

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ANUARIO 2014

Legislación laboral iberoamericana en el siglo XXI

Coordinador
Óscar Hernández Álvarez



Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Anuario 2014

Coordinador:

Óscar Hernández Álvarez

Septiembre, 2015

Anuario 2014

© Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, 2015

Óscar Hernández Álvarez - Coordinador

Depósito legal: lf05120153403010
ISBN:978-980-12-8294-5

Corrección y diagramación: *José Santana E.*

Impresión:
Editorial Horizonte C.A.
Calle 41 entre Av. Venezuela y carrera 27 N° 26-72
Telfs.: (0251) 4462317 - 4462324
e-mail: edt-horizonte@cantv.net
edt-horizonte@hotmail.com

Impreso en la República Bolivariana de Venezuela

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Anuario 2014

Sumario

Presentación.....7
Los cambios legislativos y jurisprudenciales en el Derecho del Trabajo en Argentina desde el año 2000
Jorge RODRÍGUEZ MANCINI..... 9
Direito do Trabalho, no Brasil. Resenha das principais leis, no inicio do Séc. XXI
Nelson MANNRICH..... 31
Quince años de reforma laboral en América Central: los casos de Costa Rica, El Salvador y Nicaragua
Alexander GODÍNEZ VARGAS..... 57
El Derecho del Trabajo en Chile en el período 2000-2013
Emilio MORGADO VALENZUELA
Francisco TAPIA GUERRERO..... 85
El Derecho Laboral ecuatoriano del Siglo XXI
Jorge EGAS PEÑA..... 149
Las reformas del mercado de trabajo en España
Antonio MARTÍN VALVERDE..... 165
Reformas a la legislación laboral guatemalteca a partir del año 2000 Decretos 13-2001 y 18-2001
César Landelino FRANCO LÓPEZ..... 185
Cambios en el Derecho mexicano del Trabajo
Néstor DE BUEN LOZANO
Alfredo SÁNCHEZ CASTAÑEDA
Carlos DE BUEN UNNA
Carlos REYNOSO CASTILLO..... 215
Los cambios y tendencias en el Derecho del Trabajo y en la seguridad social en Panamá en el Siglo XXI
Rolando MURGAS TORRAZZA..... 235
Um Direito do Trabalho em involução: o caso de Portugal
António MONTEIRO FERNANDES..... 251
Novedades legislativas laborales en República Dominicana
Rafael ALBURQUERQUE..... 281
Las reformas de la legislación laboral en el Siglo XXI
Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ..... 295

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Anuario 2014

Sumario

PRESENTACIÓN

La Junta Directiva de la ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, presenta como parte de su gestión, la tercera edición de su ANUARIO, correspondiente al año 2014, destinado tanto para sus Miembros de Número y Correspondientes, como para los estudiosos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Iberoamérica.

Acogiendo una propuesta de nuestro vicepresidente. Antonio Martín Valverde, la Academia dispuso que en esta edición del Anuario se hiciese una reseña de las transformaciones que nuestras disciplinas han experimentado durante el siglo XXI en el ámbito iberoamericano. En esta edición recogemos reseñas de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador. El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Portugal, República Dominicana y Venezuela. Es nuestra intención que en el Anuario del 2015 se incorporen los países iberoamericanos que no pudieron estar presentes en esta ocasión y que de los otros países se haga una reseña de las modificaciones legislativas ocurridas con posterioridad a la edición del presente Anuario. Si podemos continuar esta tarea con constancia, con el transcurrir de los años, los Anuarios de la Academia constituirán una colección de legislación iberoamericana muy útil para los estudios comparados.

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.

Septiembre de 2015

OSCAR HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

Presidente

Los cambios legislativos y jurisprudenciales en Derecho del Trabajo en Argentina desde el año 2000

Jorge RODRÍGUEZ-MANCINI*

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

Durante el período que comienza en el año 2000 se han registrado en la República Argentina importantes modificaciones legislativas, así como decisiones judiciales, de gran trascendencia que han afectado en muchos aspectos, la regulación estatal de las relaciones laborales así como su aplicación. Esto resulta como consecuencia –por demás característica en esta materia– de cambios operados en la conformación política del gobierno del país, con signos notoriamente diferentes a los que habían precedido, sobre todo desde 1989 hasta 1999.

Luego de un período de crisis política y económica de gravedad, las autoridades que asumen el control político en el año 2003, imprimen a la legislación laboral un rumbo opuesto al precedente y para ello se dictan numerosas leyes que modifican normas de la Ley de Contrato de Trabajo, cuerpo orgánico básico en la regulación de las relaciones individuales del trabajo. Igualmente se sancionaron leyes modificando el sistema de negociación colectiva cambiando sustancialmente el régimen que había instalado el gobierno anterior y, con relación a las asociaciones sindicales, se incorporaron algunas garantías contra la discriminación. También se produce un cambio importante en el Régimen de Jubilaciones y Pensiones. A todo esto me referiré con una reseña de las leyes dictadas en ese período, incluyendo las que corresponden al gobierno del mandato presidencial que culminó en 2001, luego derogadas. A continuación formularé algunos comentarios en torno a los efectos de esas nuevas disposiciones y sobre todo a los fallos trascendentes de la Corte Suprema de Justicia en torno a los temas más importantes de nuestro área.

La **ley 25.212** (vigente desde enero de 2000), aprobó el denominado Pacto Federal del Trabajo, suscripto en 1998 entre el Poder Ejecutivo Nacional y los representantes de las Provincias y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La materia abarcada por el aludido Pacto es la del ejercicio del poder de policía descentralizado por las distintas administraciones provinciales y el Gobierno federal que integran la República Argentina, en materia de trabajo, salud, higiene y seguridad en el trabajo, así como de las cláusulas normativas de los convenios colectivos. La distribución de competencias al respecto resulta de las disposiciones constitucionales que reconocen a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la atribución para la aplicación de las leyes que dicta el Congreso Nacional. Sobre este tema cabe señalar que pese a que

*Con la colaboración de Javier H. DELFINO.

la Constitución Nacional indica claramente cuáles son las funciones y atribuciones que las provincias han delegado en el Gobierno Nacional, entre las cuales no se encuentra la del control y juzgamiento de las infracciones laborales, las soluciones legislativas adoptadas no han sido cabalmente estructuradas sobre esa base. Después de distintas etapas en la regulación de esa función, como lo indiqué, desde enero de 2000 rige la ley que aprueba un acuerdo entre la Nación y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –esta última con facultades cuasi equivalentes a las de las provincias– en el que se aprobaron normas que uniformaron el régimen sancionatorio y se confirió al Consejo Federal del Trabajo el carácter de autoridad central de aplicación del sistema. Posteriormente por la ley 25.877, que luego será comentada, se instituyó al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social como autoridad de aplicación del denominado Sistema Integral del trabajo y de la Seguridad Social en todo el territorio nacional. O sea que finalmente se centralizó la función de policía laboral superpuesta, por lo menos, para no decir reemplazante, de la autoridad del Consejo Federal antes mencionado. Con esto la situación ha quedado establecida sobre un equilibrio en el que la autoridad nacional asume el rol de coordinación y control respecto de las administraciones provinciales con arreglo a las directivas de los Convenios N° 81 y 129 de la OIT, aunque respetando el funcionamiento de las administraciones provinciales. Cuando el servicio de inspección de estas últimas no se cumpla adecuadamente, conforme con las normas internacionales, la autoridad central, con intervención del Consejo Federal del Trabajo, podrá ejercer coordinadamente con las provincias las facultades correspondientes. Queda a salvo que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social es la autoridad competente en los territorios sujetos de manera exclusiva a la autoridad nacional.

La **ley 25.323** (vigente desde octubre de 2000), dispone el incremento de las indemnizaciones por despido en supuestos de falta o deficiente registro por parte del empleador, incumpliendo de tal modo, sus obligaciones. Asimismo, impone recargos para los casos en que el empleador, debidamente intimado, no satisface el pago de las indemnizaciones correspondientes a los despidos injustificados. Se trata de una disposición que con el mismo propósito que otras normas anteriores –como la ley 24.013– se propone sancionar y con ello disuadir, el trabajo no registrado o informal (en el lenguaje común "trabajo en negro"). La ley sanciona con la duplicación de las indemnizaciones que corresponden por despidos injustificados o sin causa, en todos los casos en que tal situación se compruebe y aunque el trabajador no haya intimado la regularización de su contrato mientras éste se hallaba vigente. En cambio la norma de la ley 24013 mencionada, que rige desde 1991, exige para la aplicación de la sanción que se haya intimado dicha regularización, **mientras está vigente el contrato de trabajo.** Las irregularidades comprendidas en estas disposiciones se refieren tanto a la ausencia total de registración –en libros y documentación del empleador y de los órganos de fiscalización– como un registro insuficiente o falso, sea relativo a la remuneración abonada o la antigüedad en el empleo. En la ley 24.013 se estipulan obligaciones de registro y a los infractores si, como dije, el trabajador los intimó para que regularicen la situación mientras el contrato está en vigencia, están expuestos a multas muy importantes que se miden por el tiempo que duró la falta o incorrección de la registración.

Estas multas que debe abonar el empleador incumplidor, no excluyen las sanciones por infracción a las leyes laborales en virtud de las cuales el organismo que ejerce la autoridad de control aplica otras multas por faltas de orden administrativo.

La ley **25.561** (todavía vigente) dispuso distintas medidas en el marco de la emergencia social, económica, financiera, administrativa y cambiaria declarada a partir del mes de **enero de 2002** y entre ellas suspendió los despidos sin causa justificada, sancionando el incumplimiento con la duplicación del importe de las indemnizaciones correspondientes. Esa norma de la ley mencionada dejó de tener vigencia después de algunas prórrogas quedando pues el régimen de despidos, tal como lo regula la Ley de Contrato de Trabajo según la cual la denuncia del contrato de trabajo por parte del empleador, sin justa causa (y también si la causa invocada no resulta justificada judicialmente), importa la obligación del pago de una indemnización tarifada que se calcula tomando el importe de un mes de remuneraciones multiplicado por los años de antigüedad en el empleo, con un máximo en el cómputo de la base. Este tope no puede limitar dicha base en más del 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada en el último año. Tal lo que regula el art. 245 de la LCT adaptado a la interpretación judicial formulada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto señalaré después la importancia del fallo en cuestión ("Vizzoti"), en lo referente a la convalidación del régimen de estabilidad relativa que adopta la legislación argentina desde 1934.

La **ley 25.877** vigente de marzo de 2004, introduce modificaciones en la regulación del contrato de trabajo, particularmente en el período de prueba, en los plazos de preaviso, en el método de cálculo de la indemnización por despido injustificado, medidas de promoción del empleo. Impuso también la obligación de elaborar anualmente un balance social para las empresas que ocupen más de trecientos trabajadores, con información relativa a condiciones de trabajo y empleo, costo laboral y prestaciones sociales a cargo de la empresa. En materia de inspección del trabajo estableció reglas que permiten en determinados supuestos, la intervención de la **autoridad administrativa nacional** aún en el control del cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social, tal como se explicó al reseñar el contenido de la ley 25.212. Ordena establecer un sistema simplificado en materia de inscripción laboral y de la seguridad social y formula directivas para el control de las sociedades cooperativas para evitar su utilización fraudulenta. Deroga entre otras, la norma que regulaba de manera **especial** la sanción por conductas discriminatorias por el empleador con recargos indemnizatorios, la cual derogación condujo a la aplicación al respecto, de la ley **general** antidiscriminatoria que ya regía desde 1988 la que ha tenido en los últimos años, importante aplicación en las relaciones laborales. Esta disposición, la ley 23.592, que como he mencionado, es de derecho común, no exclusiva para protección de los trabajadores, establece que la persona que sea objeto de discriminación arbitraria impidiéndole el pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional, podrá acudir a los jueces para que sea dejado sin efecto el acto discriminatorio o para hacer cesar su realización y en ambos casos, demandar el daño moral y material ocasionados. Se consideran particularmente actos u omisiones

discriminatorios los determinados por motivos de raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. En el caso de la relación laboral, la jurisprudencia ha considerado aplicable esa norma a los supuestos de medidas disciplinarias o despidos dispuestos por el empleador violando la garantía antidiscriminatoria. En tales supuestos el juez podrá dejar sin efecto la suspensión o el despido y en este caso se ordenará la reincorporación al empleo del trabajador afectado. Es a cargo del empleador la prueba de la existencia de una causa distinta de la que invoque el trabajador como discriminatoria, bastando que éste suministre indicios acerca de la presencia de esa conducta ilícita. Esta es la interpretación que ha adoptado la jurisprudencia incluida la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo que ha dado lugar a algunas críticas ya que con el mecanismo explicado se altera el sistema de protección contra el despido arbitrario, introduciendo una hipótesis no recogida por la Ley de Contrato de Trabajo, en la cual, como se explicó antes, el despido sin causa o con causa que no se justifica judicialmente, es **válido** pero sujeto al pago de indemnizaciones. En cambio con la interpretación señalada de aplicación de la ley antidiscriminatoria, al admitir la eventual nulidad del despido, se establece un régimen de estabilidad que va más allá de lo regulado en la Ley de Contrato de Trabajo.

La **ley 26.088** (vigente desde abril de 2006), regula el ejercicio de la facultad del empleador de variar unilateralmente ciertas condiciones del contrato de trabajo, autorizando al trabajador que se considera afectado por un exceso en dicho ejercicio, a optar por considerarse despedido o accionar persiguiendo el reestablecimiento de las condiciones alteradas. Durante el trámite de esta última acción no se podrá innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva. La facultad de variación no puede alcanzar el cambio de aspectos esenciales del contrato como son la remuneración, la duración de la jornada o la alteración de la categoría pactada en el contrato. Aún los cambios que se pacten entre las partes –es decir que están fuera de la facultad de variación unilateral ("ius variandi")– resultan inválidos según el nuevo texto del art. 12 de la Ley de Contrato de Trabajo, si consisten en una disminución de derechos o beneficios del trabajador.

La **ley 26.341** (vigente desde diciembre de 2007), derogó dos incisos de una norma de la Ley de Contrato de Trabajo que privaba del carácter remuneratorio a las prestaciones denominadas "vales alimentarios" o "tickets canasta". Esta derogación respondió a la descalificación de esas disposiciones por parte de la Corte Suprema de Justicia (fallo "Pérez, Aníbal c/ Disco S.A." del 1 de setiembre de 2009 al que me referiré luego) por considerar inconstitucional la norma que privaba de naturaleza remuneratoria a esas prestaciones del empleador.

La **ley 26.390** (vigente desde junio de 2008) modificó la legislación laboral para establecer como edad mínima para contratar trabajo la de 16 años. Como es sabido el Convenio N° 138 de la OIT establece que la edad mínima para la admisión en el empleo puede ser fijada por cada país pero no en menos de 15 años y como excepción –para los países "cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados"– los 14 como edad inicial. Argentina ratificó ese convenio y se acogió a la excepción mencionada, pero a partir de la sanción

de la ley 26.390 adaptó la legislación a la norma de la OIT. La contratación de menores entre los 16 y los 18 años, a su vez, está limitada respecto de la duración de la jornada –no más de 6 horas diarias o 36 semanales– a la prohibición de trabajo nocturno, la ocupación en tareas peligrosas, penosas e insalubres.

La **ley 26.428** (vigente desde enero de 2009) extendió el principio de norma más favorable para el trabajador a los casos de duda no sólo respecto de la interpretación o alcance de la ley sino también en la apreciación de la prueba. Esta directiva que aplica con intensidad el principio protectorio que garantiza la Constitución Nacional, había sido suprimida en 1976 y se ha vuelto a instalar con la ley indicada.

La **ley 26.474** (vigente desde enero de 2009) reglamentó el llamado contrato a trabajo parcial consistente en la prestación de servicios por un determinado número de horas al día o a la semana inferiores a las dos terceras (2/3) partes de la jornada habitual en la actividad. Son importantes las disposiciones de esta ley ya que limitan fuertemente la utilización de este tipo contractual sometiéndolo a requisitos, sobre todo en cuanto a la duración de la jornada, imponiendo para el caso de superar el tope indicado de dos tercios de la normal, el pago de la remuneración que corresponda a la jornada normal aunque no llegue a ser completa.

La **ley 26.574** (vigente desde enero de 2010) amplió la garantía de indisponibilidad en el contrato de trabajo a las cláusulas incorporadas al mismo, de manera que la autonomía de la voluntad no es eficaz para modificar en perjuicio del trabajador lo establecido en la ley, la convención colectiva o el propio contrato de trabajo. Esta es la materia que fue explicada más arriba al referirme a la ley 26.088.

La **ley 26.590** (vigente desde mayo 2010) incluye entre los medios legítimos de pago de las remuneraciones la acreditación en cuenta bancaria del trabajador.

La **ley 26.592** (vigente desde mayo de 2010), incorporó una norma a la Ley de Contrato de Trabajo estableciendo que *"las desigualdades que crea esta ley a favor de las partes, sólo se entenderá como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación"*. Como surge de su texto, se trata de una declaración cuya trascendencia no resulta destacable ya que es sabido cuáles son los fundamentos naturales de las protecciones que la ley establece a favor del trabajador de manera que la modificación responde, en todo caso, a una cuestión de afirmación política.

La **ley 26.593** (vigente desde mayo de 2010) fijó plazo para el pago de las indemnizaciones que correspondan por extinción del contrato de trabajo. Hasta la sanción de esta norma los plazos de pago de remuneraciones estaban fijados en cuatro días hábiles una vez vencido el período que correspondiera que se consideraba, por la jurisprudencia, aplicable también al pago de indemnizaciones, lo que ha sido confirmado por la ley mencionada.

La **ley 26.696** (vigente desde setiembre de 2011) castiga la falta de pago de las sumas convenidas en acuerdos celebrados en sede judicial o administrativa en los plazos convenidos, que obligue al trabajador a continuar o promover una acción judicial, con recargo en el pago de intereses por la mora. La ley califica

como conducta temeraria o maliciosa ese comportamiento del deudor empleador y lo sanciona, lo mismo que para otras conductas que evidencien "propósitos obstruccionistas o dilatorios en reclamos por accidentes del trabajo" y semejantes actitudes que se reputen como abusos del estado de necesidad o inexperiencia del trabajador. La sanción consiste en la aplicación de intereses de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales.

La **ley 26.727** (vigente desde enero de 2012) estableció un nuevo régimen especial para el trabajo agrario, incorporando normas de Ley de Contrato de Trabajo que resultan aplicables por remisión. El trabajo agrario, lo mismo que otras actividades diferenciadas por el legislador cuenta desde hace décadas con un estatuto legal que excluye la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo reemplazándolo con las propias regulaciones adaptadas a las características particulares del sector. En la reforma mencionada se han ampliado en general las disposiciones protectorias hasta alcanzar en varias instituciones del contrato, equivalencia con la ley general. Para Argentina esta legislación posee especial trascendencia dada la importancia proporcional de la actividad agropecuaria y de otras explotaciones en el cuadro productivo del país y consecuentemente la de la población trabajadora dedicada a esa actividad.

La **ley 26.773** (vigente desde noviembre de 2012), modificó el régimen legal de prevención y cobertura de los riesgos del trabajo, respondiendo a algunos cuestionamientos jurisprudenciales que establecieron la necesidad de garantizar a la víctima de un accidente o enfermedad del trabajo, la obtención de la reparación integral del daño padecido. En el sistema de prevención y protección de los riesgos del trabajo, la legislación implantó desde 1995 un aseguramiento obligatorio de los empleadores (salvo los que resolvieran si lo justifica su capacidad económica, autoasegurarse). Esa ley, conocida como Ley de Riesgos del Trabajo (LRT), establecía la prohibición para el trabajador afectado de acceder a otro reclamo fuera del de las prestaciones del seguro y esta limitación había sido juzgada como inconstitucional por impedir obtener por la víctima el resarcimiento integral del daño padecido. Más abajo comentaré esa jurisprudencia. Con la reforma de la ley de 2012 se abre, la opción de la víctima para obtener las prestaciones del sistema de aseguramiento obligatorio –basado en un mecanismo de tarifas– o para ejercer la acción de reparación fundado en las normas del derecho civil. Esta opción que se presenta en la ley como excluyente ha sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia. También en la nueva ley se fijan incrementos en los montos indemnizatorios a aplicar en el seguro que deben contratar obligatoriamente los empleadores así como la actualización periódica de los importes de las prestaciones con índices que reflejan los incrementos de las remuneraciones del sector asalariado.

La **ley 26.844** (vigente desde marzo de 2013) reglamentó el trabajo del personal de casas particulares, anteriormente denominado trabajadores domésticos. El nuevo régimen impone beneficios prácticamente equivalentes a los aplicables al trabajo subordinado para empresas. La legislación anterior, que regía desde hace más de medio siglo, limitaba las prestaciones y obligaciones a cargo de los empleadores.

La **ley 26.847** (vigente desde abril de 2013) castiga con pena de prisión de

uno a cuatro años al que aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohiben el trabajo infantil.

La **ley 26.911** (vigente desde noviembre de 2013) estableció la garantía de la libertad de expresión del trabajador de manera más amplia que la que contenía la Ley de Contrato de Trabajo. Así prohíbe al empleador, *"ya sea al tiempo de su contratación, durante la vigencia del contrato o con vista a su disolución, realizar encuestas, averiguaciones o indagar sobre las opiniones políticas, religiosas, sindicales, culturales o de preferencia sexual del trabajador. Este podrá expresar libremente sus opiniones sobre tales aspectos en los lugares de trabajo, en tanto ello no interfiera en el normal desarrollo de las tareas".* La principal modificación que contiene la nueva ley está referida a que la prohibición alcanza no sólo el ámbito contractual sino que se impone también al momento **precontractual** como una proyección de la garantía antidiscriminatoria a la que me he referido en párrafos anteriores.

La **ley 26.920** de diciembre de 2013 aprobó el convenio de la OIT sobre trabajo marítimo de 2006.

La **ley 26.921** de diciembre de 2013 aprobó el convenio de la OIT N° 189 sobre trabajo decente para los trabajadores y trabajadoras domésticos.

La **ley 26.940** con vigencia desde mayo de 2014, reglamentó la promoción del trabajo registrado y la prevención del fraude laboral.

Hasta aquí las normas importantes de este período en el campo de las relaciones individuales. Con respecto a las vinculadas con el **derecho colectivo** menciono las siguientes:

La **ley 25.250** (vigente desde junio de 2000 y luego derogada por la ley 25.877 a la que me he referido antes), reguló el sistema de negociación colectiva con criterios de articulación entre convenios colectivos de distinto ámbito, otorgando preferencia a los de rango inferior respecto de los de nivel superior. Se trataba de conducir las negociaciones colectivas a un terreno de mayor flexibilidad, tornando la tendencia característica de nuestro sistema a preferir la negociación colectiva a nivel de actividad. También se alteraba la extensión ilimitada del efecto de ultraactividad de las normas colectivas más allá de su vigencia temporal hasta que entrara en vigor una nueva convención. Como se verá luego en el año 2004 esta ley fue derogada y reemplazadas sus disposiciones por las que privilegian ostensiblemente la negociación a nivel de actividad así como la ultraactividad sin límite.

La **ley 25.674** (vigente desde diciembre de 2002) reglamenta la participación femenina en las unidades de negociación y en los órganos electivos y representativos de las asociaciones sindicales, fijando para ello un porcentaje mínimo del 30%. Esta reforma responde al desarrollo social, y jurídicamente recogido, de la defensa de los derechos llamados de género que se proyectan al campo sindical, sobre todo cuando en la negociación colectiva resultan abarcados sectores femeninos de la actividad de que se trate.

En la **ley 25.877** –ya mencionada para indicar modificaciones en el ámbito de las relaciones individuales– se incluyen normas propias de las relaciones

colectivas. Así impuso procedimientos de negociación colectiva que otorgan preferencia a los convenios de actividad sobre los de niveles inferiores; suprimió la referencia al control de oportunidad que regía en materia de homologación de las convenciones colectivas, manteniendo sólo el control de legalidad, en un intento de conciliación con las normas de la OIT al respecto. Este tema resulta trascendente para determinar cuál es el campo de actuación estatal en el proceso conocido en nuestro país como la "homologación del convenio colectivo". Se trata de un instituto introducido hace décadas cuando se reglamentó por primera vez la institución, aún antes que la Constitución Nacional –por virtud de una reforma producida en 1957– reconociera a los "gremios", el derecho de negociar colectivamente. En la ley de 1953, número 14.250, y su reglamentación se estableció la necesaria intervención de la autoridad administrativa del trabajo para que examinara y aprobara o no, lo convenido por las partes de la negociación colectiva. Sólo con esa aprobación, que denominó "homologación" el convenio suscripto por las partes sindical y empresaria, cobraría un efecto general ("erga omnes"). De este modo, aún respetando las autonomías colectivas, el Estado se reservaba la facultad de examinar si el producto de la negociación resultaba aceptable a la luz de dos controles: el de legalidad –esto es que el convenio no contuviera cláusulas contrarias a la ley de orden público– y el de oportunidad entendiendo por tal el examen de que las estipulaciones realizadas no afectaran los intereses de los consumidores, ni la situación económica de determinados sectores (art. 1 inc. f del decreto 6582/52 reglamentario de la ley 14.250). Este último condicionamiento, si bien no aplicado en la práctica sino de manera excepcional, resultaba contrario a las prescripciones del Convenio N° 98 de la OIT, ratificado por la Argentina, al cual la Constitución Nacional adjudica carácter superior al de la ley (art. 75 inc. 22). La interpretación de los organismos internacionales ha señalado que la intervención del Estado en relación con las convenciones colectivas de trabajo debe limitarse a un control de legalidad. Esto es lo que intentó la ley 25.877 con una fórmula que hasta ahora no ha sido cuestionada por la CEACR de la OIT.

La ley 25.877 modificó asimismo otros aspectos del procedimiento de negociación colectiva y en materia de conflictos colectivos e introdujo la regulación de los que afecten servicios esenciales que enumeró de manera distinta de la que establecen las reglas de la OIT. Igualmente introdujo limitaciones importantes a la negociación de nivel inferior a la de actividad, privilegiando claramente este último ámbito respecto de posibles convenios de ámbito menor.

El **decreto del Poder Ejecutivo 1040/2001** reglamentó funciones y procedimientos para resolver conflictos de encuadramiento sindical. Dentro del sistema de representación exclusiva que establece la ley 23.551 –de asociaciones sindicales– suelen plantearse conflictos entre asociaciones que poseen personería gremial cuyo ámbito puede superponerse debido a transformaciones de organización económica u otras razones. En tal caso es preciso determinar cuál es la asociación sindical que tiene el derecho exclusivo de que trata la ley y para eso, este decreto, estableció reglas que son actualmente cuestionadas por haber alterado las disposiciones que al respecto contiene la ley mencionada. En esta disposición de dudosa validez constitucional se altera la regla que contiene la ley de asociaciones sindicales al permitir que

algunos supuestos el conflicto de encuadramiento sea promovido por el empleador y también otorga a la autoridad administrativa facultades que no están previstas en la ley. Como es sabido los principios de libertad sindical son contrarios a la intervención del Estado y del empleador en la organización y desarrollo de las asociaciones sindicales. No obstante el decreto continúa en vigor aunque no ha dado lugar a cuestionamientos por su aplicación que ha sido muy reducida.

El **decreto del Poder Ejecutivo 514 del año 2003** reglamentó las leyes 25.674 y 23.546 –mencionadas antes– para la integración de las comisiones de negociación colectiva y órganos sindicales con representación femenina. Simplemente marca las pautas para hacer efectiva la representación proporcional que prevé la ley. En este régimen sin embargo no están suficientemente aclaradas cuáles pueden ser las consecuencias de una negociación en la que no se haya respetado la presencia femenina en la proporción legal para integrar la representación sindical

El **decreto del Poder Ejecutivo 272/2006** de marzo del año 2006, reglamentó la huelga en los servicios esenciales, modificando el régimen adoptado por la ley 25.250 que como señalé había sido derogada, fijando las atribuciones de la Comisión de Garantías creada por la ley 25.877.

En cuanto al **régimen de jubilaciones y pensiones** se operó un cambio sustancial mediante el dictado de la **ley 26.425** vigente desde diciembre de 2008 de acuerdo con la cual el sistema pasó a ser exclusivamente estatal adoptando el método de reparto. De este modo se dejó sin efecto el sistema de opción que incluía la posibilidad de contratar servicios de administradoras privadas de fondos para jubilaciones y pensiones. El cambio significó la transferencia de las sumas acumuladas al organismo estatal que administra el Sistema Integrado Previsional Argentino.

–0–

Como se ha mencionado en la precedente reseña, muchas de las modificaciones legales dispuestas en este período recogieron doctrinas establecidas en fallos de la Corte Suprema de Justicia que descalificaban algunas normas por resultar contrarias a las garantías y derechos consagrados en la Constitución Nacional. Mencionaré los que a mi juicio constituyeron la base de esas decisiones legislativas.

1. Con relación al tema de la forma de calcular las indemnizaciones por despido injustificado fue relevante el fallo dictado en el caso **"Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A."** de fecha 14 de setiembre de 2004. Allí la Corte Suprema consideró expropiatoria la limitación que la norma de la Ley de Contrato de Trabajo contenía (art. 245) estableciendo un tope en el salario que se utiliza para el cálculo de la indemnización por despido injustificado, representado por tres veces el salario promedio del convenio colectivo correspondiente. En la sentencia, se admitió que la ley limitara la base de cálculo pero se fijó que ese tope no afectaría más del 33% de la remuneración percibida. Es interesante destacar que en este pronunciamiento se hace referencia expresa a la legitimidad

de un sistema indemnizatorio para los casos de denuncia del contrato de trabajo sin causa o sin causa justificada, lo cual es trascendente para juzgar acerca de la compatibilidad del régimen de la LCT –que admite esos supuestos de ruptura del contrato– con las garantías constitucionales en torno a la protección contra el despido arbitrario. A pesar de esta convalidación, existen algunos cuestionamientos doctrinarios que pretenden descalificar el sistema para adoptar en todos los casos, la exigencia de la justificación de la causa de la decisión de ruptura del empleador y de lo contrario considerar nulo el acto resolutorio.

2. En el fallo **"Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A."** de fecha 21 de setiembre de 2004 el Alto Tribunal descalificó la norma de la ley 24.557 de Riesgos del Trabajo que impedía a la víctima de un accidente o enfermedad del trabajo incluido en el régimen de seguro obligatorio a cargo del empleador, accionar por el resarcimiento pleno del daño a través de una acción basada en el derecho civil. Consideró que esa restricción ofendía la garantía constitucional que en función de la regla *alterum non laedere,* permite reclamar la reparación integral del daño padecido. Con posterioridad, como se explica en párrafos precedentes, se dictó la ley 26.773 por la cual se abre la opción para la víctima del accidente o enfermedad laboral para obtener por una acción fundada en el derecho civil la reparación integral del daño. Sin embargo esta modificación es cuestionada por quienes sostienen que la opción otorgada por la ley resulta contraria a la garantía constitucional según la cual debe reconocerse el derecho a reclamar por la vía civil sin necesidad de renunciar a las prestaciones del sistema de seguro como lo establece esta reforma. El cuestionamiento va dirigido a suprimir la opción excluyente y admitir que se autorice a demandar la reparación integral, aunque se hayan recibido prestaciones –tanto dinerarias como en especie– por el régimen tarifado en la ley especial, cuyo valor en todo caso, puede descontarse de la indemnización final que se fije en sentencia judicial.

3. En las sentencias **"Pérez, Aníbal c/ Disco S.A."** del 1 de setiembre de 2009 y **"González, Martin / Polimat S.A."** de fecha 1 de mayo de 2010 la Corte Suprema de Justicia descalificó, con fundamento constitucional, las normas legales que excluyeran del concepto de remuneración –a todos los efectos– a prestaciones a cargo del empleador asignándoles funciones supuestamente no retributivas. No existe pronunciamiento del Alto Tribunal pero sí de otros tribunales inferiores, acerca de igual descalificación de normas que provengan de la negociación colectiva. Esta posición se sustenta en que tampoco esa fuente normativa puede alterar el contenido remuneratorio de las prestaciones que se reciban como contraprestación por el trabajo cumplido. Se trata en definitiva de una aplicación cabal del principio que contiene el Convenio N° 95 de la OIT.

Destaco que en orden al señalamiento de las cuestiones que han ocupado en los últimos tiempos la preocupación de juristas y jueces –además de los organismos de administración fiscal– está claro que ocupa el principal lugar, el tema de la desfiguración del concepto de salario o remuneración, abriendo cauces de elusión de las consecuencias naturales que se desprenden de un concepto amplio y pleno de esa prestación a cargo del empleador como contraprestación por el trabajo brindado por el empleador. Desde hace tiempo, un procedimiento que no se conocía, o por lo menos no se hallaba difundido

con importancia en el campo laboral, se ha convertido en el centro de los conflictos que se refieren a la integración de la remuneración con todos los elementos que aún bajo distintas denominaciones y formatos, son practicados en distintas áreas y niveles. El fallo referido más arriba da cuenta, precisamente, de la trascendencia de ese fenómeno que había llegado a incorporarse al nivel de ley.

Sobre esto quizás sea interesante conocer el origen de ese comportamiento de generalización que se ha impuesto y que ha dado motivo para la preocupación no sólo de los interesados directos, a veces confundidos en cuanto al perjuicio que estas modalidades le ocasiona y de lo cual recién despiertan al momento de producirse conflictos que involucran esos rubros, sino también de los organismos recaudadores. También naturalmente tales cuestiones forman parte de la preocupación empresarial la que no siempre se acerca a este asunto por egoísmo, sino motivados por aspectos conceptuales discutidos con razones más o menos comprensibles vinculadas a los niveles de presión fiscal. Estos señalamientos no adelantan en absoluto adjudicación de responsabilidades a unos o a otros sino que simplemente tratan de mostrar las causas de esos problemas en nuestro país. Al respecto y como que se trata de un problema que ha asumido extensiones insólitas, antes y después de las correcciones jurisprudenciales y legales producidas, resulta imperioso un examen serio y decidido desde un enfoque de política global, encarar modificaciones en otros temas que no sean necesariamente los salariales, para ubicar debidamente los comportamientos empresariales en pautas compatibles con las diferenciaciones de dimensión atendiendo justamente a las diversas características que las identifican según su tamaño, permitiendo de ese modo adecuar la normativa en función de tales particularidades. De ese modo, aliviando las cargas de orden fiscal y de la seguridad social, acompañadas de adaptaciones de las reglas de la relación laboral, seguramente se evitará el escape de las cargas y costos por la vía de buscar eludir obligaciones mediante el diseño –cada vez más creativo a medida que se acentúan los inconvenientes– de fórmulas que pretenden marginar, desnaturalizar, o debilitar el concepto de remuneración. Por supuesto que no es esta una postura ingenua que ignora que las evasiones se producen en todos los niveles de complejidad empresaria, pero sin duda que hay una necesidad de adecuación de la normativa completa que afecta las relaciones laborales, que tenga en cuenta lo que he señalado sobre la consideración de las dimensiones de las empresas.

Como simple acercamiento hacia el tema cabe indagar sobre las causas más directas que provocan la grave situación de trabajo informal. Al respecto pueden enunciarse las siguientes:

- Notable asimetría entre sectores de alta productividad vs. otros de muy baja productividad (pequeñas empresas, micro emprendimientos,) quienes recurren a la evasión para subsistir.
- Incremento de subcontratación mediante la cual los contratistas buscan la disminución de los costos.
- Costos del empleo y de la seguridad social que resultan insostenibles en general.
- Complejidad normativa.

