los Ingresos

Artículo 12

1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho:

a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; o

b) a prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o

c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones.

2. Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho párrafo.

3. En caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio.

Parte III. Disposiciones Complementarias Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo por Motivos Económicos, Tecnológicos, Estructurales o Análogos

Sección A. Consulta de los Representantes de los Trabajadores

Artículo 13

1. Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos:

a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones;

b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos.

2. La aplicación del párrafo 1 del presente artículo se podrá limitar, mediante los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio, a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a una cifra o a un porcentaje determinados del personal.

3. A los efectos del presente artículo, la expresión *representantes de los trabajadores interesados* se aplica a los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

Sección B. Notificación a la Autoridad Competente

Artículo 14

1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, el empleador que prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos las notificará lo antes posible a la autoridad competente, comunicándole la información pertinente, incluida una constancia por escrito de los motivos de las terminaciones previstas, el número y las categorías de los trabajadores que puedan verse afectados y el período durante el cual habrán de llevarse a cabo dichas terminaciones.

2. La legislación nacional podrá limitar la aplicabilidad del párrafo 1 del presente artículo a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a un número o a un porcentaje determinados del personal.

3. El empleador notificará a las autoridades competentes las terminaciones a que se hace referencia en el párrafo 1 del presente artículo con un plazo mínimo de antelación a la fecha en que se procederá a las terminaciones, plazo que será especificado por la legislación nacional.

Parte IV. Disposiciones Finales

Artículo 15

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 16

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 17

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya

puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.

2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 18

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

2. Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 19

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 20

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 21

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario:

a) la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el artículo 17, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor;

b) a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 22

Las versiones inglesa y francesa del texto de este Convenio son igualmente auténticas.

ANEXO 3

VISIÓN RESUMIDA DE LA RECOMENDACIÓN 166 DE LA OIT, SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO (1982)

En atinente a la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo se propone que ella debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a: (i) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes; (ii) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que oculten la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho; (iii) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho; asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén; (iv) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo; (v) los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades. En especial los Miembros deberían velar porque en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género; (vi) todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto

de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo, y (viii) la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo porque las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

En cuanto a la determinación de la existencia de una relación de trabajo, en la Recomendación se establece que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

Para posibilitar esa determinación los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar la posibilidad de: (i) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; (ii) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y (iii) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes. De otra parte, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia. También los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (i) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (ii) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

A las disposiciones recién mencionadas se suman las siguientes: (i) la solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación

de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales, y (ii) la autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

En lo referente a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas. Asimismo deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

El nuevo Constitucionalismo Social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como Derechos Humanos

Rolando MURGAS-TORRAZZA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo Universidad de Panamá.
Miembro de Número y Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Sumario

I. El Derecho del Trabajo. Orígenes y esencia. II. La consolidación del Derecho del Trabajo. III. El primer Constitucionalismo Social. IV. La renovación del Constitucionalismo Social. V. El nuevo Constitucionalismo Social y sus características. V.1. El Estado Social de Derecho. V.2. Inclusión de normas directamente aplicables y posibilidad de acceso a su tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico. V.3. Incorporación al bloque de constitucionalidad o el establecimiento de la supremacía sobre la legislación ordinaria de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos. V.3.1. *La adopción de declaraciones e instrumentos internacionales sobre derechos humanos.* V.3.2. *Supremacía de los convenios internacionales sobre derechos humanos.* V.4. Incorporación expresa de varios de los llamados Principios del Derecho del Trabajo. V.5. Incorporación en los textos constitucionales de nuevos derechos fundamentales de los trabajadores. V.6. Perfil *reglamentario* de los textos constitucionales. V.7. Importante papel de los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, en la tutela judicial de los derechos constitucionalmente garantizados. VI. Importancia del trabajo como derecho humano, dentro del nuevo Constitucionalismo Social.

I. EL DERECHO DEL TRABAJO. ORÍGENES Y ESENCIA

El trabajo es tan antiguo como la presencia del ser humano en el planeta. Ello es así tanto si se mira desde la perspectiva del mandato bíblico que explica la pérdida del Paraíso terrenal y también si lo vemos como lo que es consustancial a toda especie. Nuestros ancestros en la evolución, al descender de los árboles, en algún momento adoptaron la posición erguida y en ese proceso se encontraron con un nuevo potencial de uso para sus extremidades superiores. Con esto y el desarrollo de la inteligencia, se abrió paso a la fabricación de herramientas y a la cadena de cambios para que el trabajo fuese menos duro y tuviese mayor eficiencia, cambios que, desde las primitivas herramientas, de las palancas, la rueda, el uso de los animales en nuestro trabajo, los talleres artesanales, las grandes máquinas y luego la revolución tecnológica y científica de hoy, nos fue llevando a cada vez más complejos escenarios laborales, impredecibles en su alcance.

En esos diversos contextos históricos fueron también diferentes las relaciones económicas que, por razón del trabajo, se establecieron en cada modelo de sociedad. Sin embargo, y es obvio, no siempre hubo Derecho del Trabajo, ni éste reguló en cada momento las mencionadas relaciones entre los seres humanos. Una cosa es la historia del trabajo y otra distinta es la historia del Derecho del Trabajo, si bien ambas relacionadas entre sí y cargadas de luchas, dolor y sacrificios.

No siempre ni para todos, sin embargo, máquinas y tecnologías han aliviado debidamente el rigor del trabajo para la persona que labora. Puede ser que sus características de dureza se transformasen. Así ocurrió en la primera Revolución Industrial y todavía hoy lo vemos con la extensión de los riesgos psicosociales y las lacras que arrastra la Humanidad, como el trabajo infantil, la explotación del trabajo de los migrantes y los abusos con la mano de obra barata en países pobres.

Y una vez que tuvimos Derecho del Trabajo y pensábamos que era para siempre, trataron –todavía lo hacen– de destruirlo. Mas, allí está, erguido, con cambios en su ropaje, como imprescindible instrumento de nivelación real de desigualdades.

Con todo, esta disciplina, que tan adentro llevamos los laboristas y tanto significa para la suerte de los trabajadores, cambió para siempre la faz de la Humanidad y permanece como un instrumento insustituible en la construcción y mantenimiento de sociedades más justas y solidarias y, por ende, más democráticas en un sentido material.

Una pregunta recurrente que todos los laboristas enfrentamos en las aulas universitarias, sin respuesta precisa, es la de cuándo nació el Derecho del Trabajo, intentando ubicar una fecha o momento precisos.

Es obvio que una ciencia jurídica, en especial las que representan un cambio en la concepción del Estado y del Derecho, no tienen un día especial en el cual surgieron a la vida. Se trata de períodos y contextos determinados y diferentes de la Historia. Desde luego que, además, una vez surgida, existen etapas en el desarrollo y consolidación de la rama, en este caso la del Derecho del Trabajo.

La base legislativa de protección que fue imponiéndose a la clásica concepción abstencionista del Estado, se construyó gradualmente y de salto en salto, durante los excesos de la Revolución Industrial, desde la primera ley de protección del trabajo infantil en Inglaterra en 1802, hasta la extensión de una más repetida e intensa legislación de protección a lo largo de todo el siglo XIX.

Rafael CALDERA destaca que en la segunda mitad del siglo XIX arranca "la decidida formación de las leyes sociales modernas", sin dejar de destacar la legislación generada en las décadas precedentes. No obstante, enfatiza que sólo hacia fines del siglo "se fue, con paso firme, desarrollando la legislación laboral"¹.

La lucha por la limitación de la jornada, en contra de los bajos salarios librados a la oferta y la demanda, de la explotación de la mano de obra infantil, por los derechos colectivos, la protección contra los riesgos del trabajo, etc., fueron generando ese basamento normativo indispensable para construir el Derecho del Trabajo. La fuerza de las luchas sociales abrió una brecha en la concepción del Derecho y el papel del Estado y van surgiendo, paso a paso, pero cada vez con mayor coherencia, los lineamientos teóricos, políticos y doctrinales, que llevaron a hablar de *Legislación industrial*, *Derecho industrial*, *Legislación obrera*, *Derecho obrero*, *Legislación del trabajo*, *Nuevo derecho*, *Derecho social* y finalmente de *Derecho del Trabajo* o *Derecho Laboral*.

El Estado que no debía intervenir y que formalmente tampoco podía, tuvo que hacerlo. Se abrió entonces un camino que nunca fue fácil y que visto en el tiempo podemos decir que ha sido largo.

En su momento, la teoría del riesgo profesional representó un cambio radical en las bases de las teorías de la responsabilidad civil, que supuso entender de una manera diferente el Derecho.

Se van asentando las bases teóricas y científicas de una nueva rama del Derecho, de modo que la legislación proteccionista inicial alimenta la nueva concepción del Derecho; y, de allí en adelante, con la existencia de la nueva rama, es la doctrina científica la que moldea la orientación y lineamientos de la legislación laboral. Ya avanzado el siglo XX se afirma la autonomía académica y didáctica del Derecho del Trabajo, como parte específica de los estudios universitarios, con asignaturas propias separadas de las que concernían al derecho común.

Todo esto ocurre, desde luego, al calor y con el impulso de las luchas sociales, porque, ya ha sido dicho "el Derecho no surge sin fatiga ni dolor" y quién más para expresarlo que el Derecho del Trabajo.

Con la irrupción del Derecho del Trabajo, que se inserta y es parte esencial de la ruptura de la milenaria división bipartita del Derecho, que se abre a un tercer agrupamiento que es el Derecho social, se quiebran los viejos mitos de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de los contratantes. Precisamente,

¹ CALDERA, Rafael, *v* Derecho del Trabajo, El Ateneo, Buenos Aires 2ª. reimpresión de la 2ª edición, 1969, p. 96.

en el derrumbe de esos dos mitos de concepción formalista de la libertad y de la igualdad, está la esencia misma del Derecho del Trabajo.

Aún sin el Derecho del Trabajo en el escenario, TALLEYRAND, ese histórico cínico de la política –nos lo recordaba el inolvidable maestro Mozart Víctor RUSSOMANO– con todo anticipó que el “derecho al trabajo es la única propiedad de aquellos que nada tienen”². De otro modo, LACORDAIRE, en el siguiente siglo, sentenció que *entre el fuerte y el débil, entre el rico y el pobre, entre el amo y el sirviente, es la libertad la que oprime y la ley la que libera*.

En términos actuales y en referencia a la igualdad, en uno de sus últimos ensayos, Óscar ERMIDA URIARTE, con la maestría que siempre lo caracterizó, nos recordaba que el “Derecho del trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio” y que “la igualdad del Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho privado clásico, que ‘candorosamente’ parte de la suposición de que todos somos iguales”. De allí entonces, agrega, que al suponer el Derecho civil esa igualdad, se abstiene. Mientras que el Derecho del Trabajo, por el contrario, “constata una desigualdad e intenta corregirla”. Resulta pues que esta clase de desigualdad compensatoria “es la gran innovación del Derecho del Trabajo: la igualdad como objetivo o meta y no solo como supuesto o punto de partida”³.

De otro lado, la autonomía de la voluntad y la consiguiente libertad de contratación, propias del Derecho privado, son incompatibles con los mecanismos de protección del Derecho del Trabajo.

ERMIDA URIARTE alude en este punto a que el Derecho del Trabajo es un rescate de parte de la libertad del trabajador⁴.

En efecto, para proteger al trabajador, frente a su discapacidad en la contratación, la intervención del Estado se dirige a limitarle su propia libertad en sentido formal, pero como una manera de proteger su libertad en términos materiales. Con esa limitación se le libera de la condición de víctima de la *dictadura contractual* de su contraparte.

La libertad de contratación no es más que el simple traslado al plano jurídico de las reglas del mercado en la determinación de las condiciones de trabajo.

En verdad los sueños libertarios del revolucionario francés, que tanto transformaron la sociedad, no fueron suficientes en el mundo de la revolución industrial, con la consiguiente llamada tiranía de la burguesía. Por eso surgió el Derecho del Trabajo.

² RUSSOMANO, Mozart Víctor, Discurso de posesión como Presidente, por segundo periodo, del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Paraná, Brasil, 1974, p.9.

³ ERMIDA URIARTE, Óscar, Meditación sobre el Derecho del trabajo, Cuadernos de la Fundación Electra, Montevideo, 2011, págs. 7 y 8.

⁴ IBÍDEM, p. 12.

II. LA CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO

La consolidación del Derecho del Trabajo, en una etapa superior, se produce con un salto gigantesco comprendido en un período de dos años.

Por un lado el inicio del constitucionalismo social, con las Constituciones de México (de Querétaro), en 1917; y con la de Alemania (de Weimar) en 1919.

En forma casi coetánea, se da el esplendoroso nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en 1919, con la cual culminan finalmente los distintos esfuerzos, que arrancan en el siglo XIX y se continúan en el siguiente siglo, hasta alcanzar con el Tratado de Versalles, el ideal de una normativa internacional mínima de protección del trabajo y la existencia de una institución supranacional generadora de esa normativa y encargada de administrar y fiscalizar su aplicación.

Con la OIT cambia en mucho la suerte de los trabajadores del mundo, se universalizaron los mínimos de protección del trabajo y se abrió espacios en múltiples naciones a la aplicación y desarrollo de esa idea tan propia del siglo XX que es la *justicia social*, aun con las conocidas insuficiencias.

Su estructura y representación tripartitas significó la irrupción en el Derecho Internacional Público de un nuevo modelo para la celebración de tratados y convenios internacionales, antes monopolio exclusivo de los gobiernos y que viene a ser compartido con las organizaciones de los trabajadores y de los empleadores.

Humberto VILLASMIL PRIETO, con certera expresión, identifica la trascendencia del momento histórico en que se dan ambos acontecimientos. Nos dice que "todo comenzó en Versalles y acaso también en Querétaro" y lo tilda, con justicia, de un "encuentro virtuoso"⁵.

Dos procesos trascendentales para la suerte del Derecho del Trabajo y, por ende, de los trabajadores, inician su significativo rumbo: la constitucionalización de las normas de protección laboral, parte de lo que luego se llamó **EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL** y la generación de una normativa supranacional, también de protección. Se llega así a una etapa de consolidación del Derecho del Trabajo.

Siendo sin duda la primera declaración de derechos sociales en el mundo, es interesante destacar la influencia de la Constitución de Querétaro en el Tratado de Versalles, cuestión que VILLASMIL PRIETO pone de relieve, apoyándose entre otros en el maestro TRUEBA URBINA. Nos menciona que Samuel GOMPERS, uno de los protagonistas en la Parte XIII del Tratado de Versalles, siguió muy de cerca la Revolución Mexicana y las ideas recogidas en Querétaro⁶.

⁵ VILLASMIL PRIETO, La incidencia del Derecho del trabajo en el momento fundacional del Derecho del trabajo, Ponencia al Congreso Internacional de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al Dr. Lupo Hernández Rueda, Santiago de los Caballeros, República Dominicana, p. 1.

⁶ IBÍDEM, p. 2-8.

Este ligamen es parte de la historia del Derecho del Trabajo y explica su posterior desarrollo. En el fondo, referido al constitucionalismo social y siguiendo a VILLASMIL PRIETO, todo comenzó en Querétaro.

De estos dos acontecimientos, para efectos del presente trabajo examinaremos lo relativo al **CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**.

III. EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Con las Constituciones de Querétaro y Weimar se entra en la constitucionalización del Derecho del Trabajo, como parte de un modelo conocido como el **CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**.

Si bien suelen mencionarse algunos antecedentes que preveían el mandato al legislador de dictar normativas reguladoras del trabajo en algunos aspectos, como la Constitución Suiza de 1874⁷, en la Constitución de Querétaro se plasma una larga lista de derechos fundamentales de los trabajadores, incluso con detalles en su contenido. Su artículo 123 es una verdadera síntesis del contenido mínimo del cual ha de partir –y también respetar– el legislador, que hace de ella, al menos en ese aspecto, una verdadera constitución *reglamentaria*. Al mismo tiempo, las Constituciones de Querétaro y de Weimar, estatuyen por primera vez la estructura de un Estado auténticamente intervencionista y abren espacio a la nueva concepción de los derechos sociales.

La importancia de la tutela constitucional de los derechos laborales es la de que los dota de gran estabilidad y permanencia, lo cual se da por dos vías. De un lado, en virtud de la jerarquía de las normas, las de rango inferior no pueden suprimir, desconocer o torcer lo que está como un derecho en la Constitución. Por el otro, por razones jurídicas y también políticas, es más difícil reformar una Constitución que una ley ordinaria.

Para entender los aportes de los derechos sociales en el Constitucionalismo Social, debe recordarse que la Revolución Francesa armó su base ideológica en el derrumbe del viejo régimen, que descansaba en el absolutismo monárquico y en una sociedad dividida formal y jurídicamente en clases. Las ideas revolucionarias no estaban dirigidas a enfrentar lo que luego fue el *capitalismo salvaje*, para el cual la primera Revolución Industrial estaba iniciando los cambios estructurales sobre el cual dicha forma de capitalismo impuso su reinado de explotación y abusos.

Las llamadas *libertades clásicas*, heredadas de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa, se construyen principalmente desde la perspectiva de la relación entre el individuo y el Estado, como lógica contraposición a la intolerancia política y religiosa y al absolutismo monárquico. En cambio, los derechos sociales van más allá de una actitud simplemente permisiva del Estado y suponen del mismo un papel activo e intervencionista, dirigido a garantizar el real ejercicio del Derecho. Enfocan las relaciones de las personas o los grupos, no sólo frente al Estado sino también respecto de otros sectores de la sociedad.

⁷ Cfr., CALDERA, op. cit., p. 101.

Estos derechos implican la introducción, bajo un concepto distributivo de la justicia, el de la justicia social, de correctivos sociales y económicos que conducen a protecciones especiales de sectores que se encuentran en desventaja y vulnerabilidad desde el punto de vista material.

De allí la conocida diferenciación actual entre derechos humanos de primera generación y derechos humanos de segunda generación.

En el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo, Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ menciona varios tipos de normas. Un grupo se integra por declaraciones de principios teóricos que, a pesar de su importancia, no son susceptibles de aplicación inmediata, como por ejemplo "el trabajo es un derecho y una obligación social". Un segundo grupo indica programas que deberá desarrollar el legislador ordinario, como "el Estado establecerá un sistema de seguridad social para los trabajadores". Un tercer grupo establece "aun cuando se formulen de manera muy general, normas jurídicas susceptibles de aplicación inmediata y cuyo cumplimiento puede ser accionado por los ciudadanos ante los tribunales", como el derecho de huelga⁸.

Concretamente, en América Latina, como señala HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, se abre poco después de Querétaro la tendencia a incorporar en sus Constituciones artículos de protección a los derechos de los trabajadores, como en Chile en 1925, en Colombia y en Venezuela en 1936 y en El Salvador en 1939, en las cuales se optó más bien por declaraciones generales, en materia de "protección del trabajo, al trabajo de mujeres y menores, a la determinación de la jornada y al descanso, a la libertad de asociación e incluso, al derecho de huelga". Otras Constituciones, inspiradas en el modelo mexicano, si bien con inferior intensidad, señalaron con mayor o menor precisión los derechos específicamente garantizados. Entre las primeras que lo hicieron, según el mismo autor, estuvieron las de Perú y Uruguay de 1934; la de Bolivia de 1938; la de Nicaragua de 1938, la de Cuba de 1940 y las de Guatemala y Ecuador de 1946; a las cuales agregaríamos las de Panamá de 1941 y, sobre todo, la de 1946⁹.

En Europa, luego de la Constitución alemana de Weimar, se desarrolla igualmente el constitucionalismo social, con la incorporación de precisas normas de protección del trabajo. Ejemplo de ello fue la Constitución republicana de España en 1931. En ambos países, es bueno tenerlo en cuenta, el nazismo y el franquismo liquidaron esas valiosas experiencias e impusieron sus modelos autoritarios.

IV. LA RENOVACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Precisamente, la lucha contra el nazi-fascismo alimentó el fortalecimiento de los consensos e hizo surgir inmediatas manifestaciones de nuevos textos

⁸ HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar, El sistema de las fuentes como medio de obtener una visión general del Derecho del trabajo en América Latina. Especial referencia a las fuentes internacionales, constitucionales y legales, p.20.

⁹ IBIDEM, págs. 22 y 23.

constitucionales, tanto en Europa como en América, contentivos no sólo de las normas fundamentales de protección del trabajo, sino igualmente con **la intencionalidad de su aplicación directa e inmediata**, no necesariamente condicionadas a su posterior desarrollo legislativo. Esa intencionalidad de aplicación directa, no siempre fue cabal y suficientemente entendida por los tribunales, lo que les restó la efectividad deseada. Esta última categoría de normas marca un período, que podríamos considerar intermedio o de transición hacia lo que hoy es, sin duda, un nuevo constitucionalismo social.

Ejemplo de lo anterior son la Constitución italiana de 1948, la alemana de 1949 y varias de las Constituciones latinoamericanas antes mencionadas, entre ellas las que surgieron luego del fin de la II Guerra Mundial (Guatemala, Panamá, Venezuela, Ecuador).

La tendencia se marca, además, de la extensión de los derechos constitucionalmente garantizados, en la inclusión entre los mismos del **derecho al trabajo**, como expresión de un derecho fundamental.

Los nuevos modelos constitucionales de la inmediata segunda postguerra, de claro corte intervencionista, van aparejados y en algunos casos precedidos, de nuevas legislaciones o codificaciones, que dieron lugar a los llamados **TREINTA AÑOS GLORIOSOS del Derecho del Trabajo**, rotos, luego de la primera crisis del petróleo, con las tendencias flexibilizadoras en sus diferentes matices y con el apoderamiento ideológico del neoliberalismo. Es entonces cuando comienza a estigmatizarse el ESTADO DE BIENESTAR y a erigirse al Derecho del Trabajo como el gran culpable del desastre de la economía mundial.

V. EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y SUS CARACTERÍSTICAS

Luego del afianzamiento de los nuevos modelos constitucionales siguientes a la segunda postguerra a que hicimos referencia en el apartado anterior, hay una nueva generación de constituciones en Europa y en América Latina, que dan lugar, de varias maneras, a lo que estimamos puede denominarse como un **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**.

Esta categoría la enfocaremos esencialmente en torno a sus efectos en el Derecho del Trabajo, aunque, sin duda, va más allá del mismo. Es obvia la existencia de un **NUEVO CONSTITUCIONALISMO**, que ha dado lugar a Constituciones en las cuales los derechos fundamentales son más extendidos y son de exigibilidad directa; al llamado Estado social de derecho; la supremacía de los convenios internacionales sobre derechos humanos; la jurisprudencia constitucional como fuente integradora de la efectividad de los derechos fundamentales; mayor reglamentarismo constitucional; etc. Podría considerarse que el **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**, es una de sus caracterizaciones, dirección en la que se orienta el presente trabajo. No hay que olvidar, como ya expresamos, que el Constitucionalismo social comenzó en Querétaro; tuvo una segunda etapa que nos permitimos denominar de Renovación; y ahora asistimos a una tercera.

Las principales características del **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL** son las siguientes:

1. Se estatuye el llamado Estado Social de Derecho.
2. Inclusión de normas directamente aplicables y posibilidad de acceso a su tutela judicial, sin necesidad de desarrollo legislativo específico.
3. Incorporación al Bloque de Constitucionalidad o supremacía sobre la legislación ordinaria, de los Convenios internacionales sobre derechos humanos.
4. Incorporación expresa de varios de los llamados principios del Derecho del Trabajo.
5. Incorporación a los textos constitucionales de nuevos derechos fundamentales de los trabajadores.
6. Perfil *reglamentario* de los textos constitucionales.
7. Importante papel de los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales en la tutela judicial efectiva de los derechos constitucionalmente garantizados.

Este nuevo Constitucionalismo Social, es una continuación y profundización de los dos modelos precedentes. Se expresa, con todas o partes de las características arriba mencionadas, en una nueva generación de Constituciones, a partir de la Constitución portuguesa de 1976, fruto de la "Revolución de los Claveles", que rompió el corporativismo salazarista, Constitución cuya orientación socialista fue reformada sustancialmente en 1989, con otras reformas en 1992 y en 2005; y de la Constitución española de 1978, paradigma esta última de consenso político y social, para posibilitar un rápido y sorprendente tránsito del autoritarismo a las instituciones democráticas.

En América Latina, en escenarios políticos de gran complejidad, surgen, años después, textos constitucionales que, más allá de las valoraciones políticas que deriven de parte de su articulado o de su intencionalidad, se insertan sin duda en la corriente del **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**.

Sintomático resulta que buena parte de este conjunto de nuevas Constituciones surge a partir de la quiebra de regímenes autoritarios (Portugal, España, Brasil, Paraguay); o de la crisis de los modelos político partidistas tradicionales (Venezuela, Bolivia, Ecuador). En casos como el de Colombia, en una recomposición del Estado en un escenario de confrontación armada interna.