- Comportamientos culturales de la sociedad, inclinada al incumplimiento de las normas de todo contenido (la anomia como característica lamentablemente incorporada y que se manifiesta en todos los niveles y ámbitos, no sólo en las relaciones laborales).
- Uniformidad normativa –sea legal o de orden colectivo– que no toma en consideración la dimensión de la empresa.
- Complejidad de los trámites de regularización laboral en la registración de los trabajadores que no permanecen en el sector rural (trabajadores golondrinas).
- Aquellos que no poseen calificación suficiente no están en condiciones de obtener ubicación y es dudoso que puedan obtenerla en el futuro dada la conformación de la estructura productiva actualizada en tecnología.
- Nivel de educación general y capacitación de quienes no poseen un empleo.
- Insuficiente acción del control estatal.
- Comportamiento ilegal del estado, nacional, provincial y municipal que mantiene empleados no registrados provocando contagios por falta de ejemplaridad.
- Escasa información adquirida por los trabajadores de niveles de poca calificación.
- Creencia de que no cumplir con la ley –en esta materia y en general– no redunda en un daño sino que al fin resulta más conveniente económicamente, aunque se asuman riesgos que implican finalmente mayores perjuicios.

Prestaré atención especial a algunas de esas causas. Como se señaló, el fenómeno cultural de **incumplimiento de la ley** es uno de los factores a considerar en este tema. Lo constatable sobre el punto es que lamentablemente, constituye un dato central en la sociedad argentina lo que se comprueba desde las más elementales infracciones de tránsito hasta las masivas evasiones impositivas, pasando obviamente por la falta de registración de los empleos o en todo caso con el registro insuficiente de remuneraciones[1]. De tal manera que este fenómeno particular que se observa en el campo de las relaciones laborales, no puede encararse sin considerar ese trasfondo de comportamientos sociales generalizado cuyo origen, a su vez, debe encontrarse en situaciones de orden histórico, institucional, educacional, etc.

En particular la registración incompleta –llamémosla trabajo "en gris"– reconoce también como origen, además de los ya mencionados, **el erróneo concepto de parte del trabajador** de que la marginación de ciertos conceptos de la noción de remuneración que sirve como base de recaudación de contribuciones

[1] Cabe recordar aquí una investigación publicada por la Universidad Nacional Autónoma de México y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, titulada "Argentina: una sociedad anómica" México, 2005, p. 97, en la cual entre otros datos se incluye en el capítulo "Conclusiones y propuestas" elaborado por Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, la que indica que el 86% de la población entrevistada considera que la Argentina vive la mayor parte del tiempo al margen de la ley.

y aportes previsionales, de obras sociales, sindicales, etc. lo beneficia al recibir ingresos sin descuentos. No se aprecia que esas degradaciones de la remuneración, provocan por el contrario, disminución importante de sus ingresos porque no son computados a los fines de otras prestaciones que toman como base la remuneración (salarios por enfermedad, sueldo anual complementario, vacaciones, indemnizaciones, etc.). Por otra parte esta conducta de admisión de parte del trabajador que no reclama ante el incumplimiento patronal, no debe dejar de conectarse con las circunstancias variables del nivel de desempleo, ya que éste presiona, cuando empeora, como temor de que la queja provoque la ruptura del contrato.

La **presión tributaria** también es una fuerte causa de la falta de registración correcta tanto en materia remuneratoria que es de la que nos ocupamos aquí, como de la más grave de ausencia total de registración. En efecto, el caso de los micro emprendimientos y pequeñas empresas, patentiza tal situación. Es sabido que el mayor porcentaje de trabajo no registrado se concreta en ese tipo de empresas las cuales subsisten precisamente, con base en la ventaja competitiva que otorga el menor costo laboral que implica la falta de registración. Tal menor costo resulta doblemente, de la omisión de las contribuciones y aportes señalados y de las que operan en la repercusión del salario sobre los demás conceptos mencionados[2].

Concomitante con la causa anterior debe señalarse la de que la legislación laboral y la normativa derivada de las convenciones colectivas de trabajo, **no registra distinciones de acuerdo con la magnitud de la empresa**, resultando por lo tanto que las disposiciones de ambas fuentes, pensadas para ser aplicadas en la gran empresa, son impracticables o seguramente más costosas proporcionalmente, en las pequeñas.

Finalmente debe apuntarse que la falta de registración de empleos, o de pagos en gris, no puede concebirse si no viene acompañada de una **evasión fiscal** de parte del empleador, suficiente para financiar tales pagos a los trabajadores. En otras palabras, no puede existir trabajo en negro sin evasión fiscal, cualquiera sea la causa que a su vez actúe para este último comportamiento[3].

Y algo más sobre los orígenes históricos de esas modalidades a las que se adjudican caracteres no remuneratorios. Considero que un punto crítico de aparición de estos intentos de crear prestaciones paralelas a la remuneración pagada según lo establecido en la ley, el convenio o la voluntad de las partes, se encuentra en el dictado de la ley 21.307[4] dentro del conjunto de medidas dispuestas a la sazón –ingenuamente a mi juicio y al de muchos– para detener el proceso inflacionario desatado en ese momento. Fue a partir de esta medida que interfería de manera negativa en la negociación de mejoras salariales a

---

[2] Estos aspectos del problema han sido estudiados de manera especial en la obra conjunta Jorge Rodríguez Mancini, Ernesto Kritz y Bernabé Chirinos titulada "Derecho del Empleo", Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2013.

[3] Debe añadirse a lo expuesto que el trabajo no registrado en las administraciones públicas, nacionales, provinciales o municipales, sirve para **disimular rubros en el presupuesto respectivo.**

[4] BO 10/5/76.

nivel individual –por supuesto que también se habían cancelado las de nivel colectivo– que se desarrollaron distintas modalidades de implementación de prestaciones a las que se designaba y calificaba como distintas de la remuneración, sosteniendo que no estaban ligadas a la prestación laboral, no obstante que obviamente se otorgaban a los trabajadores dependientes de la empresa. Y en ese campo de originalidades y creaciones aportadas por los distintos sectores se pueden encontrar ejemplos de lo que luego se plasmó en disposiciones ejecutivas y leyes que implantaron los llamados beneficios sociales, las prestaciones complementarias, las cajas de asistencia y luego más frontalmente, las asignaciones en dinero no remunerativas, primero como medidas de emergencia y luego incorporadas a las convenciones colectivas "debidamente" homologadas. El problema fue cuestionado al principio por los organismos de recaudación que veían en esas formas disimuladas evasiones del pago de los recursos de la seguridad social, ante lo cual la jurisprudencia del fuero laboral –entonces competente para estas cuestiones– adoptó diversas soluciones que se plasmaron luego en normas de exención. Pasó algún tiempo antes que se produjeran algunas reacciones de fallos judiciales declarando inconstitucionales sólo algunas de esas normas –ello culminó con la sentencia reseñada en la causa "Pérez c/ Disco"– y también pasó algún tiempo para llegar a la derogación puntual de una de ellas (la ley 26.341 a que hice referencia en renglones precedentes).

Desde ya que este punto, que considero aún pendiente de resolución en el sistema, ya que restan todavía instrumentos normativos de origen estatal y convencional que mantienen la exclusión del ámbito remuneratorio importantes prestaciones sea en dinero o en especie, debe seguir siendo objeto de análisis para encontrar un criterio único y definitivo, al menos dentro del panorama conocido ya que no podemos pretender que también abarque el horizonte futuro que estará, seguramente, inundado de nuevas creaciones que seguramente requerirán también nuevos análisis.

Es cierto que no es posible establecer simplemente un principio general que no acepte excepciones. Y esto porque como sucede con otras instituciones laborales, son fruto de novedades en el orden de la realidad económica, social y aún psicológica[5]. Por lo demás, no se trata sólo de un encuadramiento técnicolegal de lo que es o no es remuneración, sino que el tema desborda ese marco para colocar en discusión hasta dónde alcanzará la categorización que se otorgue a la prestación como salarial. En esto también hay que pensar en reglas más claras y uniformes para evitar que las interpretaciones, sobre todo judiciales, originen contradicciones que conspiran contra el valor de la seguridad jurídica, tan importante para lograr una aplicación pacífica de las normas evitando la conflictividad judicial que nos caracteriza y conspira contra el indispensable orden para el progreso y el crecimiento. Esta dificultad no se arregla con fallos plenarios de un tribunal nacional ya que por un lado su gestación no es sencilla ni mucho menos lo rápida que se requiere; y en segundo lugar porque el

[5] Califico como psicológicas aquellas creaciones que son fruto de un objetivo dirigido a obtener de parte del trabajador adhesiones especiales para obtener su contratación o su permanencia en el vínculo con el empresario. Y es allí donde nacen métodos o instrumentos que escapan a lo corriente y convencional en el concepto de remuneración.

federalismo permite otras discrepancias que tampoco pueden ser resueltas siempre por la Corte Nacional.

Al lado de este tema tan controvertido, ligado a conductas evasivas pero no sólo originado por ese objetivo ilícito, aparecen en el relieve normativo y conceptual otros problemas que igualmente demandan solución, deseadamente legal para evitar las dificultades ya denunciadas.

4. En materia de **libertad sindical** deben destacarse tres sentencias también de la Corte Suprema que afectaron de modo profundo lo que se conoce en Argentina, como "modelo sindical" regulado por la ley 23.551 en la que se establece un sistema de unidad promovida a través del reconocimiento exclusivo a una sola asociación sindical las facultades de representación colectiva mediante el otorgamiento de la denominada "personería gremial" y las consecuentes garantías, que no son aceptadas para otras asociaciones que no gozan de ese reconocimiento. Los fallos en cuestión se refieren a distintos aspectos y consecuencias de esa caracterización y así en **"Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo"** del 11 de noviembre de 2008 se declaró que no era legítimo constitucionalmente reconocer con exclusividad la atribución de convocar a elecciones de delegados del personal en las empresas, a la asociación que gozara de la personería gremial; en la sentencia **"Rossi, Adriana c/ Estado Nacional"** del 9 de diciembre de 2009 se determinó que la protección del representante gremial, asegurando su estabilidad en el empleo –salvo justa causa que debe ser declarada en juicio previo al cese– mientras durara su mandato (y un año más) como lo regula la ley sindical vigente, no debía limitarse a los que pertenecieran a la asociación con personería gremial, sino que alcanza a todos los representantes y directivos, cualquiera sea la asociación que representen aunque no sea la que ha sido reconocida como más representativa. En el pronunciamiento dictado en el caso **"Asociación de Trabajadores del Estado c/ Municipalidad de la ciudad de Salta"** del 18 de junio de 2013 se descalificó por contraria a la Constitución Nacional la norma de la ley sindical –ya mencionada, 23.551– que atribuye de manera exclusiva a la asociación sindical con personería gremial la facultad de representación colectiva de los trabajadores comprendidos en el ámbito reconocido por aquélla. Se establece en estos fallos que la exclusividad que se reconoce a la asociación más representativa, sólo puede estar referida a la facultad de negociar colectivamente, a la de designar representantes en organismos estatales con participación sindical y en ser las destinatarias de las consultas que pueda efectuar la autoridad.

Por supuesto que estas descalificaciones judiciales de algunas normas de la ley sindical, producen un efecto profundo y negativo en relación con la indispensable seguridad jurídica, puesto que incide en lo que, como dije antes, se denomina el "modelo sindical". Esto provoca todavía otros cuestionamientos de disposiciones de la misma ley que responden obviamente a los lineamientos de ese modelo y que no fueron abarcados por los fallos descalificantes ya que no habían sido objeto del juicio respectivo. En otras palabras no resulta conveniente que una ley de organización sindical que fue elaborada siguiendo determinadas reglas coherentes para estructurar el sistema, soporte descalificaciones parciales –aunque sean fundamentales– sin que el resto se vea alterado ya que como los efectos de esas sentencias quedan reducidos a

la afectación de las normas de que traten, pero no modifican las demás, siguen respondiendo, hasta que sean modificadas o derogadas, a aquellos lineamientos sobre cuya base fueron elaboradas. Señalo que precisamente existen otras normas de la misma ley que no han llegado aún a ser examinadas en juicio por la Corte Suprema de manera que su aplicación sigue en pie y da lugar a conflictos que se plantean en forma reiterada. La solución sólo puede alcanzarse del modo constitucional básico, esto es con la modificación dictada por el órgano legislativo. Mientras tanto quedan en pie las objeciones que de modo reiterado ha formulado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que desde el mismo momento en que se sancionó la ley sindical 23.551, en el año 1988, viene formulando anualmente observaciones a determinados artículos que a juicio de ese organismo, contradicen principios del Convenio N° 87 al cual adhirió oportunamente la República Argentina. Precisamente los fallos mencionados que descalificaron algunos artículos de la ley, hacen hincapié en esa violación del derecho internacional, teniendo en cuenta que como destaqué antes, esos convenios poseen según la Constitución Nacional eficacia y jerarquía superior a las leyes. La obligatoriedad de los dictámenes de la CEACR ha quedado por otra parte, ratificada por la misma Corte Suprema, que las menciona como fuente normativa, cuestión que supera por lo tanto la eventual posición de quienes sostienen que dicha Comisión ha admitido que sus dictámenes no poseen carácter obligatorio si los estados parte no lo declaran así.

El tema divide opiniones del sector sindical en el cual, como es obvio, hay distintas posiciones según que el "modelo" los beneficia o los mantiene marginados. La posición empresaria tampoco resulta ajena a esta cuestión ya que a pesar de la indispensable y obligatoria prescindencia sobre un tema que aparentemente se presenta como propio y exclusivo de los trabajadores, lo cierto es que no puede dejar de interesar a quienes deben enfrentar o consensuar con los representantes de los trabajadores, inclinándose por preferencias hacia la unidad de representación y no por la diversidad de representaciones. Estas cuestiones que subyacen en el pensamiento empresario, no son por supuesto puestas de manifiesto pero sin duda inciden en las decisiones finales de los legisladores.

Al comentar la ley 25.877 que derogó disposiciones específicas sobre la sanción de conductas discriminatorias, hice referencia a que como consecuencia de ello comenzó a circular la invocación de una ley antidiscriminatoria de carácter general (la ley 23.592) posición que finalmente encontró apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en un fallo trascendente cual es el pronunciado en la causa **"Alvarez, Maximiliano y otros c/ CENCOSUD S.A."** (7/12/2010). En este pronunciamiento se aceptó por mayoría ajustada de los integrantes del Tribunal (cuatro sobre siete), la aplicación de esa ley con la consecuencia de que el acto discriminatorio en un despido, convertía la decisión del empleador un acto nulo por la prohibición que contiene el art. 1 de esa ley. La consecuencia de esa nulidad, como lo expliqué antes, es la continuación del contrato, aún en contra de la voluntad del empleador. Se impone la reinstalación en el puesto del trabajador afectado. Y en esa consecuencia de aparente lógica indiscutible es donde se dividen las opiniones de los jueces de

la Corte Suprema exponiendo los que quedaron en minoría que no era admisible obligar al empleador a continuar una relación jurídica con quien no quería mantenerla, afectándose de ese modo la garantía constitucional de libertad de contratación. Lo cierto es que después de ese fallo se han pronunciado otros tribunales aceptando la doctrina mayoritaria, instalándose en consecuencia un sistema de estabilidad que puede llegar a adquirir carácter permanente por toda la duración del contrato hasta la jubilación del trabajador. Digo esto porque a pesar de que la sentencia que ordenara la reinstalación no expresara semejante alcance, la realidad de la lógica que muestra esa fórmula conduce a aquella conclusión ya que si una vez reinstalado el trabajador que fue considerado víctima de una discriminación, el empleador dispusiera su despido sin justa causa, abonando la indemnización que para tal supuesto contempla la Ley de Contrato de Trabajo –véase lo explicado en el párrafo respectivo– podría fácilmente invocar que esa denuncia del contrato resulta nuevamente discriminatoria y por lo tanto nula con la consecuencia de la nueva reinstalación, figura que se podría repetir, como dije hasta la terminación del contrato por jubilación del trabajador. Sólo podría excusarse de esa solución en el caso de que el empleador acreditara la comisión de un incumplimiento grave de parte del trabajador que justificara su despido con causa. Salvo pues este extremo, el trabajador tendría asegurada su estabilidad hasta el momento de alcanzar las condiciones para jubilarse. Esta hipótesis se ha integrado con otro fallo importante de la Corte Suprema, también dictado con la mayoría ajustada, en los autos **"Pellicori, Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"**.(15/11/2011). Allí se estableció que si el trabajador afectado por una medida del empleador que considera comprendida en los supuestos de la ley antidiscriminatoria, denuncia el hecho indicando hechos que pueden hacer presumir la existencia de esa conducta ilícita, será el empleador quien debe demostrar que ha mediado alguna otra causa ajena a cualquier discriminación. Esta única solución para impedir la reinstalación y las consecuencias que he mencionado, implica una carga probatoria que va más allá del sistema de protección contra el despido arbitrario, adoptada por la Ley de Contrato de Trabajo que contempla, como se ha explicado, la posibilidad de un despido sin causa o aún con causa injustificada sancionado con el pago de indemnizaciones pero que en todo caso produce la extinción del vínculo. Como se observa la situación en torno a esta figura del despido discriminatorio ha adquirido en el derecho argentino un perfil sumamente conflictivo que no contribuye a la seguridad jurídica y al buen funcionamiento de la institución misma del contrato de trabajo.

5. Otro fallo destacable de estos últimos años es el dictado por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Torrillo, Atilio A. y otro c/ Gulf Oil Argentina S.A. y otro" del 31/3/2009 ya que completando la línea de directivas en la aplicación de la ley de riesgos del trabajo, a la que me he referido, resuelve favorablemente la admisión de llevar a las aseguradoras de riesgos del trabajo al juicio de responsabilidad civil, esto es fuera del régimen especial que regula la ley 24.557 (LRT).

En este fallo la mayoría del Tribunal pone en evidencia la voluntad de dejar establecida una doctrina fundada acerca de la aplicación de las normas del Código Civil en materia de responsabilidad por hechos ilícitos a las conductas

omisivas en las que pueden incurrir las ART. Se trata, en definitiva de una prolongación, apoyada en argumentaciones básicamente basadas en las normas internacionales, de la decisión que en la misma dirección, había adoptado el Tribunal en el caso "Soria, Jorge L. c/ Ra y Ces S.A. y otro" (10/4/2007), donde también resolvió a favor de la responsabilidad de la ART con apoyo en el art. 1074 del Código Civil. En el mismo sentido dictó otro fallo en "Galván, Renée c/ Electroquímica Argentina S.A." (30/10/2007). Vale la pena destacar que en el caso "Soria" la Corte Suprema abrió el recurso extraordinario deducido por la parte actora y denegado por la Cámara, por considerar que había mediado arbitrariedad en el fallo de esta última (Sala I); en la sentencia que comentamos ahora, el recurso fue deducido por la ART condenada.

Señaladas las características formales particulares de la sentencia "Torrillo", pondremos atención en los fundamentos de los dos votos relevantes, esto es el que suscriben los cuatro ministros que formaron mayoría y el producido por el presidente del Tribunal en minoría disidente.

La lectura de estos fundamentos, permite observar la altísima preferencia de este voto, por la referencia a las normas internacionales aplicables todas –según el criterio allí expuesto– al derecho interno, aunque sin hacerse cargo –probablemente porque no fue un asunto planteado expresa y oportunamente– de los cuestionamientos doctrinarios respecto de la jerarquía institucional de alguno de esos instrumentos de carácter internacional[6]. Las extensas transcripciones de los instrumentos internacionales y de sus interpretaciones, comprende la de tratados que se refieren específicamente a la protección de la mujer trabajadora y del niño trabajador, que no presentan estricta atingencia con el caso pero que sin duda constituyen un interesante repertorio en materia de normativa internacional en torno del derecho a la vida y a la salud de los trabajadores, cuestión sin duda indiscutible a partir de normas constitucionales anteriores a la reforma de 1994, como lo destaca en su voto el ministro Lorenzetti refiriéndose al contenido del art. 14 bis introducido en 1957 y a jurisprudencia de la Corte Suprema de antigua data[7].

Algún tramo del voto mayoritario merece igualmente destacarse, como ocurre, p.e. con el incluido en el considerando 7° en el cual se examinan las finalidades de la legislación en materia de accidentes y enfermedades laborales, destacando su proyección entre otros, en el plano individual, donde la elemental conexión de la prevención con la vida remita aquélla al " *primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la*

[6] Por ejemplo con relación a la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR cuya eficacia como instrumento internacional abarcado por la norma del art. 75 inc. 22 ha sido motivo de discusiones que no aparecen superadas de manera fundada en la jurisprudencia de la Corte Suprema la cual incluye esa Declaración entre los documentos que resultan abarcados por la norma constitucional citada, sea por el primer o segundo párrafo del referido inciso. Confr. Julio C. Simón en ""Eficacia jurídica de la Declaración sociolaboral del MERCOSUR" Buenos Aires, AADTSS-OIT, 2001. La mención de ese documento también aparece en el voto de los ministros Petracchi y Zaffaroni en su voto en "Aquino". También se ha reiterado la referencia al "principio de progresividad" derivado del PIDESC, a cuyo respecto he formulado comentarios acerca del significado que debe otorgarse a esa directiva en función de la limitación que el mismo texto contiene para su efectivización. Conf. "Derechos fundamentales y relaciones laborales", Astrea, 2da. edic. 2007, p. 8.

[7] Voto en disidencia del ministro Lorenzetti, considerando 6°, donde cita y transcribe la sentencia registrada en Fallos 305:2040.

Constitución Nacional ("Floreancig". Fallos 329:2552")[8]. Y a continuación se afirma por parte de estos jueces del Alto Tribunal que *"el ser humano, desde luego, es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Campodónico de Beviacqua", Fallos 323:3239 y sus citas*[9]*), mayormente cuando el derecho a la vida comprende no sólo el derecho a no ser privado de ésta arbitrariamente, sino también el derecho a que no le impida a la persona el acceso a las condiciones que le garanticen una "existencia digna".*

He trascripto este párrafo porque contiene, clara y expresamente, un reconocimiento de la adopción de una posición filosófica de importancia fundamental en el orden jurídico como es el de la referencia al derecho natural, por un lado y por otro a la naturaleza trascendente del ser humano, además del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente. Toda una definición fundamental que trasciende el marco del tema que se está resolviendo para representar un pronunciamiento de orden mucho más general e importante, que seguramente deberá tener repercusión en decisiones futuras sobre temas en los que se hallen en juego principios básicos en torno de los derechos humanos.

Poniendo atención a los argumentos que se desarrollan en este voto de la mayoría se puede concluir que la revista de los antecedentes normativos internacionales y del detallado examen de las normas de la LRT referidas a las obligaciones de prevención, son sin duda conducentes a cuál es el mecanismo y responsabilidad de las ART en la materia y en todo caso, a demostrar que esta última no se agota en la aplicación de las normas especiales del régimen de riesgos del trabajo, sino que –entiendo que es lo que se quiere probar– la víctima puede acudir al ámbito de la acción civil para alcanzar la debida reparación que no le otorga el sistema tarifario. En esta dirección, como resulta de la lectura del considerando 8°, la conclusión del voto es la de que *"no existe razón alguna para poner a una ART al margen del régimen de responsabilidad previsto en el Código Civil"*. Esta es la doctrina que se había establecido en el fallo "Aquino" al declarar la inconstitucionalidad del art. 39.1 de la ley 24.557. Ahora bien, a renglón seguido, el voto aclara que para que funcione ese régimen de responsabilidad común es indispensable que *"se demuestren los presupuestos de aquél, que incluyen tanto el acto ilícito y la imputación, cuanto el nexo causal adecuado (excluyente o no) entre dichos daños y la omisión o el cumplimiento deficiente por parte de la primera de sus deberes legales"*. Es decir que como no puede ser de otro modo, el acceso a la vía civil implica la demostración de la presencia de esos recaudos en materia de responsabilidad para poder imputarla y obtener la reparación del daño. Creo que esto no requería semejante despliegue doctrinario y normativo internacional a la luz de lo que se resolvió en "Aquino". Pero lo interesante es que con este bagaje conceptual se ha querido poner en

[8] Este fallo es de fecha 11/7/06 firmado por todos los ministros del Tribunal, salvo la disidencia de la ministro Argibay. En ese fallo o mejor dicho en el dictamen de la Procuración General a cuyos fundamentos se remite por compartirlos, se citan antecedentes con la misma referencia al derecho a la vida como natural de la persona humana (Fallos 325:292; 302:1284; 310:112 y 323:1339) lo que autoriza a expresar que el fundamento iusnaturalista se halla presente en la línea doctrinaria de la Corte Suprema a través de distintas integraciones.

[9] Este fallo es de fecha 24/10/2000.

evidencia la trascendencia de la responsabilidad de las ART en materia de prevención y sin duda que se ha logrado.

Ahora bien, con estas argumentaciones considero que la mayoría ha descartado el argumento de la quejosa acerca de que su responsabilidad debe quedar limitada a la que regula la LRT. Sin embargo no parece que se haya querido prestar igual atención y explicitación al otro escollo que le fue planteado en el recurso, esto es que los argumentos utilizados por la Sala VI para adjudicar responsabilidad civil hubieran sido suficientes para satisfacer las exigencias que más arriba fueron destacadas: *"imputación"* y *"nexo causal adecuado entre los daños y la omisión o cumplimiento deficiente"*. Es decir que aceptado que medió un acto ilícito representado por la falta de adopción de medidas de prevención, no es bastante para adjudicar responsabilidad por daños. El propio voto lo sostiene, es preciso demostrar los otros requisitos. Y sobre esto el voto se cubre simplemente sosteniendo que se trataría de "*cuestiones de hecho, prueba y derecho no federal que han sido resueltas en términos que, más allá de su grado de acierto, se muestran suficientes para descartar que la sentencia apelada entrañe un apartamiento palmario de las circunstancias comprobadas en la causa o de la solución prevista para el caso, lo cual con arreglo a la conocida y permanente doctrina del Tribunal, conduce al rechazo de la arbitrariedad planteada*". Obviamente, como no conocemos los términos de la queja no estamos en condiciones de señalar que esta conclusión es correcta pero a juzgar por las referencias que contiene el voto del ministro Lorenzetti, (considerando 10°) los fundamentos de la Sala VI que resultarían aprobados en su suficiencia por el voto de la mayoría, estuvieron constreñidos a que *"las omisiones de los deberes de control y prevención, por sí solos"*, fueron considerados suficientes para adjudicar la responsabilidad civil. Por el contrario y aún tomando el texto de la mayoría, como se ha recordado más arriba, es preciso que se acrediten los extremos esenciales de "imputación" y "nexo causal adecuado". Lo cierto es que para la mayoría del Tribunal estas exigencias estarían superadas por el mero incumplimiento, como puede ser la falta de denuncia de los defectos que hubiera constatado en maquinarias, ambientes, instalaciones, etc; para el voto solitario en disidencia citado, esto no es así porque es preciso distinguir los presupuestos y sanciones de incumplimientos del deber de prevención impuesto por la LRT a las aseguradoras, de las condiciones y exigencias que deben satisfacerse cuando el actor ha elegido llevar su reclamo por la vía de la acción civil, sometida ésta a condicionamientos diferentes y exigentes. Esta es según este voto, una opción legítima del trabajador o sus derechohabientes –afirmación que cohonesta lo resuelto entre otros, en los casos "Llosco" y "Cachambí" del año 2007[10]– pero una vez que se ha efectuado esa opción el juez debe aplicarse el régimen del Código Civil, dentro del cual, lo repetimos, el actor debe probar los presupuestos de aquélla[11].

[10] Sobre el tema de la opción o la acumulación me remito a lo explicado en párrafos precedentes de esta reseña.

[11] En todo caso deberá tenerse en cuenta que las prestaciones recibidas de la ART por el mismo accidente o enfermedad deberán deducirse del importe que hipotéticamente pueda corresponder a la víctima, como consecuencia de su acción civil. En este sentido el fallo "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires y otros (la Asociación de Fútbol Argentino y el Club Lanús)" del 6/3/07, considerando 11, por aplicación de lo dispuesto en el art 39, inc. 4 de la LRT, ratifica la posibilidad de acumulación de acciones pero no de indemnizaciones tal como lo expliqué en párrafos precedentes.

Obsérvese que al desestimar el supuesto de arbitrariedad, como lo hace la mayoría, se está convalidando el fundamento de la Sala VI resumido en el considerando 1° de ese voto. Allí puede leerse que el tribunal a quo había juzgado que *"el lugar de tareas era un "ámbito con claros signos de riesgos" que carecía de "medios susceptibles de contrarrestar una situación de emergencia"*. Estos fundamentos son los que la mayoría estima que configuran arbitrariedad.

En una comparación con el antecedente citado del caso "Soria" se puede efectuar una analogía de argumentaciones. La Sala I de la Cámara, en ese juicio, había sostenido para desestimar el reclamo por responsabilidad civil fundado en el art. 1074 del Código Civil[12], que no se había alegado ni probado que el incumplimiento de las medidas de prevención que impone la LRT a las ART, hubiera sido causa adecuada del daño padecido por el trabajador y no basta por lo tanto el incumplimiento. La Corte Suprema –con los cuatro votos que reunió en ese caso y la disidencia de los ministros Lorenzetti y Fayt– descalificaron el fallo porque estimó que no es suficiente que se sostenga que no existe relación de causalidad entre la omisión imputada a la ART y el daño de **manera dogmática** sino que entendió que el juzgador debe indicar el razonamiento lógico-jurídico por el que considera que no existe relación de causalidad entre el incumplimiento –que se haya probado– y el daño sufrido. La minoría entonces, formada por los ministros Lorenzetti y Fayt, apreció que no había arbitrariedad en la decisión de la Cámara sino se trataba de una interpretación legítima y coherente con antecedentes de la Corte. Obsérvese la similitud de argumentos de mayoría y minoría entre ambos casos aunque planteados en forma inversa. Sin duda en la Corte Suprema hay dos criterios que se mantienen, prevaleciendo el de la mayoría numérica que aunque ha variado en su composición, opera de manera semejante.

6. En un fallo del 11 de diciembre de 2014, en el caso "Urquiza, Juan Carlos c/ Provincia ART S.A.", la Corte Suprema de Justicia puso fin a un debate acerca de la competencia que corresponde para los reclamos indemnizatorios por daños originados en accidentes o enfermedades del trabajo, cuando el trabajador opta por fundar su derecho en las normas del Código Civil en vez de las que contempla el régimen especial de protección contra riesgos del trabajo. El fallo establece la competencia de los jueces civiles lo cual había sido cuestionado por cuanto en ese procedimiento se imponen reglas que crean mayores trámites, plazos y gastos. Respecto de esto último, sin embargo, en otra sentencia, ésta del 30 de diciembre de 2014, la Corte Suprema extendió el beneficio de litigar sin gastos a los trabajadores aunque tramiten sus causas en sede civil con lo cual se atenúa la carga procesal que implica llevar adelante un juicio con ese procedimiento regido por el impulso de parte y no de oficio como ocurre en el proceso especial laboral.

1 de marzo de 2015

[12] Llamativamente esta norma no es mencionada en el caso que comentamos a pesar de que en definitiva la adjudicación de responsabilidad que cabría a la ART deriva de su aplicación.

Direito do Trabalho, no Brasil. Resenha das principais leis, no inicio do Séc. XXI

Nelson MANNRICH

Miembro da AIDTSS - Academia Iberoamericana del Trabaljo y de la Seguridad Social. Professor Titular de Direito do Trabalho, da USP - Universidade de São Paulo. Presidente honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Advogado em São Paulo

Índice. Introdução. I - Primeira parte: resenha de fatos relevantes. II - Segunda parte: resenha dos primeiros 15 (quinze) anos. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Em boa hora, a Academia Iberoamericana decidiu resgatar a memória da construção do direito do trabalho, na América Latina, divulgando o Direito Comparado "Ibero-americano", por meio da publicação das principais leis. Aproveito para cumprimentar os responsáveis por tão importante iniciativa, na pessoa dos Acadêmicos Oscar Hernández Alvarez e Jorge Rosenbaum. De acordo com a proposta, o primeiro passo para concretizar esse projeto se dará com a resenha das grandes mudanças ocorridas nos primeiros 15 (quinze) anos do presente século, em nossa região.

Segundo o objetivo de seus idealizadores, essa resenha servirá de reflexão a todos quantos atuam nesse setor tão sensível das relações econômicas e sociais, servindo de memória também às futuras gerações.

A reforma trabalhista é tema central de debate - ao lado de outras igualmente importantes, como a reforma da seguridade social, do sistema fiscal e eleitoral – e em particular da reforma da própria sociedade. Apesar de sua importância, pouco se avança. No Brasil, paradoxalmente, convive-se com uma legislação ultrapassada, com preferência a pequenos remendos em detrimento de reforma mais profunda.

Nos últimos tempos, com crescimento pífio do PIB – Produto Interno Bruto e sinalização do avanço do desemprego e da inflação, observa-se aprofundamento das já precárias condições de trabalho.

Segundo alguns críticos desse processo de submissão de interesses sociais a interesses econômicos, as reformas trabalhistas não conseguiram gerar número suficiente de empregos de qualidade, apenas deterioraram ainda mais

as condições de trabalho. De quebra, a terceirização generalizada teria aprofundado o processo de precarização, em nome de uma flexibilização sem limites, daí o combate sem tréguas por parte de lideranças sindicais, com apoio de alguns partidos de apoio ao Governo e mesmo parte do judiciário trabalhista.

Sem entrar no mérito desse debate entre os chamados "neoliberais", de um lado, e os "protecionistas" de outro, observam-se mudanças profundas nas relações de trabalho, no Brasil.

No lugar de um discurso protecionista, herança de um Estado autoritário, passa-se a privilegiar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, com destaque para o crescimento sustentável das empresas e dos empregos, no âmbito da responsabilidade social.

De qualquer forma, esse debate envolve dois valores, aparentemente opostos: de um lado, assegurar condições dignas de vida para o trabalhador e, de outro, preservar as empresas.

Nem sempre é possível separar as relações trabalhistas do contexto econômico. Entre direito do trabalho e economia, há interação, não dependência, podendo o Direito do trabalho desempenhar papel propulsor da economia, em determinadas situações e, às vezes, ser tributário dela, na medida em que "nem sempre se pode atingir o socialmente desejável, mas tão somente o economicamente possível"[1]. Na tentativa de superar visão polarizada, ao invés de o Direito do Trabalho ora defender apenas valores sociais envolvendo o trabalhador, ora valores econômicos, das empresas, cabe-lhe o desafio de uma função promocional, daqueles valores tidos como fundamentais.

Essas considerações são necessárias para demonstrar a dificuldade de simples resenha das leis, num determinado recorte temporal, sem o necessário levantamento dos fatos relevantes do contexto em que se insere. Pequenos movimentos legislativos podem sinalizar tanto o início de grandes mudanças, quanto a dificuldade de se avançar em pequenas reformas. Por outro lado, determinadas mudanças legislativas podem demorar anos[2], como algumas alterações da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho acabam sendo aprovadas com extraordinária velocidade[3], dependendo dos interesses em jogo, daí a necessidade de se apontar, em linhas gerais, as principais questões postas na agenda do Direito do Trabalho para melhor compreensão da resenha das principais leis.

Daí a proposta de se dividir o presente texto em duas partes: na primeira, com o levantamento de algumas questões mais sensíveis, envolvendo o Direito

---

[1] SARDEGNA, Miguel Angel. Emergencia laboral: Salarios, suspensiones y despidos. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2002, p. 11.

[2] A Câmara dos Deputados está em fase de aprovação do Projeto de Lei 4.330. Envolve o marco legal da terceirização. Está na pauta do Congresso há 15 anos. Os mais pessimistas e contrários ao projeto, torcem para continuar .... e, se aprovada, seja vetada.

[3] A Lei nº 12.506, de 11.10.2011, relativa a aviso prévio proporcional, foi aprovada do dia para à noite. Houve forte pressão por parte dos empresários, evitando-se que o STF - Supremo Tribunal Federal, na ausência de lei, viesse a "regulamentar" esse direito, previsto na Constituição da República, de 1988, e até então não regulamentado.

do Trabalho; na segunda, a resenha legislativa desse início de século. O confronto entre a resenha legislativa e os fatos mais relevantes facilita uma visão mais clara do conjunto das mudanças ocorridas nos últimos 15 (quinze) anos. O simples levantamento cronológico dos diversos diplomas normativos, como será feito na segunda parte, poderia impedir o leitor menos atento de refletir sobre questões não percebidas. Na segunda parte, o texto limita-se às principais mudanças legislativas, na forma de Emendas à Constituição, Leis Complementares e leis ordinárias, ocorridas até o início de 2015.

Primeira parte: resenha de fatos relevantes

O que se passou nesses últimos 15 (quinze) anos, na área trabalhista? Para os mais céticos, poucos fatos relevantes, afora algumas leis e decisões judiciais, que poderão mudar a história de nosso modelo de relações trabalhistas. No entanto, os verdadeiros fatos relevantes podem passar despercebidos – nossas relações trabalhistas passam por profundas transformações.

A enumeração a seguir é apenas indicativa, sem prejuízo de outras questões, também relevantes, que não serão abordadas.

1. Combate ao trabalho escravo

A E.C.- Emenda Constitucional n. 81, de 5 de junho de 2014 certamente é o fato mais relevante. De acordo com a nova redação do art. 243, da Constituição da República, é autorizada a expropriação de imóveis rurais ou urbanos onde se verificar trabalho escravo. Além da perda do imóvel, os proprietários sujeitam-se a sanções penais.

O debate envolve a regulamentação dessa Emenda, fixando-se procedimentos de expropriação, havendo divergência a respeito do conceito de trabalho escravo[4].

Para o Governo, deverá ser mantido o atual art. 149, do Código Penal[5], que vincula trabalho escravo a excesso de jornada e a condições degradantes, entre outras. Para os partidos de oposição, esse conceito é inadequado. Para estes, se o conceito de trabalho forçado apresenta-se de forma objetiva, é muito ampla a noção de "jornada exaustiva" e mesmo de "condições degradantes". Além disso, mero descumprimento da legislação trabalhista não caracterizaria trabalho escravo, pois a CLT já estabelece sanções adequadas.

A regulamentação do art. 214 deveria resultar de amplo debate da sociedade, fixando-se, de forma objetiva e clara os elementos do conceito de trabalho análogo à escravidão, bem como o devido processo legal envolvendo a forma de expropriação. Esse o caminho para não ficar impune quem cometer esse crime

---

[4] Sobre conceito de trabalho escravo, conf. PL do Senado 432/2013 do Senador Romero Jucá. Envolve, ainda, como deverá ocorrer a expropriação e se a sentença penal deverá transitar em julgado antes.

[5] Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003).

hediondo, insistindo em manter essa chaga social. Além disso, seriam evitados abusos e insegurança jurídica nessa cruzada contra trabalho escravo.

O debate em torno do conceito de trabalho escravo remonta à Lei 10.803, que deu nova redação ao art. 149, do Código Penal brasileiro, conceituando trabalho escravo.

De acordo com esse dispositivo, o crime é configurado pelas seguintes condutas: a) submeter alguém a trabalhos forçados, a jornada exaustiva ou a condições degradantes de trabalho; b) restringir, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; c) cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; d) manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

A pena para referidas condutas é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência. Ela é aumentada, se o crime for cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

O Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Instrução Normativa SIT nº 91, de 05.10.2011, regulamentou a atuação dos auditores fiscais do trabalho em diligências envolvendo condição análoga à de escravo.

Como já referido, a E.C. n.81, que alterou o art. 214, da Constituição da República, não conceitua trabalho escravo, o que deverá ser objeto de lei específica. Deverá ser revisto o art. 149, do Código Penal, evitando-se possíveis subjetivismos e abusos de toda ordem, inclusive impunidade generalizada.

Na falta de conceito mais objetivo e claro, adiantou-se a IN n. 91, acima referida, apresentando conceitos muito em aberto, não atingindo o objetivo esperado, missão essa a cargo de lei específica. No estado democrático de direito, ninguém está obrigado se não em virtude de lei. Embora Instrução Normativa não imponha obrigação ao particular, apresenta-se com força vinculante perante o agente da inspeção, que a levará em conta em sua diligência. Para o auditor fiscal, haverá trabalho escravo quando constatar que a empresa fiscalizada submete os trabalhadores às condições que a Instrução Normativa determina como sendo aquelas previstas no art. 149, do Código Penal.

Ora, de acordo com o art. 3º, da IN, "considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

I - A submissão de trabalhador a trabalhos forçados;

II - A submissão de trabalhador a jornada exaustiva;

III - A sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;

IV – [...]

Como tais referências continuam em aberto, a própria Instrução Normativa encarregou-se de conceituá-las. Destaca-se apenas o conceito de jornada exaustiva:

b) "jornada exaustiva" - toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde;

Longe da objetividade e clareza, a IN - Instrução Normativa acabou se perdendo em subjetivismos exagerados, com inevitável segurança daí decorrente.

De acordo com a legislação brasileira, cabe à inspeção do trabalho verificar o cumprimento dos dispositivos legais de proteção ao trabalhador[6]. Verificada a infração, será a empresa orientada ou, se assim concluir o agente, punida com lavratura de auto de infração.

Ora, se o auditor fiscal flagrar trabalho nas condições descritas pela Instrução Normativa, deverá autuar a empresa, "indicando de forma explícita no corpo de cada auto que aquela infração, vista em conjunto com as demais, caracteriza trabalho realizado em condição análoga à de escravo" (§ 2º.).

É louvável a atitude do Ministério do Trabalho e Emprego e nobre a missão dos auditores de combater toda sorte de trabalho que atente contra a dignidade da pessoa humana do trabalhador. No entanto, não foram delegadas ao Poder Executivo tais funções legislativas, menos ainda poderá ele concorrer para a insegurança jurídica por meio de Instruções Normativas, em especial quando delas podem decorrer consequências tão severas para empresas acusadas indevidamente de prática de trabalho escravo, como se dá com a IN ora referida. Isso porque, uma vez subsistente o auto de infração, será a empresa exposta à execração pública, passando a integrar a chamada "lista suja". Mas as consequências são graves também do ponto de vista econômico, determinando até seu fechamento, por inviabilizar sua atividade.

Por óbvio, flagrado trabalho escravo, deverá a empresa ser banida. Para tanto, deverá a lei conceituar trabalho escravo, de forma clara e objetiva, impondo as sanções, inclusive de inclusão em "lista suja"[7], tarefa esta inadequada para simples Portaria ministerial, como já se manifestou o STF[8].

2. Mudanças pontuais, a cargo do Ministério do Trabalho e Emprego

Algumas alterações têm impactos positivos e nem sempre dependem necessariamente de lei. Faz-se referência a ampliação do prazo do contrato de trabalho temporário, introduzida pela Portaria GM/MTE nº 789, de 02.06.2014.

A duração do contrato de trabalho temporário foi ampliada por mais 3 (três) meses, passando de 6 (seis) para 9 (nove) meses, como se infere do art. 2º, da Portaria, mantidas as exigências que condicionam sua autorização.

---

[6] Conf. Decreto n. 4.552, de 27.12.2002 – RIT – Regulamento da Inspeção do Trabalho

[7] Conf. a recente PORTARIA INTERMINISTERIAL Nº 2, DE 31 DE MARÇO DE 2015.

[8] A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5209 (Adin 5209) foi protocolada no Supremo Tribunal Federal (STF) em 22 de dezembro de 2014 e, apesar do recesso de Natal, foi deferida liminar em 27 de dezembro, pelo ministro Lewandowski. Determinou a suspensão da publicação do cadastro de empregadores flagrados com trabalho escravo.

Trata-se de mecanismo adequado para a empresa dimensionar seu quadro de pessoal, notadamente em tempos de crise, em casos de substituição eventual de empregado permanente ou em períodos de "pico de produção".

3. Alterações processuais

No âmbito da legislação processual, devem ser apontadas duas relevantes ocorrências: a nova sistemática recursal trabalhista, introduzida pela Lei nº 13.015, de 21.07.2014, e a aprovação do novo Código de Processo Civil, em 17.12.2014, pelo plenário da Câmara. Quanto à primeira, alterou os arts. 894, 896, 897-A e 899 da CLT e inseriu os arts. 896-B e 896-C, também da CLT, determinando mudanças significativas nos recursos de revista, tornando mais estreita a possibilidade de reforma das decisões proferidas pelo Tribunais Regionais. De acordo com a nova sistemática, a edição de súmula pacificando entendimentos divergentes entre as Turmas passou a ser obrigatória, podendo o TST – Tribunal Superior do Trabalho devolver recursos aos Tribunais de origem para tal fim. Além disso, segundo o art. 896-B, aplica-se ao recurso de revista, no que couber, as regras da Lei nº 5.869, de 11.01.1973, envolvendo julgamento dos recursos repetitivo e especial.

Apesar de avanços, a nova lei não consegue refrear a conflitividade, cada vez mais exacerbada: só entre 2011 e 2012, as Varas do Trabalho receberam quase quatro milhões e meio de processos. Impõe-se a reforma do nosso modelo de relações trabalhistas, apostando-se mais na negociação coletiva e na conciliação, entre outros meios alternativos de solução de conflitos. Lamentavelmente, fracassou o sistema de CCP - Comissão de Conciliação Prévia, instituído pela Lei 9.958, de, de 2000, como será retomado adiante.

A outra ocorrência refere-se ao novo Código de Processo Civil, aprovado em 17.12.2014. Terá impacto significativo no Processo do Trabalho, embora este, sempre vanguardeiro, tenha inspirado aquele em muitos aspectos.

4. Leis com impactos na área trabalhista

A resenha não envolve apenas leis de corte trabalhista. Algumas, embora relacionadas indiretamente, têm repercussão nas relações de trabalho.

Assim, a Lei nº 12.984, de 2014, tipifica como crime discriminar portadores do vírus HIV e doentes de AIDS, seja negando-lhes emprego, seja dispensando-os em razão do vírus ou da doença, ou mesmo segregando-os nos ambientes de trabalho ou divulgando a terceiros tal condição, com intuito de rescindir o contrato de trabalho. Embora não faça referência a eventual indenização ou reintegração no emprego, essa lei pode ser interpretada em conjunto com a Lei 12.288 - coube a esta lei, como será melhor esclarecido na segunda parte, implementar políticas públicas de inclusão da população negra no mercado de trabalho. Em consequência, acabou alterando o art. 4º, da Lei 9.029, de 1995, estabelecendo forma alternativa de indenização ou reintegração em casos de dispensa discriminatória. Daí a invocação, por analogia, da referida Lei 9.029, de 1995, em face da Lei nº 12.984.

5. Inspeção do Trabalho: entre punição e orientação

A L.C. - Lei Complementar nº 147, de 07.08.2014, modificou a L. C. nº 123, de 14.12.2006, relativa à microempresa e empresa de pequeno porte. Na parte envolvendo a legislação trabalhista, ao referir-se à inspeção do trabalho, em seu art. 55, sugere sua "natureza prioritariamente orientadora", quando, a juízo do auditor fiscal do trabalho, "comportar grau de risco compatível com esse procedimento".

Trata-se de significativo avanço, sinalizando aos auditores fiscais do trabalho lógica diferente da atualmente percebida, com maior ênfase à orientação que punição pura e simples.

6. Poder diretivo do empregador e direitos fundamentais do empregado: necessária ponderação

Acentua-se o papel do direito do trabalho na regulação do poder social, voltado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais do trabalhador em face do exercício do poder diretivo.

Embora a Lei nº 12.965, de 23.04.2014, não trate especificamente desse tema, tangencia essa questão, ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres envolvendo uso da Internet, no Brasil. Os reflexos dessa lei atingem todas as áreas do direito, inclusive do Direito do Trabalho. Trata-se de grande desafio à ponderação entre princípios - o da livre iniciativa, conferindo poderes de direção ao empregador, e o da dignidade do trabalhador e sua privacidade.

7. Ampliação dos direitos dos domésticos

Os primeiros 15 (quinze) anos do século XXI sinalizam avanços importantes na consolidação do estatuto dos trabalhadores domésticos. Ao contrário dos rurais e avulsos, os domésticos não foram equiparados aos trabalhadores urbanos, mas foi significativa a extensão de direitos.

A Emenda Constitucional n. 72 foi o marco histórico, como será referido mais adiante.

Antes dessa Emenda, houve importante movimentação do Congresso na aprovação de leis assegurando, de forma pontual, diversos direitos aos domésticos, como será examinado a seu tempo. Registre-se, por ora, que a Emenda até hoje não foi regulamentada, pois apenas alguns direitos são autoaplicáveis, como jornada de 8 (oito) horas. O Congresso vem sinalizando que eliminará qualquer excesso de burocracia, em especial envolvendo recolhimento do FGTS e conceito de empregado. De acordo com o Projeto de Lei nº 7242/2014, é diarista doméstico quem presta serviços, para o mesmo empregador doméstico, até três dias por semana. O critério adotado pelo projeto inspira-se em decisões acertadas do próprio TST, ao vincular o conceito de doméstico ao critério continuidade.

8. Projeto de Criação do SUT – Sistema Único do Trabalho

Projeto duramente criticado pela oposição, propõe a criação do SUT – Sistema Único do Trabalho. Afora os defeitos de redação, falta de clareza e precisão, no lugar de pretenso avanço, se aprovado, implicará graves retrocessos e elevados custos. Acusado pela oposição de autoritário, o Projeto introduz alterações profundas no Ministério do Trabalho e Emprego. Por meio da chamada democracia participativa, o Projeto prevê a criação de 27 (vinte e sete) Conselhos estaduais, além de milhares de Conselhos municipais, aos quais caberiam atribuições como elaboração das políticas públicas de emprego, coordenação da inspeção do trabalho, hoje vinculada à autoridade federal, além de assumirem atribuições hoje próprias do SINE – Sistema Nacional de Emprego. Se aprovado o Projeto, será atribuição do Conselho Nacional do Trabalho, entre outras, estabelecer diretrizes e aprovar critérios de transferência de recursos do SUT para entidades privadas sem fins lucrativos, além de avocar as competências do CODEFAT – Conselho Deliberativo do FAT.

9. Decisões do STF –Supremo Tribunal Federal

Diversas decisões do STF têm reflexos diretos na área trabalhista.

Assim, declarou inconstitucionais as normas que estabelecem prazo prescricional de 30 (trinta|) anos[9]. De acordo com a decisão, como se trata de direito consagrado pelo art. 7º, da Constituição da República, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, sujeita-se às mesmas regras envolvendo prescrição trabalhista, ou seja, 5 (cinco) anos, no curso do contrato e, 2 (dois) a partir de sua terminação. Com isso, não se pode mais invocar prescrição trintenária, como prevê a lei do FGTS[10].

Algumas decisões estão pendentes de julgamento. A mais importante delas envolve terceirização[11]. Trata-se de ACP - Ação Civil Pública movida pelo MPT - Ministério Público do Trabalho para que a empresa CENIBRA se abstenha de terceirizar sua suposta atividade-fim (*contratos de prestação de serviços para as necessidades de manejo florestal)*. O STF[12] reconheceu a repercussão geral do conceito de atividade-fim em casos de terceirização. Segundo o relator, ministro Luiz Fux, trata-se de tema de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar.

Aguarda-se decisão histórica, verdadeiro divisor de águas. Muitas empresas são questionadas pelo MPT e pela própria fiscalização do trabalho, que as acusam de precarizar as relações de trabalho, pelo simples fato de se utilizarem da terceirização. Na ausência de lei, encarregou-se o TST[13] de apenas reconhecê-la na atividade-fim, o que violaria o princípio da livre iniciativa. Não se

[9] Julgamento do recurso extraordinário com agravo - ARE 70912, com repercussão geral reconhecida.

[10] Conf. § 5º, do art. 23, da Lei 8.036, de 1990.

[11] ARE 713211

[12] No ARE 713211, a Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra) questiona decisão da Justiça do Trabalho, que proibiu terceirizar sua atividade-fim.

[13] Súmula 331.

confunde com intermediação de mão de obra, esta sim a ser banida. Há anos tramita no Congresso diversos Projetos de Lei para regulamentar a terceirização, destacando-se o de n.4.330/2012, de autoria do deputado Sandro Mabel (PR-GO)[14]. O texto prevê a terceirização de todas as atividades e funções de qualquer empresa, pública ou privada, mediante contratação de serviços especializados.

No entanto, caso esse Projeto seja aprovado, autorizando a terceirização inclusive nas atividades-fim, não se descarta a probabilidade de aquela ação perante o STF ser esvaziada, com possibilidade de sobrevida da Súmula 331, do TST. Deixaria de simplesmente preencher o vazio legal, passando a "interpretar" o novo marco legal, o que certamente causará perplexidade. Diverso será o futuro da Súmula 331, caso seja sancionada lei autorizando a terceirização na atividade-fim.

Por fim, destaca-se a atuação do STF ao vedar a inclusão de empresa em "lista suja" com base em simples Portaria ministerial, como já referido na nota 9, supra.

10. Silenciosa transformação do Direito do Trabalho

O avanço do Direito do Trabalho não resulta de grandes reformas legislativas, mas de silencioso processo de transformação. Talvez seja esse o fato de maior impacto observado nos últimos 15 (quinze) anos, quando, simples leitura da resenha dos textos legais, poderia levar o observador menos atento a concluir que o Brasil continua, em matéria trabalhista, fazendo reformas para manter tudo como sempre foi.

Valores como dignidade da pessoa humana do trabalhador e sua integridade física e mental passam a motivar as empresas no cumprimento da legislação trabalhista, com lugar de destaque nos códigos de conduta das corporações.

Em um cenário mais global, ainda, a resenha aponta importantes iniciativas envolvendo não só as empresas, como a Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho e o próprio Ministério do Trabalho e Emprego, numa verdadeira cruzada na implantação do chamado trabalho decente.

Em consequência, há extremo cuidado por parte dos empresários de não apenas cumprir a CLT, como implantar ambiente saudável e seguro de trabalho, propício para florescer a cidadania do trabalhador brasileiro, sem prejuízo da sustentabilidade, no âmbito das chamadas "empresas verdes" e "empregos verdes".

Nesse sentido, vem se destacando a atuação implacável das principais instituições ligadas ao Direito do Trabalho no combate ao chamado trabalho escravo e toda forma de precarização das condições de trabalho[15]. Exageros à

[14] O projeto de lei nº 4.330/2004, foi proposto pelo deputado Sandro Mabel (PL-GO), em 26.10.2004. Está em pauta, provocando intensos debates e manifestações por todo o país, o Substitutivo do Projeto, apresentado pelo Deputado Arthur Oliveira Maia (PMDB-BA), com propostas conciliatórias.

[15] A Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011, instituiu a chamada "lista suja", ou seja, o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em Condição Análoga à de Escravo. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade - a ADIN n.º 5209, proposta pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias - ABRAINC, em que se questiona a constitucionalidade do referido cadastro,

parte – como o ataque generalizado à toda e qualquer forma de terceirização, aos poucos está-se construindo um modelo que concilia os valores sociais do trabalho com a livre iniciativa.

I. Retrospectiva dos últimos 15 anos

1 Emendas Constitucionais

1.a - Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004

A EC – Emenda Constitucional nº 45, também conhecida como "Reforma do Judiciário", teve como objetivo principal a melhoria e modernização do Poder Judiciário brasileiro, marcado por estruturas ultrapassadas e extrema morosidade. Introduziu diversas medidas de controle, interno e externo, dos órgãos jurisdicionais.

No âmbito da Justiça do Trabalho, a principal modificação introduzida pela Emenda foi a ampliação de sua competência, conferindo nova redação ao art. 114, da Constituição da República.

No lugar de sua extinção, como pregavam alguns setores mais críticos, a Justiça do Trabalho passou a ocupar lugar de destaque no judiciário brasileiro.

Até 2004, a competência da Justiça do Trabalho limitava-se ao julgamento das relações de emprego, exceto em casos excepcionais, quando caberia à lei autorizar solução, pelo judiciário trabalhista, de conflitos envolvendo relação de trabalho, própria de trabalhadores autônomos.

Com a reforma de 2044, passou a Justiça do Trabalho a julgar todas as relações de trabalho em geral. Estão excluídas de sua competência apenas alguns conflitos, como os envolvendo relação de trabalho de servidor público estatutário e ações de cobrança de honorários de profissional liberal, para exemplificar.

Nessa ampliação de competência, foram transferidas para a Justiça do Trabalho ações envolvendo greves, relações sindicais, penalidades administrativas aplicadas pelos órgãos de fiscalização do trabalho e indenização por danos morais e materiais, entre outras.

Ainda, ampliou-se a competência dessa Justiça Especializada para julgamento de remédios constitucionais (*habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança) e conflitos de competência envolvendo os próprios órgãos trabalhistas.

foi deferida liminar, suspendendo a eficácia da referida Portaria n.2. Somente a lei poderia instituir semelhante punição para as empresas. Apesar disso, foi editada nova Portaria Interministerial, a de nº 2/ 2015, publicada em 31 de março de 2015. Pela atual Portaria, a qualquer momento poderá o Ministério do Trabalho e Emprego publicar a lista. Como se vê, padece do mesmo vício de constitucionalidade.

1.b - Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013

Após reiteradas recomendações da OIT - Organização Internacional do Trabalho, foi aprovada a E.C. – Emenda Constitucional n. 72, que ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos, impondo nova redação ao parágrafo único, do art. 7º [16], da Constituição da República. Foram estendidos aos domésticos alguns direitos reconhecidos aos demais trabalhadores. Alguns de aplicação imediata, como jornada, e outros ainda dependendo de regulamentação legal, como FGTS- Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Em consequência da aludida E.C., foi estendida aos domésticos jornada de trabalho de 8 (oito) horas e 44 (quarenta e quatro) semanais, com adicional de 50% (cinquenta por cento) em caso de hora extra. Foram reconhecidos os acordos e convenções coletivas de trabalho, bem como proibida a discriminação.

Entre os direitos ainda não regulamentados, destacam-se o FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, hoje ainda facultativo, e o pagamento de adicional noturno, além do seguro-desemprego e seguro contra acidentes do trabalho, entre outros.

A regulamentação desses direitos encontra-se em fase final de aprovação[17], junto ao Congresso Nacional.

1.c - Emenda Constitucional n. 81, de 5 de junho de 2014

Essa EC alterou o art. 243, da Constituição da República[18]. Pela nova redação, é autorizada a expropriação de imóveis rurais ou urbanos onde se verificar trabalho escravo, sujeitando-se os proprietários à perda do imóvel, além de sanções penais, como já comentado acima.

II – 2 Leis Complementares

2.a - Lei Complementar nº 103, de 14 de julho de 2000

A LC - Lei Complementar no. 103 autoriza os Estados da Federação a fixar pisos salariais, denominados "salários mínimos estaduais". O piso em referência,

---

[16] Está assim redigido o parágrafo único do art. 7º, da Constituição da República: "São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social." (NR).

[17] Em 18 de março de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou a regulamentação da E.C. 72, faltando apenas aprovação no Senado e sanção presidencial.

[18] "As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º".

de valor superior ao salário mínimo federal[19], deve ser instituído por lei estadual, de iniciativa do Poder Executivo.

A Lei Complementar faz duas restrições: não pode o piso estadual ser fixado no segundo semestre do ano em que se verificar eleição para os cargos de Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Deputados Estaduais e Distritais; não pode beneficiar empregados com piso salarial assegurado por lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Como instrumento de estímulo à negociação, não se invoca o princípio da norma mais favorável quando o piso for superior ao salário mínimo.

2.b - Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001

O objetivo principal da LC – Lei Complementar nº 110 foi o de recuperar as perdas impostas ao sistema do FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, em face de expurgos inflacionários. Os prejuízos ao sistema resultaram de leis salariais instituídas com os Planos Econômicos Verão[20] e Collor 1[21] que, em vão, tentaram debelar a alta inflacionária à época, determinando congelamento de preços e salários. Essas perdas ao sistema do FGTS foram em parte recuperadas por essa Lei Complementar, determinando contribuição adicional de 0,5% (zero ponto cinco por cento) sobre a remuneração – a contribuição mensal normal para o FGTS é de 8% (oito por cento), com vigência de 60 (sessenta) meses, a partir de janeiro de 2002. Instituiu, ainda, adicional de 10% (dez por cento) sobre a multa – que até então era de 40% (quarenta por cento), em caso de dispensa sem justa causa. A constitucionalidade desta multa vem sendo questionada no STF – Supremo Tribunal Federal, pois persiste até hoje sua cobrança.

2.c - Lei Complementar nº 142, de 08 de maio de 2013

Coube à LC - Lei Complementar 142 regulamentar o art. 201, §1º, da Constituição da República. É vedada a adoção de requisitos diferenciados para aposentadorias, salvo no caso de atividades prejudiciais à saúde ou integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência.

A aposentadoria especial de pessoas que trabalham em condições nocivas à saúde era regulamentada pela Lei nº 8.213/91 (arts. 57 e 58). Com a nova medida, a aposentadoria diferenciada favorece também o deficiente, com períodos de contribuição e idades menores em relação à aposentadoria comum.

---

[19] A partir de 1.1.2015, o salário mínimo passou de R$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais) para R$ 788,00 (setecentos e oitenta e oito reais). No estado de São Paulo, por exemplo, há 2 (dois) valores de piso salarial, a partir de 1º. de janeiro de 2015: de R$ 905,00 (novecentos e cinco reais) para algumas categorias, como domésticos, e R$ 920,00 (novecentos e vinte reais) para outras.

[20] O Plano Verão, de 16.1.1989, no Governo Sarney, além de instituir nova moeda – Cruzado Novo, modificou o índice de rendimento da poupança, impondo perdas superiores a 20 % (vinte por cento).

[21] O Plano Collor I foi instituído no dia 16.3.1990, no dia seguinte à posse do presidente Collor. Introduziu duras medidas econômicas de combate à inflação, conhecidas como confisco, impondo perdas aos salários e aos depósitos do FGTS.

Essa L. C. prevê prazos variáveis, conforme a gravidade da deficiência e o ambiente socioeconômico em que o deficiente está inserido.

2.d - LC– Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014

De acordo com essa Lei Complementar, a garantia de emprego prevista no art. 10, II, b do, ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, assegurada à gestante, favorecerá quem detiver a guarda da criança, nos casos de falecimento da genitora.

A medida faz parte de uma série de alterações legais com o objetivo de estender a tutela à maternidade em situações excepcionais e diferenciadas, em especial introduzidas pela Lei nº 12.873/13.

II.3 Leis Ordinárias

1. Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000

O objetivo da Lei nº 9.957 foi o de conferir celeridade ao processo trabalhista, em face do crescimento das demandas judiciais perante a Justiça do Trabalho.

A lei introduz procedimento diferenciado para causas cujo valor seja inferior a 40 (quarenta) salários mínimos, com restrições à realização de provas, além de diferenciações em matéria de recursos. Estabelece requisitos obrigatórios a serem observados pela petição inicial, sob pena de arquivamento.

2. Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000

A Lei nº 9.958[22] também visou a acelerar as demandas trabalhistas e desafogar o Poder Judiciário, introduzindo método alternativo de solução de controvérsias: as CCP - Comissões de Conciliação Prévia. Instituídas no âmbito da empresa ou do sindicato, referidas Comissões têm por finalidade mediar acordo, evitando-se ajuizamento de reclamação trabalhista. O acordo celebrado perante tais Comissões, além da natureza de título executivo extrajudicial, "terá eficácia liberatória geral" (parágrafo único do art. 625 *E* da CLT), apenas não alcançando eventuais ressalvas.

Em 2009, quando não se tinha atingido o resultado esperado de aliviar o judiciário trabalhista, coube ao STF - Supremo Tribunal Federal por uma pá de cal na já frágil credibilidade do sistema: a passagem pela CCP não é obrigatória, nem constitui condição da ação. As Comissões já eram duramente combatidas, passando agora a total descrédito. De fato, registravam-se cobranças indevidas, além de utilização inadequada desse sistema para burlar direitos trabalhistas, em especial por parte de alguns tribunais arbitrais. Deveriam ser combatidos esses defeitos pontuais, não o sistema em si.

[22] Reformou a CLT, introduzindo os artigos 625 A e seguintes.

Apesar de a lei continuar em vigor, as Comissões não têm prestígio, preferindo os interessados procurar diretamente a Justiça do Trabalho. Com isso, o Estado mantém o monopólio da produção da norma, pelo pouco prestígio da negociação coletiva; igualmente detém o monopólio da solução dos conflitos, não havendo espaço para soluções alternativas, que deveriam ter o mesmo objetivo de pacificação social.

3. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000

A Lei 10.907 reformou a CLT, introduzindo novas regras ao contrato de aprendizagem.

Segundo essa lei, aprendizagem corresponde a contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos formação técnico-profissional. Antes dessa reforma, a CLT limitava a idade máxima do aprendiz a 18 (dezoito) anos. Desde a Lei nº 11.180, de 2005, o art. 18 passou a ampliar para 24 (vinte e quatro) anos.

O contrato de aprendizagem visa a propiciar formação teórica e prática ao trabalhador, com vistas à sua inserção no mercado de trabalho. Integra um conjunto de medidas adotadas pelo governo brasileiro para facilitar o primeiro emprego.

Em vista da importância da aprendizagem, com essa reforma, todos os estabelecimentos, de qualquer natureza, são obrigados a empregar e matricular aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem[23] ou diretamente pelas próprias empresas ou por meio de empresas credenciadas.

Para determinar o número de aprendizes, foi mantido o percentual mínimo anterior de 5% (cinco por cento) e máximo de 15% (quinze por cento) do total de empregados "cujas funções demandem formação profissional" (art. 429, da CLT).

Essa lei assegura, ainda, remuneração não inferior ao salário mínimo e jornada máxima de 6 (seis) horas. Em relação aos depósitos do FGTS, a nova lei garante 2% (dois por cento), quando os demais empregados em geral têm direito a 8% (oito por cento) da remuneração.

4. Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000

Atendendo ao disposto no art. 7º, XI, da Constituição da República, a Lei nº 10.101/00 regulamenta a PLR - Participação nos Lucros ou Resultados. Corresponde a instrumento de gestão, com vistas à integração do empregado na empresa. Incentiva o trabalhador a buscar melhores resultados vinculados à rentabilidade do negócio - participação nos lucros, ou a atingir metas previamente definidas - participação nos resultados.

[23] São os seguintes os serviços de aprendizagem: SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial; SENAC - Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial; SENAR - Serviço Nacional de Aprendizagem Rural; SENAT - Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte.

A participação nos lucros ou resultados é facultativa, cabendo aos empregados e empregadores escolher, de comum acordo, como melhor implementá-lo, podendo ser a PLR negociada por meio de instrumento normativo (acordo ou convenção coletiva) ou de comissão de empregados, integrada por representante do sindicato.

O pagamento será em até duas vezes no mesmo ano civil, devendo-se observar periodicidade superior a um trimestre civil entre referidas parcelas.

Trata-se de lei clara, devendo-se observar alguns requisitos específicos, como participação do sindicato, objetividade dos critérios de apuração e periodicidade do pagamento. A PLR é desvinculada da remuneração[24], não podendo substituir nem complementar o salário.

Tentou-se reformar a lei para autorizar outros pagamentos, como a título de *marketing* de incentivo, sem sucesso, evitando-se qualquer forma de fraude ao sistema. Porém, o art.6º regula matéria desvinculada de PLR: trabalho aos domingos e feriados, no comércio em geral, condicionado o descanso em outro dia mediante negociação coletiva.

Havendo impasse na negociação da PLR, a lei acena para dois mecanismos: a mediação ou arbitragem de ofertas finais. A preferência, no entanto, é pela solução judicial. Por se tratar de parcela facultativa, há entendimentos jurisprudenciais no sentido de que não pode o Tribunal, por meio de sentença normativa, fixar a PLR. É comum determinadas empresas, em especial de economia mista, dar preferência à Justiça do Trabalho como instância negociadora.

A lei exclui da PLR trabalhadores de determinadas entidades sem fins lucrativos (art. 2º, § 3º), o que representa inegável discriminação.

5. Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001

Com o advento do Plano Real, as Leis nº 8.880/1994[25] e nº 10.192/2001[26], originárias de diversas Medidas Provisórias, implantaram, no Brasil, novas regras de política salarial, envolvendo reajustes e aumentos. A Lei 10.192, ora examinada, foi transformada em lei apenas em 2001, depois de sucessivas Medidas Provisórias, embora seja da mesma época da Lei 8.880. Não é possível o exame isolado da Lei. 10.192.

De acordo com as novas diretrizes, os reajustes são obrigatórios na data-base da respectiva categoria[27], compensando-se eventuais antecipações. Por sua vez, os aumentos são livremente negociados, observados critérios objetivos[28].

---

[24] Art. 7º, inc. XI, da Constituição da República.

[25] Dispõe sobre o Programa de Estabilização Econômica e o Sistema Monetário Nacional, institui a Unidade Real de Valor (URV) e dá outras providências.

[26] Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências.

[27] Conf. § 9º do art. 19 da Lei nº 8.880/94: "Convertido o salário em URV, na forma deste artigo, e observado o disposto nos arts. 26 e 27 desta Lei, a periodicidade de correção ou reajuste passa a ser anual".

[28] Conf. art. 13, § 2º, da Lei nº 10.192/01: "Qualquer concessão de aumento salarial a título de produtividade deverá estar amparada em indicadores objetivos".

Portanto, ao mesmo tempo em que é obrigatório o reajuste anual, por ocasião da data-base, é livre a negociação dos salários com o sindicato[29].

Para se evitar o retorno da inflação, os reajustes salariais só podem recompor perdas pretéritas, ou seja, as reposições salariais devem corresponder aos índices inflacionários passados, envolvendo o setor em que atua determinada categoria profissional, não podendo projetar eventuais índices inflacionários futuros. Além disso, foi mantida a regra do art. 623, da CLT[30], segundo a qual é nula cláusula que contrariar política salarial vigente.

Por essa mesma razão, o art. 7º, IV, da Constituição da República[31], não permite a utilização do salário mínimo como indexador da economia.

Como se pode ver, de acordo com a atual política de salários, há clara distinção entre reajustes e aumentos: enquanto estes são livremente negociados com entidades sindicais ou concedidos por mera liberalidade, aqueles são rigidamente controlados, embora abolidos os índices oficiais obrigatórios. Se com os reajustes o trabalhador recupera seu poder de compra, repondo perdas inflacionárias e garantindo a irredutibilidade real e não apenas nominal do salário, com os aumentos há ganhos de produtividade.

De acordo com nossa legislação, havendo impasse nos reajustes salariais, poderá ser instaurado dissídio coletivo, cabendo à Justiça do Trabalho a solução do conflito.

6. Lei nº 10.208, de 23 de março de 2001

Com muito atraso, inicia-se processo mais amplo de extensão de direitos trabalhistas ao empregado doméstico. Esse processo ainda não terminou, mesmo porque sequer foi regulamentada a E.C. – Emenda Constitucional que ampliou os direitos dos trabalhadores domésticos.

A Lei 10.208 torna facultativo o depósito do FGTS - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ao empregado doméstico.