V.1. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado Social de Derecho es una concepción del Estado que busca mantener un equilibrio entre los tradicionales derechos individuales y una necesaria intervención del Estado, que asegure objetivos de justicia social, como una forma de atemperar las desigualdades materiales existentes en la sociedad.

Esta idea surge, de manera expresa, en la Constitución alemana de 1949, en cuyo artículo 20.1 se hace referencia a un Estado democrático y social.

Poco antes, la Constitución italiana de 1948 había incorporado a su texto la

célebre expresión de que Italia es una "República democrática fundada sobre el trabajo".

La Constitución portuguesa de 1976, en su texto original fruto de la euforia revolucionaria ante el derrumbe de la dictadura corporativista, incorporó referencias a una sociedad sin clases (art.1°); al socialismo y las clases trabajadoras (art. 2°), así como al objetivo de transición para el socialismo, todos eliminados con la reforma de 1989¹⁰. En su texto reformado la referencia en el artículo 2° es a un Estado de Derecho Democrático, pero con alusiones a la realización de una democracia económica, social y cultural y a la profundización de la democracia participativa.

La Constitución española de 1978, en su artículo 1° tiene una directa identificación del Estado social y democrático de derecho.

En la misma dirección, el artículo 1° de la Constitución colombiana de 1991; el artículo 1° de la Constitución boliviana de 2009; y el artículo 1° de la Constitución paraguaya de 1992, declaran que se trata en todas ellas de un "Estado social de Derecho".

En términos similares, la Constitución de República Dominicana de 2010, en su artículo 7, califica el Estado como social y democrático de derecho; mientras que la Constitución venezolana de 1999 (artículo 2°) lo amplía a Estado democrático y social de derecho y de justicia.

Otras constituciones tienen una referencia menos directa al Estado Social de Derecho. Así por ejemplo, la Constitución peruana, reformada en 1993, indica (artículo 43), que Perú es una República democrática, social, independiente y soberana.

En el caso de la Constitución brasileña de 1988 es más indirecta, pero a nuestro juicio recoge el concepto cuando incluye en su artículo 3° entre los objetivos fundamentales de la República: construir una sociedad libre, justa y solidaria (fracción I); erradicar la pobreza y la marginalidad y reducir las desigualdades sociales y regionales (fracción III).

En la propuesta de reformas a la Constitución Política de la República de Panamá (de 1972), elaboradas por una Comisión Especial de la que he tenido el honor de formar parte y que se presentaron en enero de 2012 a consideración del Órgano Ejecutivo, en el artículo 1° se hace expresa referencia al Estado Social de Derecho y a la forma democrática de gobierno.

Desde luego que la categorización de un Estado como social de derecho o democrático social de derecho, depende en definitiva de su propio contenido normativo, pero las menciones expresas que hemos reseñado, implican un punto de partida, útil incluso para la interpretación constitucional.

¹⁰ LOBO XAVIER, Bernardo Da Gama, A constituição portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores, en *El trabajo y la Constitución, Estudios en Homenaje al Profesor Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, España, 2003, p. 420.

V.2. INCLUSIÓN DE NORMAS DIRECTAMENTE APLICABLES Y POSIBILIDAD DE ACCESO A SU TUTELA JUDICIAL, SIN NECESIDAD DE DESARROLLO LEGISLATIVO ESPECÍFICO

El carácter tan específico del artículo 123 de la Constitución mexicana propiciaba, sin duda, las posibilidades de aplicación directa de muchas de sus normas.

Las constituciones que le siguieron, primero con la inclusión de normas principistas, programáticas y algunas de aplicación directa, fueron seguidas después de la II Guerra Mundial por constituciones que, en lo esencial, incorporaban normas que en sí mismas llevaban la fuerza de su aplicación sin la intermediación del legislador ordinario. Esto último suponía entonces el acceso a la tutela judicial del derecho. Se intentaba así superar la dicotomía entre derechos exigibles y justiciables y los derechos simplemente declarativos.

Con todo, este esfuerzo de transformación quedó a medias, porque no siempre encontró adecuadas respuestas en el devenir de la jurisprudencia.

Es de señalar, sin embargo, el esfuerzo de aplicación directa que hizo la jurisprudencia italiana, en especial en lo que concierne al ejercicio de los derechos de asociación sindical, de huelga y de negociación colectiva.

Con las constituciones de nuevo cuño, las que impulsan el **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**, es más evidente el mencionado tipo de normas, tanto por su enunciación como por los mecanismos estatuidos para garantizar su efectividad, ya sean de derecho material o de carácter procesal. Se está en presencia de un diseño más integral de los derechos fundamentales, entre ellos los relativos a la protección del trabajo, con un elenco cada vez más creciente y de mayor reglamentarismo.

En esta tarea un soporte de enorme importancia han sido las Salas, Tribunales y Cortes Constitucionales, que han reivindicado el acceso directo a la tutela judicial en ejercicio o defensa de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

Es así como la Corte Constitucional española, en función de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución, ha señalado que todo derecho protegido por la Constitución es susceptible de tutela judicial.

Héctor JAIME MARTÍNEZ alude a la *esfera vital* de los derechos fundamentales, no susceptibles de menoscabo o disminución, lo que implica que constituyen un límite a la actividad legislativa con el fin de garantizar su esencia y carácter de indisponibles. Agrega el jurista venezolano que es deber del legislador delimitar el contenido esencial del derecho fundamental, pero que el legislador "no crea límites sino que debe descubrir los límites que, de manera expresa o implícita, la propia Constitución impone". Cita, como ejemplos de referencias al respeto de la esencia de los derechos fundamentales, a los artículos 19.2 de la Constitución alemana; 53.1 de la de España; y 18 (en este caso 18.3) de la de Portugal¹¹.

¹¹ JAIME MARTÍNEZ, Héctor, Los derechos fundamentales de la persona del trabajador, Separata de Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social, Colección de Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela, 2008, págs. 430 y 431.

Por otro lado, el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa precisa que las normas constitucionales relativas a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas.

La Constitución ecuatoriana (artículo 11.3) estatuye de manera precisa la aplicación directa de los derechos y garantías establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los declara plenamente justiciables.

“Artículo 11...

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...”.

En la propuesta de reforma constitucional panameña, el artículo 33 señala que los “derechos consagrados en la Constitución son ejercitables y exigibles de forma directa y su eficacia no está subordinada al desarrollo legislativo de sus alcances o limitaciones”. Del mismo modo, el artículo 9 indica la supremacía de la Constitución y la aplicación directa de sus normas.

De nada sirve una Constitución cargada de normas principistas, si esos principios no se hacen sentir en la realidad social. Con la aplicación directa, se evita la existencia de normas que por omisión de su desarrollo legislativo, queden en simples enunciados teóricos o que su efectividad se comprometa por una deficiente legislación ordinaria o por orientaciones jurisprudenciales limitativas o excluyentes.

V.3. INCORPORACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O EL ESTABLECIMIENTO DE LA SUPREMACÍA SOBRE LA LEGISLACIÓN ORDINARIA DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

V.3.1. La adopción de declaraciones e instrumentos internacionales sobre derechos humanos

Después de la II Guerra Mundial, surgen una serie de declaraciones internacionales sobre derechos y garantías fundamentales, que van perfilando compromisos relativos a los derechos humanos, en un primer paso a los llamados de primera generación, representativos de las libertades clásicas. Su evolución, sin embargo, llega a los derechos humanos de segunda generación, es decir,

los económicos, sociales y culturales, entre ellos los relativos a la protección del trabajo, que no solo viene a alimentar los textos constitucionales, como un paradigma claramente reconocible, sino que, al mismo tiempo, integra una nutrida normativa internacional que compromete entre sí a los diferentes Estados.

Pueden mencionarse las siguientes:

1. **Carta de la Organización de los Estados Americanos, 1948**, posteriormente reformada. El artículo 3.j, inspirado sin duda en el Tratado de Versalles, señala que la justicia y la seguridad sociales son las bases de una paz social duradera. El artículo 34, literales b) y g), compromete a una distribución equitativa del ingreso nacional, salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos. El artículo 45 literal a) se refiere a la no discriminación y al derecho por igual al bienestar material y al desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica, idea muy cercana a la del trabajo decente postulado por la OIT. El mismo artículo en su literal b), recoge la idea incorporada en muchas constituciones del trabajo como un derecho y un deber social, haciendo énfasis a la necesidad de que otorga dignidad a quien lo presta y que debe prestarse en condiciones que incluyan un "régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar". También en el artículo 45 (literal c) reconoce los derechos de asociación sindical, de negociación colectiva y de huelga. En el artículo 46 alude a la necesidad de que para facilitar los procesos de integración regional latinoamericanos, se armonice la legislación social de los países en desarrollo en las áreas laboral y de la seguridad social. Por último, es interesante destacar la mención en el artículo 47 de la justicia social.
2. **Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948**. Reconoce el derecho al trabajo en condiciones dignas y a una remuneración que en relación con su capacidad y destreza, "le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia" (artículo XIV); a descanso, recreación y al tiempo libre (artículo XV); a la protección de la seguridad social (artículo XVI); de asociación en general, incluido con fines profesionales o sindicales (art. XXII).
3. **Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, Bogotá, 1948**. Es un conjunto impresionante de garantías mínimas en la protección del trabajo. Reconoce los derechos a la igualdad de salario (art. 2.d); a la irrenunciabilidad de sus derechos (2.e); libertad de trabajo (art. 3); educación profesional y técnica (art. 4); la regulación por la Ley de lo relativo al contrato individual de trabajo, a fin de garantizar los derechos de los trabajadores (art. 6); contratación colectiva (art. 7); salario mínimo (art.8); a una prima anual (art. 9); inembargabilidad del salario y las prestaciones sociales, en la cuantía que determine la Ley, pago en efectivo y en moneda legal, condición de créditos privilegiados en caso de quiebra o concurso del

empleador (art. 10); participación en las utilidades (art. 11); jornada máxima, jornadas especiales, límites al trabajo extraordinario, pago suplementario por el trabajo nocturno y el extraordinario, pausas dentro de la jornada (art. 12); descanso semanal remunerado (art. 13); descanso remunerado en los días feriados y religiosos que disponga la Ley (art. 14); vacaciones anuales remuneradas (art. 15); edad mínima de 14 años para trabajar y jornada especial para los menores (art. 16); prohibición del trabajo nocturno y en labores insalubres a los menores de 18 años (art. 17); protección del trabajo de las mujeres (art. 18); estabilidad en el empleo (art. 19); regímenes especiales de trabajo para los aprendices, trabajo a domicilio, trabajo doméstico, trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica, empleados públicos y trabajadores intelectuales (arts. 20 al 25); derecho de asociación sindical (art. 26); derecho de huelga (art. 27); previsión y seguridad sociales (arts. 28 a 34); inspección del trabajo (art. 35); jurisdicción especial de trabajo y procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos (art. 36); promoción de la conciliación y el arbitraje (art. 37).

4. **Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 1948.** Hace una genérica mención del derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; y a la no obligatoriedad de pertenecer a una asociación. En realidad, su perspectiva es la de los derechos humanos de primera generación.
5. **Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969.** También hace una genérica alusión a la libertad de asociación, aunque la incluye para fines *laborales* (art. 16).
6. **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.** Reconoce importantes garantías laborales: derecho al trabajo (art. 6.1); salario mínimo, salario equitativo, igualdad de salario, condiciones dignas, seguridad e higiene en el trabajo, derecho de promoción en el trabajo, al descanso, al disfrute del tiempo libre, limitación de la jornada, vacaciones periódicas remuneradas y remuneración de los días festivos (art. 7); derecho de asociación sindical, derecho de los sindicatos de formar federaciones o confederaciones nacionales y su afiliación internacional, derecho de huelga (art. 8); derecho a la seguridad social y al seguro social (art. 9); protección de la maternidad (art. 10.2); mejoramiento integral de la higiene del trabajo y del medio ambiente (art. 12.2.b); prevención y tratamiento de las enfermedades, entre ellas las profesionales (art. 12.2.c).
7. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Solo hace precisas referencias a la prohibición del trabajo forzoso (artículo 8) y al derecho de asociación sindical (art. 22).
8. **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.** Es un complemento operativo del Pacto anterior.
9. **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador", de 1988).** Viene a categorizar como parte

de los derechos humanos, los de carácter económico, social y cultural, entre los que se destacan los de protección del trabajo. Se inserta en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que tiene un control jurisdiccional especial. Pueden destacarse: la obligación de los Estados de adoptar las medidas legislativas o de otro orden que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos que este instrumento reconoce (art. 2); obligación de no discriminación (art. 3); derecho al trabajo y a una vida digna (art. 6); derecho a condiciones justas equitativas y satisfactorias, a la estabilidad en el empleo, a la seguridad e higiene en el trabajo, régimen especial de protección para los menores, limitación razonable de las horas de trabajo, derecho al descanso, al tiempo libre, vacaciones pagadas y remuneración de los días feriados nacionales. (art. 7); derechos de asociación sindical y de huelga, con la prohibición de la sindicalización obligatoria (art. 8); derecho a la seguridad social (art. 9).

10. **Declaración de Filadelfia, OIT, 1944**, que pasa a ser parte de la Constitución de la mencionada Organización.
11. **Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su seguimiento, 1998**. De gran influencia en los últimos años, al recoger los principios de la Constitución de la OIT, identificados en los llamados Ocho Convenios Fundamentales.

Desde luego, que los numerosos Convenios de la OIT integran un cuerpo de garantías de protección del trabajo, en buena parte identificables como derechos humanos, con la importancia que representa que les sean susceptibles de aplicación los mecanismos de defensa y protección de los derechos humanos

V.3.2 Supremacía de los convenios internacionales sobre derechos humanos

Precisamente, como expresión del nuevo constitucionalismo social, se ha abierto paso en la jurisprudencia constitucional la llamada teoría del Bloque de Constitucionalidad, conforme a la cual, las normas de rango constitucional no se limitan al mismo texto formal, sino que se extienden a otros tipos de normas, entre ellas las relativas a los Convenios internacionales sobre derechos humanos.

Además de lo anterior, varias de las nuevas constituciones establecen la supremacía sobre la legislación ordinaria de los convenios internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados. Esto va más allá de la simple incorporación directa de dichos convenios al derecho interno, en virtud de su ratificación, cuestión vital en lo que se refiere a la efectividad de los Convenios de OIT cuando haya colisión con la legislación ordinaria.

En Colombia la Corte Constitucional ha reconocido como parte del Bloque de Constitucionalidad a los Convenios sobre Libertad Sindical de la OIT y a la propia doctrina que surge de los precedentes del Comité de Libertad Sindical.

Del mismo modo, en Colombia el artículo 93 de la Constitución dispone expresamente que los "tratados y convenios internacionales ratificados por el

Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno". En su párrafo segundo, la misma norma indica que los "derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". De la misma manera expresada en estos dos párrafos, se pronuncia la Constitución de Bolivia, en su artículo 13.4.

En igual sentido del segundo párrafo del artículo 93 de la Constitución colombiana, Héctor JAIME MARTÍNEZ destaca al respecto, para los efectos de la interpretación constitucional, la Constitución de Perú (Cuarta disposición final y transitoria) y la de España (artículo 10.2)¹². También lo hace el artículo 16.2 de la Constitución de Portugal, cuando precisa que las normas constitucionales y legales relativas a los derechos fundamentales deben ser interpretadas e integradas en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El artículo 23 de la Constitución de Venezuela da expresa categoría constitucional y aplicación directa a los tratados internacionales sobre derechos humanos, de la siguiente manera:

"Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".

Agrega JAIME MARTÍNEZ que el rango supra legal de los tratados, pactos y convenios en materia de derechos humanos, es igualmente reconocido en la Constitución alemana (artículo 25); en la italiana (artículo 10); en la francesa (artículo 55); en la de Costa Rica (artículo 7); en la de El Salvador (artículos 144 y 145); y en la de Guatemala (artículo 46)¹³.

Sin hacer una distinción respecto de la clase de tratados, el artículo 18 de la Constitución de Honduras dispone que en caso de contradicción entre un tratado o convención internacional y la ley, prevalecerá el primero.

Particular importancia cobra en el ámbito americano la superioridad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en tanto que, por un lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobado en San Salvador en 1988, categoriza como derechos humanos a los económicos, sociales y culturales (derechos humanos de segunda generación); y por otro lado existe una jurisdicción internacional sobre ellos, que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹² IBÍDEM, p. 436.

¹³ IBÍDEM, p. 435.

Esta positiva peculiaridad en nuestro continente, se ve reforzada con la posición de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el sentido de que los tribunales deben seguir la jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha considerado que las decisiones de la Corte Interamericana tienen el mismo valor que la norma interpretada de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴.

V.4. INCORPORACIÓN EXPRESA DE VARIOS DE LOS LLAMADOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

Como rama autónoma del Derecho, el Derecho del Trabajo tiene autonomía doctrinal y científica, expresión de lo cual es la existencia de sus propios principios, que dentro de su ámbito cumplen las tres funciones que en lo que respecta de toda la ciencia jurídica tienen los principios generales del Derecho.

Si bien en los textos constitucionales aparecían implícitos varios de dichos principios, en especial el protector o *pro operario*, las nuevas tendencias alcanzan a una mención expresa de varios de ellos. El principio de irrenunciabilidad, se había incorporado desde los modelos anteriores a los textos constitucionales y se mantiene en los inspirados en el nuevo constitucionalismo social.

Se pueden mencionar diversos ejemplos de los cambios introducidos:

1. **El principio protector:** En el artículo 78 (numeración actual) de la Constitución de Panamá de 1972; en el artículo 86 de la Constitución de Paraguay; en el artículo 62 de la Constitución de República Dominicana; en los artículos 46.II y 48.II de la Constitución de Bolivia; en el artículo 89 de la Constitución de Venezuela. La aplicación de la regla *in dubio pro operario* y de la regla de la norma más favorable en los artículos 53 de la Constitución de Colombia, 89.3 de la Constitución de Venezuela, 326.3 de la Constitución de Ecuador.
2. **Principio de primacía de la realidad:** En el artículo 53 de la Constitución de Colombia; en el artículo 89.1 de la Constitución de Venezuela.

V.5. INCORPORACIÓN EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DE NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Luego del emblemático inicio con la Constitución de Querétaro, las constituciones que le siguieron y las posteriores a la II Guerra Mundial, que incluyeron una conocida gama de protección mínima de los trabajadores, el **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL** incorpora nuevos elementos de protección, en su gran mayoría directamente aplicables.

A título de ejemplo podemos mencionar los siguientes temas:

1. Retoma de la estabilidad en el empleo, como es el caso de Bolivia (artículo 49.III) y Venezuela (artículo 93).

¹⁴ IBÍDEM, p. 436.

2. Progresividad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores. Así se dispone en el artículo 89.1 de la Constitución de Venezuela y en la de Ecuador, que en su artículo 11.8 señala la progresividad de los derechos fundamentales en general, mientras que en el artículo 326.2 estatuye la intangibilidad de las garantías a favor de los trabajadores.
3. Prohibición del despido discriminatorio por razones políticas o ideológicas. En Portugal en el artículo 53 de la Constitución.
4. Nulidad del despido, en Venezuela en el artículo 93 de la Constitución.
5. Protección laboral al trabajo autónomo, en Ecuador en el artículo 329 de la Constitución; y en República Dominicana que la dispone en el artículo 62.3 para el trabajo informal y toda clase de trabajo. En ambos casos se trata de normas programáticas.
6. Inversión de la carga de la prueba a favor de los trabajadores, en el artículo 48.II de la Constitución de Bolivia.
7. Inserción laboral de los discapacitados, en el artículo 330 de la Constitución de Ecuador.
8. Respeto a la intimidad y a la dignidad personal del trabajador, en el artículo 62.3 de la Constitución de República Dominicana.
9. Diálogo social, en la Constitución de Ecuador, artículo 326.10. La Constitución de República Dominicana establece un Consejo Económico y Social. La propuesta panameña de reformas constitucionales incluye el tripartismo y el diálogo y la concertación sociales (artículos 125 y 126).
10. Privilegios de los créditos laborales, en el artículo 328 de la Constitución de Ecuador.
11. Fuero sindical, en el artículo 51.VI de la Constitución de Bolivia. También está en la propuesta panameña de reformas constitucionales, artículo 118.
12. Acoso laboral, en el artículo 49.III de la Constitución de Bolivia. También está en la propuesta panameña de reformas constitucionales en el artículo 127, que extiende igual protección al acoso sexual y a los riesgos psicosociales.
13. Inembargabilidad del patrimonio de las organizaciones sindicales de trabajadores y de las organizaciones de empleadores, en los artículos 51.V y 52.IV de la Constitución de Bolivia.
14. Responsabilidad de intermediarios y contratistas. En la Constitución de Venezuela (artículo 94) y en la de Ecuador (artículo 327), esta última que llega a prohibir las formas de precarización del empleo, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa.
15. Fuero de paternidad en la Constitución de Bolivia y en la propuesta panameña de reformas constitucionales.

V.6. PERFIL REGLAMENTARIO DE LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

Ya había quedado atrás la discusión de si las constituciones debían ser simplemente principistas o si también debían contener normas de aplicación directa. Con el **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL** se entra en una consolidación de la última modalidad, pero con la incorporación de un mayor elenco de derechos y, al mismo tiempo, con considerable extensión en los detalles de la protección y con mecanismos para dotar de efectividad real a las normas constitucionales.

Así puede observarse con toda facilidad en las constituciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela.

Se utiliza para este tipo de constituciones la expresión de *reglamentarias*, que bien entendida no resulta realmente desmerecedora.

V.7. IMPORTANTE PAPEL DE LOS TRIBUNALES, SALAS Y CORTES CONSTITUCIONALES EN LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIZADOS

Un elemento clave para apuntalar el **NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL**, ha sido el de la existencia o creación de los Tribunales, Salas y Cortes Constitucionales, que, sin descartar excesos, han generado jurisprudencias que preservan la esencia del mandato constitucional, evitan la inaplicabilidad real de las normas que reconocen de manera directa los derechos fundamentales de los trabajadores e, incluso, en desarrollo de principios constitucionales, extienden el ámbito de la protección.

Fundamental ha sido, por ejemplo, la labor interpretativa, integradora y creativa del Tribunal Constitucional de España, de la Corte Constitucional de Italia, de la Corte Constitucional de Colombia y de las Salas Sociales de Costa Rica y Venezuela.

VI. IMPORTANCIA DEL TRABAJO COMO DERECHO HUMANO, DENTRO DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Este paradigma del nuevo constitucionalismo social de fortalecer y extender la protección directa del trabajo como un derecho humano, es la culminación de un largo proceso en el desarrollo del derecho del trabajo y en su concepción ideológica.

Parte de la esencia del Derecho del trabajo radica en que es más un derecho de las personas. Tutela principalmente a la persona misma del trabajador, que es el eje de la relación laboral. Si bien su tutela alcanza la garantía de beneficios económicos, la mayoría de las normas laborales van dirigidas, como dijimos, a proteger a la persona que trabaja.

Y es que no es cierto que el trabajador entrega su fuerza de trabajo al empleador, porque la misma es inseparable de él. Lo que aporta es **actividad personal**, en función productiva, actividad que se encuentra sometida a un poder jurídico de que dispone el empleador para dirigir la prestación del servicio.

Por eso es que el trabajo no es ni debe ser tratado como una mercancía, sino encontrarse bajo la cobertura de los derechos humanos. Hacia allá se dirige el nuevo constitucionalismo social.

Hilando todavía más sobre el tema, Juan **RASO DELGUE**, retomando las ideas de **DI FERRARI**, nos indica que en realidad lo que el trabajador aporta es **disponibilidad** para prestar el servicio, porque basta con que esté llano a hacerlo para que se entienda que está cumpliendo debidamente con su deber contractual. De allí que proponga que la primera obligación del trabajador no sea la de prestar el servicio, sino la de estar disponible para hacerlo¹⁵.

Refuerza lo anterior la ya afirmada cuestión del deber de garantizar al trabajador en la empresa los llamados *derechos inespecíficos*, o sea, aquellos que tiene como persona y no por ser trabajador, pero que en la empresa no pueden ser desconocidos o vulnerados en virtud de la relación de poder que caracteriza el vínculo jurídico laboral, que no puede ser un sometimiento absoluto al poder del empresario.

En la misma dirección apuntan las normativas y las tendencias jurisprudenciales, entre ellas las de los tribunales, salas y cortes constitucionales, de exigir al empleador un ambiente libre de acoso sexual y de acoso laboral, cuestión que presupone la íntegra consideración del trabajo como un derecho humano.

El tema de las patologías derivadas de las características del trabajo está dando lugar a un creciente desarrollo normativo de los llamados riesgos psicosociales.

Todas estas cuestiones hacen de la persona del trabajador el centro de la protección del trabajo.

Por ejemplo, en el Anteproyecto de reformas a la Constitución Política de Panamá, se establece (artículo 127) que en sus lugares de trabajo, los trabajadores tienen derecho a que no les sean afectados sus derechos fundamentales, así como a una adecuada y eficaz protección y a un ambiente laboral que impida y prevenga el acoso moral y sexual y los riesgos psicosociales.

¹⁵ RASO DELGUE, Juan, Conferencia de ingreso como Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Chile, 24 de septiembre de 2012.

El derecho del empleo

Jorge RODRÍGUEZ-MANCINI

Profesor Titular de Derecho del Trabajo Universidad de Panamá.
Miembro de Número y Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social

Sumario

I. La conexión de las políticas de empleo y el derecho del trabajo. El derecho del trabajo como instrumento de la política de empleo. II. La política de empleo. III. El derecho y el empleo. 1. Derecho de trabajar y derecho a trabajar. El derecho de trabajar como derecho fundamental. El deber de trabajar. La relación laboral impuesta. La discriminación en la contratación. 2. Las fuentes del derecho del empleo. 3. El trabajo decente. 4. Las causas del trabajo no registrado (en negro). IV. El fomento del empleo. 1. Legislación europea. Leyes españolas de empleo. La política de la Unión Europea. 2. La flexiguridad. V. La protección del desempleo. VI. La formación profesional.

I. LA CONEXIÓN DE LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y EL DERECHO DEL TRABAJO. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO INSTRUMENTO DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

1) La bibliografía especializada en materia de derecho del trabajo ostenta en la República Argentina un nivel tanto cuantitativo como cualitativo que no es necesario destacar. Se publican, casi podemos decir mensualmente, obras con distintos destinatarios en las cuales pueden encontrarse los análisis más variados de lo que constituye el derecho del trabajo como rama jurídica. Sea para los estudiantes, sea para profesionales, magistrados, funcionarios, sindicalistas o empresarios, se pueden encontrar con distintos niveles de profundidad de modo que el interesado en una investigación puntual de algún aspecto de la normativa, o el que desea simplemente información actualizada que comprenda los aportes de la doctrina y de la jurisprudencia, podrá hallar fácilmente el material que requiere. Y esto acompañado de publicaciones periódicas que compiten en la tarea de la información más actualizada.

No obstante se nota que semejante bagaje bibliográfico —y digo esto sin ánimo de presentarme como descubridor de un fenómeno desconocido— todo ese aporte valioso se ha orientado tomando como objeto de estudio el conjunto de normas, doctrinas, jurisprudencia reinantes en nuestro territorio referidas a

las distintas relaciones jurídicas que se plantean con motivo del trabajo subordinado. Se estudian los sujetos de esas relaciones que van desde el trabajador y el empleador hasta el Estado como autoridad para la supervisión del acatamiento de aquella normativa pasando por los sujetos colectivos que actúan formando e integrando el derecho aplicable a aquellos sujetos individuales y colectivos. Eso es a lo que llamamos derecho del trabajo.

Pero notoriamente no se registran –salvo alguna excepción destacable– obras dedicadas al estudio de otro aspecto igualmente jurídico pero si se quiere más imbricado en aspectos económicos y políticos y es de eso a lo que se dedica este aporte¹. El estudio del llamado mercado de trabajo, el desempleo con sus altas y bajas, son encarados más bien como temas de la economía lo que obviamente no es errado pero por su especialidad, se prescinde del examen técnico indispensable de las normas que operan para poner en acción las políticas que se desean instrumentar. Se trata de normativa laboral pero absolutamente distinguible de la que he descrito. A veces el legislador no ha actuado con suficiente criterio de distinción y ha incorporado disposiciones que son propias del derecho del empleo en las que pertenecen al derecho del trabajo y esta falta a la técnica legislativa puede inducir a la confusión de materias.

¿Qué es esto del derecho del empleo? Trataré de definirlo de modo que se asuma la diferencia².

Es obvio que el derecho del trabajo como conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas que nacen a partir del trabajo subordinado, supone precisamente situaciones jurídicas derivadas de las relaciones económicas en las que el hombre trabajador es sujeto. O lo que es lo mismo, la razón de que exista derecho del trabajo, normas laborales, es la presencia de empleo, de fuerza laboral. Y es a partir de ese fenómeno que aparecen los principios, las reglas, las garantías, que componen el derecho del trabajo. Pues bien el derecho del empleo al que prestaremos atención, es precisamente el conjunto de normas que regulan la aplicación de las políticas de empleo, es decir de promoción y defensa del empleo por reconocer que éste constituye un valor de primer rango como que está vinculado directamente con la sobrevivencia de los sujetos que se ligan en su realización; así como de las medidas legales y financieras que se adoptan para cubrir la contingencia del desempleo.

La conexión entre las políticas de empleo y el derecho del trabajo aparece pues de manera irrefragable y puede llegar a expresarse como que el último es

¹ Esta diferenciación ya fue asumida por Gerard Lyon-Caen (citado por Raso Delgue en "Tratado de Derecho del Trabajo", Rubinzal-Culzoni, dir. Mario Ackerman, tomo I p. 126). Una posición de confrontación entre trabajo y empleo es descripta por el jurista uruguayo en las páginas siguientes de su contribución al Tratado mencionado.

² Desde otro punto de enfoque del problema, Barbagelata, también citado por Raso Delgue, ob. cit. p. 128 y sgtes., ensaya una definición: "el Derecho del Empleo es el Derecho de "los trabajos", mientras que el Derecho del Trabajo es un conjunto de normas focalizado en un determinado tipo de trabajo, el trabajo subordinado y por cuenta ajena". Entiendo que esta postura se basa en una mirada más amplia y lógicamente más compleja, cual es la de extender el objeto mismo del Derecho del Trabajo, una tendencia que no recibe suficiente atención del legislador y sobre la cual, por otra parte, no existe tampoco suficiente consenso doctrinario. Pueden verse algunas facetas del asunto en nuestro trabajo con Beatriz Fontana, "Sobre el objeto del derecho del trabajo" Revista Derecho del Trabajo, ed. La Ley, 2001-B p. 1061.

instrumento jurídico de viabilización de las primeras. Pero esto merece una aclaración para evitar interpretaciones extremas. En efecto que el derecho del trabajo es instrumento de la política no debe entenderse como que la política –aun tomando esta expresión en su significado de mayor pureza ajeno a las posiciones partidistas– impone al derecho sus reglas. El político por su parte es quien debe determinar cuál es el valor jurídico que pretende imponer, eligiendo entre las distintas posibilidades que le ofrece la realidad socioeconómica, la más adecuada al logro del ideal fijado, y finalmente quien formula la norma jurídica que aparece como medio para alcanzar el fin propuesto dentro del marco de legalidad. Al derecho –lo que abarca obviamente al derecho del trabajo– le incumbe elaborar, a partir de los principios que lo fundan, una teoría general que permita aplicar con éxito las líneas de la política para lo cual debe hacer valer el conjunto del sistema institucional a partir de la Constitución Nacional.

Que el derecho del trabajo esté conectado a la política laboral no es una afirmación cuestionable bajo ningún punto de vista. Que el derecho del trabajo no puede estructurarse de forma que contradiga la política laboral es también una cuestión que no puede discutirse. Que el derecho del trabajo debe por lo tanto contribuir con sus reglas sujetas a jerarquías normativas constitucionales, a la implementación de las políticas de empleo, es un punto central que debe respetarse para la armonía básica de la sociedad.

La incidencia de normas laborales en la operatividad del mercado es otro tema igualmente vinculado a los equilibrios que deben procurarse en la interacción de la política y el derecho. Está claro, y la experiencia lo confirma, que las normas laborales deben tener en cuenta las consecuencias que devendrán ya que lo que se denomina mercado de trabajo no es indiferente, obviamente, a las pautas que fijen aquéllas. *Pero valga resaltarlo, las políticas de empleo deben tener en cuenta el derecho del trabajo donde se anidan los principios que lo sustentan dirigidos a la protección del trabajador lo cual revela la altísima responsabilidad política de lograr un equilibrio sustentable entre la política y el derecho en el campo de las relaciones laborales.*

Esta derivación acerca de esas vinculaciones entre la política y el derecho, no debe desviar el discurso ajustado a lo que tratamos de abordar esto es: la política de empleo, debe acotarse al propósito postulado y en ese sentido podemos destacar que el derecho del trabajo instrumenta la política de empleo en su campo específico que es el de las relaciones laborales. En otras palabras es como que las leyes laborales –de toda índole, ya se trate de relaciones individuales o colectivas– y los protagonistas de las autonomías colectivas son los que van a operar el material que la política le ha dado *partiendo de que ésta ha respetado los principios básicos de subsidiaridad, de libertad y dignidad de la persona y de factibilidad*, elementales presupuestos para el logro del bien común que es la finalidad que constituye la justificación misma del Estado. Tal la misión del derecho del trabajo y de sus operadores: jueces, abogados, empresarios, sindicalistas cada uno en su ámbito de acción³.

³ Sobre las conexiones del derecho del trabajo y el desempleo véanse las ponencias sobre el tema que se presentaron en la XV Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2009, en página web de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social www.asociacion.org.ar También esa misma página la editorial titulada "Devaluación y desocupación", Febrero 2002.

Esta referencia a la responsabilidad conjunta de la cual nadie puede considerarse exento, indica claramente otra dimensión trascendente del trabajo y del fenómeno negativo, la desocupación. Me parece destacable ese aspecto que no es otro que el del enfoque moral del tema que nos preocupa.

2) Seguramente el marco mundial en el que se inscribe en estos momentos esta aproximación al fenómeno del desempleo, es un elemento central a tener en cuenta para que los funcionarios, sindicalistas, empresarios, abogados y magistrados se acerquen a esta disciplina no desarrollada con suficiente amplitud para acertar sobre diagnósticos y soluciones. El objetivo del pleno empleo en el mundo parecería que debe postergarse y al respecto los estudios sobre el punto se cuentan por millares, sin que haya acuerdo sobre las soluciones que van desde la mayor reglamentación hasta la liberalización dejando a las fuerzas del mercado encontrar el equilibrio. Es interesante la lectura de documentos de cierta antigüedad –por ejemplo “Libro blanco sobre el empleo en la Argentina” de 1995⁴ o el informe de la Organización Internacional del Trabajo de 1995⁵– para conocer el permanente esfuerzo intelectual dirigido a este problema, no seguido de repercusiones serias y continuadas –al menos en nuestro país– en el orden de las políticas concretas.

Fijados los campos de conocimiento y de acción de estas dos disciplinas que deben coincidir en sus propósitos y adecuación a los medios legítimos y adecuados, el lector podrá distinguir cuál debe ser el objeto de una investigación sobre el tema: la sistematización –si es posible semejante intento cuando el legislador no ha prestado suficiente atención a la necesidad de un método lógico y coherente– de lo que denominamos derecho del empleo que comprende por un lado la **promoción de los puestos de trabajo** –fomento del empleo– y por otro el de la **protección del desempleo**. Estos serían los títulos de los grandes capítulos centrales que deben abordarse⁶. Antes de ello consideramos que para una mejor comprensión del material en cuestión, se hace indispensable una mirada que ponga en claro cuál es el panorama sobre el cual deben operar aquellas medidas tendientes a disminuir los daños que la falta de equilibrio económico provoca en el mundo del trabajo. Esto es un análisis de óptica económica del empleo, aspecto que debe encararse con autoridad científica para no mezclar los distintos elementos que, como he dicho, integran la realidad social.

II. LA POLÍTICA DE EMPLEO

En este planteo de cuáles son las cuestiones y los flancos desde los cuales debe encararse finalmente la conformación de esta rama jurídica que es lo que hemos denominado derecho del empleo, considero que es conveniente insistir en lo que hemos adelantado sobre lo peculiar, lo propio de la política de empleo

⁴ “Libro blanco sobre el empleo en la Argentina” vv.aa. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.

⁵ “El empleo en el mundo 1995”, Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. También “Desempleo: perspectivas inquietantes” en Trabajo, Revista de la OIT junio 1994.

⁶ Tenemos en preparación una obra que sigue estos lineamientos con colaboración de especialistas en las respectivas ramas.

para que no quede duda –si esto es un objetivo alcanzable– de su distinción y ubicación con respecto al derecho del trabajo.

Comenzaré por recordar que esto de la política del empleo es uno de los capítulos que se integran, necesariamente, con los demás que componen lo que se conoce como política social, es decir una particular forma de actuación, diferenciada por los destinatarios y por el objeto formal como material que la compone. La política social se integra con las medidas estatales, necesarias para eliminar o al menos amortiguar los efectos nocivos para el bien común –y naturalmente para la persona humana– de situaciones sociales que nacen de distintas manifestaciones de la vida en la sociedad moderna. Y a ese conjunto de acciones identificadas por ese objetivo, con una técnica propia de su variado contenido (económico, financiero, fiscal, social, etc.) se lo conoce como un capítulo particular de la política que es la política social.

En efecto la política de empleo no es más que un integrante –importante– de aquella dirigida a mantener un nivel de ocupación de la población que sea compatible –debería ser el óptimo posible en cada sociedad– con el grado de desarrollo económico del país. La conexión con la política económica se evidencia por otra parte en el flanco de las financiaciones de sistemas y en la incentivación de la participación privada en el desarrollo económico.

Es observable que las economías de mercado, o simplemente economía libre, es decir las que sustentan su vida económica en reglas básicas de libertad en la creación y comercialización de los productos y los servicios, reconociendo a la empresa, el mercado, la propiedad privada, la libre creatividad humana en el sector de la economía, como los factores fundamentales de la sociedad moderna, que integrados con innovación tecnológica, impulsan el bienestar general, dentro del marco de la acción estatal guiada por el principio de subsidiaridad⁷. Los nuevos productos, procedimientos, mercados y formas de organización, generan cambios permanentes en la estructura económica y productiva y por lo tanto en la estructura del trabajo. Esa dinámica se traduce necesariamente en variaciones de empleos en un período. En general, el funcionamiento de la economía competitiva incrementó el bienestar económico general⁸ pero, cuando implica que una persona involuntariamente queda desempleada, se entiende que es la sociedad la que debe pagar una compensación y ayudarla en búsqueda de puesto de trabajo equivalente.

El mercado laboral está sectorizado en función de la profesión, la calificación, el sector de la economía, la ubicación geográfica, etc. Lo cierto es que presenta falta de transparencia en la oferta y la demanda. Esta circunstancia negativa es la que tratan de superar los mecanismos de conexión entre ambos extremos teniendo en cuenta que la movilidad de los trabajadores es limitada por distintas

⁷ Sobre el impacto del cambio tecnológico en el mercado de trabajo, véase C.M. Cooper y J. Clark "Economía, tecnología y empleo", trad. esp. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, cuya lectura pone de manifiesto la preocupación anticipada de lo que sobrevendría y de lo que Argentina ha tenido oportunidad de padecer. También desde una visión que no podía prever la crisis económica derivada de la financiera que padece el mundo al momento de escribir estas páginas (diciembre 2011), es interesante testimonio el Informe de la OIT "El empleo en el mundo 1995".

⁸ Dicho esto sin que implique olvido del serio problema de la distribución del ingreso que el sistema de "economía competitiva" no alcanza a solucionar por sí solo.

razones de orden familiar, étnico, arraigo local, etc. Aquí aparece la figura de la intermediación que suelen asumir organismos públicos para evitar abusos y complicaciones de orden jurídico. Cuando a esta función se incorporan sujetos privados suele producirse cierta confusión –para decirlo en términos que no implican ingenuidad– que debe considerarse para evitar desviaciones ilícitas.

Esas políticas de empleo deben anticipar la situación de decaimiento de la demanda de empleo y para ello se pueden instrumentar medidas –“la política”– dirigidas a la demanda, puesto que si la demanda de bienes y servicios crece, también lo hace la oferta de trabajo derivada, siempre que la economía se encuentre por debajo del producto potencial. Aquí la política apunta a un aspecto del mercado y se materializa con expansión monetaria y fiscal. También se articulan otros mecanismos dirigidos a subvencionar empresas afectadas en sus costos para que mantengan los puestos de trabajo.

Otra forma de manifestarse esa política es la de acciones dirigidas a la demanda de trabajo mediante medidas que tiendan a limitarla ya sea actuando sobre la conformación de la población económicamente activa o sobre la cantidad de horas trabajadas.

Por último otra opción es la de las políticas dirigidas a la negociación salarial, denominadas “acciones concertadas” en el marco de los convenios colectivos de trabajo, instrumento del que las fuerzas sociales deben valerse como modo de que sean efectivos los esfuerzos globales. Sería preciso evocar aquí los esfuerzos realizados en otras latitudes pero que en nuestro país no pasaron de ser proclamas de intenciones nunca realizadas de manera efectiva y coherente para concertar acciones conjuntas a nivel global para establecer líneas generales a seguir en las negociaciones colectivas.

La otra manifestación de una política de empleo consiste en la estructuración de políticas sobre el *desempleo*, es decir a las que se manifiestan cuando el fenómeno ya se ha producido. En tal caso se incluyen seguros de desempleo, compensaciones de bienestar y sistema de reentrenamientos y capacitación. Su objeto es amortiguar el impacto del desempleo producido sobre la persona y la familia y lo más importante, permitir su reinserción laboral mediante la capacitación para las nuevas exigencias de la tecnología. Las formas típicas de esas políticas consisten en un subsidio (seguro) de ingresos a los desempleados y la instrumentación de servicios de empleo, esto es tratar de conectar y combinar la demanda de trabajadores con la oferta de ellos como ya se dijo.

Estos seguros compensan por un lado, a veces de manera insuficiente, el ingreso que cesa y debiera extenderse por todo el tiempo necesario para encontrar nuevo trabajo. Mientras tanto el sistema también sirve para asumir el pago de los aportes a la seguridad social y a apoyar la inserción social de las personas desempleadas. En nuestro país, las políticas dirigidas a mitigar el desempleo con el mecanismo del seguro, no han seguido lineamientos internacionales y han preferido mantener un mecanismo indemnizatorio para los casos de cese por causas económicas a cargo del empleador, habiéndose por fin impuesto, por la jurisprudencia, una dirección contraria a la justificación del despido por esas razones, lo que ha hecho desaparecer en la práctica la

institución de una indemnización reducida. No es como se dijo, el mecanismo al que tienden países de más alto desarrollo en los cuales se orienta la acción hacia sistemas basados en relaciones laborales flexibles en la salida, con seguros por despido generosos y programas de reinserción. El seguro de desempleo recién fue implantado en Argentina en 1991 por ley 24.013 en condiciones absolutamente precarias por la inconsistencia del fondo para atender las necesidades de millares de desocupados que no se hallaban registrados en sus empleos. La evasión fiscal, como enfermedad endémica nacional, aparece aquí dramáticamente operativa provocando no sólo las carencias de las víctimas del desempleo, sino actuando como causa de una casi imposible solución de un problema social de semejante envergadura.

Quizás quepa retener aquí que la acción sindical respecto del tema del desempleo específicamente es totalmente ausente ya que basta recordar que las asociaciones sindicales son organismos de defensa de los intereses de los trabajadores *ocupados* (art. 1 dec. 467/88) y que ese sector de la población no se encuentra representado por organizaciones sociales salvo las ocasionales e inorgánicas que puedan presentarse precariamente.

Un modelo de política de empleo es en algunos países como Dinamarca donde funciona la institución conocida como "flexiguridad o flexiseguridad" que combina un mercado laboral flexible que permite facilitación de la contratación y del despido, con un seguro de desempleo que llega hasta el 90% del ingreso con plazos prolongados de hasta cuatro años, añadiéndose programas de capacitación activos y obligatorios. Este sistema ha sido criticado porque genera despidos de aquellos que no alcanzan ciertos niveles mínimos pretendidos de productividad, con lo cual estos trabajadores quedan marginados del mercado. Asimismo se sostiene en esas críticas que desincentiva a trabajar a aquellos grupos de trabajadores de menores ingresos. Por otra parte el sistema es costoso y requiere una presión tributaria elevada. Lo cierto es que no ha tenido recepción más allá del país en que nació y algún otro con características bien distintas de las de nuestra población trabajadora⁹.

Sin duda que la conexión innegable y ya considerada entre el derecho del trabajo y la política de empleo, ha tenido en su momento, no muy lejano en nuestro país, un tratamiento intenso que se proyectó en algunas modificaciones legales tendientes a facilitar una mayor flexibilidad en las relaciones laborales. Los resultados que se han apreciado han sido negativos y en realidad han sido pocas las normas que sobrevivieron de ese movimiento después de un cambio importante en la política económica que vino acompañada de mayores regulaciones implementadas con reformas a la Ley de Contrato de Trabajo durante los años 2003 en adelante. Lamentablemente el balance de las condiciones laborales resultantes del abandono de las más importantes normas flexibilizadoras, dejó un saldo de mayor gravedad institucional y social cual es

⁹ Un panorama internacional de las políticas de empleo adoptadas puede verse en Gabriel Molteni "Desempleo y políticas del mercado laboral. Análisis internacional de políticas públicas: algunos casos exitosos", Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Departamento de Economía, Documento de trabajo N°8, Pontificia Universidad Católica Argentina, julio 2006. Desde ya que la antigüedad de este estudio provoca desactualización frente a las situaciones de crisis económica registradas desde 2009.

el de la realidad de una *flexibilidad de hecho* traducida en números crecientes de trabajo no registrado.

En resumen debe tenerse en cuenta que las políticas de empleo no son ni pueden ser medidas aisladas e improvisadas, separadas de otras circunstancias y operaciones que se relacionan inevitablemente. En este sentido deben tenerse en cuenta sus conexiones con el sistema económico general lo cual revela desde ya, que no puede manejarse la legislación laboral con independencia de aquél ya que las consecuencias de esa grieta se manifiestan rápidamente llevando a las relaciones laborales a un simulacro de institucionalidad, desmentido por los comportamientos evasores que provocan a su vez consecuencias nefastas en el comportamiento social. La política laboral y particularmente la de empleo, debe ser armonizada sistemáticamente teniendo a la vista los mandatos constitucionales en materia de promoción de empleo, de formación profesional, de justicia social, de iniciativa privada, de derecho de propiedad, valores que deben compaginarse para hacer efectivo el bien común. Sin embargo, sobre este punto, es preciso llamar la atención acerca de las limitaciones propias del derecho del trabajo –y en general de las normas jurídicas– para la obtención de resultados económicos en la etapa de la producción. Es decir que, a nuestro juicio, el derecho del trabajo, como una derivación de las vinculaciones con la política social que antes se han diseñado, tiene sin duda virtualidad para actuar en el proceso económico, pero principalmente su incidencia se operará en el momento de la distribución del ingreso y de la riqueza, y difícilmente pueda ser operativo para originar la creación de esta última. Por eso, cuando se trata de generar puestos de trabajo, de instrumentar el derecho del trabajo para una política de empleo, se deben tener en cuenta dichas limitaciones, para no esperar más que lo que realmente pueda rendir una norma cuyo objetivo sustancial es el de obtener un reparto justo.

No obstante esta advertencia, existen experiencias e intentos de valerse de normas laborales para *posibilitar* la ejecución de medidas de política económica que es, en definitiva, el ámbito propio donde se pueden generar los verdaderos incentivos de mayor ocupación mediante la inversión como único medio conocido de desarrollo y consecuente creación de nuevos puestos de trabajo. De todos modos, en el sentido de una contribución adecuada de la legislación –y también de la negociación colectiva– es obvio que el derecho del trabajo puede aportar, como se ha dicho, o al menos no obstaculizar, aquellas medidas de contenido económico, únicas que pueden ser capaces de dar solución a problemas del mismo origen. Es oportuno recordar aquí una expresión de Miguel Rodríguez Piñero: *“el poner el derecho del trabajo al servicio de la política de empleo y utilizarse como instrumento de esa política, supone que haya de tenerse en cuenta en su regulación no sólo la tutela del trabajo, y de los actualmente ocupados, sino también la tutela del empleo y de los desocupados... Sin renunciar a los principios y valores propios de tutela del trabajo y de la protección de los trabajadores, su diseño tiene ahora una mayor consideración de la dinámica del mercado y de sus exigencias, lo que lleva a revisar el statu quo normativo y reexaminar la normativa laboral al servicio de la creación de más puestos de trabajo... La ciudadanía social ofrece una razón endógena para que el Derecho del Trabajo se convierta en un Derecho “para” el trabajo, orientado a*

*la defensa del trabajo y a la creación y la promoción de la ocupación, aunque ello obligue a revisar sus dimensiones y a reducir el ámbito del espacio de norma inderogable, para asegurar también una mayor efectividad de su normativa*¹⁰.