Antes dessa lei, os domésticos estavam excluídos do sistema. Esse passo foi importante à época, mas com a aprovação da E.C. 72, essa vantagem será obsoleta, aguardando-se apenas a regulamentação dos direitos dos domésticos, que se encontra em fase final, que inclui FGTS obrigatório a todos esses empregados.

---

[29] Conf. art. 26 da Lei nº 8.880/94: "Após a conversão dos salários para URV de conformidade com os arts. 19 e 27 desta Lei, continuam asseguradas a livre negociação e a negociação coletiva dos salários...".

[30] CLT Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acôrdo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Govêrno ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços

[31] CF Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

De acordo com a Lei 10.208, embora se trate de mera liberalidade, uma vez feita a opção, o empregador doméstico sujeita-se às mesmas regras dos demais empregadores, devendo se submeter às exigências legais envolvendo depósitos e saques. O excesso de burocracia e a baixa remuneração do Fundo acabaram afugentando o empregador, que prefere não optar. Na regulamentação da Emenda Constitucional do doméstico, em trâmite perante o Congresso brasileiro, sinaliza o legislador sua preferência por regras simples e acessíveis.

Optando o empregador doméstico pelo FGTS, nos termos da Lei 10.208, terá o empregado direito ao seguro-desemprego, no valor de um salário mínimo, durante três meses, ocorrendo dispensa sem justa causa. Como já dito, tais regras, além de outras, estão sendo regulamentadas. Com a regulamentação da E.C. do doméstico, o FGTS será obrigatório.

7. Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002

A Lei nº 10.421, além de alterar o caput do art. 392, da CLT, estabeleceu prazo de 120 (cento e vinte) dias para a licença-maternidade e alterou seus parágrafos 1º a 3º.

A lei introduziu, ainda, o art. 392 A, da CLT, assegurando também prazo de 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade no caso de adoção de criança, de qualquer idade.

8. Lei nº 10.608, de 20 de dezembro de 2002

Logo após a extensão do seguro-desemprego ao doméstico, vinculado ao FGTS, o legislador estendeu esse mesmo benefício também ao trabalhador resgatado, por ação dos órgãos de fiscalização do trabalho, do MTE – Ministério do Trabalho e Emprego, da condição análoga à de escravo. O benefício corresponde a 1 (um) salário mínimo, com duração de 3 (três) meses.

9. Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003

Com vistas ainda à extensão do benefício, a Lei 10.779 assegurou o seguro-desemprego aos pescadores artesanais. São segurados especiais da Previdência Social, que atuam individualmente ou em regime de economia familiar, e que tenham na pesca de determinada espécie sua principal atividade.

O benefício, no valor de um salário-mínimo, é concedido durante o período de defeso, época em que é proibida a pesca. Para receber o benefício, cabe ao pescador comprovar que não tem outra fonte de renda para lhe garantir o sustento durante aquele período.

10. Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003

A Lei 10.803 dá nova redação ao art. 149, do Código Penal brasileiro, conceituando trabalho escravo, como já comentado acima.

11. Lei 10.820, de 17 de dezembro de 2003

A Lei 10.820 complementa o disposto no art. 461, da CLT, relativa a descontos no salário.

Valores decorrentes de empréstimos consignados podem ser descontados, mediante autorização expressa do trabalhador, de forma irretratável e irrevogável. Também é permitido, até o limite de 30% (trinta por cento), o desconto de referidos empréstimos quando do pagamento das verbas rescisórias.

12. Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005

A Lei 11.101, que regula falências e recuperações judiciais, foi responsável por alterações inovadoras, em especial na área trabalhista, envolvendo créditos dos trabalhadores e responsabilidade sucessória.

Na sistemática anterior, todos os créditos trabalhistas eram privilegiados; com a nova lei, apenas os créditos de até 150 (cento e cinquenta) salários mínimos e os decorrentes de acidentes do trabalho.

De acordo com os opositores da nova lei, salário tem natureza alimentar e é irredutível; na condição de crédito privilegiado, não se submete a limites, como pretendeu a lei de falência. Haveria ainda ofensa ao princípio da igualdade e desprezo à tradição de conferir à totalidade dos créditos condição privilegiada, violando princípios tutelares.

O maior impacto, no entanto, envolveu responsabilidade trabalhista, por parte dos adquirentes de empresas em processo de falência ou recuperação judicial. Segundo os artigos 10 e 448 da CLT, nem a mudança na estrutura da empresa, nem mesmo a sucessão atingem o contrato de trabalho. De acordo com as novas regras, estão excluídos os créditos trabalhistas de qualquer responsabilidade sucessória dos adquirentes de empresas nessas circunstâncias.

Apesar de todas essas críticas, o STF considerou ambas as alterações constitucionais, em 2009[32].

13. Lei nº 11.304, de 11 de maio de 2006

A Lei 11.304 introduziu, no art. 473, da CLT, mais uma hipótese de interrupção do contrato de trabalho. O empregado pode ausentar-se da empresa para participar de reunião oficial de organismo internacional ao qual o Brasil seja filiado, sem prejuízo do salário.

14. Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006

A Lei nº 11.324 avança na reforma dos direitos dos domésticos, iniciada em 2001, tendo sua maior expressão a E.C. n.72, de 2013.

[32] ADIN 3.934.2, de 2009, movida pela Confederação Nacional das Profissões Liberais.

A Lei 11.324 retira a natureza salarial das utilidades fornecidas ao domésticos a título de alimentação, vestuário, higiene ou moradia; proíbe qualquer desconto dessas parcelas, quando fornecidas. Se o empregado residir em outro local, diverso de onde trabalha, poderá ocorrer desconto pelo fornecimento dessa utilidade.

Assegura férias de 30 (trinta)[33] dias e estabelece garantia de emprego à doméstica gestante[34], desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. Representou, à época avanço, pois a lei garantia apenas 20 (vinte) dias úteis.

15. Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007

A Lei nº 11.457 criou a SRFB - Secretaria da Receita Federal do Brasil. Passa a ser de sua competência a arrecadação, cobrança e fiscalização de todas as contribuições previdenciárias. Essas atribuições eram do INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social – agora desempenha apenas funções de gerenciamento, concessão e pagamento de benefícios previdenciários.

16. Lei nº 11.648, de 31 de março de 2008

Por meio da Lei nº 11.648 confere às Centrais Sindicais *status* de pessoas jurídicas de natureza civil, para fins de representação geral dos trabalhadores. Essa foi a única reforma promovida pelo Governo Lula, na organização sindical.

Apesar de sua atuação, as Centrais Sindicais eram meras organizações de fato. Com essa reforma, as Centrais Sindicais passaram a ter personalidade jurídica, sendo reconhecidas como associações civis.

Entretanto, essa lei não lhes conferiu personalidade sindical. De qualquer forma, embora não podendo participar de negociações coletivas nem de dissídios coletivos, têm a prerrogativa de coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas e participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social de composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores.

Com essa reforma, foram as Centrais Sindicais autorizadas a se beneficiar com 10% (dez por cento) do total das contribuições sindicais arrecadadas pelas entidades sindicais a elas filiadas, com base no critério de representatividade.

17. Lei nº 11.692, de 10 de junho de 2008

Inicialmente instituído pela Lei n. 11.129, de 30 de junho de 2005, o PROJOVEM — Programa Nacional de Inclusão de Jovens, de acordo com as

[33] De acordo com a Lei 5.859, de 1972, as férias eram de 20 dias úteis.

[34] O parágrafo único do art. 7º., da Constituição da República, não estendia ao doméstico a garantia de emprego, prevista no inc. I; além disso, esse dispositivo deve ser regulamentado por Lei Complementar.

mudanças introduzidas pela Lei 11.692, é um projeto do Governo Federal para incentivar a reintegração, no mundo do trabalho, de jovens de 15 (quinze) a 29 (vinte e nove) anos, com o objetivo de promover seu desenvolvimento humano e profissional. Destina-se a qualificar o jovem, seja do ponto de vista social, seja profissional, estimulando—o a obter renda por meio de seu ingresso no mercado de trabalho ou exercício de outras ocupações. O objetivo último do programa é estimular e fomentar a geração de oportunidades de trabalho, negócios, inserção social, bem como promover a visão empreendedora.

O programa instituído pela Lei 11.692 se desenvolve por meio de quatro modalidades, a saber: a) Projovem Adolescente – Serviço Socioeducativo, coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome; b) Projovem Urbano, coordenado pelo Ministério da Educação; c) Projovem Campo – Saberes da Terra, pelo Ministério da Educação; e d) Projovem Trabalhador, pelo Ministério do Trabalho e Emprego (parágrafo único, do art. 1º, do Decreto n. 6.629/2008).

18. Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008

Coerente com a melhoria da proteção à maternidade e à criança, a Lei nº 11.770 instituiu o chamado Programa Empresa Cidadã. Seu objetivo é conceder vantagens fiscais a empresas que prorroguem a licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, além dos 120 (cento e vinte) já previstos pela CLT.

Essa lei também autoriza a administração pública, direta, indireta e fundacional a ampliar a licença-maternidade às suas funcionárias para 180 (cento e oitenta) dias.

19. Lei nº 11.788, de 25 de setembro de 2008

A Lei nº 11.788 introduziu importantes alterações nos contratos de estágio envolvendo estudantes. A legislação, da década de 1970, estava ultrapassada.

Reduziu a jornada de trabalho do estagiário, fixada entre 4 (quatro) e 6 (seis) horas, dependendo do tipo de estágio, e limitou o contrato de estágio ao máximo de 2 (dois) anos.

Garante seguro contra acidentes do trabalho e estende aos estagiários regras relativas a saúde e segurança no trabalho. Assegura, ainda, recesso de 30 (trinta) dias após 12 (dozes) meses de trabalho.

Partindo do pressuposto de que "estágio corresponde a ato educativo escolar supervisionado", a nova lei impõe diversas exigências formais, para assegurar que o estágio, alternando entre teoria e prática, seja uma oportunidade de futura inserção do estudante no mercado de trabalho e não apenas mero expediente para as empresas se utilizarem de mão de obra barata. Descumpridas eventuais exigências, ou se comprovada a fraude, além do reconhecimento do vínculo de emprego, estará a empresa, na reincidência, impedida de contratar estagiários, por 2 (dois) anos.

20. Lei nº 12.009, de 29 de julho de 2009

A Lei nº 12.009 regulamenta o exercício das atividades de profissionais em transportes de passageiros, "mototaxista", em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e "motoboy", com uso de motocicleta. Estabelece, ainda, regras de segurança nos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas (moto-frete).

21. Lei nº 12.023, de 27 de agosto de 2009

A Lei nº 12.023 instituiu nova modalidade de trabalhador avulso, na prestação de serviços de movimentação de mercadorias. Como será mais adiante referido, a Lei 12.815/13 regula a atividade do trabalhador avulso portuário, nos chamados "portos organizados".

De acordo com a Lei n.12.023, o trabalho avulso caracteriza-se pela intermediação do sindicato.

Embora a lei não estabeleça critérios de revezamento nem eventualidade, a interpretação por parte de alguns procuradores do Ministério Público do Trabalho e auditores do próprio Ministério do Trabalho e Emprego é bastante restritiva, desestimulado as empresas de contratar trabalhadores avulsos.

22. Lei nº 12.087, de 11 de novembro de 2009

A Lei nº 12.087 introduziu alteração pontual na Lei do FGTS. Foi autorizada mais uma hipótese de saque, entre tantas já previstas pelo art. 20, da Lei 8.036/90[35].

De acordo com a citada lei, o trabalhador pode utilizar o FGTS para aplicação no FI - Fundo de Investimento do FGTS, com limite de 30% (trinta por cento) do valor total dos depósitos.

23. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010

Cabe ao Poder Público, de acordo com essa lei, a responsabilidade de implementar políticas públicas voltadas à inclusão da população negra no mercado de trabalho.

Ainda de acordo com a lei, as ações de emprego e renda, promovidas por meio de financiamento para constituição e ampliação de pequenas e médias empresas e de programas de geração de renda, devem estimular a promoção de empresários negros.

A Lei 12.288 ainda alterou o caput do art. 4º, da Lei 9.029/95, punindo a ruptura do contrato de trabalho por ato discriminatório.

---

[35] A Lei 12.087, de 2009, introduziu o inc.XVII, ao art. 20, da Lei 8.036/90: - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea i do inciso XIII do art. 5o desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

24. Lei nº 12.347, de 10 de dezembro de 2010

A Lei nº 12.347 revogou o art. 508, da CLT, que autorizava a dispensa por justa causa de bancário, em especial na ocorrência de devolução de cheque por falta de fundos.

Referida lei trouxe importante inovação ao revogar hipótese de justa causa, prevista pela CLT, relacionada à "falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis".

Ao revogar esse dispositivo, sinaliza o legislador que não pode prevalecer eventual proteção à imagem do empregador em detrimento dos direitos de personalidade do empregado.

25. Lei nº 12.506, de 11 de outubro de 2011

A Lei nº 12.506/11, após 27 (vinte e sete) anos, finalmente regulamentou o art. 7º, XXI, da CF/88. E isso só ocorreu, pois havia ameaça de o STF, em sede de mandado de injunção[36], adiantar-se na regulamentação.

A Constituição da República assegura aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, nunca inferior a 30 (trinta) dias. Algumas convenções coletivas já regulamentavam o referido dispositivo.

De acordo com a Lei de 2011, além dos 30 (trinta) dias, sempre devidos, o empregado dispensado sem justa causa tem direito a mais 3 (três) dias, por ano trabalhado, limitado ao teto de 90 (noventa dias).

Houve polêmica em torno do primeiro ano trabalhado, para efeito da proporcionalidade. A Secretaria de Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, em Nota Técnica, antecipou-se e divulgou sua orientação, em 27.10.2011: somente a partir do segundo ano completo teria o empregado direito aos primeiros 3 (três) dias. Em 7.5.2102, revendo sua posição, aquele órgão expediu a Nota Técnica 184/2012: a partir do primeiro ano completo, o empregado dispensado já tem direito aos primeiros 3 (dias) proporcionais. Essa orientação acabou prevalecendo.

26. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011

A Lei nº 12.551 deu nova redação ao art. 6º, da CLT, e passou a regular não apenas o trabalho em domicílio, como o teletrabalho.

De acordo com essa alteração, as formas de controle telemático equiparam-se ao controle direto do empregador. Se presentes no teletrabalho todos os requisitos da relação de emprego (pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação – esta, aferida à distância) será equiparado ao empregado comum.

[36] Art. 105, I, h, da Constituição da República.

27. Lei nº 12.619, de 30 de abril de 2012

A Lei nº 12.619 regula o exercício do motorista profissional em transporte de carga e passageiros. Além de introduzir diversos dispositivos na CLT (arts. 235-*A* a *H*), limita a jornada de trabalho desses profissionais e regula seu controle. Segundo o art. 2º, inc. V, da Lei nº 12.619/12, deverá o empregador controlar – de maneira fidedigna, a jornada de trabalho e tempo de direção do motorista. Para tanto, poderá valer-se, a seu critério, de diário de bordo ou mesmo da conhecida papeleta ou ficha de trabalho externo, como também de meios eletrônicos instalados nos veículos. Com isso, afastou-se a aplicação do art. 62, da CLT, a esses profissionais, com vistas a reduzir o número alarmante de acidentes e mortes nas estradas, causado especialmente pelo excesso de jornada.

Em 2015, a Lei 13.103 introduziu novas alterações, como será referido adiante.

28. Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012

A Lei 12.690 disciplina as cooperativas de trabalho. De acordo com seu art. 2º, trata-se de "sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho" (art. 1º).

Quando compatível, aplica-se a Lei nº 5.764/71, que regula o regime geral das cooperativas.

Um dos objetivos da Lei n.12.690 foi o de preencher a lacuna da Lei n.5.764/71, que regula o cooperativismo em geral. Como não disciplinava especificamente as cooperativas de trabalho, como agora faz a nova lei, observavam-se todo tipo de fraude, em especial quando se introduziu o parágrafo único, do art. 442[37], da CLT. Houve, na época, crença generalizada por parte de alguns empresários de que as empresas não precisavam mais registrar empregados, bastando contratá-los por meio de cooperativa. Essa intepretação, mais estimulada pela fuga do direito do trabalho, provocou dura reação por parte dos operadores do direito, mesmo porque a maioria das cooperativas era fraudulenta.

Afastada a fraude e a utilização de cooperativa para escamotear direitos trabalhistas, a nova lei aponta as características essenciais do cooperativismo, tais como a autogestão, a autonomia de seus associados e a adesão voluntária e livre. Com isso, o legislador retoma o importante fomento do verdadeiro cooperativismo.

---

[37] "Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela." (Incluído pela Lei nº 8.949, de 9.12.1994).

29. Lei nº 12.740, de 8 de dezembro de 2012

A Lei nº 12.740 alterou o art. 193, da CLT. Os adicionais de periculosidade, devidos quando os trabalhadores se submetem a agentes inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, passaram a ser regulados todos no âmbito da CLT. Foi revogada a Lei nº 7.369/1985, relativa a adicional de periculosidade decorrente de energia elétrica.

A Lei nº 12.740 garante também adicional de periculosidade em casos de "roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial". Em qualquer dessas situações, que impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente, os trabalhadores terão direito a adicional de 30% (trinta por cento) do salário-base.

Observam-se fortes pressões por parte dos vigilantes e suas organizações sindicais, que há muito vêm pressionando pelo adicional de periculosidade, em especial em face do aumento do roubo e de outras formas de violência.

30. Lei nº 12.812, de 16 de maio de 2013

A Lei nº 12.812 assegura o emprego, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, inclusive no curso do aviso prévio, indenizado ou trabalhado.

Com isso, o legislador avançou na política de maior proteção à maternidade e à criança, confirmando tendência dos tribunais trabalhistas de ampliar as garantias à gestante, como se infere da atual redação da Súmula 244, do TST[38].

31. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013

A Lei nº 12.815 regula a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias, bem como as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Revoga a Lei 8.630, com o objetivo de modernizar as relações de trabalho nos portos brasileiros. Aliás, a Lei 8.630, do Governo Collor, também se apresentava com o objetivo de modernidade – para alguns, o único objetivo então fora o de excluir os sindicatos da intermediação da mão de obra avulsa.

Já em 1988, a Constituição equiparou os direitos dos trabalhadores avulsos aos dos urbanos e rurais (caput do art. 7º).

De acordo com a Lei 12.815, em cada porto organizado devem os operadores constituir um órgão de gestão de mão de obra, reputado como órgão de utilidade pública.

[38] I O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04)II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A lei faz referência a contratos coletivos, além das convenções e acordos, figura não contemplada pela Constituição. Por sua vez, dá preferência à solução de conflitos por meio de comissão paritária, envolvendo direitos assegurados aos avulsos, no âmbito de cada órgão de gestão de mão de obra. Ocorrendo impasse, podem os interessados se socorrer da arbitragem de ofertas finais.

Os diversos trabalhos portuários, como de capatazia e estiva, entre outros, podem ser executados tanto por trabalhadores portuários com vínculo empregatício, por prazo indeterminado, quanto por trabalhadores portuários avulsos, desde que no âmbito dos portos organizados[39].

32. Lei 12.873, de 24 de outubro de 2013

Essa lei introduziu diversas alterações, em especial no regime de previdência.

33. Lei nº 12.964, de 8 de abril de 2014

A Lei nº 12.964 também favorece os domésticos. Para complementar sua proteção, a lei estendeu a aplicação das multas previstas pela CLT aos casos de descumprimento da Lei do doméstico (Lei nº 5.589/72). A multa pela falta de anotação da data de admissão e/ou da remuneração do empregado doméstico, na CTPS - Carteira de Trabalho e Previdência Social será elevada em pelo menos 100%, podendo ser reduzido esse percentual "se o tempo de serviço for reconhecido voluntariamente pelo empregador, com a efetivação das anotações pertinentes e o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas". O objetivo do legislador foi o de promover a formalização dos empregos domésticos.

34. Lei nº 12.997, de 18 de junho de 2014

A Lei nº 12.997 acrescentou o § 4º, ao art. 193, da CLT. Considera como perigosa a atividade do trabalhador em motocicleta.

São consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. Após o período de consulta pública, a Portaria 1.565, de 13.10.2014, aprovou o Anexo 5, da NR16, fixando diretrizes para sua aplicação.

É considerado perigoso o uso de motocicleta ou motoneta no deslocamento do empregado, no exercício de suas atividades em vias públicas. A lei exclui do risco quando o uso desse veículo for eventual, seja porque fortuito, seja quando, mesmo sendo habitual, ocorrer por tempo extremamente reduzido. A simples utilização da moto como meio de transporte para o trabalho não gera qualquer adicional.

[39] O art. 2º assim considera porto organizado: "bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária".

35. Lei nº 13.103, 02 de março de 2015

Como já referido acima, a Lei nº 13.103 complementa a Lei nº 12.619/12, relativa a motoristas profissionais.

Segundo essa lei, as tutelas da CLT aplicam-se apenas ao motorista empregado. Além disso, faz referência a intervalos, acenando sua flexibilização mediante acordo coletivo. Para tanto, dá nova redação ao parágrafo 5º, ao art. 71, da CLT.

Conclusões

O cenário das relações trabalhistas dos últimos 15 (quinze) anos não se resume a simples resenha da legislação. O exame das diversas leis que entraram em vigor nesse início de século deve levar em conta a silenciosa transformação do Direito do Trabalho, não apenas no Brasil, como em toda a América Latina. Sem esse contexto, onde pulsam as mais profundas questões sociais e econômicas, não passaria esse levantamento cronológico de um corpo de leis sem alma ou sem rosto.

De um lado, observam-se avanços bastante pontuais, numa multiplicidade de leis, na construção do chamado Direito do Trabalho. Foram apontadas leis que determinaram, no Brasil, importantes mudanças, como as envolvendo combate ao trabalho escravo e elevação do trabalhador doméstico ao *status* de trabalhador cidadão, por exemplo. Além disso, foram relacionadas diversas leis voltadas ao avanço na proteção à maternidade e infância, além de outras tantas introduzindo reformas pontuais na CLT.

Observa-se facilmente que esse conjunto de mudanças foi motivado por novos valores perseguidos pelo Direito do Trabalho, como a dignidade da pessoa humana do empregado e sua integridade física e mental, na condição de trabalhador cidadão. As próprias empresas foram despertadas para o desenvolvimento sustentável, calcado em novas concepções, assumidas explicitamente nos códigos de conduta das corporações.

O ambiente de trabalho saudável, seguro e sustentável, de olho nas próximas gerações, está remodelando o Direito do Trabalho e revisitando conceitos tradicionais de cidadania responsável. Esse cenário, além de promissor, é um desafio a todos quantos atuam nessa importante área do Direito.

Quince años de reforma laboral en América Central: los casos de Costa Rica, El Salvador y Nicaragua

Alexander GODÍNEZ-VARGAS

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

Sumario

PRIMERA PARTE. DERECHO INDIVIDUAL.1. Contratación. 2. Ordenamiento del tiempo de trabajo. 3. Maternidad, embarazo, lactancia y paternidad. 4. Remuneración. 5. Principio de igualdad y de no discriminación. 5.1. Género. 5.2. Discapacidad. 5.3. Trabajadores migrantes. 5.4. Adultos Mayores. 5.5. Trabajadores portadores de VIH/SIDA. 6. Contratos especiales. 6.1. Trabajadores domésticos. 6.2. Trabajadores menores de edad. 6.3. Trabajadores del mar y vías navegables. 6.4. Trabajadores de la docencia. 7. Seguridad y Salud en el trabajo. 8. Terminación del contrato. 9. Políticas de Fomento de Empleo. SEGUNDA PARTE. DERECHO COLECTIVO. 1. Derecho de Asociación. 2. Negociación Colectiva. 3. Huelga. TERCERA PARTE. DERECHO PROCESAL. 1. Competencia. 2. Organización de Tribunales. 3. Procurador laboral. 4. Prescripción. Reforma procesal.

Los esfuerzos de codificación de las leyes nacionales de los tres países que son objeto del estudio normativo que precede, tuvieron su origen en Costa Rica el 23 de agosto de 1943, en El Salvador el 23 de junio de 1972 –que reemplaza el de 1962– y en Nicaragua el 5 de setiembre de 1996 –que reemplaza el de 1944–.

El modelo típicamente fordista y postfordista en el que se enmarca este esfuerzo, vivió durante la parte final del siglo XX, los efectos de la tendencia flexibilizadora que ocupó gran parte de las reformas legales en América Latina, con desigual fortuna.

Sin embargo, los últimos 15 años de producción legislativa (2000-2014), demuestran no solo el fin de aquella arremetida, por algunos denominada como neoliberal, sino que por contrario señalan un nuevo rumbo decididamente orientado a otorgar un mayor proteccionismo a los intereses de los trabajadores y a procurar una transición progresiva de la informalidad a la formalización de las relaciones de trabajo.

La cita de resoluciones administrativas y judiciales que interpretan los alcances de las reformas aprobadas y especialmente de los Tribunales o Salas Constitucionales, está presente, en tanto se han convertido en instancias indispensables y esenciales de protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, más aún que los tribunales ordinarios de trabajo.

Primera Parte. Derecho Individual

La mayor cantidad de reformas legales fueron implementadas en materia de derecho individual de trabajo: contratación, ordenamiento del tiempo de trabajo, maternidad, embarazo, lactancia y paternidad, remuneración, el principio de igualdad y de no discriminación, contratos especiales, seguridad y Salud en el trabajo, terminación del contrato y Políticas de Fomento de Empleo

Como ya señalábamos, la mayor parte de las reformas, tiene por objetivo el reforzamiento de la protección de los trabajadores; aunque si se compara con el resto de América Latina, se nota la ausencia de reglas especialmente orientadas, a modo de ejemplo, a la reglamentación de las formas de tercerización de servicios o de cualquier otra forma de intermediación que pueda ser utilizada para la precarización de la relación de trabajo.

Sí aparecen en cambio y de forma numerosa, como parte del nuevo redimensionamiento del principio de igualdad y no discriminación, la tutela de los derechos de ciertos colectivos en riesgo de exclusión.

1. Contratación

Si existe un ejemplo claro del rompimiento de cualquier tendencia flexibilizadora de los años 90, es la aprobación en Nicaragua de la Ley No. 516 de 3 de diciembre de 2004, de Derechos Laborales Adquiridos[1], conforme a la cual "todos los derechos establecidos para los trabajadores, al tenor de lo dispuesto en la Constitución Política, Código del Trabajo, legislación laboral, leyes especiales, reglamentos ministeriales, convenios colectivos, o acuerdos, serán considerados como derechos laborales adquiridos en términos definitivos, por sus beneficiarios e incorporados por ende, a sus convenios colectivos o contratos individuales de trabajo o relación jurídica laboral".

Esta ley plantea de inicio, significativos obstáculos a la tesis de la no incorporación de los beneficios convencionales en el contrato individual de trabajo, precisamente para no rigidizar las siguientes negociaciones y a la posibilidad

[1] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 11, de 17 de enero de 2005.

de que ciertos beneficios puedan otorgarse bajo cláusulas suspensivas o condicionantes.

Paralelamente a ello, existen diversos esfuerzos por tratar de unificar el régimen contractual de ciertos colectivos de trabajadores, buscando que a ellos se les aplique el régimen general de empleo. En algunos casos, se trata de trabajadores a los que históricamente, desde las primeras codificaciones se les dejó en una situación de desventaja y en otros, de personas que en las últimas décadas, relacionadas con actividades económicas que para su promoción se beneficiaron de ciertas prerrogativas desreguladoras, finalmente se reconoce la ausencia de una justificación que permita un trato diferenciado.

Ejemplo de lo primero es en Costa Rica la probación de la Ley No. 8726 del 2 de junio del 2009, que reformó los artículos 101, 102, 104, 105, 106, 107 y 108 del capítulo octavo del título segundo del Código de Trabajo de 1943[2], equiparando los derechos laborales de los trabajadores domésticos al resto de los trabajadores.

De lo segundo, es en Nicaragua el Decreto No. 50-2005 de 8 de agosto de 2005, que es el Reglamento del Decreto de Zonas Francas Industriales de Exportación[3], el cual establece en el capítulo 17 el régimen laboral que rige para este tipo de empresas, indicando que está sujeto a las disposiciones del "Código del Trabajo vigente, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa, en su caso".

También han existido ciertas reformas legales que en aplicación del principio de no discriminación de acceso al empleo o la ocupación, han venido limitando las facultades del empleador en relación con las pruebas que puede solicitar, especialmente para corroborar el estado de salud del trabajador.

Mediante dictamen de la Procuraduría General de la República de Costa Rica, el No. C-040-2008 de 8 de febrero de 2008, se estableció que la obligación general impuesta a los trabajadores y prevista en el inciso f) del Artículo 71 del Código de Trabajo, de "someterse a reconocimiento médico, sea al solicitar su ingreso al trabajo o durante éste, a solicitud del patrono, para comprobar que no padecen alguna incapacidad permanente", quedó tácitamente derogada por la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (N° 7600 de 29 de mayo de 1996).

Por otra parte, con la Ley No. 8726 del 2 de junio del 2009 ya citada antes, se derogó la obligación de presentar el certificado de buena salud como requisito previo para formalizar el contrato de los trabajadores del servicio doméstico.

Por su parte, en El Salvador el artículo 30 del Código de Trabajo[4] fue adicionado con tres incisos que prohíben formas de discriminación al momento de la contratación. El Decreto Legislativo No. 275 del 11 de febrero del 2004, adiciona el inciso 13)[5], el cual prohíbe a los patronos exigir a las mujeres que solicitan

---

[2] Publicada en La Gaceta No. 143 del 24 de julio del 2009.

[3] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 158, de 16 de agosto de 2005.

[4] Emitido por Decreto Legislativo No. 15, de 23 de junio de 1972.

[5] Publicado en el Diario Oficial No. 53, Tomo 362, de 17 de marzo de 2004.

empleo que se sometan a exámenes previos para comprobar si se encuentran en estado de gravidez, así como exigirles la presentación de certificados médicos de dichos exámenes, como requisitos para su contratación. Mientras que el Decreto Legislativo No. 611 del 16 de febrero de 2005, adiciona los incisos 14 y 15[6] que prohíben a los patronos exigir a las personas que solicitan empleo la prueba de VIH como requisito para su contratación y divulgar su diagnóstico.

Con el mismo objetivo ya expuesto, en Nicaragua, el Acuerdo Ministerial No. JCHG-005-05-07 de 15 de mayo de 2007, relativo a los Exámenes Médicos en los Lugares de Trabajo[7], garantiza el cumplimiento del principio de no discriminación en el acceso al trabajo de la mujer embarazada, especialmente en lo relacionado con los exámenes médicos pre-empleo. Además, otorga a los inspectores del trabajo la responsabilidad de aplicar esta normativa e implementar un sistema de inspección para garantizar la igualdad de condiciones y oportunidades de empleo de la mujer embarazada.

2. Ordenamiento del tiempo de trabajo

No existen reformas legales en materia de jornadas, a pesar de que sigue siendo siempre una de las mayores reivindicaciones del sector empleador de la región.

Sin embargo, si se ha regulado de diferentes maneras y de forma puntual diversos descansos, aunque todo ello carece de un trato sistemático para que nos permita hablar de una decidida intención legislativa por crear reglas claras orientadas a favorecer la conciliación de la vida familiar y el trabajo.

En cuanto al derecho de vacaciones el artículo 156 del Código de Trabajo de Costa Rica fue reformado por la Ley No. 7989 de 16 de febrero del 2000[8], en la cual se autoriza al patrono, como una excepción a la norma, a compensar el exceso del descanso anual mínimo, legal y obligatorio, a cambio de un beneficio económico que puede otorgarse cada 3 años[9].

En este mismo país y respecto del descanso en días feriados, con cierta muestra de desacierto legislativo, el párrafo segundo del artículo 148 del Código de Trabajo fue objeto de cuatro reformas en muy corto plazo, debido a que se cambiaron los días de disfrute de los feriados, con el propósito de que los trabajadores contaran con períodos de descanso consecutivo de 3 días –fines de semana largos–. Sin embargo, debido a los problemas que esta modalidad generó en diversos sectores económicos, finalmente se dejó solamente el día

[6] Publicado en el Diario Oficial No. 55, Tomo 366, de 18 de marzo de 2005.

[7] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 123, de 29 de junio de 2007.

[8] Publicado en La Gaceta No. 41 de 28 de febrero del 2000.

[9] En relación al inciso c) del artículo 156, el decreto ejecutivo N° 28827 del 21 de julio de 2000 estableció que los Ministros de Gobierno y jerarcas de las instituciones cuyas planillas se pagaran con el cargo al presupuesto nacional del año 2001, no se autorizaba la compensación de vacaciones en los términos del mencionado inciso.

12 de octubre bajo esta modalidad. La reforma vigente es la establecida por la Ley No. 8886 de 1 de noviembre del 2010[10].

Con un mejor acierto y reconociendo un derecho largamente reivindicado por una parte de la población, en El Salvador mediante el Decreto No. 208 del 28 de noviembre de 2012[11], se declara el 17 de junio de cada año como Día del Padre y de asueto remunerado, en reconocimiento al esfuerzo y dedicación a sus hijos en el crecimiento y desarrollo integral.

Aunque no se trata de una reforma legal, pero por su incidencia en la aplicación de la ley, también debe citarse la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual en su Voto No. 10.842-2001 de las 14:53 horas del 24 de octubre de 2001, interpretó el artículo 152 del Código de Trabajo en el sentido de que el derecho a disfrutar de un día de descanso semanal absoluto puede obtenerse en dos situaciones de hecho distintas y no como una alternativa u opción para el patrono, es decir después de cada semana en labores discontinuas o después de cada seis días de trabajo en labores continuas.

Con motivo de la celebración de un referéndum popular en Costa Rica sobre la aprobación o no del Tratado de Libre Comercio con los estados Unidos de Norteamérica y los demás países Centroamericanos y República Dominicana, el inciso j) del artículo 69 del Código de Trabajo fue reformado por el artículo 35 de la Ley No. 8492 de 21 de marzo de 2006, de Regulación del Referéndum[12], en el cual se agrega como obligación del patrono "conceder a los trabajadores el tiempo necesario, sin reducción de salario, para el ejercicio del voto en las elecciones populares y consultas populares bajo la modalidad de referéndum". Previamente, la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones N° 1404 de 29 de julio del 2002, había interpretado que igualmente era obligación del patrono "pagar el salario respectivo, sin rebaja alguna, a sus trabajadores que laboren como miembros de Junta Receptora de Votos el día que haya una elección popular".

De aplicación temporal y tratándose de la única norma legal que regule la modalidad de teletrabajo en el sector privado de la economía, también en Costa Rica fue aprobado el Decreto Ejecutivo No. 35434-S-MTSS de 12 de agosto del 2009, de Implementación del teletrabajo en mujeres que se encuentran en estado de embarazo que presten servicios en instituciones públicas del Estado y todas las empresas del sector privado[13]. Aunque el establecimiento de normas generales que regulen estas nuevas formas productivas son absolutamente necesarias, para no dejarlas solo a la libre voluntad de quienes suscriben los convenios de partes que las encuadran, este Decreto se emitió ante la situación excepcional de prevenir la propagación de la influenza pandémica AH1N1. En

---

[10] Publicada en La Gaceta No. 236 de 6 de diciembre del 2010. Las reformas previas fueron establecidas por medio de las siguientes leyes: Ley No. 8442 de 19 de abril del 2005 (La Gaceta No. 88 del 9 de mayo del 2005); Ley No. 8604 de 17 de septiembre del 2007 (La Gaceta No. 192 de 5 de octubre del 2007) y Ley No. 8753 de 24 de junio del 2009 (La Gaceta No. 161 de 19 de agosto del 2009).