Dentro de esta orientación, es preciso referirse a distintos capítulos que pueden contenerse dentro del derecho del trabajo y estén también dirigidos a acompañar una política de empleo. Así se pueden mencionar las normas en materia de orientación y formación profesional de jóvenes para que el acceso al mercado de trabajo¹¹ sea más adecuado cualitativamente; la actualización y readaptación profesional de los trabajadores adultos, como forma de la "educación permanente"; la multiplicación de formas de contratación, como variaciones dentro del tipo tradicional de contrato de trabajo por tiempo indeterminado; las modalidades de horario flexible y de puestos participados¹².

Un punto que no puede marginarse al momento de encarar las políticas de empleo es el relativo al desempleo en el sector de trabajadores autónomos. Porque si bien escapa a la temática propia de quien se preocupa por la ocupación del sector más numeroso de la población económicamente activa, como es el de los trabajadores subordinados, no parece que pueda ignorarse que son varias las conexiones entre el campo de la oferta de trabajo para uno y otro sector. Y por otra parte, la existencia de desocupados entre aquellos que han encarado su disposición laboral dentro del marco del desempeño independiente, implica una presión obvia sobre la demanda de trabajo dependiente. Por eso resulta ineludible considerar aquel sector como integrante del problema del desempleo, intentando soluciones que trasciendan los aspectos formales del encuadramiento de la relación laboral que se pretende mantener pensando más bien que se trata de un fenómeno global que afecta, en definitiva, a toda la población económicamente activa.

En realidad a poco que se encare la problemática del desempleo, más allá de los encasillamientos tradicionales que ponen el acento en los desocupados que han tenido un empleo fijo en relación de dependencia, se podrá coincidir en que la cuestión es abarcativa de grupos variados, afectados todos, en definitiva, por la misma carencia de ingresos a través del trabajo. Por eso, Saragosa i Saragosa¹³ intenta una enumeración que abarque la diversificación de situaciones

¹⁰ Miguel Rodríguez Piñero en editorial de Revista "Relaciones Laborales", Madrid, 2005. No es necesario un conocimiento exhaustivo de nuestra legislación laboral y de las modificaciones introducidas en el texto de la LCT, para reconocer una línea de acción totalmente contraria a tales consejos. Ej. modificaciones art. 9, 12, 17 bis de la LCT sancionadas en los últimos años.

¹¹ No debe llamar la atención la utilización de la expresión "mercado de trabajo" en la literatura europea en la que a pesar de las corrientes ideológicas que obviamente niegan que el trabajo pueda ser considerado mercancía, adoptan una posición de mayor alcance al considerar que la fuerza de trabajo actúa en el circuito económico como una de las que compiten en el mercado en el cual se debe considerar ineludiblemente – para tener una visión completa del tema y no una mirada sesgada – la oferta de puestos de trabajo y la demanda que ejercen los trabajadores para su ocupación. Por eso, sin perjuicio del enfoque moral, filosófico, y hasta teológico que debe aplicarse al trabajo humano – es decir propio de la dignidad del hombre – resulta comprensible la utilización de la expresión aludida.

¹² Sobre las conexiones de la política de empleo con el ordenamiento laboral, con el sistema económico y con la protección social puede verse Joseph Vicent Saragosa i Saragosa "Introducción a la política de empleo" en "Derecho del empleo", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 17 y sgtes.

¹³ Joseph Vicent Saragosa i Saragosa, coord. "Derecho del empleo", ob. cit., p. 25.

de desempleo incluyendo de tal modo no sólo a quienes demandan empleo por pérdida de uno anterior, sino también los demandantes de primer empleo (fundamentalmente mujeres y jóvenes que se incorporan al mercado de trabajo¹⁴), los parados de larga duración, todo lo cual integra ese universo de parados. En este enfoque, que naturalmente trasciende el derecho del trabajo para instalarse en el propio de la sociología y la economía –ámbito específico de semejante fenómeno social– se prescinde del formalismo mencionado y comprende todas las personas desocupados abarcando por lo tanto las categorías mencionadas, los que se colocan como autónomos y los que están en una etapa de “tránsito” toda vez que su necesidad de empleo lo hace prescindir de la preferencia por la autonomía o la dependencia. La calidad de parado –condición económica y social, repito– no repara en formalidades jurídicas y abarca por lo tanto también los casos que normalmente no son reconocidos o considerados como desocupados: el trabajo doméstico, los estudiantes que así lo resuelven, el trabajo autónomo y cualquier modalidad en la que la persona se conecta con el sistema productivo como medio de sustento y esto a partir del momento en que decide incorporarse al mercado demandando un empleo.

Sin perjuicio de los análisis más precisos, estimo oportuno destacar que un examen que pretende ser abarcador de todas las hipótesis que integran la demanda de trabajo, permite observar su composición en estas categorías: a) empleados con un estatus de contrato de trabajo estable y por tiempo indefinido (categoría a la que se refiere el art. 90 de la LCT y a la que hay que añadir el empleo en el sector público); b) empleos precarios como son los contratos temporarios, eventuales, en los que la situación de empleado/desocupado se alterna normalmente; c) trabajadores por cuenta propia y los llamados parasubordinados; d) trabajos de escaso reconocimiento social y jurídico como el doméstico o el ocasional de estudiantes que intentan acercarse al mercado pero no de manera definitiva; e) desocupados que gozan de prestaciones de la seguridad social; f) desocupados que no reciben ninguna cobertura o sólo les alcanzan medidas de asistencia social; g) personas no ocupadas marginadas en absoluto de todo el sistema social.

Con base en un criterio preponderantemente económico también puede encararse este enfoque globalizador del mercado de trabajo a través de la clasificación que se utiliza en las mediciones de desempleo que efectúa en nuestro país el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en la Encuesta Permanente de Hogares. En la publicación de ese organismo¹⁵ se puede ver el diagrama sobre la situación ocupacional de la población urbana en el que a partir de la división de la población total en las categorías de económicamente inactiva y económicamente activa, dentro de esta última se calculan los ocupados y desocupados. A su vez los ocupados se los considera pertenecientes al

¹⁴ Es interesante tener en cuenta que en las mediciones del desempleo juega un papel importante la agregación o retiro de demandantes de empleo situación que se constata en esa dirección – de agregado o retiro de la demanda – según las situaciones económicas generales y que con esos cambios de actitud o aspiración, pueden modificarse los porcentajes que se calculan en función de la posición que adopten las personas en punto a la demanda de trabajo.

¹⁵ Revista de Trabajo, Año 2, N° 3, p. 275.

sector público, al sector privado y a "beneficiarios de planes de empleo"¹⁶; en el sector privado se consideran los asalariados, los "patrones", los por cuenta propia y el trabajo familiar sin remuneración. Finalmente los asalariados aparecen clasificados en registrados, no registrados y servicio doméstico.

Normalmente en nuestro país se asume que las medidas de fomento del empleo y de protección del desempleo van dirigidas a la categoría de personas que tienen antecedentes de ocupación vinculada al sistema de seguridad social y por lo tanto, además de otras exclusiones, el trabajo autónomo como posición asumida por la persona, carece de conexión con esos mecanismos de fomento y protección¹⁷.

III. EL DERECHO Y EL EMPLEO

1. DERECHO DE TRABAJAR Y DERECHO A TRABAJAR. EL DERECHO DE TRABAJAR COMO DERECHO FUNDAMENTAL. EL DEBER DE TRABAJAR. LA RELACIÓN LABORAL IMPUESTA. LA DISCRIMINACIÓN EN LA CONTRATACIÓN

La circunstancia de que la Constitución Nacional haya incluido como mandato para el Congreso, la promoción del empleo y de la formación profesional de los trabajadores (art. 75 inc. 19) pone de manifiesto el reconocimiento de un deber básico del Estado como garantía indispensable para que sea realidad otra garantía que aparece reiteradamente mencionada y jerarquizada, como es el *derecho al trabajo*. Un repaso de los documentos internacionales incorporados ya sea a nivel supralegal o constitucional por el art. 75 inc. 22, permite ver que lo que nuestros constituyentes de 1994 sintetizaran con la fórmula de ese dispositivo de incorporación de fuentes, está plasmando de manera explícita un valor trascendente contenido en numerosas disposiciones del derecho internacional del trabajo con lo que se produjo el reconocimiento de un derecho fundamental, complementario pero diferenciado del que desde 1853 fuera estampado como el primero de los derechos que la Nación recién constituida constitucionalmente, garantizaba y que ofrecía a *"todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino"* en un claro y franco llamado a ser invadida por quienes querían trabajar en un clima de libertad y justicia.

Sin una política de empleo, el ejercicio del derecho de trabajar (art. 14) por *"una parte de la población lleva consigo la negación del mismo derecho para otra parte de la misma"*¹⁸. Y la política de empleo debe concretarse en normas

¹⁶ Esta división en tres sectores de ocupados, ya no aparece en posteriores diagramas (p.e. el del 2º trimestre de 2009) donde se simplifica dividiendo ese sector en asalariados y no asalariados sin considerarse se trata de pertenecientes al sector público o privado. Lo mismo sucede con la división categoría de servicio doméstico que ya no aparece. Conf. Revista Trabajo, año 5, n°7 p. 284.

¹⁷ Sólo puede apuntarse en este sentido una suerte de medidas de fomento instrumentadas a través de medidas de orden fiscal como p.e. el régimen de monotributistas que permite la automaticidad de la contribución fiscal y de seguridad social medidas que no siempre son utilizadas para los supuestos y exigencias que contienen las normas respectivas, sino que integran una modalidad más de los innumerables cauces adoptados para la evasión.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de España, del 2/7/81, cit., Frederic López i Mora "Las fuentes jurídicas del empleo" en Josep Vicente Saragosa i Saragosa, coord. en "Derecho del empleo", ob. cit. 2002, p. 68.

para ser ejecutadas, esto es el derecho del empleo. Es el que con esas normas convierte la política en derecho y hace posible el derecho a trabajar.

Creo que aquí es preciso formular algunas aclaraciones que faciliten la comprensión de los textos que se refieren al *derecho a trabajar*. Al respecto es conveniente insistir que la referencia del art. 14 de la Constitución argentina al *derecho de trabajar* se debe distinguir de la que contienen numerosos documentos internacionales llevados a nivel de diferentes niveles de prelación en el art. 75 inc. 22.

El reconocimiento de este derecho fundamental (DF) no aparece en la Constitución Nacional que más bien apuntó a garantizar el ejercicio del trabajo y no consideró este otro aspecto que hoy día aparece como central en las postulaciones políticas ligadas en definitiva a la política de empleo. Con esta observación casi se desdibuja el concepto jurídico de este DF y lo cierto es que su noción no siempre alcanza a cubrir los elementos jurídicos que son indispensables para su caracterización. Este análisis por lo tanto va dirigido a demostrar precisamente que el derecho a trabajar tiene sustento jurídico independientemente de que no se pueda sostener que atribuye a su titular o titulares *"la habilitación constitucional para obtener en cualquier momento un puesto de trabajo adecuado dentro de la estructura productiva nacional, porque en último término la oferta de empleo reside mayoritariamente, en sujetos privados, cuya decisión de creación de empleo es finalmente libre aunque pueda ser fomentada por los poderes públicos"*¹⁹. En la doctrina española de donde se ha extraído el párrafo transcrito, el derecho al trabajo se concreta en el aspecto individual en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo. En el aspecto colectivo el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso, como mencioné más arriba, el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma²⁰. Lo cierto es que estas explicaciones no dejan de tener ciertas limitaciones y en definitiva conducen a que, como se dijo antes, el derecho al trabajo no deriva en una acción abierta para que se imponga a otro el suministro de un puesto de trabajo. Pero insisto en que si se vacía el concepto hasta tal punto, poco queda de un *derecho al trabajo* a no ser que nos contentemos con una calificación limitada al orden moral; y en todo caso adquiriría mayor significación en el supuesto —hoy impensable— de que sea el Estado el único que puede brindar puestos de trabajo, hipótesis de socialización total incompatible con la organización económica vigente en el mundo occidental y aun más allá. Pero en un esquema de economía de mercado, con la libertad de contratación asegurada en la Constitución Nacional, resulta que de todos modos es el Estado el sujeto pasivo de ese derecho porque es él quien a través de la política económica y en particular la de empleo que debe implementar por el mandato

¹⁹ Palomeque y Álvarez de la Rosa, "Derecho del trabajo" p. 138, cit. por Juan Manuel Ramírez Martínez en "Derechos y deberes laborales", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100 año 2000, ob. cit. p. 261.

²⁰ Palomeque y Álvarez, ob. cit. p. 150.

constitucional citado, tiene la posibilidad de provocar la creación de puestos de trabajo suficientes. Como lo destaca Guix²¹ se pueden establecer ciertas reglas sobre el tema: a) se debe respetar el principio de subsidiaridad en las relaciones del Estado con los particulares y las sociedades intermedias; b) corresponde al Estado el plan general de la economía nacional, recordando que el pleno empleo es siempre una exigencia del bien común; c) debe procurarse mediante políticas inteligentes, la actualización de la formación profesional, especialmente de los adultos, para hacer posible el cambio de profesión cuando lo exija la situación económico social del país. Por eso concluye este autor que *"cada ciudadano tiene derecho a recurrir, en última instancia al Estado para pedirle un empleo cuando no lo reciba de los particulares, o, en su defecto, un subsidio de paro"*.

La doctrina de la Corte Suprema de Argentina sobre el tema permite vislumbrar una interpretación hasta cierto punto coincidente con esta formulación aunque utilizando un lenguaje inapropiado si se tiene en cuenta la distinción que hemos formulado. En efecto el Alto Tribunal tiene resuelto que el reconocimiento del derecho de trabajar —no incursiona sobre el derecho al trabajo— *"no significa —ni ha significado en la historia constitucional argentina durante la vigencia del texto de 1949 ni tampoco tras la reforma de 1957— asegurar un derecho subjetivo individual a que el Estado le proporcione un trabajo al habitante que lo solicite... La protección reconocida consiste en un deber genérico del Estado de promover las condiciones sociales y económicas de la comunidad de manera de posibilitar a todos los habitantes el ejercicio del derecho de trabajar. Si los medios que arbitra no se adecuan a los fines cuya realización procura o si consagran una manifiesta inequidad, son susceptibles de ser cuestionados sobre la base del derecho que tutela la Constitución"*²².

Toda esta reflexión cobra trascendencia en cuanto se constata que en el ordenamiento jurídico argentino, a partir de la reforma constitucional de 1994, la noción del derecho de trabajar ha quedado ampliada con la del derecho a trabajar que consagran numerosas normas de los instrumentos internacionales incorporados. Así el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 6.1 establece que *"los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho"*. Semejante reconocimiento surge del art. 23 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre; de la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de Discriminación Racial en cuyo art. 5, inc. e ap. i) se proclama *el derecho al trabajo*. Por su parte la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer donde el art. 11 inc. a) exige a los Estados Partes la adopción de medidas que aseguren, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, *el derecho al trabajo*.

²¹ Guix, en "Curso de doctrina social católica", Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1967, p. 464.

²² Fallos 299:428; 303:1674 y otros, citados por Livellara, "Derechos y garantías de los trabajadores incorporados a la Constitución reformada." Rubinzal- Culzoni, 2003, p. 37. Véase también CSN, 24/11/92, "Aranda, Oscar E. y Cuello, Angel c/ Capitanía de Puertos del Litoral Fluvial", con comentario de Carlos Pose, "El derecho del trabajo bajo la óptica constitucional", Revista Derecho del Trabajo, edit. La Ley, 1993, p. 1236.

Como se ve salvo que se interprete que todas estas normas carecen de sentido jurídico, la cuestión no es sencilla. Parece que la conclusión de Guix, antes mencionada, es la única que junto con la que elabora la doctrina española y que también se ha traído en este capítulo, ofrece perfiles lógicos admisibles para explicar el significado y trascendencia de este nuevo derecho²³.

De tal modo aparece como más comprensible que distinguiendo el *derecho de trabajar* del *derecho a trabajar*, se pueda entrar en un concepto no del todo novedoso pero que no ha tenido suficiente desarrollo doctrinario cual es el del *derecho del empleo* que precisamente consiste en el conocimiento de la normativa implementada por el Estado cumpliendo con el mandato constitucional de garantizar el segundo de esos conceptos²⁴.

Repitiendo, el derecho a trabajar constituye un derecho fundamental, lo mismo que el derecho de trabajar. Sobre este último creo que resulta paradigmático por el contenido fuertemente constitucional que ostenta el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia argentina en el año 1967 en el caso "Outon"²⁵, con una doctrina que ha sido ratificada por el Alto Tribunal en la causa "ATE"²⁶.

El derecho de trabajar se halla reconocido en la Constitución Nacional (art. 14) "*a todos los habitantes, según las leyes que reglamenten su ejercicio*" y en el artículo 14 bis nuevo se expresa el mandato de que "*el trabajo en todas sus formas gozará de la protección de las leyes*". A través de distintas normas internacionales esta garantía se halla reafirmada. Se pueden mencionar las que comprometen a los Estados a *prohibir y eliminar la discriminación racial en todas las formas* afirmando de este modo el derecho a que se ejerza libremente la capacidad laboral sin restricciones –en el caso originadas por medidas o

²³ Digo nuevo porque recién aparece entre nosotros en la reforma de 1994 – la Constitución de 1949 sólo establecía una obligación de la "sociedad" a promover ocupación, lo cual es insuficiente para predicar de allí la creación de un derecho subjetivo – como un elemento normativo, pero en realidad el reconocimiento del derecho al trabajo data de 1819 cuando Fourier utilizó por primera vez la expresión derecho al trabajo en su *Théorie de l'unité universelle*. Son varios los pensadores de orientación socialista – estamos hablando del siglo XIX y de los primeros filósofos precursores de esa orientación – que elaboraron la doctrina fundante del derecho al trabajo y de la obligación de la sociedad encarnada en el Estado, como consecuencia de tener a su cargo la dirección total de las actividades económicas, de recibir los reclamos de trabajo y satisfacerlos. El tema está presente en la revolución de 1848 en Francia al punto que el 25 de febrero de 1848 una manifestación popular arrancó del Gobierno provisional el reconocimiento del derecho al trabajo donde se expresa en un texto breve y conciso: "El gobierno provisional de la república se compromete a garantizar la existencia del obrero por el trabajo. Se compromete a garantizar trabajo a todos los ciudadanos". Para cumplir la promesa y compromiso se crearon los Talleres Nacionales que pronto fracasaron porque sólo consiguieron gravar el presupuesto con trabajadores ociosos e inútiles para el Estado, todo lo cual desprestigió la institución misma del derecho al trabajo y esa sensación se prolongó en las tentativas posteriores cuestionadas, por supuesto, por la corriente liberal; la idea quedó como un algo pasado de moda y el propio Charles Gide la calificó como un derecho hoy totalmente "demodé". Recién después de la segunda guerra mundial reaparecen en documentos y constituciones las referencias a ese derecho, de manera que ha sido recogido como un instrumento jurídico que pretende asegurar al hombre los medios para vivir y en su caso como sustituto a falta de empleo, los subsidios por desempleo. En la doctrina social católica, como se ha señalado, se interpreta que este derecho al trabajo no es un verdadero derecho subjetivo actualizable en todo momento, sino tan sólo cuando cada individuo se halla imposibilitado de conseguirlo por su cuenta. (Guix, ob. cit. p.456 y sgtes.).

²⁴ Aquí la expresión "derecho del empleo" significa el conjunto de normas que implementa medidas de promoción del empleo y de protección del desempleado, es decir que se trata del derecho en sentido objetivo y no subjetivo como es el del derecho a trabajar o si se quiere derecho al empleo y también cuando se trata del derecho de trabajar. En estos dos últimos conceptos se trata de la garantía que asegura la Constitución a respetar esos derechos y asegurar su cumplimiento.

²⁵ CSJ, 29/3/67 en Revista Derecho del Trabajo, ed. La Ley 1967, 231.

²⁶ CSJ, "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo", 11/11/08, Fallos 331:2499.

conductas discriminatorias– (art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial).

Por otra parte el derecho de trabajar *"implica primariamente, la disponibilidad individual de elegir libremente una actividad y que la libertad de contratar impide obligar, tanto al empleador como al empleado, a celebrar un contrato de empleo y a celebrarlo con persona determinada"*²⁷. Quizás las normas más claras referidas a la garantía de este DF se hallan, además de la descalificación de la esclavitud que contiene el art. 15 de la Constitución Nacional, en los convenios de la OIT referidos a la abolición del trabajo forzoso. Son los que llevan los números 29 y 105 ratificados por la República Argentina a lo que hay que añadir la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, producida por la OIT en el año 1998, incluyendo precisamente la referencia a esos convenios²⁸.

Los ataques más directos al derecho de trabajar se han registrado entre nosotros, combinados con la violación de otro DF como el de la libertad sindical. Me refiero a los casos de imposiciones de afiliación sindical a una determinada asociación sindical con personería gremial como condición para ser admitido en un empleo. Estas situaciones²⁹ han dado lugar a una doctrina judicial certera en el sentido de que no es admisible una condición semejante por cuanto resulta contraria tanto al derecho de trabajar como a la libertad de afiliación. En estos casos la limitación provenía de actos estatales.

Sobre el derecho a trabajar sólo cabe agregar que se trata igualmente de un derecho fundamental que debe entenderse con las limitaciones expresadas y nuestro derecho del empleo es la concreción normativa de las políticas estatales al respecto.

Una anotación que no puede obviarse es la relativa a la contracara del derecho de trabajar. Tanto en la doctrina como en los instrumentos internacionales que integran el bloque constitucional, se presenta –casi contradictoriamente con lo que se dirá acerca de la abolición del trabajo forzoso– el reconocimiento y más aun la insistencia en declarar como integrante del plexo de derechos y deberes, el *deber de trabajar*. Creo que se trata de una *declaración* que posee fundamentalmente un contenido ético y filosófico en cuanto viene a aceptar la posición doctrinaria que pone en evidencia dos aspectos del mismo fenómeno:

²⁷ Carlos A. Livellara, "Derechos y garantías de los trabajadores", Rubinzal Culzoni, 2003, p. 35. con cita de Bidart Campos en "Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino. La reforma constitucional de 1994." Ediar, Buenos Aires, 1997, tomo I – B p. 474.

²⁸ Para un examen detallado del contenido y significado de estos convenios así como a los distintos casos en que la Comisión de Expertos de la O.I.T. produjo observaciones a situaciones planteadas en países iberoamericanos – Cuba por el delito de vagancia, idem Perú, Venezuela, Honduras por empleo de reclutas para fines no militares, Colombia, por el trabajo penitenciario, también España por el mismo motivo e igualmente Paraguay y Panamá, Brasil por la servidumbre por deudas, etc. – véase Geraldo Von Polotsky y Bartolomei de la Cruz, "La Organización Internacional del Trabajo", Astrea, 1990, p. 176 donde se analizan infinidad de casos. El tema del trabajo obligatorio de los penados corresponde a un análisis específico ajeno a esta presentación.

²⁹ Es clásico el caso "Oton" ya citado fallado por la Corte Suprema el 29 de marzo de 1967 (DT 1967 p. 231) y más cerca de hoy el resuelto por la Suprema Corte de la provincia de Mendoza el 1 de abril de 1997 en "Karake, Nesrin c/ Prov. De Mendoza" (Revista Derecho del Trabajo, 2000 p. 594) con nota de Carlos A. Livellara.

por una parte el trabajo es derecho de la persona porque como lo ha dicho Juan Pablo II en *Laborem Exercens* "constituye una dimensión fundamental de la existencia del hombre en la tierra" y representa el medio básico para obtener su sustento y el de su familia; pero por otro lado el trabajo se presenta como una obligación ya que si no lo hace resiente el funcionamiento de la vida social en la cual todos y cada uno dependemos al fin del trabajo del otro. Beneficiándose del trabajo de los demás, todo hombre en condiciones de trabajar *debe* hacerlo para pagar con la propia actividad personal —que es la única moneda válida— la deuda que tiene contraída con la sociedad. Para integrar esta referencia a la obligación de trabajar resulta que en uno de los instrumentos internacionales (que debemos considerar como componente constitucional para la República Argentina desde la reforma constitucional de 1994), aparece el *"Deber de trabajar. Art. XXXVII. Toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad"*. Como se observa el fundamento de tal imposición se concilia con lo que se ha explicado antes acerca de los componentes de esa obligación, la necesidad de subsistencia y la solidaridad debida a los semejantes.

Estas conclusiones requieren naturalmente, una puntualización en relación con la prohibición del trabajo forzoso al que he aludido antes. Y en ese sentido coincidimos con Ekmedjian en que *"consideramos que debe interpretarse el 'deber de trabajar', a partir del trabajo como función social, como un deber ético más que jurídico, derivado de la solidaridad social que todos debemos tener hacia nuestros semejantes y hacia la comunidad, pero no como correlato de una atribución del Estado a compeler a un individuo al trabajo no aceptado libremente, que a la par de implicar una vuelta a formas esclavizantes, implicaría la necesidad de montar un aparato policial para controlar esta forma de trabajo no querida voluntariamente"*³⁰.

Agregaré una referencia sumaria a un tema que se vincula obviamente con las reglas jurídicas aplicables a la relación laboral. Se trata de la relación impuesta sin contrato de la cual encontramos más de un supuesto en nuestra legislación. En general la imposición de las relaciones laborales se ubica en procedimientos obligatorios que deben transitarse antes de disolver contratos de trabajo o normas que sin imponer la relación obligan a contratar dentro de una categoría de trabajadores. En ambos supuestos se trata de una técnica propia de la política de empleo.

Trataré en primer lugar un conjunto de hipótesis que pueden agruparse como pertenecientes a la categoría de obligaciones de contratar impuestas por la ley y referidas a determinadas calidades de trabajadores fundadas en situaciones especiales y de diferentes motivaciones, siempre invocándose razones de protección de bienes superiores al de la elección discrecional del sujeto trabajador. Así se registra en nuestro derecho el caso de la ley 20.923, luego derogada por la ley 22.431 y el de la ley actualmente en vigor 25.689 modificatoria de la anterior. Se trata de una obligación impuesta a cierta categoría de empleadores —los correspondientes a empresas concesionarias de servicios

³⁰ Miguel A. Ekmedjian, "Tratado de Derecho Constitucional", vol. I, p. 12.

públicos y los de las que sean contratados o subcontratados por éstas— consistente en emplear personas que presenten alguna discapacidad, siempre que presenten condiciones de idoneidad para el puesto, en una proporción no inferior al 4% de la totalidad del personal³¹. Reviste el carácter de una medida tendiente a evitar la discriminación de ese sector de trabajadores y el incumplimiento de la obligación a que se refiere la ley no tiene en su texto una sanción especial por lo que deberá encuadrarse tal falta en el régimen de contravenciones laborales. La justificación constitucional de la medida legal se puede hallar analógicamente en los fundamentos de un fallo de la Corte Suprema de Justicia que convalidó la disposición por la cual se obligaba a las salas de espectáculos a contratar un espectáculo artístico en vivo de variedades³². Obviamente que ese avance sobre la libertad de contratar requiere el examen de la razonabilidad y proporcionalidad del medio utilizado para implementar la protección en cuestión³³, debiendo subrayarse que semejante medida sólo puede provenir de la acción legislativa³⁴. Las restricciones a una garantía constitucional —porque de eso se trata— sólo pueden ser establecidas por el órgano constitucional competente que no es otro que el Congreso de la Nación dentro del terreno que la jurisprudencia anotada fija para tal acción.

Supuestos diferentes a los descriptos que constituyen una obligación de contratar, son los que de manera excepcional y por razones de ordenamiento de las relaciones laborales puestas en conflicto, establecen verdadera creación de la relación aun contra la voluntad del empleador. Por una parte examinaré la disposición del art. 9 de la ley 14.786 relativa a la solución de conflictos colectivos. En esa norma se establece que *“en el supuesto de que la medida adoptada por el empleador consistiera en el cierre del establecimiento, la suspensión o rescisión de uno o más contratos de trabajo [...] el incumplimiento de la intimación prevista en el artículo anterior dará a los trabajadores, en su caso, el derecho de percibir la remuneración que les habría correspondido si la medida no se hubiese adoptado”*. El art. 8 a que se hace referencia es el que prevé que la administración hubiera ordenado *“el cese inmediato de la medida adoptada”*. El juego de estas normas indica que por decisión administrativa “renacería” la relación jurídica que se hubiera extinguido por un medio legal —el despido con o sin justa causa— que autoriza al empleador a disolver el contrato. Tal renacimiento de la relación, o en todo caso, la eventual creación de una nueva, puede derivar de la voluntad del empleador que podría acatar la orden administrativa y en tal caso se revierte a la figura del acuerdo de voluntades³⁵; si por el contrario la

³¹ Jorge Rodríguez Mancini, “Contratación obligatoria de discapacitados”, Revista Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, 2003-A p. 757.

³² Caso “Cine Callao” en Fallos 247:121 y Revista Legislación del Trabajo, tomo VIII, p. 519.

³³ Fallos 200:450 (de la colección oficial de fallos de la Corte Suprema de Justicia)

³⁴ La innecesaria aclaración efectuada se vincula con la crítica que merece algún fallo judicial que bajo la excusa de la adopción de acciones positivas, en un desarrollo particular del principio de activismo judicial que se ha manifestado en los últimos tiempos, ha reemplazado el poder del legislador por el de los jueces. Una crítica a un fallo de tales características puede verse en Jorge Rodríguez Mancini, “Derechos fundamentales y relaciones laborales”, Astrea, 2ª. edic. 2007, p. 308.

³⁵ La voluntad del empleador podría encuadrarse dentro de aquellas que resultan de una imposición legal y por lo tanto equiparable a la hipótesis antes desarrollada — dentro de los marcos de razonabilidad y proporcionalidad — de medidas excepcionales que actúan sobre la decisión discrecional del sujeto imponiéndole la de la ley por encima de la suya.

desacata, exponiéndose a las sanciones que la ley fija (multas), el resultado será el de que igualmente deberá abonar las remuneraciones aunque no haya prestación del trabajador quien por su parte, está a disposición del empleador (art. 103) y eso representa al fin de cuentas una relación sin contrato en el sentido que lo trata el art. 22 de la ley ya que están presentes, salvo la voluntariedad contractual, los elementos esenciales propios del contrato (prestación no recibida pero ofrecida y remuneración). Se trata efectivamente de una excepción clara a la regla sobre la autonomía de la voluntad como generadora exclusiva de la relación jurídica laboral. Es en realidad un supuesto de relación impuesta por acto administrativo que se podría justificar exclusivamente como instrumento excepcional para mejorar las condiciones de igualdad en la negociación para la solución del conflicto. Su acotada aplicación a la extensión del período que marca la ley –quince o veinte días si media prórroga (art. 11)– de por sí marca ese carácter extraordinario, a lo que puede añadirse la interpretación de que los despidos originales conservan su eficacia extintiva entendiéndose que la imposición del reingreso actúa exclusivamente como una postergación de la ejecución de aquéllos^{36, 37}.

Otra situación que guarda similitud con la anterior aunque se presenta en un marco que no es necesariamente de conflicto y menos colectivo, es la que resulta de la aplicación del art. 6 del decreto 265/02, que se presenta como reglamentario del art. 104 de la ley 24.013 referido a la situación que se plantea cuando el empleador ha adoptado despidos (o suspensiones) antes de que se inicie el procedimiento preventivo de crisis. En la norma reglamentaria –a todas luces excesiva de la competencia del Poder Ejecutivo– se contempla la facultad administrativa de intimar el cese inmediato de las medidas “conforme con las facultades previstas en el art. 8 de la ley 14.786 y sus modificatorias”³⁸.

Con anterioridad se intentó avanzar más profundamente sobre la técnica de las relaciones forzosas –aunque sin la profundidad de los ejemplos del derecho alemán– y entonces se chocó con la oposición judicial expresada concretamente en el caso de la obligación de contratar nuevamente a empleados bancarios despedidos (ley 16.507), con el fallo de la Corte Suprema en el caso “Díaz, José M. c/ Banco de Avellaneda S.A.”³⁹ que declaró la inconstitucionalidad de la norma⁴⁰.

³⁶ Voto del Juez Amadeo Allocati en el fallo de la CNTrab. Sala IV, 30/10/68 en autos “Vargas, Eduardo c/ Algodonera Argentina S.A.”, Revista Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, 1969, p. 422.

³⁷ Con anterioridad a la sanción de la ley 20.744 de aprobación del Régimen del contrato de trabajo (LCT) tuve ocasión de encarar este tema de las relaciones impuestas en un trabajo titulado “Relaciones individuales y colectiva”, Revista Legislación del Trabajo, tomo XVIII p.807. En tal ocasión recordé la opinión de KROTOSCHIN “Instituciones del derecho del trabajo”, Depalma, Bs.As. 1968, p. 377, donde expresa que si bien se defiende la idea del contrato “eso no quiere decir que en todos los casos el contrato sea la condición sine qua non de la existencia de la relación de trabajo. Esta puede formarse y existir también sin contrato”.

³⁸ Semejante disposición es la del art. 2 del decreto 264/02 con igual cuestionamiento constitucional. Sobre estas situaciones referidas a los excesos reglamentarios de estas normas vinculadas al procedimiento preventivo de crisis puede verse Jorge Rodríguez Mancini y Juan A. Confalonieri, “La reglamentación de los despidos sin causa y por causas económicas en la emergencia. Los decretos 264/02 y 265/02” en Anuario de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral, N° 2, p. 129.

³⁹ Revista Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, 1968, p. 223.

⁴⁰ También sobre el tema es elocuente el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires en “Armendano, Osvaldo c/ Banco de Olavarría S.A.” en Revista Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, 1966, p. 560.

Desde otro ángulo, ya que se trata de un supuesto de imposición de obligación de contratar, ahora por parte del trabajador, cabe señalar que el art. 121 inc. b de la ley 24.013 establece que el trabajador desocupado que está percibiendo la prestación por desempleo, resulta obligado a *"aceptar los empleos adecuados que le sean ofrecidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"*. Si no lo hiciera se suspenderá el pago de la prestación y si dicho comportamiento fuera reiterado, se extinguirá su derecho a aquélla (art. 123, inc. h). También puede citarse como hipótesis de obligación de contratar la que se registra en el art. 13 de la ley 20.160 referida a la contratación del futbolista profesional que es contratado por primera vez.

Estas referencias a situaciones especiales señalan medidas que el legislador consideró en su momento como adecuadas en punto a dar solución a conflictos que ponían en riesgo el mantenimiento de puestos de trabajo por lo que resulta pertinente su puntualización. Del mismo modo ligado quizás de manera más directa a la garantía de igualdad y de no discriminación debemos considerar situaciones que se presentan al momento de contratar trabajadores. En este aspecto y como no podía ser de otro modo este es un tema que no está incluido en la LCT. Técnicamente no podría abordar una etapa que es precisamente previa a la constitución del contrato, esto es cuando todavía no media relación jurídica entre las partes. Sin embargo la doctrina y la jurisprudencia han avanzado sobre la cuestión del comportamiento de los sujetos que están preparando la celebración del contrato, a los cuales se somete a deberes genéricos consagrados tanto en el Código Civil como en la propia LCT. Pero lo que interesa ahora particularmente es si los actos preparatorios de la celebración pueden generar responsabilidad para los sujetos involucrados. Tal como lo enuncia de la Fuente⁴¹ *"del principio general de buena fe (art. 1198 Código Civil y art. 63 LCT) y del deber de ejercer responsable y funcionalmente los derechos –en este caso a hacer que nazcan actos jurídicos– (art. 1071 Cod. Civil), deriva la responsabilidad precontractual"* con cita de SPOTA. Se trata del lapso que comprende el inicio de las negociaciones hasta la emisión de la oferta y desde ésta hasta el perfeccionamiento del consentimiento, obligando al responsable aun cuando no haya habido culpa de su parte. Y de nuevo con la opinión de Spota, *"la responsabilidad precontractual debe concebirse con prescindencia de la idea de la culpa, ya refiriéndose a la culpa como elemento subjetivo del acto ilícito, ya a la culpa como base de la responsabilidad contractual cuando nos hallamos ante una obligación de medios de oposición a la obligación de resultado"*⁴². Y esto como lo aclara de la Fuente *"con prescindencia de la responsabilidad por daños en caso de retractación de la aceptación o de la oferta según lo prescripto en las normas de los arts. 1155 y 1156 del Código Civil, con prescindencia de todo comportamiento malicioso o abusivo"*. Para ubicar con justeza el tema, estamos en el tramo anterior a la oferta y por lo tanto antes de que se pueda apreciar si perfecciona el contrato conforme con la pauta del art. 46 de la LCT; y también, por supuesto fuera del ámbito de lo

⁴¹ Horacio DE LA FUENTE, "Contrato de trabajo" en Tratado de Derecho del Trabajo, edit. ASTREA, dir. Antonio VAZQUEZ VIALARD, tomo 3 p. 358.

⁴² Alberto G. SPOTA, "Instituciones de derecho civil", p. 308 y sgtes.

previsto en el art. 24 de la misma ya que allí se supone que el contrato ya se ha celebrado. Es pues el terreno claramente precontractual en todos sus aspectos.

Esto plantea concretamente el grado de responsabilidad que puede generarse en los procedimientos de selección o prueba incluyendo los exámenes de capacidad y las evaluaciones médicas. Como se ha visto en este terreno sólo puede juzgarse en el caso concreto con base al cumplimiento del deber genérico de buena fe⁴³. El tema está relacionado con otras repercusiones del comportamiento del empleador que afecten derechos fundamentales de las personas como el derecho a la intimidad (art. 1071), o a no ser discriminado (art. 1 de la ley 23.592 y los más generales del derecho internacional de derechos humanos), que operan frente a los derechos fundamentales del empleador entre los cuales se registra el derecho o libertad de contratar, con semejantes fuentes derivadas del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional⁴⁴. Pero las responsabilidades que pueden generar comportamientos de este tipo se desenvuelven dentro del marco que otorgan las disposiciones del Código Civil relativas a los daños y perjuicios (art. 505 en relación con el citado art. 1071 ambos del Código Civil).

Cualquiera haya sido la intención de política laboral que inspiró su sanción, el actual art. 92 bis de la LCT –que regula el período de prueba en el contrato– aparece dando solución práctica, de algún modo, a estas situaciones cubriendo p.e. la situación que se produce con la constatación de haberse incumplido por el trabajador el deber de buena fe en la información. En este sentido se ha planteado el interrogante acerca de hasta dónde llega la obligación de denunciar enfermedades o hechos que no afectan la capacidad técnica, lo cual no puede responderse de manera general e indiscriminada ya que pueden presentarse casos de empleos de confianza (cajero p.e.), cuando tal información puede ser decisiva.

Como se ha hecho referencia al período de prueba como válvula de salida para los casos de comprobación de datos que definen alguna incompatibilidad para el desempeño del puesto, debe tenerse en cuenta que aun en tales períodos la jurisprudencia ha establecido la supremacía de los derechos fundamentales del trabajador/a que justifican el derecho a ser resarcidos económicamente por los daños padecidos derivados de una conducta discriminatoria del empleador⁴⁵.

También habrá que tener en cuenta hasta cuándo el empleador podrá invocar tales omisiones o engaños en la contratación como para justificar un despido. Tal el problema que se planteara en algún conflicto provocado por haberse constatado que la empleada había ocultado una enfermedad no contagiosa

⁴³ Para no incurrir en contradicción con lo antedicho acerca de la no aplicación de las normas de la LCT en este tramo precontractual, la remisión al principio genérico que se menciona es al contenido en las normas del Código Civil a pesar de la cita del art. 63 de la LCT – para mí errónea – que incluye el texto de Horacio de la Fuente.

⁴⁴ Acerca de los derechos fundamentales en las relaciones laborales véase "Ley de contrato de trabajo comentada, coordinada y anotada", dir. Jorge Rodríguez Mancini, ed. La Ley, comentario al art. 1, ap. G, tomo I, p. 69.

⁴⁵ CNTrab. Sala III, 5/3/98 "Guisado de Jacob, Paula c/ KB Servicios S.A." Revista Trabajo y Seguridad Social, Ed. El Derecho, 1998, p.1037; también Sala IV, 24/4/98 "Fernández, Marcela c/ BAS S.A." la misma revista 1998, p. 1042.

(diabetes) pero que podía tener implicancias desfavorables en el desempeño de las tareas⁴⁶. El tema trasciende la cuestión que origina este comentario, pero indudablemente relacionado con la política adoptada por el legislador para encontrar solución a esos tipos de conflicto.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL EMPLEO

Como una forma de abrir campos de análisis más que con pretensión de estudio abarcador, creo oportuno presentar un panorama de las fuentes del derecho del empleo y para esto bastará con enunciar cuáles deben ser los instrumentos normativos básicos de los que pueden desprenderse las reglamentaciones válidas en la materia.

En primer lugar la referencia a la Constitución Nacional es ineludible y en ella encontramos, como ya fue señalado, alguna preocupación del constituyente para que el órgano legislativo se oriente hacia la implementación de una política de impulso, de fomento del empleo. Esto es lo que expresa textualmente el inc. 19 del art. 75 al referirse a las atribuciones del Congreso de la Nación: “proveer lo conducente ... a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores” disposición que seguramente debe conjugarse con los otros mandatos que impone la Carta Fundamental relacionados, como no puede ser de otro modo, con “el desarrollo humano”, “el progreso económico con justicia social”, “la productividad de la economía nacional”, “la defensa de la moneda”, “la investigación” y el “desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento”. No parece necesario, o al menos oportuno, tratar de explicar el alto contenido de potencialidad para la generación del empleo que poseen todos estos propósitos, quizás enumerados de manera un tanto desordenada y ambiciosa. Lo cierto es que el empleo, se observa intuitivamente, no puede crecer y mantenerse sin que el resto de las fuerzas de impulso económico que se mencionan operen coordinadamente; y de qué modo sustancial tal desarrollo no tendrá, a su vez, verdadera eficacia política —quiero decir de logro del objetivo del bien común— si no se acompaña de un reparto justo en la sociedad. Resulta pues que la inteligencia de esta norma, a la que se ha calificado como complementaria de la que la precede, se ha convertido en un enunciado potencial de lo que se conoció como la cláusula del progreso y el bienestar general⁴⁷.

Paralelamente hay que mencionar como fuente del derecho del empleo los distintos tratados, convenios, pactos y declaraciones que integran el bloque de constitucionalidad federal y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por nuestro país, algunos de ellos específicamente vinculados con la promoción del empleo, a los que prestaré atención en el capítulo siguiente. No puede dejarse de considerar en este repaso los convenios regionales y particularmente los incluidos en el MERCOSUR. Igualmente cabe destacar que la acción de promoción en el orden nacional estará acompañada de la que las

⁴⁶ CNCivil, Sala H 9/4/2000, “Sendoya, Josefina c/ Travel Club S.A.” con comentario de Liliana Litterio “Discriminación por diabetes” en Revista Doctrina Laboral, tomo 15 p. 825.

⁴⁷ Véase al respecto los comentarios de María Angélica Gelli en “Constitución de la Nación Argentina”, t. La Ley, 2008, tomo II, p. 200.

provincias puedan ejecutar ya que esta materia no nos parece que haya quedado delegada totalmente a la Nación. Al menos debe considerarse que se trata de una acción de concertación toda vez que la operatividad de la promoción del empleo –y lo mismo cabe decir de la de la protección del desempleo– dependen en su efectividad de acciones concretas sobre el terreno, quiero decir dirigida a la población económicamente activa de cada una de las regiones del país, aprovechando las localizaciones naturales de la producción del sector primario. La política de promoción económica de productos primarios y la que debe acompañarla de incorporación de valor agregado a ellos, debe implementarse indiscutiblemente respetando la necesidad de su ubicación razonablemente desarrollada en el extenso territorio con cercanía a los polos de producción propios de las características naturales.

Por último debe tomarse en cuenta, seriamente y no de manera trivial o secundaria, la coordinación de la negociación colectiva de manera que resulte instrumento útil para la promoción del empleo para lo cual se disponen técnicas que se han aplicado en otras latitudes sin que ello signifique atentados contra la productividad. Hay en la convención colectiva una potencia a desarrollar de su función promotora de empleo e incluso como distribuidora del mismo, esto último a través de las bolsas de trabajo⁴⁸ que algún convenio actual lo mantiene aunque con una aplicación moderada por los usos.

3. EL TRABAJO DECENTE

Con esta expresión acuñada por la Organización Internacional del Trabajo y adoptada como objetivo político por el Gobierno Nacional en el art. 7 de la ley 25.877, se trata de identificar un puesto de trabajo debidamente registrado según la normativa legal, en el cual el trabajador obtenga remuneración suficiente, y demás condiciones dignas. En la versión del documento de la OIT: *"El trabajo decente puede ser sintetizado en cuatro objetivos estratégicos: principios y derechos fundamentales en el trabajo y normas laborales internacionales; oportunidades de empleo e ingresos; protección y seguridad social; y diálogo social y tripartismo. Estos objetivos tienen validez para todos los trabajadores, mujeres y hombres, en la economía formal e informal, en trabajos asalariados o autónomos; en el campo, industria y oficina; en sus casas o en la comunidad"*⁴⁹.

La lectura de esa declaración no hace sino traducir en una fórmula apretada los distintos elementos que siempre han configurado el perfil de un puesto de trabajo dentro de la ley y nuestro régimen constitucional –integrado con el derecho

⁴⁸ Cabría examinar a fondo este tema de las bolsas de trabajo para ubicar constitucionalmente su mecanismo de modo de no colisionar con derechos que se hallan protegidos especialmente como es el de contratar y el de libertad sindical.

⁴⁹ Memoria del Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, 1999. Mayores detalles sobre la interpretación de este concepto se pueden encontrar en la página web del Centro de Información para el desarrollo del conocimiento de la formación profesional www.oitinterfor.org. En la "Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa" aprobada en la Conferencia Internacional del Trabajo del 10/6/08, se reafirma el reconocimiento de los principios definitorios del trabajo decente sosteniendo que todos los Miembros de la Organización deben aplicar políticas basadas en el empleo, protección social, diálogo social y normativas internacionales del trabajo que son absolutamente indivisibles, "son inseparables, están interrelacionados y se refuerzan mutuamente". La falta de promoción de cualquiera de ellos menoscabaría el logro de los demás, afirma el documento.

internacional del trabajo— contiene sin duda todos los principios y mandatos necesarios para llegar a ese paradigma. Se trata simplemente —nada menos, sería la expresión más ajustada a la realidad— que hacer cumplir la ley y adoptar medidas coherentes y permanentes, relacionadas con la política socioeconómica. Sin duda que el tema más agudo que se plantea o enfrenta en ese plan es el de la existencia casi incoercible de una de las manifestaciones más tremendas por sus consecuencias sociales, esto es del incumplimiento de la ley bajo la forma de la inobservancia de las obligaciones de registro del empleo. Quizás no haya mejor expresión de lo que puede ser un trabajo indecente —lo contrario del modelo de la OIT— que el trabajo “en negro” porque las consecuencias físicas y espirituales, de todo rango que puede padecer el trabajador que se desempeña en esas condiciones, no quedan en su persona sino que se proyectan más allá incluso de su núcleo familiar, hacia toda la sociedad actual y futura⁵⁰. Los esfuerzos intentados para superar esta enfermedad que como adelanté no es más que una de las manifestaciones de un virus penetrado en la sociedad argentina, cual es el de la anomia (Nino), no han tenido éxito⁵¹. Prestaré atención a los aspectos causales del problema. Sin duda para atacar este mal es preciso identificar adecuadamente sus causas, cuestión que vincula a economistas, laboralistas, sociólogos y por qué no, moralistas.

El fenómeno cuya importancia e influencia ya ha sido destacado en innumerables oportunidades, es reconocido como una obviedad y esto creo que complica la cuestión y de esa aceptación casi resignada resulta que no somos capaces —me involucro como deben hacerlo todos sin excepción, aunque sea mayor la responsabilidad operativa de algunos— de superar el tema. Se trata de la inicua situación de que casi el 40% de las relaciones laborales individuales de nuestro país, se desenvuelven en la marginalidad, en la ilegalidad y que sobre ella descansa la subsistencia de un sector importante y gravitante de la economía productiva.

En efecto, bajando un poco a los datos concretos, un rápido análisis de la situación anotada nos indica, que *“uno de cada tres argentinos pertenece a un hogar donde ninguno de los miembros tiene un empleo formal. Son casi cinco millones de ocupados no regulados en el sector privado, el servicio doméstico o el trabajo por cuenta propia. Ser informal tiene costos muy elevados: desprotección legal, privación de beneficios, carencia de seguridad social, menor*

⁵⁰ El fenómeno del trabajo no registrado, precario, en negro, o denominaciones similares que no cambian sustancialmente la naturaleza del fenómeno, registra antigüedad en nuestra sociedad y la preocupación de intelectuales y políticos se expresó desde hace décadas. En este sentido puede destacarse la acción de investigación y difusión que desarrollaron tanto el Ministerio de Trabajo, de distintos gobiernos, como la Organización Internacional del Trabajo y en particular el CIAT. Una publicación que testimonia esa acción es la titulada “El empleo precario en Argentina”, tomos 1 y 2, marzo 1988, donde varios autores juristas y economistas estudian distintas facetas del fenómeno en nuestro país.