[11] Publicado en el Diario Oficial No. 239, Tomo No. 397, de 20 de diciembre de 2012.

[12] Publicado en La Gaceta No. 67 de 4 de abril del 2006.

[13] Publicado en La Gaceta No. 162 de 20 de agosto del 2009.

dicha normativa se autoriza a las mujeres a prestar sus servicios desde su domicilio, de acuerdo con la naturaleza de su trabajo y en las condiciones indicadas en el Decreto Ejecutivo Nº 34704-MP-MTSS del 31 de julio del 2008, que es el aplicable a las relaciones de empleo público.

3. Maternidad, embarazo, lactancia y paternidad.

Todos los países objeto de estudio han regulado en esta materia ampliando los derechos previamente otorgados, en beneficio incluso de ambos padres y en protección del interés superior del niño. Tres son los objetivos de la protección: embarazos y partos múltiples, lactancia y descanso parental.

En Nicaragua la Ley No. 718 de 5 de mayo de 2010 Ley Especial de Protección a las Familias en las que hay Embarazos y Partos Múltiples[14], brinda protección especial a las familias con embarazos y partos múltiples, de escasos recursos económicos, monoparentales o biparentales, cuando se demuestre mediante dictamen médico la existencia de un posible parto múltiple.

También este tema fue regulado en Costa Rica, solo que por vía reglamentaria, al aprobarse por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social el Reglamento para el Otorgamiento de Licencias e Incapacidades a los Beneficiarios del Seguro de Salud de Interés para la Empresa[15]. En casos de partos múltiples o adopción múltiple se extenderá un mes adicional de licencia por maternidad, por cada producto vivo adicional, una vez finalizado el posparto. Aunque el Código de Trabajo reducía a la mitad los períodos en caso de que el neonato fallezca dentro del período de la licencia otorgada, con esta nueva regulación se mantiene en su totalidad.

En El Salvador, el Decreto No. 404 de 26 de junio de 2013, Ley de promoción, protección y apoyo a la lactancia materna[16], establece las medidas necesarias para promover, proteger y mantener la lactancia materna exclusiva, hasta los seis meses y la lactancia prolongada hasta los dos años de edad. En particular, el artículo 35 dispone que toda mujer trabajadora durante los primeros seis meses, post parto, mientras amamante a su hija o hijo, o mientras recolecte su leche, tendrá derecho, con ese fin, a una interrupción en la jornada laboral de hasta una hora diaria; esta interrupción podrá ser fraccionada en dos pausas o las veces que hayan acordado las partes.

Por último, en este mismo país, por medio del Decreto No. 376 de 9 de mayo de 2009, que adiciona el literal d) al inciso 6) del artículo 29 del Código del Trabajo[17], se incluye como una licencia con goce de salario en beneficio del trabajador por 3 días en caso de paternidad por nacimiento o adopción.

[14] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 111, de 14 de junio de 2010.

[15] Publicado en La Gaceta No. 102 del 29 de mayo del 2014

[16] Publicado en el Diario Oficial No. 145, Tomo No. 400, de 12 de agosto de 2013.

[17] Decreto legislativo No. 376 de 9 de mayo de 2013, publicado en el Diario Oficial No. 99, Tomo No. 399 de 31 de mayo de 2013.

4. Remuneración

Las leyes aprobadas se refieren a la fijación del salario mínimo, a las garantías en protección del salario, a la propina, al incentivo del ahorro y a regular el aguinaldo o décimo tercer mes.

En Nicaragua, la Ley No. 625 de 31 de mayo de 2007, de Salario Mínimo[18], regula la fijación del salario mínimo, con el objetivo de garantizar al trabajador y su familia la satisfacción de las necesidades básicas y vitales, con un mínimo de bienestar compatible con la dignidad humana, conforme al ordinal 1°, del artículo 82 de la Constitución Política.

La sentencia No. 26-2006 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador[19], declaró inconstitucional el artículo 136, inciso final del Código de Trabajo, en tanto se constató su contradicción con el artículo 38, ordinal 3° de la Constitución[20]. El artículo 136 del Código de Trabajo se refiere al procedimiento de autorización del trabajador al patrono para que descuente del salario las deudas provenientes de créditos bancarios o con otras entidades hasta en el 20% del salario ordinario, cualquiera que sea la cuantía de éste.

En Costa Rica, a una larga discusión sobre la naturaleza salarial o no de la propina, se le puso fin con la reforma de la Ley No. 4946 de 3 de febrero de 1972, de Creación de derecho de propina a trabajadores de restaurantes, que fue modificada por la Ley No. 9116 de 21 de diciembre del 2012, para Proteger el empleo de los saloneros y meseros[21]. En dicha normativa se regula la propina obligatoria y la voluntaria, indicando que "por tratarse de retribuciones económicas pagadas por un tercero ajeno a la relación laboral entre el salonero o mesero y su patrono, dichas sumas no constituirán parte del salario ni se considerarán para el cálculo y pago de cargas sociales y prestaciones laborales que deba cubrir el patrono".

También, en este mismo país, la Ley No. 8682 de 12 de noviembre del 2008, de Promoción del Salario Escolar en el Sector Privado[22], estableció la posibilidad de que los patronos de dicho sector concedieran a sus trabajadores la opción de ahorrar mensualmente un porcentaje de su salario, el cual se les entregaría a inicio de año para hacer frente a los gastos escolares.

En cuanto al disfrute del aguinaldo, diversas iniciativas aprobadas en El Salvador han pretendido protegerlo especialmente de cargas impositivas. Así, mediante Decreto Legislativo No. 228 de 16 de diciembre de 2009, se establece como renta no gravada, para el año 2009, toda compensación en efectivo pagada al trabajador asalariado en concepto de aguinaldo, cuando no sobrepase de dos salarios mínimos[23] y desde entonces, anualmente se ha aprobado un decreto

---

[18] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 120, de 26 de junio de 2007.

[19] Publicada en el Diario Oficial No. 55, Tomo No. 374 del 21 de marzo de 2007.

[20] Art. 38, inciso 3). El salario y las prestaciones sociales, en la cuantía que determine la ley, son inembargables y no se pueden compensar ni retener, salvo por obligaciones alimenticias.

También pueden retenerse por obligaciones de seguridad social, cuotas sindicales o impuestos. Son inembargables los instrumentos de labor de los trabajadores.

[21] Publicada en Alcance No. 211 a La Gaceta No. 248 de 24 de diciembre del 2012.

[22] Publicada en La Gaceta No. 237 del 8 de diciembre del 2008.

[23] Publicado en el Diario Oficial No. 241, T. 385, 23 de diciembre de 2009.

legislativo como disposición especial transitoria a efecto de eximir de la retención de impuesto sobre la renta los ingresos que en concepto de aguinaldo, reciben los trabajadores a que se refiere el Código de Trabajo y la Ley sobre Compensación adicional en efectivo[24]. Corolario de todo esto, el Decreto Legislativo No. 399 del 13 de junio de 2013, de Reforma al artículo 198 del Código de Trabajo relativo al aguinaldo[25], que regula las cantidades mínimas que deben pagarse al trabajador como prima en concepto de aguinaldo, de acuerdo con el tiempo laborado y que entró en vigencia el 1 de enero de 2014.

5. Principio de igualdad y de no discriminación

Las iniciativas legislativas en seguimiento del principio de igualdad y de no discriminación en el empleo y la ocupación son numerosas.

Con la Ley No. 8107 de 18 de julio del 2001, se incorporó los artículos 618 al 624 al Título Undécimo del Código de Trabajo de Costa Rica[26]. Aunque la reforma se impulsó por las limitaciones que tenían los adultos mayores para acceder al empleo, se establece una prohibición más amplia contra la discriminación en el trabajo por razones no solo de edad, sino también de etnia, género o religión, protección que cubre las fases tanto de solicitud de empleo como las posteriores hasta el despido. Comprobada la infracción en sede judicial, se ordenará la reinstalación del trabajador en su trabajo original y una indemnización con el importe de 12) veces el salario mínimo legal correspondiente al puesto del trabajador en el momento del fallo.

5.1. Género

Las reformas en materia de igualdad de género han sido amplias y diversas. En algunos casos se trata de bases generales para la definición de políticas públicas y en otros de medidas en protección de la violencia contra las mujeres, incluyendo específicamente el procedimiento que debe implementarse contra el hostigamiento sexual en el empleo.

En materia de bases para la implementación de políticas públicas, tenemos en El Salvador, el Decreto No. 645 de 17 de marzo de 2011, Ley de igualdad, equidad y erradicación de la discriminación contra las mujeres[27], por medio del cual se crean las "bases jurídicas explícitas que orientan el diseño y ejecución de las políticas públicas que garantizarán la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres, sin ningún tipo de discriminación, en el ejercicio y goce de los derechos consagrados legalmente". El artículo 25 estipula los lineamientos en

[24] 2009 (No. 215, 3 de diciembre de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 228, T. 385, 4 de diciembre de 2009); 2010 (No. 530, 2 de diciembre de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 228, T. 389, 6 de diciembre de 2010); 2011 (No. 926, 23 de noviembre de 2011, publicado en el Diario Oficial No. 220, T. 393, 24 de noviembre de 2011); 2012 (No. 212, 28 de noviembre de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 229, T. 397, 6 de diciembre de 2012); 2013 (No. 561, 28 de noviembre de 2013, publicado en el Diario Oficial No. 226, T. 401, 3 de diciembre de 2013).

[25] Publicado en el Diario Oficial No. 125, No. 400, de 9 de julio de 2013.

[26] Publicada en La Gaceta No. 149 de 6 de agosto del 2001.

[27] Publicado en el Diario Oficial No. 70, Tomo No. 391, de 8 de abril de 2011.

materia de empleo y acciones de inserción laboral para lograr la participación igualitaria entre hombres y mujeres, y tomando en consideración la brecha entre lo rural y lo urbano, así como las condiciones de trabajo para superar las desventajas para las mujeres.

Sucede lo mismo en Nicaragua, con la Ley No. 648 de 14 de febrero de 2008, de Igualdad de Derechos y Oportunidades[28], reglamentada por el Decreto No. 29-2010 de 16 de junio de 2010[29]. La ley establece los principios generales que fundamentan las políticas públicas dirigidas a garantizar el ejercicio efectivo en la igualdad real, en la aplicación de la norma jurídica vigente de mujeres y hombres, para asegurar el pleno desarrollo de la mujer y establecer los mecanismos fundamentales a través de los cuales todos los órganos de la administración pública y demás Poderes del Estado, gobiernos regionales y municipales garantizarán la efectiva igualdad entre mujeres y hombres. En particular, los artículos 19, 20 y 21 se refieren a las políticas de empleo y capacitación a las cuales deben aplicarse los principios contenidos en la ley.

El otro aspecto regulado, como ya se había anticipado, lo constituyen diversas leyes contra la violencia de género. Es el caso de El Salvador con el Decreto No. 520 de 25 de noviembre de 2010, por el que se dicta la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres[30], que establece, reconoce y garantiza "el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, por medio de Políticas Públicas orientadas a la detección, prevención, atención, protección, reparación y sanción de la violencia contra las mujeres, a fin de proteger su derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la no discriminación, la dignidad, la tutela efectiva, la seguridad personal, la igualdad real y la equidad". Como parte de dicha normativa incluye el tema de acoso y violencia laboral (arts. 8 y 10), establece responsabilidades para el Ministerio de Trabajo y Previsión Social en la materia (art. 24) y aborda el ámbito laboral como uno de los posibles espacios donde se debe prevenir, atender y sancionar la violencia de género.

En términos muy similares debe citarse en Nicaragua la Ley No. 779, de 26 de enero de 2012, que es la Ley Integral contra la Violencia Hacia Las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641 Código Penal[31], reglamentada por el Decreto No. 42-2014, de 30 de julio de 2014[32]. La ley define en particular, la violencia laboral contra las mujeres como aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, salario digno y equitativo, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, esterilización quirúrgica, edad, apariencia física, realización de prueba de embarazo o de Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH/SIDA u otra prueba sobre la condición de salud de la mujer. Dispone asimismo que constituye violencia contra las

[28] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 51, de 12 de marzo de 2008.

[29] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 121, de 28 de junio de 2010.

[30] Publicado en el Diario Oficial No. 02, Tomo No. 390, de 4 de enero de 2011.

[31] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 35, de 22 de febrero de 2012.

[32] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 143, de 31 de julio de 2014.

mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. También incluye el hostigamiento psicológico que establece las disposiciones para la aplicación de la ley.

Aspecto relevante es el hecho de que también se ha dispuesto de forma específica en Nicaragua, la Resolución No. 04-03-11-2010 de 3 de noviembre de 2010, por la que se aprueba la Política de Igualdad de Género en el Contexto de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de la Región Autónoma del Atlántico Norte[33], que tiene el objeto de aprobar dicha política como herramienta para la operatividad de los objetivos planteados en el Estatuto de Autonomía y su Reglamento promoviendo la integración, desarrollo y participación de las mujeres y hombres en todos los ámbitos políticos, sociales, económicos y culturales, para alcanzar un desarrollo integral y pleno de la sociedad costeña en esa región.

Finalmente, en el mismo período de estudio se ubica la Ley No. 8805 de 28 de abril del 2010[34], que reformó los artículos 2, 5, 7, 8, 9, 15, 22, 23, 29 y 31 de la Ley No. 7476 contra el hostigamiento sexual en el empleo y la docencia[35]. Dicha reforma amplía el ámbito de aplicación de la ley en el sector privado; establece la obligación del patrono o jerarca de contar con personal capacitado en materia de prevención, atención y sanción del hostigamiento sexual; la obligación del patrono de establecer un procedimiento interno para la atención y sanción de los casos denunciados cuya duración no debe ser superior a 3 meses desde la interposición de la denuncia; la obligación de informar a la Defensoría de los Habitantes cuando se trate de un caso en el sector público y al Ministerio de Trabajo si es del sector privado; la autorización previa de la Dirección de Inspección del Trabajo del MTSS para el despido de la persona denunciante de acoso sexual por las causales del artículo 81 del Código de Trabajo; define el plazo para interponer la denuncia en 2 años a partir del último hecho consecuencia del hostigamiento sexual o a partir de que cesó la causa justificada que le impidió denunciar; adiciona el capítulo V que estipula el procedimiento a seguir en el lugar de trabajo para investigar y sancionar el hostigamiento sexual; y establece sanciones para las personas electas popularmente que comentan conductas de hostigamiento sexual.

5.2. Discapacidad

En materia de igualdad de trato por razones de discapacidad las normas aprobadas se orientan a reforzar en general el principio de igualdad y luego a ciertos aspectos concretos como la accesibilidad al centro de trabajo y la promoción de empleo.

En términos generales se refieren al principio de igualdad de trato, en Costa Rica la Ley No. 9207 de 25 de febrero del 2014[36], que reformó los artículos 2, 62

[33] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 27, de 10 de febrero de 2011.

[34] Publicada en La Gaceta No. 106 de 2 de junio del 2010.

[35] Ley del 3 de febrero de 1995, publicada en La Gaceta No. 45 de 3 de marzo de 1995.

[36] Publicada en La Gaceta No. 56 de 20 de marzo del 2014.

y 67 de la Ley No. 7600 de Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad[37]. Dicha reforma redefine el concepto de discapacidad[38]; establece una multa equivalente a un salario base a las personas físicas o jurídicas "que limite la igualdad de oportunidades, en cuanto a la accesibilidad o el trato en materia de trabajo, educación, salud, transporte u otros campos".

En este mismo sentido, puede citarse en El Salvador, el Decreto Legislativo No. 888 de 27 de abril de 2000, Ley de equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad[39], reglamentada por el Decreto No. 99 de 28 de noviembre de 2000[40]. La ley establece el régimen de equiparación de oportunidades para las personas con discapacidades físicas, mentales, psicológicas y sensoriales, ya sean congénitas o adquiridas y su Capítulo V está dedicado al tema de integración laboral. Al reglamento se le adicionó el inciso 2 al artículo 9 y se derogaron los incisos 5 y 6 del artículo 10[41], y se reformó el artículo 52[42].

En Nicaragua, precedido por el Decreto A.N. No. 3091 de 23 de octubre del 2001, de Aprobación de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[43] y el Decreto A.N. No. 5223 de 24 de octubre de 2007, de Aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[44], se aprueba la Ley No. 763 de 28 de julio de 2011, de Derechos de las Personas con Discapacidad[45], reglamentada por el Decreto No. 11-2014 de 26 de febrero de 2014[46]. El capítulo IV de la Ley regula los derechos laborales de las personas con discapacidad.

En Costa Rica la misma Ley No.9207 ya citada, sanciona a los encargados de construcciones que incumplan las reglas de accesibilidad y como consecuencia de ello no se le tramitarán permisos de construcción o se suspenderán los otorgados hasta tanto no realicen las remodelaciones correspondientes[47].

---

[37] Ley No. 7600 de 2 de mayo de 1996, publicada en La Gaceta No. 102 de 29 de mayo de 1996.

[38] Lo define como "condición que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo y las barreras debidas a la actitud y el entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

[39] Publicado en el Diario Oficial No. Diario Oficial No. 95, Tomo No. 347, 24 de mayo de 2000.

[40] Publicado en el Diario Oficial No. 226, Tomo No. 349, del 1 de diciembre de 2000.

[41] La reforma se refiere al Régimen de excepción para el Fondo de protección de lisiados y discapacitados a consecuencia de conflicto armado. Decreto Ejecutivo No. 24, de 19 de marzo de 2001, publicado en el Diario Oficial No. 69, Tomo No. 351, de 5 de abril de 2001.

[42] Establece como requisito que las entidades dedicadas a brindar atención a las personas con discapacidad, deberán acreditarse ante el Consejo Nacional de Atención Integral para las Personas con Discapacidad (CONAIPD). Decreto Ejecutivo No. 91 de 31 de octubre de 2002, publicado en el Diario Oficial No. 218, Tomo No. 357, de 20 de noviembre de 2002.

[43] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 211, de 7 de noviembre de 2001.

[44] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 207, de 29 de octubre de 2007.

[45] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 142 y No. 143, de 1 de agosto de 2011.

[46] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 42, de 4 de marzo de 2014.

[47] El Reglamento de la Ley 7600, Decreto Ejecutivo No. 26831-MP de 23 de marzo de 1998 (publicado en La Gaceta No. 75 de 20 de abril de 1998), "establece normas y procedimientos de obligatoria observancia para todas las instituciones públicas, privadas y gobiernos locales, quienes serán responsables de garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos y deberes en igualdad de oportunidades". Dicho reglamento cuenta con 5 reformas: Decreto Ejecutivo No. 38446-MP de 28 de abril

También en este país y en relación con la promoción del empleo, la Ley No. 8862 de 16 de setiembre del 2010, de Inclusión y protección laboral de las personas con discapacidad en el sector público[48], impone la obligación de reservar al menos un 5% de las vacantes de ofertas de empleo público de los Poderes del Estado para personas con discapacidad, "siempre que exista oferta de empleo y se superen las pruebas selectivas y de idoneidad, según lo determine el régimen de personal de cada uno de esos Poderes"[49].

5.3. *Trabajadores migrantes*

Al mismo tiempo que se han promulgado leyes que tienden a ordenar y mejorar el trato que en general deben recibir los extranjeros en el país de acogida, también se han aclarado y detallado las reglas aplicables al trabajo remunerado de este colectivo.

Aunado a estos esfuerzos, también han existido reformas al Código Penal tendientes a incluir y sancionar el delito de trata de personas, incluyendo aquél dirigido a promover el trabajo forzoso.

Estos tres ejes los encontramos en Costa Rica con la aprobación de la Ley No. 8764 de 19 de agosto del 2009, Ley General de Migración y Extranjería[50] de Costa Rica, que estableció cambios en los controles de la tramitología y las responsabilidades de la población migrante que habita en el país; adecuó la normativa nacional a los tratados internacionales; instauró un nuevo modelo migratorio que legalizó el proceso de integración de la población migrante por medio de cotización a la seguridad social; fortaleció la Policía de Migración en cuanto a la lucha contra la criminalidad organizada transnacional y la trata de personas; tipificó el delito de tráfico ilícito de personas; e impuso cánones migratorios que permiten captar recursos para destinarlos a los servicios sociales más impactados por la población migrante[51].

La nueva ley estableció multas para los patronos que contratan extranjeros en forma ilegal (extranjeros no habilitados para trabajar en Costa Rica o que realicen otras funciones distintas de las autorizadas); definió que el salario mínimo para ejecutivos, gerentes y personal técnico extranjeros debía aumentarse en un 25%; la obligación de cotizar a la seguridad social por parte de los trabajadores extranjeros; una multa de US$100 por cada mes de estancia irregular en el país por parte de las personas extranjeras; y se creó un capítulo de Categorías especiales donde se regula la estancia de trabajadores extranjeros

---

del 2014 (La Gaceta No. 100 de 27 de mayo del 2014); Decreto Ejecutivo No. 37486-MP-MEP de 23 de noviembre del 2012 (Alcance No. 20 a La Gaceta No. 21 de 30 de enero del 2013); Decreto Ejecutivo No. 37266-MP-MEP de 11 de mayo del 2012 (Alcance No. 130 a La Gaceta No. 177 de 13 de setiembre del 2012); Decreto Ejecutivo No. 36462-MP-MTSS de 2 de febrero del 2011 (La Gaceta No. 56 del 21 de marzo del 2011); y Decreto Ejecutivo No. 35479-MP-MEIC-H-TUR de 13 de julio del 2009 (La Gaceta No. 181 de 17 de setiembre del 2009).

[48] Publicada en La Gaceta No. 219 de 11 de noviembre del 2010.

[49] El Reglamento a esta ley corresponde al Decreto Ejecutivo No. 36462-MP-MTSS de 2 de febrero del 2011, publicado en La Gaceta No. 56 de 21 de marzo del 2011.

[50] Publicada en La Gaceta No. 170 del 01 de setiembre del 2009.

[51] Asamblea Legislativa, Proyecto de Ley No. 16.594.

que no generan derecho de permanencia definitiva, tales como visitantes de negocios, personal de transferencia de una empresa a otra, agentes de ventas y trabajadores por cuenta propia, entre otros.

Esta ley fue reformada por la Ley No. 9095 de 26 de octubre del 2012, contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas[52], la cual tiene los objetivos de: promover políticas públicas para el combate integral de la trata de personas; propiciar la normativa necesaria para fortalecer la sanción de la trata de personas y sus actividades conexas; definir un marco específico y complementario de protección y asistencia a las víctimas de trata de personas y sus dependientes; e impulsar y facilitar la cooperación nacional e internacional en el tema de la trata de personas.

Como ya apuntábamos la iniciativa costarricense no es la única que se ha dictado en la región, donde también tenemos el Decreto No. 655 de 17 de marzo de 2001, Ley Especial para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante Salvadoreña y su familia[53], que tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales rectores garantes de los derechos de la persona migrante salvadoreña y su familia, por medio del diseño, formulación, evaluación y monitoreo de políticas públicas integrales de protección y desarrollo, mediante la coordinación interinstitucional e intersectorial del Estado y la sociedad civil, en los procesos de desarrollo nacional.

El Decreto A.N. No. 4336 del 29 de junio del 2005, de Aprobación de la Adhesión de Nicaragua a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares[54], compromete a los Estados Partes a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Dicha protección es aplicable durante todo el proceso de migración: la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

En forma específica, en este mismo país, la Ley No.761 de 6 de julio de 2011, de Migración y Extranjería [55], incluye regulaciones y procedimientos para los trabajadores migrantes y transfronterizos (arts. 16, 17 y 18).

---

[52] Publicada en Alcance No. 27 a La Gaceta No. 28 de 8 de febrero del 2013.

[53] Publicado en el Diario Oficial No. 74, Tomo No. 391, de 14 de abril de 2011.

[54] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 136, de 14 de julio de 2005.

[55] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 125 y 126, de 6 y 7 de julio de 2011.

5.4. Adultos Mayores

Pocos países han establecido normas especialmente dedicadas al trabajo de los adultos mayores, quienes sufren riesgos de exclusión social por discriminación.

En el caso de Nicaragua, la Ley No. 720 de 6 de mayo de 2010, del Adulto Mayor[56], establece el régimen jurídico e institucional de protección y garantías para las personas adultas mayores, con el fin de garantizar el efectivo cumplimiento de lo establecido en el artículo 77 de la Constitución Política. Se aplica a los nicaragüenses mayores de sesenta años de edad. Entre otros fines, se propone fomentar acciones que generen fuentes de trabajo estables para el Adulto mayor que esté en posibilidades de trabajar, promoviendo su inserción laboral en las entidades públicas y privadas tomando en cuenta sus conocimientos y experiencias.

5.5. Trabajadores portadores de VIH/SIDA

En la mayoría de los países en estudio se han dictado nuevas leyes generales que regulan los derechos, especialmente laborales, de las personas portadoras de VIH/SIDA.

En El Salvador, fue aprobado el Decreto Ley No. 588 de 24 de octubre de 2001, de Prevención y control de la infección provocada por el virus de inmunodeficiencia humana[57], el cual garantiza los derechos individuales y sociales de las personas viviendo con VIH/SIDA; en particular, el artículo 5 c) establece el derecho de toda persona con VIH/SIDA a acceder a un puesto de trabajo que no conlleve contactos de riesgo y a no ser despedido de su trabajo o desmejorado en su remuneración, prestaciones o condiciones laborales en razón de su enfermedad. La ley fue reformada por el Decreto No. 1016 de 10 de octubre de 2002[58], que derogó el inciso d) del artículo 16, el cual establecía como excepción la prohibición de solicitar pruebas para el diagnóstico del VIH/SIDA en los casos contemplados en el inciso 10 del artículo 31 del Código de Trabajo[59]. Esta tendencia fue reforzada con el Decreto No. 611 de 16 de febrero del 2005, de reforma el inciso 10 del artículo 29 y el artículo 79 y adiciona los incisos 14 y 15 al artículo 30 del Código de Trabajo[60], que tuvo la finalidad de proteger los derechos laborales de los portadores del VIH/SIDA, en particular en lo relativo a la discriminación, restricción o impedimento en el acceso al empleo que puedan sufrir debido a su condición.

---

[56] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 111, de 14 de junio de 2010.

[57] Publicado en el Diario Oficial No. 222, Tomo No.353, de 23 de noviembre de 2001.

[58] Publicado en el Diario Oficial No. 211, Tomo No. 357, de 11 de noviembre de 2002.

[59] Art. 30. Son obligaciones del trabajador: [...] 10) Someterse a examen médico cuando fueren requeridos por el patrono o por las autoridades administrativas con el objeto de comprobar su estado de salud.

[60] Aprobado por Decreto Ley No. 611, de 16 de febrero de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 55, Tomo No. 366, de 18 de marzo de 2005.

En Nicaragua, con la Ley No. 820 de 27 de noviembre del 2012, de Promoción, protección y defensa de los derechos humanos ante el VIH y SIDA para su prevención y atención[61], se refuerza los principios éticos de no discriminación, confidencialidad y autonomía personal consagrados en el artículo 46 de la Constitución Política.

6. Contratos especiales

Los contratos especiales de trabajadores del servicio doméstico, trabajadores menores de edad y trabajadores del mar y en vías navegables y trabajadores en docencia, han sido objeto de diversas iniciativas legales, que en algunos casos, han sido incluso previas a la ratificación de las normas internacionales del trabajo, que en estos casos ha venido a reforzar los esfuerzos nacionales.

6.1. Trabajadores domésticos

La regulación nacional en este tema concreto es un ejemplo de cómo las normas internacionales del trabajo no han sido el origen de las regulaciones internas de los Estados, sino que al contrario, llegando con posterioridad a su aprobación, han reforzado las iniciativas ya encaminadas a mejorar la regulación de este contrato especial.

En Costa Rica el régimen legal de 1943 se modifica mediante la Ley No. 8726 del 2 de junio del 2009[62], que reformó los artículos 101, 102, 104, 105, 106, 107 y 108 del capítulo octavo del título segundo del Código de Trabajo, equiparando los derechos laborales de los trabajadores domésticos al resto de los trabajadores. Fue posteriormente, con la Ley No. 9169 de 21 de octubre del 2013, que se aprueba el Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (Convenio 189)[63].

Algo similar sucedió en Nicaragua. La Ley No. 666 de 4 de setiembre de 2008, de Reformas y Adiciones al Capítulo del Título VIII del Código del Trabajo de la República de Nicaragua[64], modificó los artículos 145, 146, 147, 149, 151, 152 y153 del Capítulo I del Título relativo a las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores y trabajadoras del hogar. Como consecuencia de ello se establece la prohibición de que los trabajadores adolescentes del servicio del hogar puedan ser contratados con dormida dentro de la casa y se crea un régimen de protección especial para esta población (jornada reducida de 6 horas diarias y 36 semanales, entre 6 am y 8 pm). La reforma se anticipa al Decreto A.N. No. 7001 de 17 de octubre de 2012[65] y al Decreto No. 42-2012 de 1º de noviembre del 2012, por el que se ratifican el Convenio sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (No. C189) y su

[61] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 242, de 18 de diciembre de 2012.

[62] Publicada en La Gaceta No. 143 del 24 de julio del 2009.

[63] Publicada en La Gaceta No. 241 de 13 de diciembre del 2013.

[64] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 181, de 22 de setiembre de 2008.

[65] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 201, de 22 de octubre de 2012.

Recomendación sobre las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos, 2011 (No. R201)[66].

6.2. *Trabajadores menores de edad*

Las normas aprobadas en los países abordan dos temas. De un lado, la abolición del trabajo infantil y de otro, la regulación del trabajo juvenil.

Durante el período en estudio las normas dictadas en Costa Rica se han centrado en la protección de la salud de los trabajadores adolescentes menores de dieciocho años. La primera norma en este sentido fue el Decreto Ejecutivo No. 29220-MTSS de 30 de octubre de 2000[67], Reglamento para la Contratación Laboral y condiciones de Salud Ocupacional de las Personas Adolescentes. Posteriormente, con la Ley No. 8922 de 3 de febrero del 2011, de Prohibición del trabajo peligroso e insalubre para personas adolescentes trabajadoras[68], se establecen las actividades, ocupaciones o tareas en donde existe prohibición de contratar o hacer participar a personas menores de 18 años. Finalmente, el Decreto Ejecutivo No. 36640-MTSS de 22 de junio del 2011, reglamenta la ley[69] y establece las regulaciones y las medidas administrativas requeridas para cumplir con la Ley N° 8922.

En el caso de El Salvador, mediante el Decreto Legislativo No. 839 de 26 de marzo de 2009, que dicta la Ley de Protección integral de la niñez y adolescencia[70], al mismo tiempo que se establece en general el derecho de esta población a ser protegidos frente a la trata de personas y de toda forma de explotación económica, detalla las que se consideran las peores formas de trabajo infantil y regula las condiciones en protección de la persona adolescente trabajadora, estableciendo la edad mínima para el trabajo en 14 años de edad.

En Nicaragua, precedido del Decreto Legislativo No. 79-2000 de 4 de setiembre de 2000, por el que se aprueba el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil[71], se dicta la Ley No. 474 de 15 de octubre de 2003, de Reforma del Título VI, Libro Primero del Código del Trabajo[72], que modifica las regulaciones del régimen de contratación y protección de la población trabajadora adolescente, estableciendo la edad mínima de admisión en el empleo en 14 años, prohibiendo el desempeño de los adolescentes en trabajos que por su naturaleza, o por las condiciones en que se realiza, dañen su salud física, psíquica, condiciones moral y espiritual, les impida su educación, unidad familiar y desarrollo integral.

Esta norma fue complementada con el Acuerdo Ministerial No. JCHG-008-05-07 del 21de mayo del 2007, sobre el cumplimiento de la Ley núm. 474 Ley de

---

[66] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 242, de 18 de diciembre de 2012.

[67] Publicado en La Gaceta No. 7 de 10 de enero del 2001.

[68] Publicada en La Gaceta No. 60 de 25 de marzo del 2011.

[69] Publicado en La Gaceta No. 127 de 1 de julio del 2011.

[70] Publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo No. 383, de 16 de abril de 2009.

[71] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 171, de 8 de septiembre de 2000.

[72] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 199, de 21 de octubre de 2003.

Reforma al Título VI, Libro Primero del Código del Trabajo[73], que define las responsabilidades de la Dirección General de Inspección del Trabajo en materia de prevención del trabajo infantil y supervisión en el cumplimiento de los derechos de los adolescentes que trabajan, tanto en el sector formal e informal de la economía.

A ello se une el Acuerdo Ministerial No. JCHG-08-06-10 del 23 de junio del 2010, sobre Prohibición de Trabajos Peligrosos para Personas Adolescentes y Listado de Trabajos Peligrosos[74], que establece las restricciones a las personas menores de 18 años en cuanto a trabajos peligrosos; y el Acuerdo Ministerial JCHG-02-02-11, de 24 de febrero del 2011, de Normativa de atención a la persona adolescente trabajadora[75], que establece los principios y procedimientos de detección y atención de los casos de trabajadores adolescentes.

6.3. Trabajadores del mar y vías navegables

Las regulaciones promulgadas tienen por objetivo establecer las regulaciones básicas a las que deberá sujetarse la tripulación en sus relaciones con el capitán y el armador.

Este es el caso de Costa Rica, con la aprobación de la Ley No. 8436 del 1 de marzo del 2005, de Pesca y Acuicultura[76] que además reformó el artículo 120 del Código de Trabajo y les adicionó el 120 bis y 198 bis. Por medio de esta disposición se regula el contenido del contrato de enrolamiento que debe firmar todo pescador con el armador del barco de pesca o su representante legal autorizado; establece las responsabilidades y potestades de las entidades públicas en materia de protección de los intereses del pescador y el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del armador del barco de pesca, en relación con esos contratos; prohíbe el empleo de personas menores de 16 años para servicios de cualquier naturaleza a bordo de navíos de pesca; y estipula las competencias del Consejo de Seguridad Ocupacional, el MOPT e INCOPESCA en materia de fiscalización de las condiciones de salud ocupacional y seguridad.

Antes de esa fecha, ya la Directriz No. 17 de 17 de octubre del 2002[77] y su reforma por medio de la Directriz No. 29 de 12 de diciembre de 2003[78], establecían las disposiciones relativas a certificado médico de aptitud física para trabajo marítimo, en concordancia con los Convenios números 113 y 114 de la OIT y los artículos 23 y 120 del Capítulo XI del Código Trabajo.

En El Salvador, el Decreto No. 994 de 19 de setiembre de 2002, Ley General Marítimo Portuaria[79], establecía en los Capítulos V, VI y VI las obligaciones y deberes del Capitán y de la Tripulación.

---

[73] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 125, de 3 de julio de 2007.

[74] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 158, de 19 de agosto del 2010.

[75] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 83, de 9 de mayo de 2011.

[76] Publicada en La Gaceta No. 78 de 25 de abril del 2005.

[77] Publicada en La Gaceta No. 17 de 24 de enero del 2003.

[78] Publicada en La Gaceta No. 34 de 18 de febrero de 2004.

[79] Publicado en el Diario Oficial No. 182, Tomo No. 357, de 1 de octubre de 2002.

Mientras tanto, en Nicaragua, se aprueba la Ley No. 489 de 26 de noviembre de 2004, de Pesca y Acuicultura [80], que establece el régimen legal de la actividad pesquera y de acuicultura, y en específico, su artículo 52 estipula que "los titulares de licencias, concesiones y permisos, deberán cumplir con las disposiciones legales y laborales establecidas para la actividad pesquera incluyendo lo concerniente a la seguridad social". Esta Ley fue reglamentada por el Decreto No. 9-2005 de 21 de febrero de 2005[81].