⁵¹ El fenómeno con mayor o menor intensidad se manifiesta igualmente en otras sociedades y tampoco en ellas las medidas para sofocarlo han sido exitosas. Lo cierto y definitivo es que la acción estatal y aún la eventual de los sindicatos ha demostrado la ineficacia para lograr el anhelado proceso importante de regularización. La opinión general de los expertos en el tema es la de que habría que concentrar los esfuerzos en la formalización de los establecimientos de menor tamaño, donde se concentra la mayor parte del empleo no registrado. Para ello no sirve mucho la inspección del trabajo, ni los incentivos que no modifiquen el régimen general a favor de un régimen específico para esos establecimientos.

*salario por el mismo trabajo, mayor incidencia de la pobreza y el desempleo. La informalidad laboral es la base de la exclusión social*⁵².

4. LAS CAUSAS DEL TRABAJO NO REGISTRADO (EN NEGRO)

Trataré de pasar revista rápida como anticipé a lo que se consideran las causas de este comportamiento evasor. En este sentido es necesario destacar que como sucede con todos los fenómenos sociales, las causas de la existencia de trabajo no registrado son múltiples y confluyentes. Un intento de enumeración implicaría por lo menos los siguientes puntos.

- a) La falta de registración del empleo –como lo adelanté– es una manifestación particular de un comportamiento general, insertado en la cultura nacional y conocido por todos por la propia experiencia y la que se padece. Se trata de lo que hace tiempo un autor denominó “**anomia**” general. Esto es la conducta generalizada de incumplimiento de la ley a lo que me he referido anteriormente. En este marco, puede decirse que una de las causas básicas del incumplimiento en la registración del empleo –vale para los dos lados– está nutrida por ese comportamiento cultural de carácter general, manifestado concreta y particularmente en un fenómeno que presenta, además, la particularidad de que cumplir con la ley cabalmente, tiene un costo económico, lo cual indudablemente, coadyuva a la inclinación indicada de no cumplirla⁵³.
- b) También hay que mencionar la influencia de la **desocupación**. Sin duda que la aceptación de un empleo sin registración es la opción a no trabajar y esto actúa casi extorsivamente de manera dramática. Sobre esto no resultará ajeno a este problema, señalar que este fenómeno había llegado a niveles mínimos, como los que se han anunciado⁵⁴, pero debe reconocerse que este registro está indicando el piso último de posibilidades de ocupación ya que como se anotó antes, en el sector de las grandes empresas, se demanda trabajadores y no se recibe oferta adecuada. Es que la calificación exigida por las nuevas tecnologías, no ha sido alcanzada por un número importante de la población trabajadora, lo cual la condena a no poder emplearse en un puesto “decente”, debiendo conformarse para subsistir, con empleos precarios e informales. Se vincula pues el tema del trabajo en negro con el desempleo y con la crítica situación por la que atraviesa, desde hace años, la educación y capacitación.

⁵² Ernesto Kritz, SEL CONSULTORES, “Newleter sobre la situación laboral y social de la Argentina”, mayo 2007. Datos más recientes, suministrados por el INDEC – con todas las reservas que esto supone debido a cuestionamientos sobre la autenticidad de sus informes estadísticos – indican que 4,4 millones de personas que representan el 39% de la población económicamente activa, tienen ocupación informal tanto en el sector privado como en el público, servicio doméstico, cuentapropistas, plan jefes. (“Informes de la Economía Real, Empleo y desarrollo social”, febrero 2010.) En el sector privado la falta de registración alcanza actualmente al 34,7% (octubre 2011).

⁵³ Lo más alarmante de estos datos es que las respuestas de una encuesta denuncian que el sector de los políticos (con 74%), los policías (56%), los funcionarios públicos (49%) y los jueces (41%), sean percibidos como los mayores y principales violadores de la ley.

⁵⁴ Para el segundo semestre de 2011 el porcentaje de desempleo era del 7.3% siempre calculado sobre la PEA. Este porcentaje, sin embargo, como se indica en el texto, podría ser, seguramente inferior si se toma en consideración la industria más tecnificada donde resulta hartamente difícil obtener personal capacitado.

- c) Desde otro ángulo se puede reconocer como elemento influyente en ese comportamiento ilegal, la **presión tributaria**. Este dato no es indiferente sobre todo a nivel de empresas de pequeña dimensión en las cuales se aprecia que básicamente su subsistencia se apoya en el incumplimiento.
- d) No es ajeno a la situación que vengo exponiendo, la existencia de una normativa con **estructura exageradamente regulada estatalmente**, con poco margen de operatividad de otra de las fuentes elementales para igual objetivo, cual es la negociación colectiva y más concretamente, su fruto, las convenciones colectivas de trabajo. Esta característica de la ley argentina, sobre lo cual hago hincapié, ha sido denunciada desde el mismo momento de la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo, al haberse encontrado tanto el jurista como el operador con un conjunto normativo rígido y detallista que deja poco o ningún margen –salvo que esté orientado al mejoramiento de las condiciones de trabajo– para los sujetos colectivos, más cercanos, por definición, a las variadas y cambiantes realidades de las relaciones laborales en función de las transformaciones de orden económico, técnico, social, etc. que se van registrando en el mundo empresario donde está llamada a aplicarse aquella ley, operen ejerciendo sus propias autonomías. Las ventajas de la convención colectiva sobre la norma estatal fueron motivo de llamados de atención de juristas relevantes como fueron Deveali y Ferro, entre otros, quienes desde el principio de la vigencia de la LCT destacaron las enormes virtualidades y potencialidades de la negociación colectiva, no sólo para mejorar las condiciones laborales, sino principal y sustancialmente para adaptarlas a las realidades de los distintos sectores.
- e) Seguramente que en alguna medida influye en este tipo de incumplimiento la **compleja gama de operaciones** que requiere la inscripción correcta de empleo en las condiciones exigidas por la ley⁵⁵. Esta dificultad presenta perfiles de mayor complicación en el caso de las pequeñas empresas ya que no están en condiciones, por las razones antes anotadas, de recurrir a especialistas que realicen esos trámites –aunque se los instrumente por vía electrónica– para actuar regularmente. La indispensable simplificación burocrática no se manifiesta de manera suficiente y amplia, pero debe destacarse que aún cuando esta mejora se ha implementado en algún sector (como ocurre con el servicio doméstico), la respuesta no ha sido importante⁵⁶.
- f) Un elemento que incide en los factores que se han enunciado es sin duda, la **uniformidad normativa** en materia de protección. Es decir que las disposiciones tanto de la LCT como de las convenciones

⁵⁵ Orientado hacia encarar ese aspecto el art. 39 de la ley 25.877 ordena a la autoridad administrativa del trabajo a establecer "el organismo encargado y los procedimientos destinados a la simplificación y unificación en materia de inscripción laboral y de la Seguridad Social, con el objeto de que la registración de empleadores y trabajadores se cumpla en un solo acto y a través de un único trámite."

⁵⁶ La regularización del empleo en este sector, después de la implementación de medidas que facilitaban la inscripción y se establecía un reducido aporte contributivo, no fue de la importancia que se esperaba y actualmente, sólo 260.000 empleadas domésticas están registradas. Esto es que la ocupación en negro sigue afectando a la mayoría.

colectivas, no ofrecen, en general, diversificación en función de la dimensión empresaria por lo que el peso relativo de aquéllas, en costo y en complicación burocrática, es muy diferente para la gran empresa industrial, de servicios o comercial, que para el pequeño negocio o taller y esto se vincula con el ya mencionado tema de la baja productividad y el escape hacia la evasión.

- g) Finalmente no por menos importante, sino al contrario porque está en la base de todo el problema, debe atenderse al fenómeno de **exclusión**. Como lo destaca un informe de la Escuela de Economía de la Universidad Católica Argentina⁵⁷, *"debido a las imperfecciones y/o insuficiencias en el proceso de acumulación de capital, el sector más moderno de las economías en vías de desarrollo es un enclave relativamente pequeño que da cabida a una fracción menor de la fuerza laboral—generalmente los sectores más acomodados, con mejor acceso a la educación y mejores oportunidades para insertarse en la economía formal. El resto de la población tiene escasas posibilidades de ingresar al sector formal por lo que busca y encuentra en la informalidad la vía de inserción laboral y subsistencia. Según esta visión, la informalidad es el refugio para quienes están excluidos del sector moderno"*.

Como se explicó al principio de este apartado, las causas que pueden enunciarse, no actúan individualmente y por lo tanto las soluciones deben encarar éstas y las que aparezcan de estudios más profundos, con políticas variadas que actúen, de manera análoga, en forma conjunta⁵⁸. No debe dejarse de considerar que "sector informal" y "empleo no registrado" no son exactamente sinónimos por cuanto la última de estas categorías se presenta con densidad destacable en sectores de empleo de nivel superior donde se ocultan ingresos para evadir normas de la seguridad social.

Pasemos ahora al análisis de cómo se manifiesta este fenómeno de irregularidad registral.

Es sabido que el trabajo no registrado se presenta cuantitativamente en porcentajes superiores cuando se trata de empresas con menos de cinco empleados. He aquí un dato que revela que la cuestión del trabajo no registrado, no está aislado de otro fenómeno, seguramente más complejo. Porque está claro que la subsistencia misma de ese sector de las llamadas pequeñas empresas o mejor dicho microempresas, está basado en la marginación no sólo de las relaciones con los trabajadores, sino necesariamente, con la de toda conexión con el sistema fiscal, ya que como es sabido, **no puede concebirse trabajo en negro sin ingresos en negro**⁵⁹. Es cierto que el

⁵⁷ "Informes de la economía real. Empleo y desarrollo social", julio 2007.

⁵⁸ La complejidad del fenómeno así como los nuevos enfoques que merece el tema, han sido analizados por María Antonio Gallart, "Enfoques actuales sobre el sector informal", en Estructura productiva y empleo. Un enfoque transversal", MTESS, 2007, p.81.

⁵⁹ En el mencionado informe, Kritz indica como elementos indispensables de la estrategia dirigida a superar esta situación, "la revisión de las regulaciones que determinan el costo laboral no salarial en las micro y pequeñas empresas de baja productividad, una reforma del sistema del financiamiento de la seguridad social que sustituya las contribuciones sobre la nómina salarial por un impuesto de base neutra... y la desvinculación progresiva de la seguridad social del modo de inserción en el mercado de trabajo".

fenómeno tan localizado como se acaba de señalar, no se limita a ese foco de empresas de limitada magnitud, pero seguramente que allí está el grueso de la población que carece de protección social abarcando las familias, y las consecuencias en materia de salud, educación, etc.⁶⁰. Cuán pobre se presenta entonces nuestra ciencia y nuestros jueces para asumir la responsabilidad de dar solución a semejante problema. Esta es una primera manifestación, ajena quizás a lo que estrictamente podemos asumir como cuestión propia del derecho del trabajo, pero que sin duda condiciona y deteriora el sistema de relaciones laborales. Lo indiscutible de esta observación acerca de la generalidad que abarca el incumplimiento de la ley, se objetiva en una encuesta cuyos resultados son abiertamente llamativos y a la vez preocupantes: el 86% de la población entrevistada⁶¹ considera que la Argentina vive la mayor parte del tiempo al margen de la ley.

¿Cuál es la acción del Estado, y cuál la de los sindicatos, que tienen la carga directa del rol de defensa de los trabajadores? Qué puede reclamarse para dar solución al problema cuando, como se ve, la cuestión trasciende abiertamente el ámbito específico? Pero bajo el mandato de mirar la realidad, digamos desde ya, este es el presente del derecho del trabajo en Argentina: **un campo de aplicación pavorosamente limitado ¡quizás unos cuatro millones de personas sobre la población de cuarenta millones!** Pero entonces, esto nos lleva a considerar que tales conductas evasoras —en un sentido amplio y comprensivo— no se arreglan con inspecciones impensables de instrumentar frente a la dispersión del campo de control; tampoco con la exigencia de una acción sindical puntual, cuando por la misma razón, no resulta imaginable la acción omnipresente de ese órgano básico de ejecución del principio protectorio. Es que el tema trasciende, lo repito, el terreno de lo laboral y penetra por un lado, en el de una estructura productiva que no se acomoda al reconocimiento de estas asimetrías y en la fenomenología sociocultural, por otro.

En efecto, como he subrayado, el tema no pasa simplemente por la debida registración de las relaciones laborales sino que se extiende a la regularización impositiva y sus correlatos y este escenario, en términos económicos, hace inviable la existencia misma de esos emprendimientos. Lo cierto es que, como lo han señalado los especialistas, las empresas de esa dimensión **subsisten por la ventaja competitiva que les otorga su situación de marginación**

⁶⁰ Transcribiendo lo que explica Kritz, "una pista para comprender estas disparidades salariales es la distribución del empleo no registrado según el tamaño de las empresas (que puede considerarse un proxy de la productividad). Esa distribución no es homogénea sino que está concentrada en las más pequeñas: más de 90% de los asalariados privados informales pertenece a firmas de hasta 40 personas (el límite de pequeña empresa definida por la ley 24.467). Más significativo, dos tercios de éstos, el 54% del total de asalariados no registrados, trabaja en establecimientos de hasta 5 personas; si se suman los que ocupan de 6 a 10 personas, la proporción se eleva al 74%". O sea que considerando los micro emprendimientos que ocupan hasta cinco trabajadores, se registra entre ellos cerca del 60% de informalidad; y si se extiende la base a los que ocupan hasta diez trabajadores, encontramos concentrada la evasión en casi el 80% de la total. Esta concentración de la evasión en el sector de las micro o pequeñas empresas, explicable por las razones que se anotan en el texto, aparece como universal si se examinan los informes de países como Italia, donde la presencia relativa de esas unidades en la formación del empleo y sobre todo en la ocupación, son destacables.

⁶¹ "Encuesta de cultura constitucional argentina: una sociedad anómica" Antonio M. Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, Universidad Nacional Autónoma de México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, México, 2005.

total del sistema legal. ¿Qué economía puede sustentarse en semejante condicionamiento? ¿Qué perspectivas de crecimiento razonable del sector que absorbe la mayor parte de los trabajadores del sistema, puede concebirse?

Justamente el tema del tratamiento legal de las PYME –y creo que más particularmente de las pequeñas y micro empresas que tanto aportan a la economía global en nuestro país– resulta preocupación a nivel mundial como lo atestigua el texto de uno de los apartados de la resolución adoptada por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 19 de junio de 2009 bajo el título de “Para recuperarse de la crisis: un pacto mundial para el Empleo”, en la que como respuestas a la crisis, basadas en el trabajo decente, se propone *“reconocer la contribución de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs) y de las microempresas a la creación de empleo, y promover medidas como el acceso a un crédito asequible que les permita asegurar un entorno favorable para su desarrollo”*⁶². Queda el interrogante ¿será suficiente un acceso a crédito para que el maxiquiosco o la farmacia de barrio puedan cumplir con todo el bagaje de obligaciones y cargas que impone una legislación que como la de Argentina, ha sido dictada tomando como modelo la gran empresa. ¿O habrá que reconocer que la subsistencia de las pequeñas empresas está subordinada a la aceptación de la ilegalidad, siendo la alternativa contraria de imposición de la regla legal, la desaparición de ese sector como lo plantea alguna doctrina? *“Crear condiciones para que ambos objetivos –la continuidad de la producción y el trabajo docente– se vuelvan compatibles y crezcan es el gran desafío para las políticas sociales”*⁶³.

Evidentemente la superación de semejante aberrante panorama de incumplimiento, exige voluntad política por una parte, participación de todos los sectores involucrados, reformas técnicamente elaboradas con la intención de modificar el esquema que produce tales desequilibrios, sinceridad de propósitos y voluntad de lograrlos más allá de los intereses particulares. Discurso este que presento, ya conocido y escuchado hasta el hartazgo. Pero no encuentro otra manera de expresarlo, salvo la de que sea intentado con honestidad. ¿Podemos esperarlo de los argentinos? Lo dice un argentino.

El otro factor mencionado, de orden sociocultural, es de tanta o mayor gravedad cuando se propone su superación. Porque también de modo reiterativo, destaco que el problema de la no registración y del incumplimiento fiscal, no se explica –al menos no sólo– porque el sistema sea engorroso, costoso, de difícil instrumentación en un negocio pequeño. Esto linda con la hipocresía, si se pone atención en cuál es el comportamiento social generalizado, en todos los niveles y ámbitos de nuestra sociedad. El virus del incumplimiento ha prendido de manera general en la población y se viene heredando con la manifestación cada vez más intensa y abierta, sea en transitar en bicicleta de contramano, conducir hablando por teléfono celular o evadir impuestos. No podemos

⁶² El texto de la resolución mencionada adoptada en la 98ª Conferencia Internacional del Trabajo, se puede consultar en Revista de Trabajo, MTEySS, Año 5, número 7, p.229. También en ese número de la Revista de Trabajo se puede leer la Declaración de Buenos Aires de 2009, “Enfrentar la crisis con desarrollo, trabajo decente y protección social”, aprobada en la XVI Conferencia Interamericana de Ministros de Trabajo, Bs. As. Octubre 2009.

⁶³ Conf. María Antonio Gallart, “Enfoques actuales sobre el sector informal”, ob. cit. p. 100.

desconocer esta realidad al momento de mirar con sinceridad y honestidad, este fenómeno que por tantas vertientes, termina en un problema puntual de cómo son y por qué así, las relaciones laborales y por qué y así, el sistema de seguridad social aparece a cada momento, atacado de crisis disimulada por mecanismos presupuestarios⁶⁴.

Por lo demás no se puede ignorar que el proceso de globalización y competencia internacional, así como la introducción de tecnologías de información y comunicación permiten a los empleadores subcontratar con empresas que alejan la posibilidad del control legal, aunque no libere de tal deber al empresario principal⁶⁵. En estos casos se produce una atomización de la producción en pequeñas unidades que utilizan el trabajo no registrado. Como se ve esto apunta a relacionar el fenómeno de la no registración con el de la descentralización tema que merece un tratamiento particular que no puede marginarse al encarar el desempleo dada su trascendencia mundial⁶⁶.

Como se observa el fenómeno de la descentralización, tal como lo analiza Confalonieri, posee trascendencia en todo el campo del derecho del trabajo pero resulta trascendente igualmente en punto a los riesgos de desaparición de puestos de trabajo, cuestión que no siempre aparece considerada como dato central que puede llegar a enmarcar todo el conjunto de las relaciones laborales.

Con estos comentarios acerca de las transformaciones que muestra el mundo económico no hacemos más que poner de relieve la íntima vinculación de ese mirador de la sociedad con el fenómeno de la pérdida de puestos de trabajo en lo cual, a su vez, las reglas laborales no pueden desconectarse de las líneas de política de fomento del empleo coordinándolas de manera de confluir en un mismo objetivo cual es el de impedir el deterioro social, cultural, moral y económico que aquello provoca. Como que se trata de un problema abarcativo como he dicho de toda la sociedad, la responsabilidad por superarlo no es solamente de la autoridad estatal sino que se encuentran comprometidos todos los protagonistas de las relaciones laborales.

⁶⁴ La insistencia de vincular el problema de la informalidad con el sistema de seguridad social se explica si se tiene en cuenta que si se formalizaran las relaciones de trabajo, en los hogares pobres, las retenciones sobre los salarios reducirían su ya insuficiente ingreso disponible. De allí que se postule (Kritz y otros) la implementación de un sistema que descansa sustancialmente en los recursos fiscales como una forma de difundir el soporte de la seguridad social. Aunque no confesado expresamente, existe otro punto que no deja de tener influencia en el comportamiento lentificador del control del trabajo no registrado por parte de los sindicatos y es el que se relaciona con los problemas de orden financiero y estructural que deberían afrontar las obras sociales gremiales en caso de sumarse beneficiarios (trabajadores y beneficiarios en general), con motivo de una regularización masiva de empleos. También opera la reflexión resignada sobre considerar que mejor que ninguno es un empleo no registrado.

⁶⁵ Conf. María Antonio Gallart, "Enfoques actuales sobre el sector informal", ob. cit. p.61 y sgtes. donde se analizan las causas variadas del fenómeno en el nivel internacional.

⁶⁶ Sobre el punto puede verse in extenso, "Derecho del Trabajo", ed. Astrea, dir. Jorge Rodríguez Mancini, 2010, tomo 1, p. 283. También sobre el tema con un enfoque jurídico más amplio "Descentralización productiva y derecho del trabajo", VVAA, Ed. La Ley-Academia de Derecho y Ciencias Sociales, 2010.

IV. EL FOMENTO DEL EMPLEO. TÉCNICAS Y NORMATIVA. LA GESTIÓN PÚBLICA DEL EMPLEO

1. LEGISLACIÓN EUROPEA. LEYES ESPAÑOLAS DE EMPLEO. LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA

Como ocurre en la generalidad de los temas de política social y particularmente los vinculados con el trabajo –en su significado más amplio– el derecho comparado, principalmente español, muestra desde hace décadas la preocupación por un problema de envergadura que requería la atención fuerte del Estado⁶⁷. Por eso vamos a encontrar en su legislación antecedentes variados mediante los cuales se ensayaron políticas de promoción del empleo (además de las dirigidas a paliar los efectos del desempleo)⁶⁸. Sin embargo no es sólo España el país ejemplar en esta materia. Como lo estudia Gabriel Molteni⁶⁹ los países que habían logrado mejorar significativamente su situación respecto del nivel de desempleo eran además de España⁷⁰ Holanda, Dinamarca y también Hungría y Eslovenia en Europa y Corea del Sur y Malasia en Asia y Australia.

Indica el autor citado que es evidente que no basta con políticas laborales para generar empleo si no van acompañando un proceso de crecimiento de la economía. Pero a su vez es destacable que esto último no es condición suficiente para el aumento de la demanda laboral por lo que resulta altamente interesante tener en cuenta esa gestión pública que acompañe el crecimiento macroeconómico. Sin duda que estas experiencias de esfuerzo e inteligencia, no necesariamente pueden ser trasladadas a otras situaciones nacionales cuyas características de estructura económica y de desarrollo institucional y estructural difieren, pero no cabe duda que han de servir de base de estudio y análisis para implementar medidas de promoción del empleo.

Un punto que es digno de considerar es que en ese análisis de medidas que obtuvieron resultados positivos en la reducción del desempleo, se destacan políticas activas que abarcaron los temas de flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo y mayor aprovechamiento de la multifuncionalidad sin afectar mayormente –salvo algunas excepciones– la estabilidad en el empleo pero acompañando estas modificaciones con revisión de la política impositiva reduciendo las cargas directas sobre el trabajo. Por supuesto que estas reformas,

⁶⁷ Por otra parte no puede dejar de mencionarse la acción declarativa – obviamente jerarquizada por su origen – de la Organización Internacional del Trabajo que dedica desde décadas la atención al tema de la promoción del empleo. Desde la Declaración de Filadelfia de 1944 en la que se insta al logro del pleno empleo como objetivo de primer orden de las políticas nacionales, pasando por el Convenio N° 122 sobre política de empleo de 1964 – incluyendo acciones fuera de la organización como el convenio del GATT – la documentación es proficua. Un resumen interesante de esta cuestión se encuentra p.e. en la Memoria del Director General para la Conferencia Internacional del Trabajo (82ª reunión de 1995) y la serie de informes publicados con el título “El empleo en el mundo 1995” es un material básico importante al cual remitimos.

⁶⁸ Según la metodología adoptada en este trabajo prefiero distinguir ambas categorías y separar su tratamiento.

⁶⁹ Gabriel Molteni, “Desempleo y políticas del mercado laboral. Análisis internacional de políticas públicas: algunos casos exitosos”, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas. Departamento de Economía. Documento de Trabajo N° 8, julio 2006.

⁷⁰ Se está hablando de un análisis referido a la realidad económica de hace más de cinco años periodo en el cual la situación ha variado sustancialmente por efecto de una crisis de entidad mundial y particularmente europea.

no fáciles de implementar, tuvieron un marco esencial de participación con el diálogo tripartito involucrando a sindicatos, empresarios y gobierno. Cada vez que se examinan estos tipos de modificaciones en las relaciones de trabajo, se encuentra como elemento indispensable ese ingrediente de participación y diálogo, fenómeno que se repite en distintas latitudes y que por el contrario ha costado y cuesta implementar en nuestro país. No es necesario aquí reiterar la cita de los acuerdos marco españoles pero sí es útil recordar que lo mismo se dio en otros países como Holanda, Dinamarca, Irlanda, y aun en otros países de distinto nivel económico y político como la República Checa. Quiero significar que no se concibe avance alguno en estas transformaciones profundas de las relaciones económicas y sociales si no se alcanza el consenso racional de los protagonistas.