Con posterioridad a todo esto, mediante el Decreto A.N. No.7345 de 13 de noviembre de 2013, Nicaragua aprobó el Convenio sobre Trabajo Marítimo del 2006[82].

6.4. Trabajadores de la docencia

En Nicaragua se implementó la Ley No. 671 de 31 de octubre de 2008, de Adición al Título VIII, Libro Primero del Código del Trabajo de la República de Nicaragua[83], que incluyó los artículos 202A, 202B y 202C al Título VIII de Condiciones Especiales de Trabajo, el Capítulo XIV relativo al Trabajo de los docentes de universidades y centros de educación técnica superior públicas o privadas de Nicaragua. La reforma, única en su género entre los países en estudio, incluye la obligación de que los contratos celebrados con estos trabajadores defina el horario y jornada, así como la forma de pago, además de recordar la obligación del aseguramiento social obligatorio.

7. Seguridad y Salud en el trabajo

En Nicaragua la preocupación en materia de seguridad y salud en el trabajo se centra en la protección de la actividad que desarrollan los trabajadores dedicados al buceo y diversas normas fueron dictadas en tal sentido.

La Ley No. 613 de 7 de febrero de 2007, de Protección y seguridad a las personas dedicadas a la actividad de buceo[84], tiene el objeto de proteger la vida, la seguridad, higiene y salud ocupacional de los trabajadores que se dedican a las actividades del buceo que se realizan en aguas nicaragüenses. Dicha ley fue reformada inicialmente por medio de la Ley No. 753 de 16 de febrero de 2011, de Reforma al artículo 16 de la Ley No. 613[85], para establecer un Programa de Reconversión Ocupacional para calificar y profesionalizar a los trabajadores de buceo; sin embargo, tiempo después, con la aprobación de la Ley No. 836 de 15 de marzo de 2013, de Reforma y adición a la Ley No. 613[86], se dejó sin efecto pero mantiene la importancia de que establece entre uno de los requisitos

[80] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 251, de 27 de diciembre de 2004.
[81] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 40, de 25 de febrero de 2005.
[82] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 219, de 18 de noviembre de 2013.
[83] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 215, de 11 de noviembre de 2008.
[84] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 12, de 18 de enero de 2008.
[85] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 35, de 22 de enero de 2011.
[86] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 53, de 20 de marzo de 2013.

para autorizar el ejercicio del buceo, la afiliación de los trabajadores a la seguridad social.

8. Terminación del contrato

Reglas sobre estabilidad y pago de las indemnizaciones con motivo de la conclusión del contrato de trabajo, fueron establecidas en los distintos países, en algún caso de la mano de sentencias judiciales que declararon inconstitucionales algunas previsiones legales.

El artículo 80 del Código de Trabajo de Costa Rica que permitía al patrono dar por terminado el contrato de trabajo después de tres meses de incapacidad continua por enfermedad del trabajador, fue anulado mediante resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 18356 del 2 de diciembre de 2009. Consecuencia de ello, mientras el trabajador continúe incapacitado y no obtenga una pensión por invalidez o vejez, no podrá ser despedido aún cuando ello sea con responsabilidad patronal.

También por decisión judicial y en este mismo país, la arbitraria reducción al 50% de la indemnización de daños y perjuicios asociada al despido de trabajadores de las explotaciones agrícolas o ganaderas, cuya falta no puede ser demostrada en el proceso judicial, prevista en el párrafo tercero del artículo 82 del Código de Trabajo, fue declarada inconstitucional por la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia No. 0317 del 22 de enero del 2003.

En relación con el pago de indemnizaciones, aunque ahora por renuncia voluntaria y no por despido, las Resoluciones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, No. 53-2005 y 55-2005 del 1 de febrero del 2013, declararon "de un modo general y obligatorio que existe la inconstitucionalidad por omisión total... por haber diferido la Asamblea Legislativa el cumplimiento del mandato constitucional contenido en el art. 252 de la Constitución, en relación con el art. 38 inciso 12° de la misma, y no haber emitido la ley que determine las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar una prestación económica a los trabajadores permanentes que renuncien a su trabajo". En consecuencia, se le daba plazo a la Asamblea Legislativa para emitir, a más tardar el 31 de diciembre de 2013, para que emitiera la ley. En cumplimiento de lo anterior, se emite el Decreto Ley No. 592 de 18 de diciembre de 2013, Ley Reguladora de la prestación económica por renuncia voluntaria[87], que establece las condiciones y los procedimientos bajo los cuales los trabajadores permanentes del sector privado pueden gozar de una prestación económica por renuncia voluntaria a su empleo[88].

Caso particular el de Costa Rica en el que se reforma el artículo 29 del Código de Trabajo mediante la Ley N° 7983 del 16 de febrero del 2000, de Protección al Trabajador[89], por la cual se reducen las indemnizaciones por

[87] Publicado en el Diario Oficial No. 12, Tomo No. 402, de 21 de enero de 2014.

[88] La ley entrará en vigencia el 1 de enero de 2015.

[89] Publicada en La Gaceta No. 35 de 18 de febrero del 2000, Alcance No.11.

cesantía en un 3% a cambio de que en ese mismo porcentaje se incremente el aporte patronal a la Seguridad Social y con ello financiar la creación de un Régimen Obligatorio de Pensión Complementaria y un Fondo de Ahorro Laboral. La implementación de la medida requirió de un período de transición gradual que fue posteriormente regulado mediante la Directriz No. 6 de 18 de julio de 2001[90] y su reforma por medio de la Directriz No. 1-2003 de 10 de enero del 2003[91], que también contienen disposiciones sobre la forma en la que debe interpretarse y aplicarse la nueva escala de indemnización por cesantía.

9. Políticas de Fomento de Empleo

La población joven afronta un índice significativamente importante de desempleo, especialmente quienes todavía carecen de experiencia laboral y luchan por una oportunidad para alcanzar su primer empleo. En la mayoría de los países del estudio esta necesidad se encuentra presente en las políticas públicas de promoción del empleo.

En El Salvador el Decreto No. 910 de 17 de noviembre de 2011[92], Ley General de Juventud, tiene por finalidad establecer el marco jurídico y la institucionalidad que dirija las acciones del Estado, en la implementación de políticas públicas, programas, estrategias y planes para el desarrollo integral de la población joven y su vinculación a la participación activa en todos los ámbitos de la vida nacional. En específico, el artículo 19, inciso s) establece como uno de los derechos de la población joven, el derecho al primer empleo, que les sea compatible con sus responsabilidades académicas y familiares, así como a las condiciones de trabajo en igualdad de oportunidades, tanto en lo relativo a la inserción, remuneración y promoción, como, a que existan programas que promuevan el trabajo decente, la capacitación laboral y que se atienda de manera especial a la población joven temporalmente desocupada. Como complemento a lo anterior, el inciso t) del mismo artículo prescribe el derecho a optar al acceso no discriminatorio a la formación profesional y técnica inicial, continua, pertinente y de calidad, que permita su incorporación al trabajo.

Como parte de las medidas destinadas a la implementación de este objetivo, el Decreto No. 57 del 12 de junio de 2012, Ley de incentivo para la creación del primer empleo de las personas jóvenes en el sector privado[93], establece normas para regular, incentivar y fomentar la creación en el sector privado, del primer empleo para los jóvenes, a efecto de insertarlos en la vida productiva del país y brindarles experiencia laboral. Los beneficiarios de esta normativa son las personas jóvenes entre 18 y 29 años de edad, sin experiencia laboral ni registro de cotizante en el Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

En Nicaragua, es por medio de la Ley No. 392 del 9 de mayo de 2001, de Promoción del Desarrollo Integral de la Juventud,[94] que se incorpora en Capítulo

[90] Publicado en La Gaceta No. 145 de 30 de julio de 2001.

[91] Publicado en La Gaceta No. 14 de 21 de enero del 2003.

[92] Publicado en el Diario Oficial No. 24, Tomo No. 394, de 6 de febrero de 2012.

[93] Publicado en el Diario Oficial No. 152, Tomo No. 396, de 20 de agosto de 2012.

[94] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 126, de 4 de julio de 2001.

IV la Política de Promoción de Empleo para este colectivo. Las líneas directrices de esta Política se desarrollan en el Decreto No. 25-2002 del 27 de febrero del 2002, Reglamento a la Ley No. 392[95], que se refiere, en particular, a los diferentes aspectos del empleo juvenil, tales como, la generación de empleo, la capacitación técnica media y superior e inserción laboral y los derechos laborales de la juventud.

Segunda Parte. Derecho colectivo

Todas las instituciones del derecho colectivo del trabajo fueron objeto de reforma legal. En algunos casos, como luego indicaremos, las iniciativas legislativas tuvieron que adoptarse de forma forzosa, como consecuencia del régimen de sanciones comerciales que caracteriza las cláusulas sociales insertas en reglas unilateralmente impuestas.

La promoción de la negociación colectiva en países como Costa Rica, se sigue centrando en los trabajadores sometidos al derecho laboral que están empleados en el sector público, permaneciendo en deuda un avance cualitativo en el sector privado; mientras que en materia de derecho de huelga, las reformas se caracterizan por facilitar su ejercicio.

1. Derecho de asociación

Las reformas legislativas vinculadas al derecho de asociación estuvieron marcadas por la aplicación de las cláusulas sociales que unilateralmente han sido impuestas en este caso por la Unión Europea y en segundo lugar, a la reivindicación del derecho de igualdad de participación por género en los cargos directivos de las organizaciones de trabajadores y empleadores.

Durante la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América, Centroamérica y República Dominicana, El Salvador se mantuvo sin ratificar los convenios fundamentales relativos a la libertad sindical (Convenios No. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación y No. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva).

La Constitución de El Salvador, si bien reconoce en forma genérica el derecho de los patronos y trabajadores privados "de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos" (art. 47), señala que ese derecho sólo lo tendrán, en el sector público, "los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas" (Ibíd.). Esta disposición constitucional, aunque contraria a la libertad sindical, fundamentó la posición oficial del Gobierno ante organismos como la OIT, pues en su criterio "afectan el Orden Constitucional de la República por lo que es totalmente improcedente su ratificación"[96].

El criterio expuesto por El Salvador, una vez aprobado el Tratado, tampoco tuvo necesidad alguna de modificarse, pues el numeral 2 del artículo 16.1,

[95] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 56, de 21 de marzo de 2002.

[96] OIT. Examen de las Memorias Anuales con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el Trabajo: Parte II, Ginebra, marzo, 2001, p. 42.

expresamente dispone que: "Las Partes afirman pleno respeto por sus Constituciones".

Sin embargo, el 24 de agosto del 2006, la Asamblea Nacional de El Salvador ratificó los dos convenios ya indicados, que fueron sancionados por el Ejecutivo el 29 de ese mes y depositados en la OIT el 6 de setiembre de ese mismo año[97].

El acelerado proceso de ratificación tiene lugar luego de que en junio del 2006, la empresa atunera Calvo, de cuya producción un 95% abastece el mercado europeo, anunció el retiro de sus operaciones en El Salvador ante el clima de inestabilidad generado por el hecho de que no habiéndose ratificado los Convenios núm. 87 y 98 de la OIT, El Salvador sería excluido a final de ese año, de los beneficios arancelarios que en ese momento gozaba del SGP Plus con la UU.EE. Una preocupación compartida en ese momento, por diversos representantes del sector empresarial salvadoreño[98].

Sin embargo, mediante la Sentencia No. 63-2007/69-2007 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia[99], se declaró "de un modo general y obligatorio, que la expresión "sin ninguna distinción" utilizada por el Art. 2 del Convenio de la OIT No. 87 "Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación", es inconstitucional porque contraviene el artículo 47 inc. 1° de la Constitución, en tanto que esa fórmula del Convenio extiende el derecho a la libertad sindical hacia los empleados públicos, quienes no están comprendidos en la determinación constitucional de los titulares de ese derecho".

La decisión judicial obligó a que se tuviera que emitir el Decreto No. 33 del 27 de mayo del 2009, que reforma el artículo 47 de la Constitución Política[100], para establecer, entre otros aspectos, que los patronos y trabajadores privados, sin distinción de nacionalidad, sexo, raza, credo o ideas políticas y cualquiera que sea su actividad o la naturaleza del trabajo que realicen, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos. El mismo derecho tendrán los trabajadores de las instituciones oficiales autónomas, los funcionarios y empleados públicos y los empleados municipales. Excluye de dicho derecho a los empleados públicos comprendidos en el inciso 3 del artículo 219[101] y 236[102] de la Constitución, los miembros de la Fuerza Armada, de la Policía Nacional

---

[97] Ver sitio web de OIT:http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102835

[98] Incertidumbre en inversionistas por no aprobación de convenios de OIT. Jueves 27 de junio del 2006. http://www. Diario Co Latino.com.

[99] De las 10:45 del 16 de octubre de 2007.

[100] Publicado en el Diario Oficial No. 102, Tomo No. 383, de 4 de junio de 2009.

[101] Art. 219, inciso 3: "No estarán comprendidos en la carrera administrativa los funcionarios o empleados que desempeñen cargos políticos o de confianza, y en particular, los Ministros y Viceministros de Estado, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, los Secretarios de la Presidencia de la República, los Embajadores, los Directores Generales, los Gobernadores Departamentales y los Secretarios Particulares de dichos funcionarios".

[102] Art. 236: "El Presidente y Vicepresidente de la República, los diputados, los designados a la Presidencia, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de las Cámaras de Segunda Instancia, el Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, el Fiscal General de la República, el Procurador General de la República, el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, el Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, y los Representes Diplomáticos...".

Civil y los miembros de la Carrera Judicial y los servidores públicos que ejerzan en sus funciones poder decisorio o desempeñen cargos directivos o sean empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

En el caso de Costa Rica, la búsqueda de una participación equitativa por género dentro de las estructuras de poder de las organizaciones de empleadores y trabajadores, llevó a la aprobación de la Ley No. 8901 de 18 de noviembre de 2010, del Porcentaje mínimo de mujeres que deben integrar las Directivas de Asociaciones, Sindicatos y Asociaciones Solidaristas[103] que estableció la obligatoriedad de que los órganos directivos de estas organizaciones contaran con representación paritaria de ambos sexos. Para ello, se reformó, entre otros, el artículo 10 de la Ley de asociaciones[104] y los artículos 345, 347 y 358 del Código de Trabajo[105].

No obstante, la dificultad práctica para cumplir con este requerimiento y el hecho de que mientras no se aplicara no se renovarían las personerías jurídicas de las organizaciones, lo que las puso en riesgo de inactividad, llevó a que mediante el voto de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 2014-004630 del 2 de abril de 2014, se interpretara que "los Órganos Directivos de las Asociaciones Civiles, Asociaciones Solidaristas, Asociaciones Comunales y Sindicatos, deben estar integrados respetando la paridad de género, de forma progresiva y siempre que ello sea posible conforme a la libertad ideológica, el derecho de asociación y según la conformación fáctica y proporcional que cada uno de los géneros lo permita en la asociación en cuestión" de conformidad con lo establecido en la Ley N° 8901 de 27 de diciembre de 2010 Ley de Porcentaje Mínimo de Mujeres.

2. Negociación colectiva

Durante este período fueron dictadas importantes interpretaciones, judiciales y legislativas, acerca del derecho de negociación colectiva.

En Costa Rica, donde las negociaciones en el sector público han tenido históricamente grandes limitaciones, tuvo una decidida incidencia en su resurgimiento, la resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, No. 4453-00 del 24 de mayo del 2000[106], mediante la cual se estableció que los artículos 54 al 62 del Capítulo Tercero, Sección I sobre las disposiciones generales y de las convenciones colectivas en empresa o centro de producción determinado, del Código de Trabajo, así como los 63 a 65 de la Sección II sobre las convenciones colectivas de industria, de actividad económica o de región determinada, se debían interpretar en el sentido de que las convenciones colectivas que se celebren en el sector público: a) son inconstitucionales cuando se celebran con personal regido por una relación de empleo de naturaleza pública (relación estatutaria); b) que no son inconstitucionales cuando las celebran

[103] Publicada en La Gaceta No. 251 de 27 de diciembre de 2010.

[104] Ley No. 218 de 8 de agosto de 1939.

[105] Ley No. 2 de 27 de agosto de 1943.

[106] Publicado en el Boletín Judicial N°124 del 28/06/2000.

obreros, trabajadores, funcionarios o empleados del sector público, cuyas relaciones laborales se regulan por el Derecho común. Además, que "corresponde a la administración y a los jueces que conocen en los juicios laborales, en su caso, de la aplicación de las convenciones colectivas, determinar si los trabajadores involucrados, dada la naturaleza de las funciones que cumplen o cumplían, están regulados por el Derecho público o el común, a los efectos de definir si pueden o no ser sujetos activos en la aplicación de las convenciones colectivas".

Dentro de este contexto, mediante Decreto Ejecutivo No. 29576-MTSS de 31 de mayo del 2001, se emitió el Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el sector público[107], posteriormente reformado en 2002[108] y en 2012[109]. La normativa se crea para garantizar por una parte los derechos de los servidores públicos y por la otra, las potestades públicas, la eficiencia y la continuidad de los servicios públicos y el bloque de legalidad que priva en el actuar de la Administración Pública.

En el caso de Nicaragua, la Ley No. 442 de 14 de octubre de 2002, de Interpretación Auténtica del Art. 236 del Código del Trabajo[110], dispuso entre otros aspectos, que los elementos obligatorios de la convención colectiva que conforman su contenido, a través del contrato o relación individual de trabajo vigente, conservan su plena existencia jurídica independientemente de que haya expirado el plazo de vigencia de la convención colectiva, siempre y cuando se haya iniciado el procedimiento establecido en los artículos 371 y siguientes del Código del Trabajo.

Esta tesis del principio de incorporación inmediata de las cláusulas convencionales en los contratos individuales de trabajo, por el contrario, fue motivo de un cambio de criterio de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en Costa Rica, mediante resolución No. 2005-00716 del 24 de agosto del 2005, para quien la inalterabilidad de estos derechos puede perjudicar el fomento de la negociación colectiva en una época marcada por la globalización económica.

3. Huelga

Varios aspectos del derecho de huelga fueron regulados, especialmente mediante decisiones judiciales interpretativas de diversas normas legales: la potestad del empleador de no pagar los salarios del trabajador mientras la huelga no sea calificada de ilegal, las condiciones laborales en las que debe ser recontratado un trabajador que es objeto de despido durante el ejercicio ilegal del derecho de huelga y el requisito de calificación previa de legalidad del movimiento antes de proceder a su ejecución.

---

[107] Publicado en La Gaceta No. 115 de 15 de junio del 2001.

[108] Decreto Ejecutivo No. 37283-MTSS de 3 de agosto del 2012, publicado en La Gaceta No. 193 de 5 de octubre del 2012.

[109] Decreto Ejecutivo No. 30582-MTSS de 17 de junio del 2002, publicado en La Gaceta No. 143 de 26 de julio del

[110] Publicado en La Gaceta Diario Oficial No. 206, de 30 de octubre de 2002.

En cuanto al primero de los aspectos ya indicados, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto No. 10832-2011 de las 14:30 de 12 de agosto de 2011, declaró "conforme a la Constitución" el artículo 377 del Código de Trabajo en el sentido que los trabajadores que participaron en el movimiento huelguístico antes de la declaratoria de ilegalidad, no pueden serles rebajados sus salarios por la mera participación en la huelga; lo cual plantea un reto a la administración de justicia, cuyas declaratorias de ilegalidad no siempre han sido expeditas.

Respecto de lo segundo e interpretando el párrafo final del mismo artículo, se declaró "no inconstitucional" por la Sala ya indicada, en la resolución No. 15907-07 de 31 de octubre del 2007, "en el tanto la recontratación inmediata que realiza el patrono, no sea en condiciones inferiores a las que regían antes de declararse la huelga ilegal; restricción que se impone a la libertad de contratación, a efecto de paliar la desventaja de los trabajadores frente al patrono. De tal manera, debe considerarse que la recontratación inmediata opera como una especie de suspensión del contrato laboral, de la cual no puede sacar provecho el patrono".

Por último, en El Salvador, el Decreto No. 34 de 27 de mayo del 2009, reforma el artículo 48 de la Constitución Política[111], y reconoce que para el ejercicio de estos derechos en los servicios publicos esenciales no será necesaria la calificación previa, si ya se ha procurado la solución del conflicto que los genera mediante las etapas de solución pacífica establecidas por la ley, de modo que los efectos de la huelga o el paro se retrotraerán al momento en que éstos se inicien.

Tercera Parte. Derecho procesal

Las modificaciones significativamente más relevante en materia de derecho procesal del trabajo se han presentado en Nicaragua, donde se aprobó una reforma integral del procedimiento judicial y se creó por primera vez un Tribunal Nacional de Apelaciones que permite unificar la doctrina de los distintos tribunales departamentales hasta ese momento existentes.

Sin embargo, tampoco puede dejarse a un lado las redefiniciones implementadas en Costa Rica para deslindar la competencia de los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa y de trabajo en conflictos de seguridad social y las reformas a las reglas de prescripción para mayor protección de los derechos laborales.

1. Competencia

El artículo 402 del Código de Trabajo de Costa Rica, que establece las materias de competencia para los juzgados de trabajo en primera instancia, fue modificado por resoluciones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En concreto, la resolución No. 17900-10 del 27 de octubre de 2010

[111] Publicado en el Diario Oficial No. 102, Tomo No. 383, de 4 de junio de 2009.

anuló el artículo 402 inciso d) y la jurisprudencia de la Sala Primera de Casación de la misma Corte que, en aplicación de esa norma, remitía a la jurisdicción laboral cualquier cuestión de carácter contencioso que surja con motivo de la aplicación de la Ley de Seguro Social.

2. Organización de Tribunales

De una enorme importancia para la unificación de criterios judiciales a nivel de los tribunales departamentales de apelaciones, en Nicaragua se aprueba la Ley No. 755 de 18 de marzo de 2011, de Reforma y Adiciones a la Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial y Creadora del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones[112], que adiciona 5 artículos a la citada Ley y en particular el artículo 38 bis que dispone que la Sala Laboral del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción de Managua, se transforma en Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones con jurisdicción y competencia a nivel nacional.

3. Procurador Laboral

En Nicaragua, con la Ley No. 637 de 26 de septiembre de 2007, de Habilitación Profesional para Procuradores Laborales y de Seguridad Social[113], se reconoce y faculta a los Procuradores Laborales y de Seguridad Social, formados por las Universidades legalmente establecidas en el país (directivos sindicales legalmente inscritos en el registro correspondiente del Ministerio del Trabajo; ex dirigentes sindicales debidamente certificados por una organización sindical; estudiantes de derecho que hayan aprobado las asignaturas de derecho laboral), a asumir la representación y asesoría jurídica de los trabajadores individuales o sindicatos, cooperativas, asociaciones o agrupaciones similares de carácter gremial, en los procesos que la ley indica. Esta iniciativa luego fue complementada por medio del Acuerdo Ministerial No. JCHG-005-05-08 de 14 de mayo de 2008, relativo al Procedimiento para Habilitar a los Procuradores Laborales y de Seguridad Social[114].

4. Prescripción

En Costa Rica la Ley No. 8520 de 20 de junio del 2006[115] estableció nuevas disposiciones para la prescripción. Reformó el artículo 304 del Código de Trabajo y aumentó el plazo de prescripción a 3 años, para reclamar las prestaciones relativas a la protección de los trabajadores por riesgos acaecidos durante el ejercicio de su trabajo; siempre que haya dejado trabajar a las órdenes del mismo patrono, sin haber obtenido el pago correspondiente. También hizo lo mismo con el artículo 607 del Código de Trabajo incrementando al año el plazo para cualquier derecho laboral cuyo origen sea esta misma norma o sus leyes

[112] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 57, de 24 de marzo de 2011.

[113] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 234, de 5 de diciembre de 2007.

[114] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 104, de 3 de junio de 2008.

[115] Publicada en La Gaceta No. 132 de 10 de julio del 2006.

conexas. Para los patronos, este plazo correrá desde el acaecimiento del hecho respectivo; para los trabajadores, desde el momento en que estén en posibilidad efectiva de reclamar sus derechos o ejercitar las acciones correspondientes".

A favor del trabajador el artículo 605 del Código de Trabajo fue anulado por resolución de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la N°02339 del 19 de marzo del 2003, que limitaba a un mes contado desde el momento en que el patrono dio motivo para la separación, el plazo para el que trabajador pudiera dar por terminado el contrato con causa justa,.

5. Reforma procesal

Mediante la Ley No. 815 de 22 de noviembre de 2012, se promulga el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua[116]. Este nuevo Código, el más reciente de la región, introduce los principios de oralidad, concentración, inmediación, celeridad, gratuidad y publicidad; adopta el sistema de juicios orales en sustitución del escrito y concentra los trámites judiciales en torno a una audiencia única, donde se produce un debate oral entre las partes y se presentan las pruebas, luego de lo cual se expide la sentencia; instaura un procedimiento especial, basado en los principios de preferencia y sumariedad, para la tutela de los derechos fundamentales en el trabajo (libertad sindical y negociación colectiva, igualdad y no discriminación, abolición del trabajo forzoso y eliminación del trabajo infantil); para los conflictos jurídicos de naturaleza colectiva establece un procedimiento especial para solucionar aquellos que afecten intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación o interpretación de una norma jurídica, convenio colectivo o práctica de la empresa; y regula las formas y modalidades de ejecución de las sentencias.

[116] Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 229, de 29 de noviembre de 2012.

El Derecho del Trabajo en Chile en el período 2000-2013

Emilio MORGADO-VALENZUELA
Miembro de Número de la Academia Ibero Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Francisco TAPIA-GUERRERO
Miembro de Número de la Academia Ibero Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Prolegómeno

El análisis de la evolución del Derecho del Trabajo en Chile desde enero de 2000 hasta diciembre de 2013, permite asegurar que en ese período se continuó avanzando en la reconstrucción de lo demolido en el período de la dictadura de Pinochet (11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1990). Los avances reconstructores tuvieron lugar entre el 11 de marzo de 1990 y el 10 de marzo de 2010, en los Gobiernos de la llamada Concertación por la Democracia, a cargo de los Presidentes Patricio Aylwin Azócar (1990-1994), Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000) y Ricardo Lagos Escobar (2000-2006) y de la Presidenta Michelle Bachelet (2006-2010). Entre esa fecha y el 10 de marzo de 2014, el gobierno de centro derecha presidido por Sebastián Piñera Echenique –que desplazó al de centro izquierda– no materializó las anunciadas medidas tendientes a revisar y derogar parte de lo logrado durante los veinte años de gobierno de la Concertación por la Democracia.

Por lo expresado hemos dividido nuestra exposición en cinco partes: (i) la demolición desreguladora habida entre 1973 y 1990; (ii) los inicios de la re-regulación protectora en el período 1990-1999; (iii) los avances en la re-regulación protectora en el período 2000-2010; (iv) los cambios habidos entre 2010 y 2013, y (v) las tres reformas más importantes habidas entre los años 2000 y 2013.

Primera Parte. La demolición desreguladora (1973-1990)

La demolición desreguladora del Derecho del Trabajo en Chile, fue implantada por la dictadura instalada con el golpe militar del 11 de Septiembre de 1973, primeramente mediante la desregulación *de facto,* y luego a través de la desregulación normada, particularmente expresada en el Decreto-Ley 2.200 (1978), en los Decretos Leyes constitutivos del llamado Plan Laboral (1979), y en el Código del Trabajo (1987).

Esa demolición desreguladora tuvo objetivos económicos y políticos, principalmente dirigidos a: (i) anular el poderío alcanzado en Chile por el movimiento sindical en los decenios de los años 50, 60 y 70; (ii) poner término

a las tendencias centralizadoras de las relaciones colectivas de trabajo, fortalecidas en las décadas de los años 60 y 70, y (iii) facilitar la implantación del modelo de libre mercado ilimitado basado en los postulados doctrinarios y programáticos de Milton Friedman y Friedrich von Hayek.

Tales desregulaciones se impusieron en una dictadura en la que no había la posibilidad de oponerse a ellas (principalmente debido a hechos tales como el cierre del Congreso Nacional; la proscripción, prohibición o limitación del accionar de los partidos políticos; la persecución y debilitamiento del movimiento sindical –principalmente mediante la disolución de sus organizaciones, el reemplazo forzado de sus directivos, la carencia de libertad sindical y del idóneo ejercicio de la negociación colectiva; la violación de derechos humanos–. De otra parte, esas desregulaciones fueron principalmente acompañadas por la supresión de los tribunales del trabajo, por el establecimiento de un nuevo sistema de pensiones y por la instalación de un nuevo sistema de salud.

Las principales desregulaciones se refirieron a: (i) la existencia, contenido y terminación de la relación de trabajo, y (ii) las relaciones colectivas de trabajo.

A. Existencia, contenidos y terminación de la relación de trabajo: (i) se aumentó el número de relaciones de trabajo excluidas –directa o indirectamente– del ámbito de aplicación de la normatividad laboral; (ii) se multiplicaron las modalidades de contratación indirecta y de "triangulación" de la relación de trabajo, especialmente a través de modalidades de externalización, como la intermediación, la subcontratación, el suministro de trabajo temporal y el "outsourcing", todas ellas desarrolladas sin la existencia de normas estatales reguladoras; (iii) se derogó la regulación del trabajo a domicilio; (iv) la contratación por plazo definido dejó de ser una excepción al reducirse las condiciones exigidas para que ella tenga lugar y al aumentar las condiciones exigidas para su transformación automática en contratación de plazo indefinido; (v) se promovió la contratación de plazo fijo al ampliarse a dos años su duración máxima, que antes era de 6 meses; (vi) se dispuso que la remuneración de los aprendices será convenida libremente por las partes, por lo que puede ser de monto inferior al del ingreso mínimo legal. A la vez, se prohibió que sus remuneraciones sean reguladas mediante convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales; (vii) la nueva normatividad legal contempló tres modalidades de flexibilización: (a) la determinada mediante ley (heteronomía), (b) la determinada unilateralmente por el empleador (ius variandi), y (c) la convenida entre las partes; (viii) las normas sobre el *ius variandi* autorizaron al empleador: (a) para alterar la naturaleza de los servicios y el lugar donde éstos deben prestarse, si concurren los requisitos fijados por ley, (b) para alterar hasta en sesenta minutos la distribución convenida del tiempo de trabajo, adelantando o postergando la hora de ingreso al trabajo, (c) para ampliar la jornada de los dependientes de comercio hasta un máximo de diez (10) horas diarias en los períodos inmediatamente anteriores a Navidad, fiestas patrias u otras festividades, y (d) para determinar la oportunidad en que los trabajadores de la empresa, establecimiento o sección pueden hacer uso de su feriado anual; (ix) se derogó la normatividad anterior que exigía autorización previa ministerial para proceder a toda paralización de actividades o despido de más de 10 trabajadores dentro de un mismo mes calendario, (x) se derogó la legislación anterior sobre la terminación individual de la relación de trabajo,

restableciendo la terminación *ad nutum* e incorporando causales de carácter político, mayormente referidas a la seguridad pública. Además, se modificaron peyorativamente los procedimientos y las normas protectoras del fuero sindical a la vez que se establecieron nuevas condiciones y tope máximo para el pago de los gastos de traslado una vez terminado el contrato, y lo concerniente al régimen de indemnizaciones y sanciones, disminuyendo el costo del despido.

B. Las relaciones colectivas de trabajo: (i) se disolvió y canceló la personalidad jurídica de sindicatos y organizaciones sindicales de cúpula como la Central Única de Trabajadores (CUT); (ii) el Ministerio del Trabajo y los Gobernadores militares designaron a los reemplazantes de los dirigentes sindicales cesados en sus funciones; (iii). se limitó severamente el ejercicio de los derechos de reunión, de petición y de libre administración de los sindicatos, incluido su financiamiento. Así, por ejemplo, las reuniones sindicales sólo podían tener finalidades "informativas" y su convocatoria debía ser comunicada previamente a la policía. Esas y otras restricciones, junto con el "clima político" y la creciente disminución de los niveles de empleo, debilitaron la estructura y funcionamiento de las organizaciones sindicales, afectando seriamente su capacidad de interlocución con la empresa y con las entidades públicas correspondientes. Ello significó una importante reducción de sus actividades de representación y defensa de los intereses de los trabajadores; (iv) se favoreció un mayor protagonismo de las relaciones de trabajo de carácter individual; (v) en el Decreto Ley sobre organizaciones sindicales, de 1979, se privilegió la libertad negativa de asociación sindical, esto es, el derecho a no pertenecer a un sindicato, quedando en segundo plano el derecho a sindicarse (libertad positiva). Además, se proscribió la afiliación múltiple a sindicatos, federaciones y confederaciones, a la vez que se prohibió la existencia de centrales sindicales nacionales intersectoriales e interprofesionales. De otra parte, se estableció una estructura organizativa diferente a la existente hasta entonces, regulando en detalle lo atinente a la constitución, funcionamiento y extinción de los sindicatos, federaciones y confederaciones. En forma detallada se reguló lo referido a los estatutos; la elección, composición y censura de los directorios; los fines, actividades, patrimonio y financiamiento; las asambleas, y la fiscalización, sanciones y disolución de las organizaciones sindicales; (vi) se establecieron limitaciones a la actividad sindical, que afectaron la eficiencia de las correspondientes organizaciones. Entre ellas destacaban: (a) las que privilegiaron la existencia de sindicatos de empresa, los que sólo podían constituirse después de un año de iniciación de actividades de la empresa, (b) las que dificultaron el descuento de cuotas sindicales en las planillas de pago de las remuneraciones (check off system), (c) las que dispusieron que la aprobación de la censura a un miembro del directorio afecta a todos sus miembros, y (d) las que establecieron obstáculos para la constitución y afiliación a federaciones y confederaciones, a las que se prohibió participar en la negociación y en la suscripción de contratos y convenios colectivos y sentencias arbitrales; (vii) se desarrollaron estrategias para cooptar dirigentes y militantes sindicales en favor del Gobierno militar y de sus políticas. Entre otras medidas se recuerda la adopción de un "estatuto social de la empresa" (posteriormente no recogido en el Código del Trabajo que recopiló la legislación de fines de los 70) y la creación y funcionamiento de una central sindical progobiernista; (viii) desde septiembre de 1973 se suspendió la vigencia de las normas sobre

negociación colectiva, conflictos colectivos y huelgas, y se procedió a prorrogar la vigencia de los convenios colectivos, actas de avenimiento y fallos arbitrales existentes al 11 de septiembre. Además, en 1974 se derogaron las normas sobre comisiones tripartitas y se disolvieron las existentes, a la vez que se adoptaron nuevas normas sobre la materia; (ix) la normatividad de 1979 derogó la existente sobre negociación colectiva y estableció un sistema, de carácter general, que radicó la negociación en el ámbito de la empresa y prohibió desarrollarla en otros niveles. Junto con disponer que la negociación colectiva sólo puede tener lugar luego de transcurrido un año desde el correspondiente inicio de actividades, estableció exclusiones basadas en la naturaleza de la función desempeñada y en la naturaleza de la entidad empleadora; (x) en cuanto a los sujetos negociadores, las materias negociables, los procedimientos, la cobertura de sus resultados y los procedimientos de solución de conflictos, la nueva normatividad presentaba las siguientes características principales: (a) la existencia de uno o más sindicatos en la empresa no impide que grupos de trabajadores ejerzan el derecho de coalición y negocien colectivamente. Por lo tanto, los sindicatos no tienen representación exclusiva, excluyente o preferente de los trabajadores a los fines de la negociación colectiva, (b) se prohibió a las federaciones y confederaciones negociar colectivamente, aunque agrupen a trabajadores de una misma empresa, (c) se privilegió la negociación individual, prohibiendo toda acción que la afecte en forma directa o indirecta, (d) se estableció una lista de materias respecto de las que se prohibió negociar. Entre ellas destacaban: las ajenas a la empresa; las que limitaban las facultades del empleador para organizar, dirigir y administrar la empresa; las que pudieran significar restricción al uso de la mano de obra o a insumos, como las limitaciones a la contratación de trabajadores no sindicados o de aprendices, el tamaño de la cuadrilla, el ritmo de producción, el uso de maquinaria o el sistema de promociones; las que obligaban al empleador a pagar el tiempo no trabajado por huelga; las que importaban un financiamiento directo o indirecto de las organizaciones sindicales o de trabajadores; la creación de fondos u otras entidades, sin personalidad jurídica, para financiar beneficios con cargo al empleador, (e) se estableció un detallado y reglamentarista proceso de negociación colectiva reglada, que constituía el único camino para que rijan las normas de protección de los trabajadores que ejercen el derecho de negociación, (f) se limitó el ámbito de aplicación personal del contrato colectivo, del convenio colectivo y del fallo arbitral, sólo a quienes han sido parte de la negociación. Como ámbito temporal, fijó en dos años el plazo mínimo de vigencia de los correspondientes instrumentos colectivos, limitando así su ultraactividad y, de otra parte, se derogó la norma inicial del llamado "piso" de la negociación colectiva, esto es, en cada negociación colectiva no existen derechos adquiridos derivados de las anteriores negociaciones colectivas, y (g) se privilegió la solución de conflictos mediante el arbitraje obligatorio o voluntario, se suprimió la conciliación a cargo de organismos tripartitos o administrativos y se dio poco énfasis a la mediación, cuyo costo –al igual que el del arbitraje– debía ser financiado por las partes, por mitades. En el caso del arbitraje obligatorio se adoptó uno de los procedimientos arbitrales utilizados en EE.UU, conocido como "final offer selection", en el que el árbitro está obligado a fallar en favor de una de las dos proposiciones formuladas por las partes, vigentes al someterse

el caso a arbitraje y aceptada en su integridad. En consecuencia, no puede fallar por una alternativa distinta ni aceptar proposiciones formuladas por una u otra parte; (xi) en Septiembre de 1973, mediante el Bando 36 y el Decreto-Ley 43, se suspendió el ejercicio del derecho de huelga; (xii) en la normatividad de junio de 1979 estableció una nueva regulación de la huelga, que desestimulaba el ejercicio de ese derecho, a la vez que lo sujetaba a numerosas condiciones de forma y fondo. Entre esos condicionamientos destacan: (a) sólo puede tener lugar en la negociación colectiva reglada, si las partes no han llegado a un acuerdo, (b) sólo procede si la negociación colectiva no está sujeta al procedimiento de arbitraje obligatorio y las partes no han convenido recurrir al arbitraje voluntario, y (c) la huelga debe ser declarada en una votación especial que cumpla con los estrictos y detallados requisitos establecidos en la legislación; (xii) la huelga se entendía rechazada si no concurrían todos los requisitos establecidos para acordarla, o si declarada no se hacía efectiva dentro del plazo legal o si la mitad más uno de los trabajadores involucrados continuaba trabajando. En todos estos casos se entendía que los trabajadores aceptaban la última oferta del empleador; (xiii) durante la huelga, el 10% de los trabajadores involucrados o la Comisión Negociadora, podían convocar a otra votación para aceptar la última oferta del empleador o someter el asunto a arbitraje; (xiv) la Comisión Negociadora podía ser censurada por la mayoría absoluta de los trabajadores involucrados, a iniciativa del 20% de ellos; (xv) durante la huelga la empresa podía seguir funcionando y el empleador estaba facultado para contratar libremente trabajadores para reemplazar a los huelguistas; (xvi) si la huelga afectaba a una empresa, establecimiento o predio cuya paralización provocara un daño actual e irreparable en sus bienes materiales, el sindicato o grupo de trabajadores quedaban obligados a proporcionar el personal indispensable para realizar las operaciones cuya paralización pudiera causar tal daño; (xvii) transcurridos 30 días de huelga, cualquier trabajador podía reintegrarse a su trabajo y negociar individualmente los términos de su reincorporación; (xviii) se entendía que renunciaban voluntariamente a su empleo los trabajadores que se mantenían en huelga por más de 60 días; (xix) acordada y hecha efectiva la huelga, el empleador podía declarar el lockout total o parcial de la empresa, por un plazo máximo de 30 días, si la huelga comprendía a más del 50% de los trabajadores de la empresa o si con ella se paralizaban actividades imprescindibles para su funcionamiento; (xx) el Presidente de la República podía decretar la reanudación de faenas si la huelga –por su duración, características u oportunidad, causaba grave daño a la salud, al abastecimiento de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional; (xxi) se eliminaron todas las modalidades de participación macro y micro sociales de los trabajadores y de sus organizaciones en la adopción de decisiones en materias de trabajo y seguridad social, incluidas las antiguas formas participativas existentes, por ejemplo, en los Consejos de las Cajas de Previsión Social, la Corporación de Fomento de la Producción y las instancias consultivas y directivas contempladas en los Acuerdos CUT-Gobierno, convenidos en 1970 y 1971.

Segunda Parte. El inicio de la re-regulación protectora (1990-1999)

El inicio de la re-regulación protectora tuvo lugar durante los gobiernos de

Patricio Aylwin Azócar (1990-1994 y Eduardo Frei Ruiz-Tagle (1994-2000). Al concepto de desarrollo se agregó el de equidad, y las políticas públicas de trabajo condujeron a una paulatina re-regulación de importantes aspectos del derecho del trabajo, recurriendo tanto al diálogo y acuerdos políticos como al diálogo y acuerdos sociales. La falta de las mayorías necesarias en el Congreso y las circunstancias políticas de la transición, no permitieron materializar todos los cambios propuestos, pero con lo avanzado se logró invertir la tendencia desreguladora e impulsar la implantación de nuevas modalidades protectoras, que contribuyeron a afianzar la democracia recuperada y a establecer niveles de paz social fundamentados en mayores espacios de justicia social. Todo ello no obstante los impactos de las severas crisis económicas externas y de los cambios tecnológicos habidos en ese período.

Las re-regulaciones protectoras iniciales tuvieron lugar entre 1990 y 1994. En los años siguientes dicha normativa fue adicionada con nuevas re-regulaciones específicas, que profundizaron las ocurridas en el cuadrienio anterior.

A. Re-regulaciones protectoras iniciales (1990-1994)

Éstas se refirieron a la terminación de la relación de trabajo, centrales sindicales, las organizaciones sindicales y la negociación colectiva, las condiciones de trabajo, y a materias de previsión social

1. Terminación de la relación de trabajo (Ley 19.010, de 1990): (i) se restableció la terminación fundamentada en causa legal, derogándose la terminación *ad nutum*; en lo que concierne a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, la reforma más importante en esta materia fue la derogación de las normas que permitían el despido *"ad nutum"*. No obstante, tal causal subsiste sólo respecto de quienes trabajan en casa particular (a quienes se protege con una indemnización cualquiera sea la causa de la terminación de la relación de trabajo), y de los que tienen poder para representar al empleador, como los gerentes, subgerentes y apoderados, siempre que estén dotados de facultades generales de administración. De otra parte, se derogaron las causales de terminación fundadas en motivaciones políticas y policiales, como las vinculadas a la ley de Seguridad Interior del Estado; (ii) se aumentó en 20% las indemnizaciones cuando judicialmente se declara que la terminación ha sido injustificada, indebida o improcedente o cuando ella no se ha fundamentado en alguna causal legal, a la vez que se amplió el plazo para que el trabajador reclame contra el despido; (iii) se reguló la causal basada en "necesidades de la empresa", derivadas de la racionalización o modernización, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía y la falta de adecuación laboral o técnica del trabajador. En tal caso se debe pagar una indemnización de un mes por año de servicio, con un máximo de 11 años. Igual indemnización se estableció respecto de los trabajadores contratados después del 14 de agosto de 1981 (los contratados con anterioridad a esa fecha mantienen su derecho a una indemnización de un mes por año de servicio, sin limitaciones); (iv) para los efectos del cálculo de las indemnizaciones, se

amplió el concepto de "última remuneración mensual"; (iv) se estableció una indemnización "a todo evento" para los trabajadores de casa particular, cualquiera sea la causa de la terminación, y se estableció la facultad de pactar dicha modalidad, una vez cumplidos siete años de servicios, hasta el término del décimo primer mes año de servicios, y (v) se fortaleció el fuero laboral (protección especial a ciertos trabajadores, que condiciona la terminación o el cambio unilateral de las condiciones establecidas en el contrato, a la existencia de una causal legal previamente declarada por juez competente).

2. *Centrales sindicales* (Ley 19.049, de 1991): (i) se estableció el derecho de constituir centrales sindicales y de afiliarse a ellas; (ii) se reguló la representatividad de las centrales; (iii) se protegió la libertad sindical de las centrales y de las organizaciones afiliadas, especialmente en lo atinente al fuero y los permisos (los directores de las centrales pueden excusarse de prestar servicios al empleador –durante su mandato y hasta un mes después de expirado el mismo– o bien tienen hasta 24 horas semanales de permiso –acumulables en el mes calendario– para desempeñar sus funciones. En uno y otro caso, el tiempo utilizado se entenderá como efectivamente trabajado, y (iii) se expresó que el financiamiento provendrá de las organizaciones sindicales afiliadas, y se reguló el descuento por planillas de las cuotas.

3. Organizaciones sindicales y la negociación colectiva (Ley 19.069, de 1991): (i) se ampliaron los objetivos y actividades de las organizaciones sindicales, por ejemplo, en la constitución de organismos previsionales de pensiones o salud, y la formulación de observaciones a los comités paritarios de higiene y seguridad en el trabajo; (ii) se redujo el número de trabajadores requeridos para constituir sindicatos en empresas que emplean 25 a 50 trabajadores; (iii) se permitió constituir sindicatos de trabajadores eventuales o transitorios, en todos los sectores de actividad privada, incluyendo la agricultura; (iv) se redujeron los requisitos para ser elegido director sindical, se aumentan los permisos sindicales en proporción al tamaño de las empresas, a la vez que se autoriza negociar ampliaciones y que los empleadores financien las remuneraciones y correspondientes cotizaciones previsionales; (v) se concedió fuero laboral a uno de los miembros trabajadores de cada Comité Paritario de Higiene y Seguridad; (vi) se fortalecieron las sanciones aplicables en caso de prácticas desleales o antisindicales (incluyendo modificaciones de procedimiento y aumento del monto de las multas); (vii) se facilitó la recaudación de las cuotas sindicales y la recepción de aportes de personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras; (viii) se estableció la posibilidad de que las partes convinieran negociar sin sujeción a la normatividad establecida en el Código del Trabajo, surgiendo así un subsistema "no reglado" paralelo al reglado establecido en el Código; (ix) se amplió el contenido temático de la negociación colectiva, derogándose las normas que excluían numerosas e importantes materias del campo negocial. Sólo se mantuvieron dos exclusiones: las materias ajenas a la empresa y aquellas que restrinjan o limiten la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa; (x) se estableció la posibilidad de negociar en niveles distintos al de la empresa, incluso mediante la negociación no reglada, si las partes así lo acuerdan; (xi) se privilegió la contratación colectiva como fuente normativa, al disponerse que las remuneraciones, beneficios y

derechos establecidos en un contrato o convenio colectivo o en una sentencia arbitral, no pueden ser disminuidas por estipulaciones contenidas en contratos individuales de trabajo; (xii) se ordenó que si el empleador extiende el ámbito personal de aplicación de los beneficios establecidos en un contrato o convenio colectivo o en un laudo, a trabajadores que no son parte de él pero desempeñan funciones iguales o similares a las de los trabajadores que son parte del instrumento, debe descontar de sus salarios el 75% del monto de la cuota sindical ordinaria mensual y remitirla al sindicato que negoció esos beneficios; xiii) se dispuso que los trabajadores ingresados a la empresa después de haberse acordado un contrato colectivo, pueden presentar un proyecto de contrato colectivo si concurren los requisitos legales (que hayan transcurrido seis meses desde la firma del contrato colectivo, que el empleador no les haya extendido la aplicación de los beneficios del contrato colectivo, y que reúnan los quórum establecidos en la ley). El nuevo contrato resultante estará vigente hasta la fecha en que cese la vigencia del firmado antes de su ingreso a la empresa; (xiv) se derogó la norma que fijaba en 60 días el plazo de duración de la huelga legal, a la vez que establecía que al término de los cuales se entendía que terminaba la relación de trabajo por renuncia voluntaria del trabajador; (xv) se suprimió el derecho del empleador para contratar libremente a trabajadores reemplazantes, regulándose las condiciones en las que podrían producirse tales reemplazos. La principal de ellas vinculó tal facultad a la condición de que la última oferta del empleador –efectuada antes de la declaración de la huelga– haya contenido idénticas estipulaciones que el contrato colectivo vigente, actualizadas de acuerdo a la variación del índice de precios al consumidor (IPC) habida en el período comprendido entre la fecha del último reajuste y la fecha de término de la vigencia del respectivo contrato, más una reajustabilidad mínima anual del 100 % de la variación del IPC por la duración del contrato, excluidos los últimos doce meses[1], y (xvi) se modificó la legislación anterior sobre el retorno individual de los trabajadores en huelga, fijando condiciones que limitan la oportunidad en que esos "descuelgues" pueden tener lugar.

4. Condiciones de trabajo (Ley 19.250, de 1993): (i) se limitó el ámbito personal de aplicación del tiempo de trabajo semanal superior a las 48 horas, precisando los casos en que éste procede; (ii) se recuperó el derecho de descanso dominical de los trabajadores de comercio y servicios, garantizando el derecho a, por lo menos, un día domingo de descanso al mes; (iii) se estableció el derecho a un descanso mínimo ininterrumpido de 8 horas dentro de cada 24 horas del personal que trabaja a bordo de buses interurbanos, camiones y ferrocarriles. Para los choferes de camiones se estableció un descanso mínimo de 2 horas luego de 5 horas de manejo; (iv) se estableció que los turnos de los choferes de la locomoción colectiva urbana no deben exceder de 8 horas, con un descanso mínimo de 10 horas entre turno y turno, sin que se pueda conducir más de 4 horas continuadas; (v) se estableció un descanso mínimo de 10 horas para los trabajadores que laboran en naves pesqueras, que deben cumplirse a bordo cuando no sea posible hacerlo en tierra. Si la navegación

[1] Al respecto cabe evocar que en la legislación se establecía el derecho del empleador para contratar los trabajadores que considere necesarios durante la huelga, por cuanto se estimaba que la huelga no altera el derecho que tiene el empleador de organizar, dirigir y administrar la empresa, realizando cualquier función o actividad propia de ella.

se extiende a 15 o más días, el descanso diario será de 8 horas continuas, o 10 horas distribuidas en dos períodos; (vi) se estableció una remuneración mínima para los trabajadores mayores de 65 años; (vii) se derogaron normas discriminatorias en la determinación del derecho al pago del séptimo día (descanso semanal) y a la forma de calcular dicho pago; (viii) se perfeccionó la normatividad referente a la deducción de pérdidas de arrastre al calcular las gratificaciones; (ix) se amplió la responsabilidad subsidiara de los dueños de obras, empresas o faenas, respecto de las obligaciones laborales de los contratistas y subcontratistas, todos los cuales podrán ser notificados conjuntamente; (x) se autorizó el descuento por planilla de descuentos para vivienda, a solicitud del trabajador (hasta el 30 % de su remuneración); (xi) se establecieron normas más equitativas y favorables al trabajador, para el pago de los créditos laborales en caso de quiebra o insolvencia del empleador; (xii) para asegurar el uso del derecho a vacaciones, se prohibió acumular más de dos períodos vacacionales. A la vez se modificó el cómputo de los días de vacaciones de forma que éstos se elevan de 17 a 21 días respecto de los trabajadores que distribuyen en 7 días su tiempo de trabajo semanal; (xiii) para la aplicación de las normas sobre feriado progresivo, en el cómputo de los 10 años de trabajo exigidos, también se consideran los trabajados con cualquier otro empleador; (xiv) se establecieron nuevos permisos laborales, tales como el nacimiento o muerte del hijo o cónyuge, o la enfermedad grave de un hijo menor de un año; (xv) se redujo a 5 días el plazo para que el empleador haga constar por escrito el contrato de trabajo por obra o tarea o por un plazo menor de 30 días; (xvi) se estableció que el trabajo a domicilio –sin vigilancia ni dirección inmediata– da origen a un contrato de trabajo; (xvii) se mejoró la condición laboral de los trabajadores de casa particular; (xviii) se reguló detalladamente la contratación y condiciones de trabajo de los trabajadores agrícolas de temporada; (xix) se establecieron nuevas normas sobre remuneraciones, tiempo de trabajo, horas extras y descansos complementarios de los trabajadores embarcados (gente de mar); (xx) se establecieron nuevas normas sobre capacitación y seguridad ocupacional de los trabajadores portuarios, a la vez que se regularon los convenios de provisión de puestos, respecto de los trabajadores eventuales; (xxi) se establecieron normas para evitar la discriminación de la mujer trabajadora; (xxii) se establecieron nuevas normas reguladoras del trabajo de los menores de 18 años; (xxiii) se establecieron sanciones a empleadores que dolosamente simulen la contratación de trabajadores a través de terceros, o que utilizando otros subterfugios eluden obligaciones laborales. La reincidencia es agravante. El empleador queda obligado al pago de todas las correspondientes prestaciones laborales; (xxiv) el monto de las multas crece en proporción al número de trabajadores afectados por la infracción laboral del empleador, a la vez que dicho monto puede ser rebajado si el empleador corrige la infracción cometida dentro del plazo de 15 días de notificada la multa. De otra parte, se modificó el procedimiento para abreviar los plazos; (xv) se establecieron nuevas normas para facilitar el acceso de los trabajadores a la justicia laboral, entre otras, notificaciones gratuitas para los trabajadores de bajos ingresos y se estableció un procedimiento abreviado especial para causas de cuantía menor a 5 ingresos mínimos mensuales.

B. Re-regulaciones protectoras adicionales (1994-1999)

Entre las numerosas leyes que ampliaron los avances logrados hasta marzo de 1994, se debe recordar las siguientes:

Ley 19.296, reconociendo a los trabajadores de la administración del Estado y de las Municipalidades el derecho de constituir las asociaciones de funcionarios que estimen convenientes. Se permite la existencia de asociaciones en distintos niveles y establece su derecho a constituir federaciones, confederaciones y centrales nacionales e internacionales.

Ley 19.345, extendiendo la aplicación de la ley n° 16.744, sobre el seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, a trabajadores del sector público que señala (los trabajadores de la Administración Civil del Estado, centralizada y descentralizada, de las Instituciones de Educación Superior del Estado y de las Municipalidades, incluido el personal traspasado a la administración municipal; los funcionarios de la Contraloría General de la República, del Poder Judicial, y del Congreso Nacional, a quienes no se les aplique en la actualidad la ley N° 16.744).

Ley 19.394, sobre el derecho a reclamo por rechazo de licencias o reposos médicos regidos por la Ley N° 16.744, sobre seguro social contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Ley 19.408, extendiendo la obligación de construir, habilitar y mantener sala cuna en los centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos, veinte o más trabajadoras. El mayor gasto que signifique la sala cuna se entenderá común y deberán concurrir a él todos los establecimientos en la misma proporción de los demás gastos de ese carácter".

Decreto con Fuerza de Ley N° 192, incorporando al ámbito de aplicación de la Ley 16.744, sobre el Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales contemplado en la Ley N° 16.744 a los socios de sociedades de personas, socios de sociedades en comandita por acciones, empresarios individuales y directores de sociedades en general, que se desempeñen como trabajadores independientes en la respectiva sociedad o empresa, y que en tal calidad sean cotizantes ya sea del Antiguo Sistema Previsional o del Nuevo Sistema de Pensiones del D.L. N° 3.500, de 1980.

Ley 19.481, ampliando las atribuciones de la Dirección del Trabajo principalmente en lo concerniente a: (i) la fiscalización del cumplimiento de normas de higiene y seguridad en el trabajo; (ii) la obligación de los funcionarios públicos de informar a la Inspección del Trabajo respectiva, las infracciones a la legislación laboral de que tomen conocimiento en el ejercicio de su cargo, y (iii) la duplicación de las multas en caso de reincidencia o no cumplimiento calificado.

Ley 19.482, sobre los acuerdos bilaterales para la acumulación del descanso dominical.

Ley 19.505, concediendo permiso especial cuando la salud de un menor

de 18 años requiera la atención personal de sus padres con motivo de un accidente grave o de una enfermedad terminal en su fase final o enfermedad grave, aguda y con probable riesgo de muerte. La madre trabajadora tendrá derecho a un permiso para ausentarse de su trabajo por el número de horas equivalentes a diez jornadas ordinarias de trabajo al año, distribuidas a elección de ella en jornadas completas, parciales o combinación de ambas, las que se considerarán como trabajadas para todos los efectos legales. Las circunstancias del accidente o enfermedad deberán ser acreditadas mediante certificado otorgado por el médico que tenga a su cargo la atención del menor. Si ambos padres son trabajadores dependientes, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del referido permiso. El tiempo no trabajado deberá ser restituido por el trabajador mediante imputación a su próximo feriado anual o laborando horas extraordinarias o a través de cualquier forma que convengan libremente las partes. En el evento de no ser posible aplicar dichos mecanismos, se podrá descontar el tiempo equivalente al permiso obtenido de las remuneraciones mensuales del trabajador, en forma de un día por mes, lo que podrá fraccionarse según sea el sistema de pago, o en forma íntegra si el trabajador cesare en su trabajo por cualquier causa.

Ley 19.591, estableciendo que ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez.

Ley 19.611, estableciendo la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, mediante la reforma del artículo 19 de la Constitución.

Ley 19.631 (conocida como Ley Bustos), estableciendo que proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales legalmente aceptadas, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo. Con todo, el empleador podrá convalidar el despido mediante el pago de las imposiciones morosas del trabajador lo que comunicará a éste mediante carta certificada acompañada de la documentación emitida por las instituciones previsionales correspondientes, en que conste la recepción de dicho pago. Sin perjuicio de lo anterior, el empleador deberá pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador. La Inspección del Trabajo, de oficio o a petición de parte, estará especialmente facultada para exigir al empleador la acreditación del pago de cotizaciones previsionales al momento del despido, en los casos a que se refieren los incisos precedentes. Asimismo, estará facultada para exigir el pago de las cotizaciones devengadas durante el lapso a que se refiere el inciso séptimo. Las infracciones a este inciso se sancionarán con multa de 2 a 20 UTM (USD. 144 a USD 1.440, aproximadamente).

Ley 19.644, creando un fondo para la modernización de las relaciones laborales y desarrollo sindical.

Ley 19.648, concediendo, por única vez, la calidad de titulares de la dotación docente dependiente de un mismo Municipio o Corporación Educacional Municipal, a los profesionales de la educación parvularia, básica o media que, a la fecha de esta ley, se encontraren incorporados a ella en calidad de contratados y que se hayan desempeñado como tales en la misma durante, a lo menos, tres años continuos o cuatro años discontinuos, por un mínimo de veinte horas cronológicas de trabajo semanal.

Tercera Parte: Los avances en la re-regulación protectora en el período 2000-2010

Ley 19.666: disponiendo que: (i) el dueño de la obra, empresa o faena, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informado por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas; (ii) en el caso que el contratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, así como cuando el dueño de la obra, empresa o faena fuere demandado subsidiariamente, éste podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél, el monto de que es responsable subsidiariamente. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas; (iii) en todo caso, el dueño de la obra, empresa o faena, o el contratista en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora; (iv) la Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento del dueño de la obra, empresa o faena, las infracciones a la legislación laboral o previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas, (v) el trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá también demandar subsidiariamente a todos aquellos que puedan responder en tal calidad de sus derechos.

Ley 19.670: extendiendo la protección del "fuero" maternal a la mujer u hombre que adopta una hija o hijo, de conformidad con la Ley de Adopción.

Ley 19.684, modificando el artículo 13 del Código del Trabajo al disponer que los menores de dieciséis años y mayores de quince pueden contratar sus servicios si cuentan con las autorizaciones establecidas en esa norma y acreditan haber culminado –o estar cursando– la Educación Media o la Básica, siempre que el trabajo no dificulte su asistencia regular a clases y su participación en programas educativos o de formación.

Ley 19.707, prorrogando la vigencia del subsidio a la contratación de mano de obra en las zonas extremas del país.

Ley 19.728, estableciendo un seguro obligatorio de cesantía administrado

por una sociedad anónima denominada Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía. El seguro se financia con aportes del trabajador y del empleador. Están sujetos al seguro los trabajadores dependientes que inicien o reinicien actividades laborales con posterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, la que no regirá respecto de los trabajadores de casa particular, los sujetos a contrato de aprendizaje, los menores de 18 años de edad hasta que los cumplan y los pensionados, salvo que, en el caso de estos últimos, la pensión se hubiere otorgado por invalidez parcial. La incorporación de un trabajador al Seguro no autorizará al empleador a pactar, ya sea por la vía individual o colectiva, una reducción del monto de las indemnizaciones por años de servicios contempladas en el Código del Trabajo.

Ley 19.739, modificando el Código del Trabajo a fin de evitar la discriminación por edad o estado civil en la postulación a empleos.

Ley 19.749, facilitando la creación de microempresas familiares, entendiendo por tales a aquellas que: (i) ejerzan su actividad económica en la casa habitación familiar; (ii) empleen a no más de 5 trabajadores extraños a la familia, y (iii) sus activos productivos –sin considerar el inmueble en que funcionan- no exceda 1.000 Unidades de Fomento (aproximadamente USD. 42.000).

Ley 19.759, modificando numerosas normas del Código del Trabajo, principalmente en lo referido a nuevas modalidades de contratación, derecho de sindicación, derechos fundamentales del trabajador y otras materias tales como: (i) la discriminación; (ii) polifuncionalidad; (iii) duración y distribución del tiempo de trabajo; (iii) limitación de las horas extraordinarias; (iv) gratificaciones; (v) intermediación en los trabajos agrícolas; (vi) salas cuna; (vii) causales de terminación de la relación de trabajo; (viii) indemnizaciones por terminación de la relación de trabajo; (ix) negociación colectiva; (x) huelga; (xi) incremento del monto de multas y de las funciones y atribuciones de la Dirección del Trabajo; (xii) sistema de reemplazo de multas por capacitación tratándose de empresas que emplean 9 o menos trabajadores, (xii) sanciones al empleador que: (a) simule la contratación de trabajadores a través de terceros; (b) utilice cualquier subterfugio, ocultando, disfrazando o alterando su individualización o patrimonio y que tenga como resultado eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que establece la ley o la convención. Quedan comprendidos dentro del concepto de subterfugio, cualquier alteración realizada a través del establecimiento de razones sociales distintas, la creación de identidades legales, la división de la empresa, u otras que signifiquen para los trabajadores disminución o pérdida de derechos laborales individuales o colectivos, en especial entre los primeros las gratificaciones o las indemnizaciones por años de servicios y entre los segundos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente. El empleador quedará obligado al pago de todas las prestaciones laborales que correspondieren a los trabajadores quienes podrán demandarlas, en juicio ordinario del trabajo, junto con la acción judicial que interpongan para hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso segundo. El plazo de prescripción que extinga las acciones y derechos a que se refieren los incisos precedentes, será de cinco años contados desde que las obligaciones se hicieron exigibles.

Ley 16.765, modificando el Estatuto de Capacitación y Empleo (Ley 19.518) en lo concerniente a: (i) los módulos de formación en competencias laborales acreditables para la formación de técnicos de nivel superior, conducentes a título técnico que sean impartidos por los Centros de Formación Técnica autorizados por el Ministerio de Educación, así como también, aquellas actividades destinadas a realizar cursos de los niveles básicos y medios, para trabajadores, en la forma y condiciones que se establezcan en el reglamento; (ii) la actualización de conocimientos básicos para trabajadores que, habiendo terminado la educación formal básica o media, hayan perdido la capacidad de lecto escritura y aritmética, y (iii) las actividades destinadas a desarrollar las aptitudes, habilidades o grados de conocimientos de los dirigentes sindicales, cuando éstas sean acordadas en el marco de una negociación colectiva o en otro momento, y tengan por finalidad habilitarlos para cumplir adecuadamente con su rol sindical.

Ley 19.812, modificando la Ley 19.628, sobre la protección de la vida privada del trabajador, mediante la siguiente reforma al artículo 2 del Código del Trabajo: "Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores a la ausencia de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno. Exceptúanse solamente 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; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza".

Ley 19.824, incorporando a la obligación de tener sala cuna, a los centros o complejos industriales o de servicios administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, cuyos establecimientos ocupen entre todos 20 o más trabajadoras. En consecuencia, dichos centros o complejos se suman a la obligación originalmente impuesta a los de carácter comercial mediante la ley 19.591, de 1998".

Ley 19.828, creando el Servicio Nacional del Adulto Mayor, encargado de velar por la plena integración del adulto mayor a la sociedad, su protección ante el abandono e indigencia, y el ejercicio de los derechos que la Constitución de la República y las leyes le reconocen. Para todos los efectos legales, se llama adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años. Adicionalmente en la Ley se crea el Fondo Nacional del Adulto Mayor –de carácter concursable– para el financiamiento de iniciativas de apoyo directo al adulto mayor.

Ley 19.844, modificando el Código del Trabajo en que concierne a las siguientes formalidades del finiquito del contrato de trabajo: (i) los ministros de fe, previo a la ratificación del finiquito por parte del trabajador, deberán requerir al empleador que les acredite, mediante certificados de los organismos competentes o con las copias de las respectivas planillas de pago, que se ha dado cumplimiento íntegro al pago de todas las cotizaciones para fondos de pensiones, de salud y de seguro de desempleo si correspondiera, hasta el

último día del mes anterior al del despido. Con todo, deberán dejar constancia de que el finiquito no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo si el empleador no hubiera efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales, y (ii) los mencionados organismos, a requerimiento del empleador o de quien lo represente, deberán emitir un documento denominado "Certificado de Cotizaciones Previsionales Pagadas", que deberá contener las cotizaciones que hubieran sido pagadas por el respectivo empleador durante la relación laboral con el trabajador afectado. No obstante, en el caso de las cotizaciones de salud, si la relación laboral se hubiera extendido por más de un año el certificado se limitará a los doce meses anteriores al del despido. Si los certificados emitidos por los organismos previsionales no consideraran el mes inmediatamente anterior al del despido, estas cotizaciones podrán acreditarse con las copias de las respectivas planillas de pago.

Ley 19.889, estableciendo detalladamente las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores del arte y el entretenimiento.

Ley 19.920, permitiendo a las partes pactar que la jornada de trabajo correspondiente a un día hábil entre dos días feriados, o entre un día feriado y un día sábado o domingo, según el caso, sea de descanso, con goce de remuneraciones, acordando la compensación de las horas no trabajadas mediante la prestación de servicios con anterioridad o posterioridad a dicha fecha. No serán horas extraordinarias las trabajadas en compensación del descanso pactado. Dicho pacto deberá constar por escrito. Tratándose de empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical, en ningún caso podrá acordarse que la compensación se realice en día domingo. Similar facultad se establece al reformar el artículo 104 del Estatuto Administrativo y el artículo 108 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales.

Ley 19.945, extendiendo al ámbito personal de aplicación del Código del Trabajo a los trabajadores que presten servicios en los oficios de Notarías, Archiveros o Conservadores.

Decreto con Fuerza de Ley 24, aumentando las funciones del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Ley 19.988, modificando el Código del Trabajo, en materia de: (i) remuneraciones por jornada extraordinaria, y (ii) depósito de los saldos de remuneraciones no pagadas a trabajadores agrícolas de temporada.

Ley 20.001, regulando el peso máximo de carga humana, el que no debe exceder de 50 kilogramos o de 20 kilogramos tratándose de menores de 18 años y mujeres. no podrán llevar, transportar, cargar, arrastrar o empujar manualmente, y sin ayuda mecánica, cargas superiores a los 20 kilogramos. Se prohíbe las operaciones de carga y descarga manual para la mujer embarazada.

Ley 20.005, tipificando y sancionando el acoso sexual, entendiendo por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. En la Ley se establecen normas específicamente dirigidas a la investigación y sanción

del acoso sexual, entre ellas: (i) la persona afectada deberá hacer llegar su reclamo por escrito a la dirección de la empresa, establecimiento o servicio o a la respectiva Inspección del Trabajo; (ii) recibida la denuncia, el empleador deberá adoptar las medidas de resguardo necesarias respecto de los involucrados, tales como la separación de los espacios físicos o la redistribución del tiempo de jornada, considerando la gravedad de los hechos imputados y las posibilidades derivadas de las condiciones de trabajo. En caso que la denuncia sea realizada ante la Inspección del Trabajo, ésta sugerirá a la brevedad la adopción de aquellas medidas al empleador; (iii) el empleador dispondrá la realización de una investigación interna de los hechos o, en el plazo de cinco días, remitirá los antecedentes a la Inspección del Trabajo respectiva. En cualquier caso la investigación deberá concluirse en el plazo de treinta días. Si se optare por una investigación interna, ésta deberá constar por escrito, ser llevada en estricta reserva, garantizando que ambas partes sean oídas y puedan fundamentar sus dichos, y las conclusiones deberán enviarse a la respectiva Inspección del Trabajo, y (iv) las conclusiones de la investigación realizada por la Inspección del Trabajo o las observaciones de ésta a aquélla practicada en forma interna, serán puestas en conocimiento del empleador, el denunciante y el denunciado. En conformidad al mérito del informe, el empleador deberá, dentro de los siguientes quince días, contados desde la recepción del mismo, disponer y aplicar las medidas o sanciones que correspondan. Con similares normas se modifica la ley N° 18.834, que aprueba el Estatuto Administrativo, y la Ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Ley 20.022, creando Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

Ley 20.057, modificando el Código del Trabajo con el objeto de proteger el patrimonio de las organizaciones sindicales. Al respecto dispone que tratándose de inmuebles cuyo avalúo fiscal exceda el equivalente a catorce unidades tributarias anuales (aproximadamente 10.512 USD), o que siendo inferior a dicha suma, sean el único bien raíz de una organización, su enajenación, la promesa de ésta y cualquier otra convención destinada a gravarlos, donarlos, darlos íntegramente en arriendo o ceder completamente su tenencia por más de cinco años, si fueran urbanos o por más de ocho, si fueran rústicos, incluidas las prórrogas, deberá ser aprobada por el número de afiliados que expresamente dispongan los estatutos para estos efectos, el que no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de ellos, en asamblea extraordinaria convocada al efecto, con la presencia del ministro de fe que señalen los estatutos. En dicho acuerdo, deberá dejarse constancia del destino que se dará al producto de la enajenación del inmueble respectivo. Cuando se tratare de inmuebles adquiridos para el bienestar de los socios y sus familias, los ex miembros del sindicato que tuvieran derecho al mismo beneficio deberán ser escuchados en la asamblea extraordinaria a que se refiere el inciso anterior, en forma previa a la adopción del acuerdo, dejándose constancia de ello por el ministro de fe.

Ley 20.069, concediendo acción pública tratándose de infracciones a las normas relativas al trabajo de menores.