De lo que no cabe duda es de la exigencia imperiosa de la acción estatal dirigida a la promoción del empleo y a la protección de los desempleados. Se destaca el dato de que en *"España desde 1997 ha aumentado significativamente su gasto en políticas laborales activas, lo que ha generado una activación exitosa de los programas para el mercado laboral. El gasto total en políticas laborales creció un 150% entre 1997 y 2001. Pasó del 1,3% del PBI en 1993 a representar el 3,1% del PBI en 2000, con más del 42% dirigido a políticas activas. Desde 1998, la introducción de planes de acción nacional centrado en promover la empleabilidad, promover la estabilidad laboral y facilitar la creación de empresas contribuyó al éxito de España"*⁷¹.

Ninguna de estas políticas de promoción del empleo prescinde de otro elemento sustancial para asegurar las posibilidades de empleabilidad y es el de estructurar seriamente políticas de capacitación. En España la ley sobre capacitación vocacional integró tres subsistemas según grupos de población abarcados y autoridad responsable a cargo de cada una: a) la formación vocacional inicial/regulada (bajo el control de autoridades educativas; b) capacitación vocacional ocupacional bajo responsabilidad de las autoridades laborales y c) capacitación continua bajo la responsabilidad de las autoridades laborales, administrada en conjunto con los sindicatos y las asociaciones empresarias. Las evaluaciones de este programa muestran fundamentalmente que se había logrado una mejora en las posibilidades de empleo.

Con motivo de la crisis económica que envuelve a todo el mundo europeo, con su origen particular norteamericano, que puso en evidencia fallas profundas en las economías nacionales con distinto grado, en España con problemas de quiebra de la industria de la construcción, se produjo una reforma laboral importante sancionada originalmente mediante el RDL 10/2010, luego modificado parcialmente por las Cortes con la Ley 35/2010. Esta reforma toca variados aspectos de la regulación de la relación laboral y del sistema de seguridad social, especialmente en lo referente a los incentivos de contratación por tiempo indeterminado direccionada especialmente a jóvenes, mayores, parados de larga duración. La intención es la de desarrollar la contratación indefinida y disminuir la alta proporción registrada de trabajo temporal, la llamada "cultura de la precariedad". Es interesante transcribir párrafos del mensaje que acompañó el

⁷¹ Molteni, ob. cit. p. 16.

texto del referido Real Decreto Ley del 16 de junio de 2010, porque traducen sintéticamente los objetivos de la reforma que como se ha dicho luego recibió modificaciones parciales en el trámite legislativo posterior. Dice el mensaje que *"la reforma tiene como objetivo esencial contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española. A estos efectos se dirige a corregir la dualidad de nuestro mercado de trabajo promoviendo la estabilidad en el empleo y a incrementar la flexibilidad interna de las empresas, como aspectos destacables"*. Y sintetiza esos objetivos: primero reducir la dualidad del mercado laboral, impulsando la creación de empleo estable y de calidad; segundo reforzar los instrumentos de flexibilidad interna con medidas de reducción temporal de jornada, traslados colectivos, modificaciones unilaterales de condiciones de trabajo, etc.; tercero elevar las oportunidades de las personas desempleadas con particular atención de los jóvenes. Se establece —aunque no de inmediato— la reducción de los importes de las indemnizaciones por despido por causas económicas, mediante la asunción transitoria por el Fondo de Garantía Salarial de una parte de aquéllas.

Es importante el anuncio de una reforma más profunda como es la de establecer un modelo de capitalización individual por cada trabajador a lo largo de su vida laboral con un número de días por año a determinar en futura legislación. Este fondo puede ser dispuesto por el trabajador en los casos de despido o acumularlo hasta el momento de la jubilación.

Esta reforma completada como se dijo con el dictado de la ley 35/2010⁷², no ha sido recibida favorablemente por distintos sectores sociales y de la doctrina y debe tenerse en cuenta que se intenta implementar en un marco de desempleo inusual: sobre un total de diecisiete millones de trabajadores que componen la fuerza laboral en España, había a la fecha del dictado de estas normas, ¡cuatro millones de parados!⁷³. Las medidas extraordinarias para situaciones extraordinarias. *"La cuestión en España es que el modelo de crecimiento ha sido muy peculiar y en todo caso, distinto al de las economías del norte donde las políticas de flexiguridad van funcionando. Y también la crisis ha aparecido como diferente. El rápido desempleo no se debe sólo a la tipología del mercado de trabajo en el que la fuerte presencia de trabajadores temporales funciona como colchón de ajuste; también y sobre todo, a la caída de la actividad sobre la que había descansado el crecimiento de los últimos años: la construcción"*⁷⁴. Pero lo importante es que se reconoce y proclama que *"estas modificaciones en el terreno de las relaciones laborales no son suficientes si no van acompañadas de profundos cambios y adaptaciones en el modelo económico"*.

Con anterioridad al dictado de las reformas que se han sintetizado, es importante tener en cuenta que en el ámbito europeo y en particular en España,

⁷² En un cuadro sumamente didáctico se pueden ver las diferencias entre el texto del RDL del 16/6/10 y la ley 35/10 en www.bufeteconesa.com/actualidad/articulos/laboral/especial-reforma-laboral.

⁷³ Dato de necesaria actualización en función de la prolongación de la crisis, para entender y reflexionar sobre las causas del desempleo.

⁷⁴ José María Goerlich Peset, "Derecho del trabajo y protección social: ¿nuevas relaciones en el escenario de la flexiguridad", conferencia en el XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tucumán, 9 de octubre de 2010. En la página web www.asociacion.org.ar se puede leer el texto completo de la conferencia.

se registran múltiples disposiciones que se han ido dictando desde la última posguerra (1945 en adelante) intensificadas al formarse y constituirse finalmente la Unión Europea, para culminar en documentos de trascendencia como el más reciente "Proyecto Europa 2030. Retos y oportunidades", elaborado por políticos y juristas a pedido de la Unión Europea. La nómina y detalle de esos documentos a lo largo de décadas muestran la preocupación constante por el tema de empleo, habiéndose instrumentado técnicas financieras de magnitud inusitada –propias de los años de esplendor en la economía europea– destinadas a formar fondos de desarrollo con finalidades entre otras, de financiar planes de acción para el empleo en los Estados miembros, especialmente en las regiones de menor nivel de producción. Son ejemplos de ello el Fondo Social Europeo, el Fondo Europeo para el Desarrollo Regional, el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, el Fondo de Cohesión. Para España unos documentos centrales son el Plan Nacional de Acción para el Empleo de Reino de España y la Ley de Empleo 56/03 que fija como objetivo general de la política de empleo *"garantizar la efectiva igualdad de oportunidades y la no discriminación, teniendo en cuenta lo previsto en el art. 9.2 de la Constitución Española, en el acceso al empleo y en las condiciones orientadas a conseguirlo, así como la libre elección de profesión u oficio que pueda prevalecer discriminación alguna, en los términos establecidos en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores"*. También declara como objetivo *"mantener un sistema eficaz de protección ante situaciones de desempleo"* (art. 2)⁷⁵. En esa ley se crea el Sistema Nacional de Empleo bajo la conducción de un organismo que se integra con representaciones de las comunidades autónomas y la participación de las organizaciones empresarias y sindicales más representativas.

Todo esto da cuenta de la preocupación constante de elaborar políticas permanentes que trascienden los gobiernos y las posturas políticas, adoptando medidas de carácter estratégico con coordinación internacional. Seguramente –y cualquiera sea el resultado concreto de cada medida– esto indica una experiencia y una cultura política propia de países desarrollados⁷⁶.

En ese orden de planificación y respondiendo a situaciones puntuales del país, se han adoptado medidas de fomento de empleo que se implementaron en España dirigidas particularmente al fomento de trabajo de grupos especiales como las mujeres, los jóvenes, los de edad avanzada, los minusválidos, los desempleados de larga duración, los inmigrantes. En particular cabe marcar la utilización de la jornada como instrumento de promoción de empleo. Reducir la duración de la jornada implica obviamente la exigencia de contratar más trabajadores para cubrir esos horarios disminuidos. Ya se ha marcado de qué manera normas estrictamente referidas a la reglamentación de la prestación en

⁷⁵ Coherente con la política general que reina en la Unión Europea la ley de empleo, después de proclamar el destierro de cualquier discriminación, limita su aplicación "a los nacionales de Estados miembros del Espacio Económico Europeo y, en los términos que determine la normativa reguladora de sus derechos y libertades, a los restantes extranjeros."

⁷⁶ Como que los problemas que ha traído aparejados la crisis general de la Unión Europea, son de extensión y profundidad no conocidos hasta el momento, resulta comprensible que esos puntos de acuerdo que se vieron reflejados en los documentos que menciono en el texto, no se vean reflejados tan fácilmente a la hora de encontrar políticas conjuntas para superar la terrible situación con que se enfrentan estos países.

el contrato de trabajo —esto es típicamente pertenecientes al derecho del trabajo— pueden y de hecho así sucede, ser instrumentos de la política de empleo. Por eso no debe llamar la atención que el tema de la limitación de la jornada —sin disminución de la remuneración— constituya un capítulo importante que se considere dentro de la política de empleo en Europa y particularmente en España y Francia donde la reducción a treinta y cinco horas semanales produjo reacciones que obligaron finalmente a volver a los niveles anteriores⁷⁷. También integra el capítulo de instrumentos propios de la reglamentación de la prestación contractual, para utilizarlos como medios de promoción de empleo, el manejo de los límites de las horas extraordinarias, lo que en el caso del Estatuto de los Trabajadores de España, se halla expresamente contemplado como ligado a dicha política (art. 35.2)⁷⁸. Un desaliento a las horas extras —comúnmente deseadas también por los trabajadores con el deseo de incrementar sus remuneraciones— consiste en encarecer el costo de la seguridad social con respecto al pago de las horas extraordinarias.

También se ha ensayado otro mecanismo como es el de ensanchar los permisos y licencias, retribuidos o no, porque de ese modo se obliga a contratar reemplazantes. O el de la promoción de los contratos a tiempo parcial.

Ligado al tema está también el de la edad jubilatoria ya que su manejo por la ley para aliviar las cargas del sistema aumentando el límite exigido para el retiro, se complica con la consecuencia obvia de disminuir la liberación de puestos de trabajo. En contrapartida y con el fin de permitir la renovación de la planta de ocupados, se ha intentado la disminución de la edad jubilatoria, o la jubilación anticipada, opción que sólo fue autorizada originariamente en el caso de España, por sentencia del Tribunal Constitucional cuando se efectuaba sin reducción de la planta o sea con la sustitución por un trabajador desempleado, criterio que más tarde fue dejado de lado por el Tribunal Supremo que no consideró obligatoria tal sustitución⁷⁹.

Otros mecanismos de política de empleo se articulan en la legislación española a través de los conocidos “contratos de relevo” y “jubilación parcial”, de algún modo combinados. Se trata del supuesto de un trabajador próximo a jubilarse con todas las condiciones exigibles salvo la de la edad mínima. En este caso se produce la jubilación parcial pero la empresa debe celebrar un contrato de relevo por el tiempo que falta hasta que el relevado cumpla con la edad mínima.

En el campo del empleo público se anota el propósito de regular restrictivamente el pluriempleo en el sector público, aspecto que naturalmente viene unido a la política general en esa materia de contratación por el Estado,

⁷⁷ En nuestra experiencia nacional se observa la reducción de la jornada implementada en algunos convenios colectivos sin que pueda asegurarse cuál ha sido la intención de la reducción, esto es si se ha tenido en cuenta como integrante de una política de empleo o simplemente como logro de una ventaja para los trabajadores ocupados. Cualquiera sea el propósito el efecto es el mismo.

⁷⁸ Esta previsión sin embargo debe articularse con modalidades permitidas en el sistema español y relativamente en el nuestro, según las cuales las horas extras pueden compensarse con descanso. Semejantes técnicas han sido intentadas en Francia.

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 22/81 y sentencia del 27/12/93 del Tribunal Supremo, citadas por Saragosa y Saragosa, ob. cit. 373/4.

método que como es sabido se ha utilizado –particularmente en nuestro país durante largos períodos– como medio de absorción de la demanda de empleo⁸⁰.

2. LA FLEXIGURIDAD

Se han hecho varias referencias a esta expresión en los párrafos anteriores. Vale la pena extenderse un poco más acerca de su significado ya que la palabra presenta un cierto exotismo como resulta de una combinación de dos vocablos que poseen en nuestra disciplina su propio significado: flexibilidad y seguridad.

En el estudio citado antes, realizado por Gabriel Molteni, se recuerda la experiencia positiva en los países mencionados de la llamada *flexiguridad* sobre la cual se ha escrito y debatido por considerar que tales procedimientos y modificaciones de las relaciones jurídicas laborales no siempre conducen a un mejor resultado. En efecto el esquema básico de la flexiguridad que consiste en la realización de lo que se ha llamado “triángulo de oro” porque combina la flexibilidad en la contratación laboral con la protección del empleo y la activación para la creación de nuevos empleos, para apostar a la empleabilidad mediante la continuidad de la capacitación⁸¹ no ha sido recibido favorablemente en otros países europeos más ligados a esquemas de mayor regulación de la relación como España, Francia o Italia.

No debe ser ajeno a esta diversa actuación de las medidas de flexiguridad la circunstancia de que los conceptos que se combinan o yo diría yuxtaponen, son de por sí antagónicos en cuanto están vinculados directamente con los dos sujetos actores de las relaciones laborales: flexibilidad/empresario; seguridad/trabajadores. Pero lo importante es que justamente por esas asociaciones la expresión resultante no se presenta con significados claros en sus concreciones. Como expresa Goerlich Peset, “*el debate europeo respecto a la flexiguridad es una buena muestra de ello*”.

Sin perjuicio de los antecedentes que arrancan de la década del 90, representados por estudios y documentos que intentan afrontar las exigencias del crecimiento y la competitividad con determinadas políticas de empleo centradas en la formación y la empleabilidad, debe destacarse el papel del Libro Verde “*Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*”⁸² como elemento de partida de una amplia y variada discusión en torno a ese tipo de políticas en las que se trataba de conciliar conceptos e ideologías en torno a los problemas sociales que se suscitan a raíz de los movimientos económicos, tratando de enmarcar el tema en la noción acuñada en la Unión Europea: “*economía social de mercado altamente competitiva*”.

⁸⁰ Es sabido que este procedimiento de absorción se intentó detener con el proceso de privatización producido en los años 90, con medidas de prescindibilidad y reorganización a partir de lo cual se registró una caída importante del porcentaje de empleo, demostrándose de tal modo cuál era la realidad del mercado.

⁸¹ Sobre la experiencia canadiense de la flexiguridad véase Adrián Goldin, “Sobre una propuesta de reforma laboral en Canadá”, *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, 2008, p. 821 y “Flexibilidad laboral y protección del trabajador; el modelo danés de flexibilidad y la Argentina”, *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, 2010, p. 2287.

⁸² Noviembre 2006, COM (2006), 708.

En medio de esos debates se perfilaron dos concepciones ideológicas de la flexiguridad: una de inspiración neoliberal que se movería más bien en el terreno del "desmantelamiento" de las instituciones jurídico-laborales; otra, inspirada en la idea del garantismo colectivo, que aspiraría más bien a sumar nuevas soluciones, pero sin introducir más que ligeros retoques a las viejas⁶³.

Se podría sintetizar la postura de la flexiguridad, al menos su objetivo más que su implementación, diciendo que trata de volver al equilibrio que había signado un período de desarrollo europeo posterior a la segunda guerra mundial (1939/1945): crecimiento económico y pleno empleo sostenidos. El aumento de la marginación social, aumentando las desigualdades sociales, reclama una solución que la flexiguridad pretende haber hallado pero con la aclaración –insistente de sus defensores y naturalmente de sus críticos– de que *"el incremento de la eficiencia económica debe ir de la mano de nuevas medidas sociales"*.

Cuando se trata de la seguridad, el acento no está tanto en la idea de la protección propiamente dicha en la relación contractual sino que apunta más a la situación de los trabajadores en el mercado: *"En un mundo en veloz evolución no son los puestos de trabajo lo que hay que proteger, sino a la persona que pierde el empleo mejorando para ello su capacidad de inserción profesional"*. Véase en esta sintética afirmación el universo que incluye porque se está refiriendo por un lado al fenómeno por demás transitado de las modificaciones de la estructura del mercado por efecto de la globalización y la consecuente descentralización, y por otro el de indispensable adaptación de las capacidades laborales para la reubicación laboral, lo que lleva implícita la necesaria formación profesional con carácter dinámico. Como dice Goerlich en el documento citado, *"la idea de la transición profesional es, de esta manera, una idea clave en el concepto de flexiguridad"*.

Antes de continuar con estas aproximaciones conceptuales a ese modelo que se está intentando proyectar desde los países de origen (Holanda, Dinamarca) a otras latitudes europeas, estimo indispensable aclarar que el marco sobre el cual se pretende actuar en esas latitudes, está caracterizado por un dramático y actual panorama de desempleo a niveles desconocidos en las últimas décadas y sobre todo, como se dijo, chocante con la situación de esplendor económico y social alcanzado anteriormente. Por eso el lector argentino debe ubicar estos datos y las medidas adoptadas –con mayor o menor acierto, según los distintos puntos de vista expuestos en esos ámbitos– en el contexto correspondiente. O dicho en otra forma, el nivel de ocupación alcanzado en el último año (2011) en Argentina no parece que debiera provocar preocupación en la línea que estoy explicando ni las perspectivas inmediatas –aun dentro de la tendencia creciente de la inflación– permitirían un vaticinio semejante al de la situación que está pasando España y otros países europeos. No obstante creo que las experiencias extranjeras han sido siempre punto de referencia, inspiradoras de reformas que no siempre fueron felices quizás porque,

⁶³ Goerlich Peset, ob.cit.

como sucede ahora, el marco económico y lo mismo cultural, diferente hacen desaconsejable los trasplantes automáticos⁸⁴.

Pero pese a esa indispensable advertencia, vuelvo a poner la mirada sobre la reforma española que acuña algunos de los objetivos de la fórmula de la flexiguridad, porque pienso que no debe ser ignorada, ni despreciada o descalificada ideológicamente en la medida que toma en cuenta bases de la realidad que en nuestro país –no obstante las diferencias señaladas– pueden llegar a tener implantación y por eso merecen la preocupación futurista (no sé cuán futurista). Me refiero particularmente a la noción de “transición profesional” que guarda estrecha relación con la de flexiguridad. La transición profesional parte de la idea de que la tradicional fórmula de “pleno empleo” (un puesto de trabajo para cada trabajador, durante su vida laboral), será sustituida por una nueva noción de pleno empleo, extendida a toda la población activa, en la cual se incluye menos horas de trabajo, distribuidas de forma flexible a lo largo de la vida, con períodos de trabajo con otras situaciones en las que operen, además de la alternativa tradicional empleo/desempleo –la más dramática y frecuentada como lo destaca Goerlich– como son los de formación/empleo, o las variantes que a lo largo de la vida activa puedan presentarse en la alternativa de trabajo autónomo/dependiente. Y todas aquellas perspectivas casi desconocidas en nuestro país que son motivo de elucubraciones futuristas no despreciables⁸⁵. La flexiguridad no es simplemente una disimulada fórmula de flexibilización (externa o interna) de la relación laboral como podría interpretarse con criterio limitativo, sino que *“trata de establecer mecanismos que garanticen... (esas) transiciones, permitiendo desarrollarlas ordenadamente, superarlas y evitar en todo caso el ‘tránsito’ al exterior de la misma, esto es, a la exclusión social”*⁸⁶.

Superando o venciendo con esfuerzo intelectual *indispensable para un nivel científico y político serio y adecuado*, los prejuicios –no injustificados, me apresuro a aclarar– que en nuestro país operan respecto del concepto de “flexibilidad”⁸⁷, tendríamos que poner atención en cuál es realmente y cuánto de

⁸⁴ Y para no complicar el discurso del texto, valga la advertencia de que no se puede ignorar que en vez de desempleo abierto, Argentina presenta un panorama desolador de empleo no registrado a lo que me he referido más arriba, lo cual a los fines más abarcativos de la política social, presenta semejantes caracteres referidos al desamparo de riesgos de la persona y de la familia en materia de seguridad social en un sentido amplio. Por eso no me parece adecuado o al menos integral, sostener la buena situación de empleo contraponiéndola a la europea, escondiendo ese dato elemental del trabajo no registrado, tan opuesto al propósito internacional y adoptado por nuestros gobiernos del “trabajo decente”.

⁸⁵ Véase más adelante el tema del “fin (terminación) del trabajo” y las observaciones sobre semejante pronóstico apocalíptico.

⁸⁶ Goerlich Peset, ob. cit.

⁸⁷ Como lo he explicado en numerosas ocasiones la flexibilidad que se intentó imponer normativamente con modificaciones como las de las leyes 24465 o 24013 (en algunos de sus capítulos), no mantiene vigencia legal por haber sido dejadas sin efecto de manera que este dato debe subrayarse para no hacer caer en error a sectores mal informados. Por lo tanto la prevención antiflexibilizadora está más bien dirigida a otra situación consistente en lo que se podría denominar “flexibilidad de hecho” que no es otra cosa que el incumplimiento de normas en amplios sectores a los cuales no alcanza ni la ley de orden público, ni la convención colectiva, ni por lo visto, la acción sindical efectiva. Si se computa numéricamente esta escandalosa situación se llega a la conclusión de que el amparo constitucional, legal y convencional del trabajo subordinado – ese que enseñamos bajo el ampuloso título de “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, en universidades y cursos – tiene un alcance dramáticamente limitado: 37% (de trabajo no registrado) del 45% (PEA) del 93% (ocupados) del 75% (trabajadores subordinados) (Mercado de trabajo EPH, 2° Trimestre 2009) de cuarenta millones de habitantes, o sea aproximadamente cuatro millones y medio de personas. Esas son las que bajo aquel amparo gozan de remuneración justa, vacaciones,

aplicable tiene en nuestro medio, la política de flexiguridad. La combinación ya anotada que implica este concepto, supone una ampliación del debate en materia de flexibilidad que opone a los sectores empresario y trabajadores⁸⁸. *"Se trata de cambiar los 'acreedores' de la seguridad: ya no es el concreto trabajador que aspira a conservar su empleo, ahora es el conjunto de los trabajadores que aspiran a ser empleables cuando atraviesen una transición. Cambian también los 'deudores' de seguridad: ya no son los empresarios a los que hay que limitar sus facultades de contratación o de despido sino los poderes públicos, como encargados institucionales del mercado de trabajo en el que desarrollan sus transacciones... Las soluciones contractuales tienen una importancia limitada. Lo verdaderamente importante es el gobierno del mercado de trabajo"*⁸⁹. Sobre todo del lado de la seguridad se puede observar el cambio de enfoque ya que de ella se habla en por lo menos cuatro sentidos que revelan la amplitud del concepto utilizado: seguridad del puesto, seguridad de los ingresos, seguridad del empleo y seguridad de la elección, relacionada con las necesidades vitales del trabajador a lo largo de su vida. Ya no es simplemente el objeto del derecho del trabajo (seguridad del empleo bajo las formas de estabilidad), ni del derecho de la seguridad social (seguridad en los ingresos); la seguridad se centra en la *relacionada con el empleo y no con el puesto*. Esta mirada ampliatoria es básica en el concepto de flexiguridad que puede combinar esos conceptos aparentemente, hasta ahora, opuestos y conflictivos, la flexibilidad y la seguridad.

Los documentos básicos de los que arranca el enfoque europeo de la flexibilidad es el ya citado "Libro Verde", "Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI" de noviembre de 2006, al que cabe añadir una comunicación de la Comisión titulada "Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad", del 27 de junio de 2007⁹⁰ al que se considera el documento más acabado sobre el tema, según Goerlich. Igualmente reviste trascendencia, sobre todo por su actualidad frente a la crisis desatada en Europa, el Informe preparado por varios autores y políticos europeos en mayo de 2010 bajo el título "Proyecto Europa 2030. Retos y oportunidades"⁹¹, donde se destaca que aunque se apueste

beneficios de la seguridad social, etc. (art. 14 bis de la Constitución Nacional, leyes reglamentarias y convenios colectivos de trabajo). Un análisis más refinado de estos datos, sobre todo del porcentaje de desempleados, permite visualizar situaciones extremas de necesidad. Así debe tenerse en cuenta que los datos que se manejan en general son siempre promedios del conjunto pero si se pone el objetivo en grupos se puede ver que p.e. en la población activa de hogares de menor nivel socioeconómico, sólo el 15,4% goza de empleo formal, mientras que esta proporción en los hogares de mayor nivel, alcanza al 63,8%. Además debe considerarse que se computa como ocupado a la persona que manifiesta tener un empleo que si embargo puede estar comprendido en lo que se conoce como el subempleo, esto es una ocupación que abarca una jornada inferior a la normal.

⁸⁸ Vale la pena recordar que hasta 2006 en el orden internacional, más concretamente en el seno de la OIT se escuchaban palabras muy directas a favor de la flexibilidad aunque combinada con la seguridad. Así p.e. su Director General, Juan Somavía, expresaba al iniciarse las sesiones de la XVI Reunión Regional Americana del organismo, que "no podemos olvidarnos de la seguridad de los trabajadores, pero tampoco de la flexibilidad que permita a las empresas actuar en el mercado".

⁸⁹ Goerlich Peset, ob. cit.

⁹⁰ COM (2007), 359.

⁹¹ El informe, producido en mayo 2010 puede verse en www.consilium.europa.eu/udocs/cmsUpload/es_web.pdf. A pesar de que por distintas razones – algunas externas y otras internas – la crisis mundial desatada a partir de los episodios de las finanzas de Estados Unidos que despertaron todas la potenciales crisis existentes en otros países, no se ha sentido hasta ahora con la crudeza e intensidad que ataca a los países europeos – algunos de manera más grave – considero que la preocupación que evidencia el

decididamente por las políticas de flexiguridad, *"las mismas han de enmarcar en la noción de 'economía social de mercado altamente competitiva' que utiliza el Tratado de Lisboa"*⁹². Como se ve en la perspectiva europea los valores y objetivos que se fijan apuntan más allá de intereses sectoriales poniendo el acento en el equilibrio de la economía competitiva con el objetivo social. Creo que con las diferencias de distancia de desarrollo económico, de diversidad cultural, y de otras cuestiones que distinguen esos países del nuestro, la enseñanza es para considerar.

V. LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO

En materia de protección por desempleo es preciso fijar con precisión que el desempleo de que se trata es seguramente involuntario, fruto de un desajuste del mercado de trabajo en el cual la oferta de puestos no resulta suficiente para la demanda que ejerce el grupo de la población que desea ocuparse. Por lo tanto nos parece ocioso desarrollar aquí las funciones de la teoría económica en la cual se pueden hallar posturas encontradas a través de los siglos que dura el crecimiento de la producción a partir de la llamada revolución industrial. Lo cierto, lo constatable, lo real es la desocupación masiva que se presenta en determinados momentos y países, lo cual conduce a la situación de imposibilidad de cubrir necesidades elementales por grupos importantísimos de la población y consiguientemente la obligación –porque no es otra cosa– del Estado de atender semejante problema instrumentando medidas –aparte de las que se han examinado relativas a la promoción del empleo superando la crisis producida– de protección suficiente a esos núcleos afectados por el desempleo. Despejado este asunto nos ceñiremos a los aspectos que son el objetivo de estos aportes, esto es el examen y desarrollo de la normatividad en el derecho comparado, dejando para los especialistas las explicaciones de las causas del paro así como de las soluciones de orden económico para evitar ese desfase apuntado entre la oferta y la demanda de trabajo.

Se trata pues de conocer cómo los países de mayor experiencia histórica han afrontado el problema del paro en el marco de las políticas sociales modernas dentro del complejo entramado de esas políticas que no sólo estarán orientadas a prestaciones que suplan el ingreso perdido sino que se articulen con medidas

pedido y la preparación de un informe de esta naturaleza, no debería ser ignorada o considerada como referida a un problema ajeno que no llegará nunca a preocuparnos. Por el contrario resulta imprescindible que de una buena vez los argentinos y particularmente los responsables de la política, asuman esa misma preocupación y responsabilidad para pensar en un país futuro que sea acorde con las potencialidades que dispone la Argentina. Léanse las recomendaciones que se formulan en el informe y se verá de qué manera existen coincidencias elementales en la formulación de políticas abarcativas de los distintos temas que seguramente afectan nuestra sociedad de manera presente o latente.

⁹² Insisto una vez más en que recomendar la lectura de este documento preparado por un grupo de personalidades políticas y académicas de la Unión Europea – que integraron el llamado "Grupo de Reflexión" y prepararon a pedido del Consejo Europeo el informe presentado como se ha dicho en mayo 2010 – porque evidencia una preocupación con perspectiva estratégica en sus reflexiones y observaciones. Particularmente sobre el tema del empleo y de la flexiguridad el capítulo titulado "Renovación del modelo social y económico europeo" contiene formulaciones de propuestas de políticas activas a nivel europeo, aspecto este último que es subrayado a cada momento en el documento para convencer de que sólo con una acción conjunta y coordinada podrá superarse la crisis actual y avanzar hacia un futuro de fortalecimiento de la economía superando la exclusión social, la pobreza y la discriminación, sea por sexo o por nacionalidad, punto este último que es motivo de un estudio interesante sobre el manejo del fenómeno migratorio.

que actualicen y mejoren la capacidad profesional del trabajador para colocarlo en posición favorable para su reincorporación al sistema productivo (recordar la noción de empleabilidad como elemento central en la política de empleo).

En general en el derecho comparado se registran sistemas de protección que incluyen las dirigidas a impedir que se produzca el desempleo, para lo cual se instrumentan sistemas indemnizatorios que a la vez proveen los ingresos indispensable durante la inactividad forzada y por otro las medidas implementadas a través de los sistemas de seguridad social. El seguro de desempleo es el mecanismo más difundido que trata de cubrir lo que se identifica como una de las contingencias típicas de la seguridad social, así recogida en la Norma Mínima sobre seguridad social aprobada por la OIT a través del convenio 102 del año 1952 implementado bajo distintas denominaciones (seguro de desempleo o seguro por paro forzoso). Su financiamiento es mediante contribuciones que cada país implementa de manera variada. También se practica la financiación a cargo exclusivo del Estado con partidas del presupuesto. Asimismo puede darse que cuando el trabajador no alcanza a cubrir las exigencias para acceder al seguro de desempleo, pueda beneficiarse con una asignación mínima a cargo también del Estado. La duración de la prestación, su importe y las condiciones para percibirlo, naturalmente varían en cada legislación. Estos sistemas de seguro se hallan basados en cálculos actuariales que suponen determinados niveles de desocupación que pueden ser absorbidos por dicho mecanismo pero como es obvio, cuando se producen situaciones extremas en las que por un lado el desempleo desborda esos cálculos y por otro la crisis económica que acompaña el fenómeno no permite incrementar su financiación, puede llegar al colapso del sistema. Es decir que cuando más necesario es el seguro menos seguridad se puede otorgar. Esto además puede registrarse de manera desigual según las actividades creando de tal modo carga de costos en los sectores de mayor estabilidad, dirigiéndose los gastos hacia los de menor estabilidad⁹³.

Cabe mencionar opiniones que sostienen que *"el desempleo engendra desempleo"* (Paul Durand) teniendo en cuenta que la percepción del seguro desalienta la búsqueda de empleo. Por eso los sistemas se preocupan de condicionar la percepción del seguro a rígidas exigencias y a imponer la obligación de aceptar un empleo adecuado que sea ofrecido por las agencias públicas de empleo y en caso de no ser aceptado, sancionar con la pérdida de la prestación⁹⁴.

⁹³ En el capítulo "Renovación del modelo social y económico europeo", del ya citado informe titulado "Proyecto Europa 2030" se señala: "la reforma del mercado laboral es fundamental para la creación de más y mejores empleos. Los Estados miembros deben tratar de mejorar tres aspectos claves de sus mercados laborales: la flexibilidad y seguridad de su población activa ("flexiseguridad"); la movilidad laboral y la cultura y los métodos de gestión de las empresas... En un mundo en veloz evolución no son los puestos de trabajo lo que hay que proteger, sino a la persona que pierde el empleo, mejorando su capacidad de inserción profesional....". Estos y otros párrafos contienen conclusiones elaboradas sobre la experiencia de una realidad que diferenciada de la nuestra, muestra sin embargo, elementos que no sólo coinciden sino que deben dar motivo para reflexión seria sobre la evolución de nuestro mercado laboral.

⁹⁴ Un ejemplo extremo se ha dado recientemente en Alemania donde la obligación de aceptar el empleo ofrecido bajo pena de perder la prestación, llegó a la insólita situación de una joven desempleada que había aceptado desempeñarse como camarera de cafetería o bar, y que recibió la oferta de un "empleo" en un establecimiento en el cual empleo se incluían "servicios sexuales". La legislación establece la obligación de aceptar semejante empleo porque está legalizado como trabajo. Dicha normativa impone además sanciones al empresario que no denuncia la renuncia del desocupado a la oferta de empleo situación que puede ser denunciada a su vez, por empresarios de la competencia.

Acompañando o supliendo el sistema de seguro de desempleo se dan en distintos ordenamientos mecanismos complementarios como son los "fondos de garantía" como son los casos de Bélgica con su "*fonds de fermeture d'entreprise*", o en Italia con la "*Cassa Integrazione Guadagni*" y el "*Redundancy Payment Fund*" en Gran Bretaña⁹⁵.

Debe completarse el cuadro de acciones de protección y de promoción que lo acompaña con la mención de los servicios públicos de empleo, las agencias privadas de colocación y las bolsas de trabajo. Acerca de esto también son variados los métodos adoptados que se desarrollan dentro de un marco fijado por los convenios de la OIT en los cuales se ha ido dando un vuelco importante hacia la permisión de agencias de colocación privadas tanto lucrativas como no lucrativas (convenio 181 de 1997).

En general la intermediación se ejerce en el nivel público como en el privado aunque en éste todavía se mantienen en algunos países restricciones en cuanto a las agencias con fines lucrativos⁹⁶. Si bien no existe obligación de los empleadores a acudir, para contratar, a las agencias de colocación, como tampoco al servicio público⁹⁷, debe comunicar al servicio público el contenido de sus contratos concertados dentro del plazo de diez días de realizado. Los trabajadores demandantes de empleo que no soliciten prestaciones del seguro, deben inscribirse obligatoriamente en la oficina pública o en una agencia de colocación autorizada. También existe una red de servicios de empleo a nivel europeo (Red EURES) creada en 1993 que tiene por finalidad coordinar y cooperar con los servicios públicos de empleo nacionales para facilitar la libertad de circulación de los trabajadores en la Unión y del Espacio Económico Europeo (Oporto, 1992). Se trata fundamentalmente de la difusión sobre la situación y evolución del sistema productivo, ramas de actividad, cualificación laboral, condiciones de vida y de trabajo en los Estados miembros, su legislación y servicios de protección social.

VI. LA FORMACIÓN PROFESIONAL COMO ELEMENTO INTEGRADOR DE LA POLÍTICA DE EMPLEO

Como se mencionó en páginas anteriores la política de empleo comprende acciones que no se pueden limitar con clasificaciones que pretenden distribuir las competencias administrativas o incluso las diferenciadoras de atribuciones estatales o privadas. El fenómeno de tal magnitud que se presencia y padece, requiere la confluencia de impulsos que guarden simplemente coherencia. No

⁹⁵ Un panorama completo de la variedad de sistema complementarios del seguro puede verse en el informe presentado por Mario Pasco Cosmópolis como relator oficial en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo, 2003). También en ese informe se puede encontrar una reseña de las legislaciones nacionales en materia de protección del empleo y la cobertura de los desempleados, fruto de los informes nacionales preparados para ese Congreso.

⁹⁶ A propósito del tema de a "Intermediación en el mercado de trabajo", bajo ese título Julio C. Neffa y Silvia Korinfeld publicaron un interesante trabajo de investigación –referido a la Argentina– en la Revista Trabajo, Año 2, n° 2, p. 77 donde se examinan los aspectos teóricos, las principales normas internacionales y el funcionamiento de las agencias de colocación en nuestro país. También en ese número de la revista del MTEySS, Ernesto Kritz "La intermediación laboral en un mercado de trabajo segmentado".

⁹⁷ El sistema de contratación obligatoria a través del servicio público de empleo fue derogado en España en 1994.

más. Por eso como también se expresó anteriormente, la adaptación rápida de las *aptitudes laborales* a los continuos cambios provocados por las modificaciones productivas, resultado a su vez de incorporación de nuevas y cambiantes tecnologías, es un tema central; y simultáneamente la anticipación en esa tarea previendo las modificaciones futuras en la misma línea, son ambas como brújulas fundamentales en la política de empleo. Y como se deduce de su mismo contenido la implementación de las medidas inscritas en esa dirección no son competencia exclusiva ni prohibitiva de ningún sector. Por el contrario esa necesidad se expande sobre la responsabilidad de todos los que de algún modo pueden producir hechos que incidan en aquel objetivo de perfeccionamiento o adaptación de las capacidades de la oferta laboral. Cuál es lo primero y lo secundario es difícil de esquematizar y es preferible, en cambio, asumir la confluencia de tales acciones que en conjunto integrarán la política de formación profesional.

En este sentido la reforma de 1994 al texto constitucional incluyó entre los mandatos y facultades del legislador el de *"proveer lo conducente... a la formación profesional de los trabajadores..."*, con lo cual puede sostenerse en coincidencia con lo que la LCT afirma en una de sus disposiciones, que la formación profesional constituye un derecho fundamental (específico) de los trabajadores, con todas las derivaciones que de ello se siguen.

En el campo internacional el tema de la formación profesional ha sido asumido por la Organización Internacional del Trabajo. En este orden puede mencionarse el Convenio 140, sobre licencia pagada de estudios como mecanismo concreto de promoción de la educación y la formación permanente de todos los trabajadores. Los países que ratifican ese convenio se comprometen a formular una política orientada a fomentar la concesión de una licencia pagada de estudios que tengan como objeto prioritario la formación profesional, la educación general, social o cívica, la educación sindical. También el Convenio 142 –ratificado por la República Argentina– se refiere a la exigencia de políticas y programas completos y coordinados en la orientación y formación profesional. Los países que ratifican ese convenio se obligan a ampliar, adaptar y armonizar en forma gradual su sistema de formación profesional con el fin de cubrir necesidades de formación profesional durante toda la vida de los jóvenes y de los adultos en el conjunto de la actividad económica y en todos los grados de calificación y responsabilidad de los trabajadores. En este orden se aprobaron las Recomendaciones 150 y 195 que sucesivamente ratificaron el papel del Estado en la formación profesional a la que se califica como una **inversión**⁹⁸.

En una publicación elaborada por el entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de nuestro país, se da cuenta de manera especial y detallada de cuáles son las responsabilidades y las posibles acciones para ese objetivo, con acopio de doctrina nacional y extranjera, así como de documentación clasificada sobre las experiencias de la Unión Europea volcadas en el capítulo

⁹⁸ Para un detalle sistematizado de las medidas que promueven estos convenios y recomendaciones, véase Pablo Arnaldo Topet "La negociación colectiva y la formación profesional", OIT/CINTERFOR, 2007, pp. 37 y sgtes.

respectivo que se publica del Libro Blanco de la Comunidad Europea⁹⁹. En sucesivas posteriores publicaciones del actual Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, se ha acumulado un importantísimo material del cual tratamos de extraer aquellos datos que sean propios de nuestro propósito dirigido a analizar la normativa específica de carácter estatal.

Los estudios e investigaciones en torno al tema de la formación profesional, son preocupación permanente y creciente entre los especialistas, quienes basan sus trabajos en el principio de que *"las competencias básicas y generales adquiridas en la educación formal son la base sobre la cual se construye la empleabilidad a las personas, por ello es importante preguntarse cuál es la cobertura y la calidad de la educación elemental, secundaria y superior...Es sobre esa base que se puede proyectar al futuro lo que sucederá cuando niños y jóvenes, actualmente en la escuela, accedan al mundo del trabajo"*¹⁰⁰.

Como lo sostiene la autora citada, *"los niños y jóvenes que abandonan el sistema educativo antes de adquirir el dominio de las habilidades básicas de lectoescritura y matemática aplicada para adquirir las competencias básicas mínimas de empleabilidad en un mercado de trabajo moderno, difícilmente puedan competir por un empleo decente"*. Otra vez aquí aparece el tema del trabajo informal en el cual sector estas deficiencias asumen gravedad máxima¹⁰¹.

La preocupación por el tema por demás conocido exige políticas fuertes, con intenciones firmes, claras, no ideologizadas, que permitan vislumbrar resultados aunque no se produzcan en los mandatos políticos de quienes las promuevan, porque lo cierto es que, como lo destaca Castells¹⁰² en el futuro (yo agrego, no muy lejano, aun para Argentina), habrá trabajadores genéricos y trabajadores autoprogramables, siendo la variable clasificatoria, la educación, entendida como la que posibilita la adquisición de las cualificaciones necesarias para ejercer una tarea determinada¹⁰³.

⁹⁹ Revista del Trabajo, año I, N° 1, marzo-abril 1994, "Formación profesional", p. 201. En el ya mencionado documento, insistentemente en capítulos anteriores, "Proyecto Europa 2030", se encuentra un capítulo especial dedicado al tema de la capacitación. Se titula "El crecimiento mediante el conocimiento: capacitación de las personas" y allí se formulan apreciaciones y recomendaciones plenamente válidas para nuestra realidad: "una base educativa sólida en los niveles escolares primario y secundario puede influir enormemente en la capacidad de un persona para avanzar en la vida...De modo semejante, no hay en la UE (qué podemos decir de Argentina ante semejante afirmación de la cuna de la civilización) suficientes universidades de primera clase..."

¹⁰⁰ María Antonia Gallart, "Competencias, productividad y crecimiento del empleo", OIT/CINTERFOR, Montevideo, 2008, p. 27. En este trabajo se señala la gravedad de la situación en materia de educación formal mencionando que en Argentina, como en otros países de Latinoamérica, la educación formal presenta rasgos de insuficiencia grave, originados en la deserción temprana de importantes sectores de la población, en particular aquellos provenientes de sectores de pobreza, y el déficit de calidad educativa. Más aún, en la región, el haber transitado un número de años importante por el sistema educativo no garantiza la adquisición de competencias. Esto pese a la ampliación de la escolarización y el aumento de los porcentajes de PBI aplicados a la educación.

¹⁰¹ En el mismo sentido conf. Carlos Aldao Zapiola "Perspectivas futuras para el trabajo y el empleo", Revista de Trabajo, N° 8, MTESS, 2010, p. 223 donde se registran investigaciones propias y de diversas fuentes con relación a la Argentina y países de Latinoamérica, reflejadas en cuadros y gráficos de alto contenido científico explicado con claridad pedagógica.

¹⁰² Manuel Castells, "La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura", México, 2001, tomo III, p. 275.

¹⁰³ La unánime opinión de economistas, sociólogos, políticos (en serio), sobre el tema es la de que "el problema del empleo juvenil debe abordarse en primera instancia en el sistema de educación y capacitación", Víctor Tokman, "Desempleo juvenil en América Latina: causas, consecuencias y políticas", en "Es difícil ser joven en América Latina", PNUD/Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, Sudamericana, p. 131.

No puede dejar de mencionarse en esta revista de acciones relacionadas con la formación profesional, las experiencias de la implementación de la educación técnica en escuelas de nivel secundario, desarrolladas en Argentina a partir de la década de 1950, medio en el cual adquirieron conocimientos especializados, innumerables jóvenes que se incorporaron con éxito al mercado laboral.

Y también deben destacarse las prácticas empresarias como p.e. la de la firma Mercedes Benz en la implementación de los planes de educación dual.

Aquí aparece con toda su importancia lo que se conoce como la "educación profesional paranormal" que consiste en la formación predominantemente práctica estructurada en cursos que pueden encadenarse, pero que no pertenecen al currículo de la educación formal, y no están insertos en la pirámide de la educación primaria, secundaria y superior. En nuestro país la preocupación por la insuficiencia de la educación formal con orientación profesional, ha hecho que se registren proporciones importantes de población entre 15 y 60 años (el 28%) que ha asistido a cursos de educación no formal; y más del 60% de ellos lo hacía por motivos de inserción laboral¹⁰⁴.

Pero sin duda que en la negociación colectiva es donde la formación profesional puede encontrar un adecuado cauce para implementar parte de la muy pregonada adaptabilidad como condición necesaria para la mejora de la competitividad y de la eficacia del sistema productivo¹⁰⁵. Lamentablemente para nuestro país, por razones que no es el caso analizar aquí, la pobreza de contenido de la negociación colectiva en las últimas décadas, ha dejado de lado esa posibilidad, como tantas otras que no aparecen siquiera aproximativamente tratadas, pese a que como se expresó más arriba, es la negociación y el convenio donde se pueden bajar a lo concreto proyectos y declaraciones que sólo quedan en ese terreno. Y esto no obstante que existen mandatos legales que imponen ese contenido en los convenios colectivos como ocurre con el art. 96 de la ley 24.467 para pequeñas empresas. Y más aun cuando la LCT ha incorporado con la reforma de la ley 24.576 disposiciones precisas sobre el punto calificando la promoción y la formación profesional como "derecho fundamental". Esas normas pueden y deben ser reglamentadas para los sectores o empresas en particular mediante la negociación colectiva¹⁰⁶.

El balance que surge de lo antedicho presenta pues, en general, perfiles negativos pero no obstante se encuentran algunas excepciones interesantes que han sido rescatadas en un trabajo efectuado por Aldao Zapiola, del cual extraemos algunos datos relevantes que valen como excepción a la regla antes trazada¹⁰⁷. El estudio referido comprende el análisis de convenios originalmente

¹⁰⁴ Autora cit. loc. cit. p. 38.

¹⁰⁵ Oscar Ermida Uriarte y Jorge W. Rosembaun, "Formación profesional en la negociación colectiva", citado por Pablo Topet en "La formación profesional en el marco de una propuesta de promoción y fomento de la negociación colectiva en la República Argentina", Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, "Derecho colectivo", 2006-2, p. 351 y sgtes.

¹⁰⁶ Sobre el tema ver los comentarios de Ana María Otero en "LCT comentada, anotada y concordada", dir. Jorge Rodríguez Mancini, Ed. La Ley 2007, tomo II, p. 1153 y sgtes.

¹⁰⁷ Carlos Aldao Zapiola, "Análisis del instituto de capacitación y promociones", 2010, p. 96 y sgtes.

pactados en 1975 y los negociados con posterioridad entre los años 2000/2003. Analiza y cuantifica cláusulas según los institutos contenidos en los convenios, ponderando su incidencia en el total de la actividad o rama. El estudio comprende convenios de actividad, de rama, de empresa y de establecimiento. Precisamente uno de esos institutos es el que denomina "Capacitación y promociones". Esta institución aparece en algunos convenios bajo la denominación mencionada en la que se hace referencia a lo que hemos planteado bajo el rubro de "Formación profesional".

Son pocos los ejemplos del contenido –muy somero por otra parte– de convenios colectivos que han prestado atención integral al tema, y que pueden servir de ejemplo para una práctica que como se adelantó, no resulta familiar y corriente como debería serlo por la importancia capital que representa la formación profesional la que como se ha dicho ***"es una inversión"***.

Sin duda que en la política de promoción de la formación profesional ocupa un lugar destacado la llamada institución de las "pasantías". Encarado como un mecanismo de contratación en el ámbito privado, *"intenta facilitar a los estudiantes, tanto de nivel secundario, terciario como universitario, una práctica en el ejercicio de la actividad profesional, cuyos requerimientos básicos de orden teórico aún no han completado. Se trata de facilitarles un acercamiento a la realidad (en el ámbito fabril, en el comercio, en un hospital, un estudio jurídico, etc.) que los aproxima a la vía de orden fáctico y cultural en la que en el futuro intentarán desarrollar su vida profesional"*¹⁰⁸.

16 de diciembre de 2011

¹⁰⁸ Antonio Vázquez Vialard, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", Astrea, tomo 1, p. 322.

En 1977, los representantes de la comunidad petrolera en el mundo, reunidos en Caracas, Venezuela, decidieron que el petróleo era un recurso vital para el desarrollo de la humanidad y que, por lo tanto, debía ser gestionado de manera responsable y equitativa. Esta declaración sentó las bases para la creación de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) y para la implementación de políticas que garantizaran la estabilidad y el acceso equitativo a este recurso.

La OPEP, formada por diez países productores de petróleo, ha sido fundamental para regular el mercado petrolero y para defender los intereses de los países exportadores. A través de su coordinación, se han logrado acuerdos que han evitado crisis de suministro y han permitido una mayor estabilidad en los precios del petróleo.

Además, la OPEP ha promovido la investigación y el desarrollo en el sector petrolero, así como la implementación de programas de conservación y uso eficiente de la energía. Estas acciones han contribuido a la sostenibilidad del sector y a la mejora de la calidad de vida en los países miembros.

13 de diciembre de 1977