Ley 20.087, reemplazando el procedimiento laboral existente en el Código del Trabajo por otro en el que los procedimientos del trabajo son orales, públicos

y concentrados, primando en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad. Junto con enunciar los principios formativos del proceso, en la Ley se regulan: (i) las reglas comunes del procedimiento en juicio del trabajo; (ii) el procedimiento de aplicación general; (iii) el cumplimiento de la sentencia y la ejecución de los títulos ejecutivos; (iv) los recursos; (v) el procedimiento de tutela laboral, y (vi) el procedimiento monitorio.

Ley 20.101, ampliando el concepto de accidentes del trabajo "in itinere", al disponer que a la definición de esos accidentes contenida en la Ley 16.744, se debe agregar a aquéllos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores. En este último caso, se considerará que el accidente dice relación con el trabajo al que se dirigía el trabajador al ocurrir el siniestro.

Ley 20.118, regulando la jornada laboral de los cuarteleros de las Compañías de Bomberos.

Ley 20.123, regulando el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. En lo que concierne al trabajo en régimen de subcontratación norma lo referido al concepto, deberes y facultades de la empresa principal, los contratistas y subcontratistas. En lo referido a las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios, la Ley: (i) define a la empresa de servicios transitorios, a la usuaria y al trabajador de servicios; (ii) determina las funciones fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo; (iii) regula detalladamente la constitución y funcionamiento de las empresas de servicios transitorios; (iv) norma el contrato de puesta a disposición de trabajadores y en determina las circunstancias que deben concurrir para celebrarlo, su plazo y los casos en los que no se podrá contratar la puesta a disposición de trabajadores (entre otros: el reemplazo de trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva); (v) regula el contrato de servicios transitorios, definiéndolo y señalando su contenido mínimo, a la vez que determina las obligaciones y facultades de la usuaria y, de otra parte, previene encubrimientos y fraudes en contratos celebrados en supuestos distintos a los establecidos en la Ley. De otra parte, establece normas generales referidas a los trabajadores con discapacidad, a la capacitación de los trabajadores y al fuero maternal.

Ley 20.137, estableciendo que en caso de muerte de un hijo o del cónyuge, todo trabajador tendrá derecho a 7 días corridos de permiso pagado adicional al feriado anual, independientemente del tiempo de servicio. El permiso será de 3 días hábiles en caso de muerte de un hijo en estado de gestación, o en caso de muerte del padre o de la madre del trabajador. El permiso deberá hacerse efectivo desde el momento de acreditarse la muerte y no puede compensarse en dinero. Estas normas son aplicables a los trabajadores regidos por la Ley 18.834 (Estatuto Administrativo) y por la Ley 18.883 (Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales).

Ley 20.166, extendiendo el derecho de las madres trabajadoras a amamantar a sus hijos, al disponer que: las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo

menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador: (i) en cualquier momento dentro de la jornada de trabajo, o (ii) dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones; postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo. Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor. Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado. Este derecho a alimentar no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna.

Ley 20.167, modificando el artículo 23 del Código del Trabajo y estableciendo normas sobre descansos en tierra entre recalada y zarpe para los trabajadores que se desempeñan a bordo de naves de pesca

Ley 20.178, regulando la relación laboral de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas. Al respecto se establecen normas acerca de: (i) la jornada de trabajo; (ii) el contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas; (ii) las definiciones de los términos deportista profesional, trabajador que desempeña actividades conexas, entidad deportiva, entidad superior y temporada; (iii) la periodicidad en el pago de las remuneraciones; (iv) las cesiones temporales y definitivas; (iv)el derecho de información y pago por subrogación, y (v) el reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

Ley 20.189, elevando a 18 años la edad mínima para la admisión al empleo de menores de edad y revisando las normas sobre el cumplimiento de la obligación escolar.

Ley 20.194, interpretando el inciso tercero del artículo 162 del Cödigo del Trabajo, al disponer que la obligación del empleador de pagar al trabajador las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo durante el período comprendido entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la referida comunicación al trabajador debe interpretarse y aplicarse de forma tal que el pago al cual está obligado el empleador moroso en el pago de las cotizaciones previsionales comprende la totalidad del período de tiempo que media entre la fecha del despido y la fecha de envío o entrega de la comunicación mediante la cual el empleador le comunica al trabajador que ha pagado las cotizaciones morosas, con las formalidades indicadas en dicho Código.

Ley 20.215, modificando las normas relativas a las horas de cierre de las actividades de los trabajadores dependientes del comercio en los períodos de fiestas patrias, navidad y otras festividades, al disponer que los trabajadores, en ningún caso, trabajarán más allá de las 23 horas, durante los nueve días en los que se extienda la jornada ordinaria. Asimismo, bajo ninguna circunstancia, lo harán más allá de las 20 horas del día inmediatamente anterior a dichas festividades, como además el día inmediatamente anterior al 1 de enero de cada año. De otra parte se dispuso que en cada año calendario que los días 18 y 19 de septiembre sean días martes y miércoles, respectivamente, o miércoles y jueves, respectivamente, será feriado el día lunes 17 o el día viernes 20 de dicho mes, según el caso.

Ley 20.245, reformando la Constitución Política de la República al establecer que la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.

Ley 20.255, reformando el sistema de pensiones y modificando otras normas de previsión social y seguridad social. Las principales reformas consistieron en: (i) la incorporación de un pilar solidario de pensiones no contributivas, asegurando un piso básico de protección social; (ii) el establecimiento de normas de protección y fomento de la igualdad de género y de la afiliación de jóvenes y de trabajadores independientes; (iii) la adopción de cambios institucionales y de administración del sistema de pensiones, con mayor protección de los afiliados y beneficiarios, particularmente en lo referido a la inversión de los fondos de pensiones, la transparencia y competencia en la gestión de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Ley 20.260, estableciendo normas adicionales a la Ley 20.087, sobre reforma del sistema laboral procesal.

Ley 20,267: creando el Sistema Nacional de Certificación de Competencias Laborales y perfeccionando el Estatuto de Capacitación y Empleo.

Ley 20.271: modificando el Código del Trabajo al establecer que la jornada ordinaria de trabajo del personal de choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana, de servicios interurbanos de transportes de pasajeros y del que se desempeñe a bordo de ferrocarriles, será de ciento ochenta horas mensuales. En el caso de los choferes y auxiliares de la locomoción colectiva interurbana y de los servicios interurbanos de transporte de pasajeros, el tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas que les corresponda cumplir entre turnos laborales sin realizar labor, no será imputable a la jornada y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes.

Ley 20.281, modificando el Código del Trabajo al redefinir el concepto de sueldo o sueldo base, entendiendo por tal al estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el Código. El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de las excepciones legalmente establecidas, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta

esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

Ley 20.287, adecuando normas sobre procedimiento laboral contenidas en el Libro V del Código del Trabajo, modificado por la ley n° 20.087.

Ley 20.308, estableciendo normas de protección a los trabajadores en el uso de productos fitosanitarios, entre ellas: (i) todo plaguicida deberá distribuirse en envases sellados, en el tipo de recipiente aprobado para el producto de que se trate y con etiquetas en que se indique en español, en forma indeleble, la composición del producto, las instrucciones para su uso correcto y seguro, la forma de eliminar los envases vacíos, las precauciones que deban adoptarse, el nombre del fabricante o importador, y las demás menciones que se establezcan por resolución del Servicio Agrícola y Ganadero. El Servicio podrá autorizar que parte de la información de la etiqueta, se incluya en un folleto adjunto al producto, cuya entrega al momento de la venta será obligatoria;(ii) los adquirentes o usuarios de plaguicidas deberán emplearlos de acuerdo con las normas técnicas señaladas en la etiqueta y, en su caso, en el folleto adjunto, adoptando las medidas de seguridad en ella indicadas tanto en el uso como en la eliminación de residuos y destrucción de los envases vacíos, conforme a las normas legales y reglamentarias vigentes, respetando los plazos que deben transcurrir entre la última aplicación y la cosecha, y en el plazo correspondiente al período de reingreso de las personas y los animales a los sectores tratados, que al efecto fije el Servicio Agrícola y Ganadero. Sólo con autorización expresa del Servicio podrá dárseles un uso distinto; (iii) el Servicio podrá prohibir la utilización o venta de los vegetales que resulten contaminados con plaguicidas o con residuos de ellos superiores a los permitidos, o retenerlos temporalmente. Tratándose de vegetales sobre los cuales existan presunciones graves y precisas de que se encuentran contaminados en los términos señalados en este inciso, el Director Regional podrá, por resolución fundada, adoptar las medidas anteriores. Asimismo, se podrá ordenar la destrucción o el decomiso de los vegetales si las circunstancias así lo requieren; (iv) el empleador deberá, en todo caso, prestar al trabajador que realice labores en las que tenga contacto con pesticidas, plaguicidas o productos fitosanitarios tóxicos, según clasificación de la Organización Mundial de la Salud contenida en resolución del Ministerio de Salud, información suficiente sobre su correcto uso y manipulación, eliminación de residuos y envases vacíos, riesgos derivados de su exposición y acerca de los síntomas que pudiere presentar y que revelen su inadecuada utilización. Asimismo, deberá proporcionar al trabajador los implementos y medidas de seguridad necesarios para protegerse de ellos, como también los productos de aseo indispensables para su completa remoción y que no fueren los de uso corriente, y (v) asimismo, el empleador deberá prestar al trabajador que realice labores en las que tenga contacto con pesticidas, plaguicidas o productos fitosanitarios tóxicos, según clasificación de la Organización Mundial de la Salud contenida en resolución del Ministerio de Salud, información suficiente sobre su correcto uso y manipulación, eliminación de residuos y envases vacíos, riesgos derivados de su exposición y acerca de los síntomas que pudiere presentar y que revelen su inadecuada utilización. Deberá proporcionar al trabajador, además, los implementos y medidas de seguridad necesarios para

protegerse de ellos, como también los productos de aseo indispensables para su completa remoción y que no fueren los de uso corriente.

Ley 20.321, regulando al contrato especial de trabajo de tripulantes de vuelo y tripulantes de cabina de aeronaves comerciales de pasajeros y de carga.

Ley 20.330, fomentando que jóvenes profesionales y técnicos –deudores del crédito solidario universitario– presten servicios remunerados en las municipalidades, corporaciones y fundaciones municipales, o asociaciones municipales, o en establecimientos dependientes de los Servicios de Salud, correspondientes a comunas con menores niveles de desarrollo del país.

Ley 20.336, modificando el Código del Trabajo en lo concerniente al descanso dominical de las trabajadoras y trabajadores del hogar.

Ley 20.338, creando el subsidio al desempleo, financiado por el Estado, al que tendrán derecho los empleadores respecto de sus trabajadores dependientes que cumplan con los siguientes requisitos: (i) tengan entre 18 y menos de 25 años de edad; (ii) integren un grupo familiar perteneciente al 40% más pobre de la población de Chile, y (iii) las remuneraciones brutas mensuales del trabajador sean inferiores a $360.000 (aproximadamente USD. 60) y sus rentas brutas sean inferiores a $4.320.000 (USD. 7.200, aproximadamente), en el año calendario en que se devenga el subsidio. Para tener derecho al subsidio, el empleador deberá haber pagado las cotizaciones de seguridad social correspondientes al trabajador que originó el subsidio, dentro del plazo legal establecido para ello.

También tienen derecho al subsidio los trabajadores independientes que reúnan los requisitos señalados para los trabajadores dependientes, que se encuentren al día en el pago de sus cotizaciones obligatorias de pensiones y salud del respectivo año calendario.

Si el trabajador dependiente percibiere simultáneamente remuneraciones de dos o más empleadores sólo tendrá derecho a un subsidio al empleo. En este caso, todas las remuneraciones se sumarán para los efectos señalados en el inciso anterior, y a cada empleador le corresponderá proporcionalmente el subsidio, en atención a la proporción que representen las remuneraciones pagadas por él, sobre el conjunto de remuneraciones percibidas por el trabajador en el mes respectivo. Los trabajadores que revistan a la vez, las calidades de trabajador dependiente e independiente de acuerdo al N° 2° del artículo 42 de la Ley de Impuesto a la Renta, podrán optar a pagos mensuales del subsidio en relación a las remuneraciones que perciban en su condición de trabajador dependiente. La ley determina detalladamente el procedimiento aplicable a las reliquidaciones que correspondan.

Ley 20.348, protegiendo el derecho a la igualdad entre las remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo, no siendo consideradas arbitrarias las diferencias objetivas en las remuneraciones que se funden, entre otras razones, en las capacidades, calificaciones, idoneidad, responsabilidad o productividad. A tal efecto se establecen diversas normas procesales y en forma especial se dispone que; (i) en el Reglamento Interno de las empresas de 200 o más trabajadores se consigne los diversos cargos o funciones en la

empresa y sus características técnicas esenciales, y (ii) en los empleos a contrata la asignación a un grado será de acuerdo con la importancia de la función que se desempeñe y con la capacidad, calificación e idoneidad personal de quien sirva dicho cargo y, en consecuencia, les corresponderá el sueldo y demás remuneraciones de ese grado, excluyendo toda discriminación que pueda alterar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres".

Ley 20.351, sobre la protección al empleo y fomento a la capacitación laboral, estableciendo normas referidas a: (i) los permisos pactados entre trabajadores y empleadores con acceso a beneficios transitorios al seguro de cesantía y capacitación laboral; (ii) la retención y capacitación de trabajadores; (iii) los incentivos al precontrato y a la capacitación de trabajadores, y (iv) el potenciamiento del acceso al Fondo de Cesantía Solidario.

En lo referido a los permisos pactados entre trabajadores y empleadores con acceso a beneficios transitorios al seguro de cesantía y capacitación laboral se establece que los trabajadores afiliados al Seguro Obligatorio de Cesantía de la ley N° 19.728 que registren sus seis últimas cotizaciones continuas con contrato a plazo indefinido con el mismo empleador, podrán pactar un permiso para capacitación sin goce de remuneraciones. El permiso deberá constar por escrito en el formulario que para estos efectos confeccionará el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, el que deberá contener, a lo menos, la individualización de las partes e indicar las áreas en que el trabajador será capacitado. El permiso deberá firmarse por ambas partes en dos ejemplares ante cualquiera de los ministros de fe establecidos en el Código del Trabajo, debiendo quedar un ejemplar en poder de cada contratante. El ejercicio de este permiso será mensual y podrá ser renovado sucesiva o alternadamente por un máximo de 5 meses. No podrán suscribir este pacto los trabajadores que se encuentren gozando de fuero laboral. Durante el tiempo que el trabajador esté haciendo uso del permiso para capacitación: (i) no podrá prestar servicios remunerados como trabajador dependiente y se tendrá por no escrita cualquier estipulación en contrario; (ii) mantendrá el derecho a las asignaciones familiares de que fuere beneficiario, por los mismos montos que estaba recibiendo a la fecha de inicio del permiso para capacitación; (iii) mantendrá la calidad de afiliados al régimen de prestaciones de salud establecido en la Ley 18.469 durante el período en que se devenguen las mensualidades respectivas, y (iv) percibirá una prestación con cargo al Seguro Obligatorio de Cesantía, equivalente al 50% del promedio de las remuneraciones imponibles devengadas en los últimos seis meses en que se registren cotizaciones anteriores al inicio del permiso pactado. El monto de la prestación a que se refiere este artículo será pagado por la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de la ley N° 19.728. No tendrá derecho al pago de la prestación, en el mes correspondiente, el trabajador que tenga una asistencia a capacitación inferior al porcentaje señalado en la ley N° 19.518. Durante los períodos en que el trabajador se encuentre haciendo uso del permiso pactado a que se refiere esta ley, el empleador deberá efectuar las cotizaciones del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que establece la ley N° 16.744, sobre el monto de la prestación que le corresponda al trabajador, quedando aquél cubierto por dicho seguro. El accidente que sufriere el trabajador a causa o con ocasión de la capacitación a

la que estuviera asistiendo como, asimismo, el de trayecto, quedarán comprendidos dentro de las contingencias que la citada ley N° 16.744 contempla y le darán derecho a las prestaciones correspondientes. Las incapacidades y muertes provocadas por dichos accidentes se excluirán para efectos de determinar la siniestralidad efectiva de la entidad empleadora a que se refiere el decreto supremo N° 67, de 2000, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Asimismo, el Fondo de Cesantía Solidario pagará las cotizaciones de pensiones de los trabajadores, que se encuentren haciendo uso del permiso. El período en que el trabajador se encuentra gozando del permiso sin goce de remuneraciones se reputará como cotizado para todos los efectos legales. En la ley se regula detalladamente lo que concierne a las funciones del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo en relación con los cursos que se impartan a los trabajadores. Del mismo modo regula lo atinente a la terminación de la relación de trabajo una vez concluida la capacitación.

En lo atinente a la retención y capacitación de trabajadores, la ley establece determinados beneficios tributarios a los contribuyentes que no hayan reducido el número de sus trabajadores dependientes que cotizan en el sistema de pensiones del decreto ley N° 3.500, de 1980, o en el Instituto de Previsión Social, respecto del número de aquellos que hayan cotizado por el mes de abril de 2009.

En lo que concierne a los incentivos al precontrato y a la capacitación de trabajadores la Ley dispone que los gastos efectuados en programas de capacitación de los eventuales trabajadores a que se refiere el inciso quinto, del artículo 33, de la ley N° 19.518, podrán ser descontados del monto de los pagos provisionales mensuales obligatorios que deban declarar y pagar en los meses comprendidos en el período de vigencia de esta ley. Las cantidades cuya deducción se autoriza no podrán exceder de una suma máxima equivalente al cero coma veinticinco por ciento (0,25%) de las remuneraciones imponibles pagadas al personal en el respectivo mes. Para acceder a lo dispuesto en este artículo, los contratos de capacitación de los eventuales trabajadores señalados, deberán cumplir con los siguientes requisitos: (i) no podrán exceder en total de seis meses dentro del mismo año calendario, incluidas sus prórrogas; (ii) deberán incluir gastos de traslado y alimentación, los que, en su conjunto, no podrán exceder del diez por ciento (10%) de los gastos descontables de acuerdo a este artículo, y (iii) deberán incluir gastos necesarios para cubrir los accidentes que puedan experimentar los eventuales trabajadores con motivo de su asistencia a los programas de capacitación, sin que aquellos puedan exceder del cinco por ciento de los gastos descontables a que se refiere este artículo. Los eventuales trabajadores contratados bajo la modalidad a que se refiere este artículo, no podrán superar en el mes respectivo, el cincuenta por ciento (50%) de los trabajadores de la empresa respecto de los cuales haya realizado cotizaciones en el sistema de pensiones del decreto ley N° 3.500, de 1980, o en el Instituto de Previsión Social, durante el mes anterior a aquel en que se efectúe el descuento.

Y, en lo que se refiere al potenciamiento del Acceso al Fondo de Cesantía Solidario la Ley dispuso que para el cumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso a dicho Fondo, en el caso de trabajadores con contrato a plazo,

obra, trabajo o servicio determinado, se entenderán como acreditadas al Fondo de Cesantía Solidario las cotizaciones, continuas o discontinuas, enteradas a la Cuenta Individual por Cesantía durante los 24 meses anteriores al 1 de mayo de 2009.

Ley 20.388, autorizando que ciertos trabajadores puedan ejercer actividades comerciales o artísticas a bordo de vehículos de transporte urbano de pasajeros: (i) si son trabajadores vendedores ambulantes o independientes que cuentan con "iniciación de actividades" como tales ante el Servicio de Impuestos Internos; (ii) si son, además, organizados y registrados como sindicato de trabajadores independientes en la Dirección del Trabajo, podrán solicitar, a su costo, la emisión de una credencial que los acredite como tales, y (iii) si acreditan el origen de las mercaderías que expendan y exhiben la copia de su iniciación de actividades, ante el requerimiento que en cualquier momento efectúe la fuerza pública. Las empresas de transporte urbano de pasajeros podrán acordar con los sindicatos de trabajadores independientes la emisión de credenciales que permitan el ejercicio de esta actividad. Los conductores del transporte urbano de pasajeros no podrán negarse al ejercicio de esta actividad en sus respectivas máquinas, salvo si ello implica, en un momento determinado, un peligro de accidente vial, o bien entorpece de manera manifiesta y evidente la comodidad de los pasajeros, especialmente en las horas de mayor congestión. El conductor podrá exigir la exhibición de la copia de la respectiva iniciación de actividades o su certificado para permitir el ingreso de un vendedor.

Ley 20.396, estableciendo que cuando exista la necesidad de centralizar la documentación laboral y previsional, en razón de tener organizado su giro económico en diversos establecimientos, sucursales o lugares de trabajo o por razones de administración, control, operatividad o seguridad o que sus trabajadores presten servicios en instalaciones de terceros, o lugares de difícil ubicación específica, o carentes de condiciones materiales en las cuales mantener adecuadamente la referida documentación, como labores agrícolas, mineras o forestales y de vigilancia entre otras, las empresas podrán solicitar a la Dirección del Trabajo autorización para centralizar los documentos antes señalados y ofrecer mantener copias digitalizadas de dichos documentos laborales y previsionales. Para estos efectos, el Director del Trabajo, mediante resolución fundada, fijará las condiciones y modalidades para dicha centralización. La Dirección del Trabajo deberá resolver la solicitud de que trata este inciso en un plazo de treinta días.

Cuarta Parte. Los cambios habidos entre 2010 y 2013

Presentaremos separadamente los cambios legislativos ocurridos entre el 1° de enero y el 10 de marzo de 2010 y los habidos desde el 10 de marzo de 2010 y el 31 de diciembre de 2013.

A. Las reformas laborales hacia fines de la primera presidencia de Michelle Bachelet

Ley 20.416, estableciendo normas especiales para las empresas de menor

tamaño, para facilitar el desenvolvimiento de esas empresas mediante la adecuación y creación de normas regulatorias que rijan su iniciación, funcionamiento y término, en atención a su tamaño y grado de desarrollo. Para esos efectos, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas. Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario (aproximadamente USD. 100.800); pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario (aproximadamente USD. 100.800 y USD. 1.050.000), y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento (USD. 1.050.000, aproximadamente) y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario (aproximadamente USD. 4.200.000). La ley regula detalladamente lo referido a: (i) el valor de los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro señalado; (ii) el inicio de actividades; (iii) las empresas excluidas del ámbito de aplicación de la esta Ley; (iv) las funciones asignadas al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; (v) la creación de la División de empresas de menor tamaño en la Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción, y del Consejo Nacional Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño; (vi) la adopción de Reglamentos y normas de carácter general; (vii) la transparencia en procedimientos de fiscalización; (viii) el otorgamiento de Permisos Provisorios de Funcionamiento; (ix) el cumplimiento de las normas sanitarias; (x) la protección de las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras; (xi) los acuerdos de "producción limpia"; (xii) la protección de los derechos de los consumidores, y (xiii) la reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis, fijando la "Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis".

A la vez, en la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis se establecen numerosas modificaciones al Código del Trabajo, entre ellas:

- Para los efectos del Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores. Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.
- Las infracciones al Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas según la gravedad de la infracción. Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales (aproximadamente USD.73 y USD 730). Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales (aproximadamente 146 a USD 2.920). Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales (aproximadamente USD 219

USD 4.980). En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo. La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales. (aproximadamente USD. 1.022 a USD. 5.110).

- El inspector del trabajo que constate en una micro o pequeña empresa una infracción legal o reglamentaria que no ponga en riesgo inminente la seguridad o la salud de los trabajadores podrá conceder un plazo de, a lo menos, cinco días hábiles para dar cumplimiento a las normas respectivas.

- Tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido ante los tribunales, el inspector del trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y sólo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades siguientes: (i) si la multa impuesta es por infracción a normas de higiene y seguridad, por la incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en el que se acredite la corrección de la o las infracciones que dieron origen a la sanción y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo. Dicho programa deberá implementarse con la asistencia técnica del organismo administrador de la ley Nº 16.744, al que se encuentre afiliada o adherida la empresa infractora y deberá ser presentado para su aprobación por la Dirección del Trabajo, debiendo mantenerse permanentemente a su disposición en los lugares de trabajo. La presente disposición será igualmente aplicada por la autoridad sanitaria que corresponda, en aquellos casos en que sea ésta quien aplique la sanción; (ii) en el caso de multas no comprendidas en el número anterior, y previa acreditación de la corrección, de la o las infracciones que dieron origen a la sanción, por la asistencia obligatoria del titular o representante legal de la empresa de menor tamaño, o de los trabajadores vinculados a las funciones de administración de recursos humanos que él designe a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, los que tendrán una duración máxima de dos semanas. La solicitud de sustitución deberá presentarse dentro del plazo de treinta días de notificada la resolución de multa administrativa. Autorizada la sustitución de la multa de conformidad a lo dispuesto precedentemente, si el empleador no cumpliere con su obligación de incorporarse en un programa de asistencia al cumplimiento o de asistencia a programas de capacitación, según corresponda, en el plazo de 60 días, procederá al aumento de la multa original, el que no podrá exceder de un 25% de su valor.

- Si el afectado con la multa no ha recurrido a los tribunales ni ha solicitado la sustitución de la multa por capacitación, se faculta al Director del Trabajo para reconsiderar las multas administrativas impuestas por funcionarios de su dependencia en la forma siguiente: (i) dejando sin efecto la multa, cuando aparezca de manifiesto que se ha incurrido en un error de hecho al aplicar la sanción, o (ii) rebajando la multa, cuando se acredite

fehacientemente haber dado íntegro cumplimiento, a las disposiciones legales, convencionales o arbitrales cuya infracción motivó la sanción.

- Si dentro de los quince días siguientes de notificada la multa, el empleador corrigiere la infracción, el monto de la multa se rebajará, a lo menos, en un cincuenta por ciento. Tratándose de la micro y pequeña empresa, la multa se rebajará, a lo menos, en un ochenta por ciento.

Ley 20.422, estableciendo normas para asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y eliminando cualquier forma de discriminación fundada en la discapacidad. En la aplicación de esta ley deberá darse cumplimiento a los principios de vida independiente, accesibilidad universal, diseño universal, intersectorialidad, participación y diálogo social. Para todos los efectos se entenderá por: (i) vida independiente: el estado que permite a una persona tomar decisiones, ejercer actos de manera autónoma y participar activamente en la comunidad, en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad; (ii) accesibilidad universal: la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad, de la forma más autónoma y natural posible; (iii) diseño universal: la actividad por la que se conciben o proyectan, desde el origen, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de forma que puedan ser utilizados por todas las personas o en su mayor extensión posible; (iv) intersectorialidad: El principio en virtud del cual las políticas, en cualquier ámbito de la gestión pública, deben considerar como elementos transversales los derechos de las personas con discapacidad, y (v) participación y diálogo social: proceso en virtud del cual las personas con discapacidad, las organizaciones que las representan y las que agrupan a sus familias, ejercen un rol activo en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas que les conciernen. Es deber del Estado promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Los programas destinados a las personas con discapacidad que ejecute el Estado, deberán tener como objetivo mejorar su calidad de vida, principalmente, a través de acciones de fortalecimiento o promoción de las relaciones interpersonales, su desarrollo personal, la autodeterminación, la inclusión social y el ejercicio de sus derechos. En la ejecución de estos programas y en la creación de apoyos se dará preferencia a la participación de las personas con discapacidad, sus familias y organizaciones. El Estado priorizará la ejecución de programas, proyectos y la creación de apoyos en el entorno más próximo a las personas con discapacidad que se pretende beneficiar. Con todo, en el diseño de estos programas se considerarán las discapacidades específicas que se pretende suplir y se determinarán los requisitos que deberán cumplir las personas que a ellos postulen, considerando dentro de los criterios de priorización el grado de la discapacidad y el nivel socioeconómico del postulante. Para acceder a los beneficios y prestaciones sociales establecidos en la presente ley, las personas con discapacidad deberán contar con la certificación de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez y estar inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad.

Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Para los efectos de esta ley, se entiende por: (i) discriminación: toda distinción, exclusión, segregación o restricción arbitraria fundada en la discapacidad, y cuyo fin o efecto sea la privación, perturbación o amenaza en el goce o ejercicio de los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico; (ii) ayudas técnicas: los elementos o implementos requeridos por una persona con discapacidad para prevenir la progresión de la misma, mejorar o recuperar su funcionalidad, o desarrollar una vida independiente; (iii) servicio de apoyo: toda prestación de acciones de asistencia, intermediación o cuidado, requerida por una persona con discapacidad para realizar las actividades de la vida diaria o participar en el entorno social, económico, laboral, educacional, cultural o político, superar barreras de movilidad o comunicación, todo ello, en condiciones de mayor autonomía funcional; (iv) cuidador: toda persona que proporciona asistencia permanente, gratuita o remunerada, para la realización de actividades de la vida diaria, en el entorno del hogar, a personas con discapacidad, estén o no unidas por vínculos de parentesco; (v) dependencia: El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de una o más deficiencias de causa física, mental o sensorial, ligadas a la falta o pérdida de autonomía, requieren de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades esenciales de la vida, y (vi) entorno: el medio ambiente, social, natural y artificial, en el que las personas desarrollan su participación social, económica, política y cultural, a lo largo de todo su ciclo vital.

En este marco conceptual, la Ley regula detalladamente lo concerniente a: (i) la igualdad de oportunidades (ausencia de discriminación por razón de discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, educacional, laboral, económica, cultural y social) garantizando las exigencias de accesibilidad, realización de ajustes necesarios y prevención de conductas de acoso; (ii) la situación de las personas con discapacidad en situación de especial vulnerabilidad; (iii) la calificación y certificación de la discapacidad; (iv) la prevención y rehabilitación; (v) las medidas para la igualdad de oportunidades (la accesibibilidad, la educación e inclusión escolar, la capacitación e inserción laboral, y las exenciones arancelarias); (vi) el Registro Nacional de la Discapacidad –a cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación– tiene por objetivo reunir y mantener los antecedentes de las personas con discapacidad y de los organismos que se señalan en el artículo siguiente, en la forma que establezca el reglamento. Está encargado de inscribir a las personas cuya discapacidad sea certificada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez; inscribir a las personas naturales que presten servicios de apoyo o de asistencia a personas con discapacidad; inscribir a las personas jurídicas que, de conformidad con sus objetivos, actúen en el ámbito de la discapacidad; otorgar las credenciales de inscripción y los certificados que determine el reglamento, y cancelar las inscripciones en los casos que señale el Reglamento.

La Ley establece que sin perjuicio de las normas administrativas y penales, toda persona que por causa de una acción u omisión arbitraria o ilegal sufra amenaza, perturbación o privación en el ejercicio de los derechos consagrados en esta ley, podrá concurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, ante el juez de policía local competente de su domicilio para que adopte las providencias necesarias para asegurar y restablecer el derecho afectado. El que fuere sancionado como autor de un acto u omisión arbitrario o ilegal, en los términos previstos en la Ley, pagará una multa de 10 a 120 unidades tributarias mensuales (aproximadamente USD 720 a USD. 8.640). Esta suma ingresará a las arcas del respectivo municipio, para su destinación exclusiva a programas y acciones en beneficio de las personas con discapacidad de la comuna. La multa se duplicará en caso de reincidencia. Para el caso de que el denunciado o demandado no adopte las medidas ordenadas por el juzgado de policía local correspondiente o bien insista en el incumplimiento de la normativa, además de la sanción pecuniaria el juez podrá decretar la medida de clausura del establecimiento de que se trate.

Finalmente, la Ley crea el Comité de Ministros de la Discapacidad y el Servicio Nacional de la Discapacidad y el Consejo Consultivo de la Discapacidad, normando su composición, estructura y funciones.

Ley 20.425, prohibiendo descuentos indebidos en las remuneraciones de los trabajadores, por lo cual el empleador no podrá deducir, retener o compensar suma alguna por el no pago de efectos de comercio que el empleador hubiera autorizado recibir como medio de pago por los bienes suministrados o servicios prestados a terceros en su establecimiento. La autorización del empleador deberá constar por escrito, así como también los procedimientos que el trabajador debe cumplir para recibir como forma de pago los respectivos efectos de comercio. En caso de robo, hurto, pérdida o destrucción por parte de terceros de bienes de la empresa sin que haya mediado responsabilidad del trabajador, el empleador no podrá descontar de la remuneración del o de los trabajadores el monto de lo robado, hurtado, perdido o dañado. La infracción a esta prohibición será sancionada con la restitución obligatoria, por parte del empleador, de la cifra descontada, debidamente reajustada, sin perjuicio de las multas que procedan de conformidad al Código de Trabajo.

B. Las reformas laborales habidas en el período comprendido entre el 10 de marzo de 2010 y el 31 de diciembre de 2013 (Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique)

En el Gobierno del Presidente Sebastián Piñera Echenique (10 de Marzo de 2010 al 10 de Marzo de 2014), no obstante los anuncios efectuados durante la campaña presidencial en el sentido de que se revisaría la legislación laboral adoptada durante los Gobiernos de la Concertación por la Democracia, hubo avances en la normatividad re-reguladora de las relaciones colectivas de trabajo y de la prevención y seguridad sociales. Como ejemplo de ello destacamos las leyes que mencionamos a continuación, que recogen tanto lo proyectado por el Gobierno como lo aportado en la tramitación legislativa en el Congreso de la República.

Ley 20.454, aumentando los incentivos para la celebración de los pre-contratos regulados en la Ley 19.518, al disponer que: (i) los gastos efectuados en acciones de capacitación efectivamente realizadas y liquidadas ante el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo de los eventuales trabajadores a que se refiere la ley 19.518 artículo 33 de la ley N°19.518, por los contribuyentes de la primera categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta Ley sobre Impuesto a la Renta, con excepción de aquellos que esa ley señala, podrán ser descontados del monto de los pagos provisionales mensuales obligatorios que deban declarar y pagar en los meses comprendidos en el período de vigencia de esa ley. Sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que establecen la Ley 19.518 y la Ley 20.326, artículos 36 de la ley N°19.518 las cantidades cuya deducción se autoriza mediante este artículo no podrán exceder de una suma máxima equivalente al cero coma veinticinco por ciento (0,25%) de las remuneraciones imponibles pagadas al personal en el respectivo mes. El descuento establecido en este artículo no se considerará para los efectos de determinar la suma máxima de uno por ciento (1%) a que se refieren las citadas leyes 19.518 y 20.326. Para acceder a lo dispuesto en este artículo, los contratos de capacitación de los eventuales trabajadores señalados, deberán cumplir con los siguientes requisitos: (i) no podrán exceder en total de seis meses dentro del mismo año calendario, incluidas sus prórrogas y los períodos de contrato de capacitación celebrados de conformidad a la Ley 20.351 artículo 14 de la ley N° 20.351; (ii) deberán incluir gastos de traslado y alimentación, hasta por un monto de $3.000 diarios (USD. 5, aproximadamente), los que por cada uno de estos conceptos no podrán exceder de $1.500 (USD. 2,5, aproximadamente), por día asistido por cada beneficiario del precontrato, para los efectos del correspondiente descuento tributario; (iii) deberán incluir gastos necesarios para cubrir los accidentes que puedan experimentar los eventuales trabajadores con motivo de su asistencia a los programas de capacitación, sin que aquellos puedan exceder del cinco por ciento de los gastos descontables a que se refiere este artículo, y (iv) los eventuales trabajadores contratados bajo la modalidad a que se refiere la Ley, no podrán superar en el mes respectivo, el cincuenta por ciento (50%) de los trabajadores de la empresa respecto de los cuales haya realizado cotizaciones en el sistema de pensiones del Decreto Ley N° 3.500, de 1980 decreto ley N° 3.500, de 1980, o en el Instituto de Previsión Social, durante el mes anterior a aquel en que se efectúe el descuento.

A las empresas cuyos eventuales trabajadores participen en acciones de capacitación que se realicen en las regiones del Libertador Bernardo O'Higgins, del Maule y del Bío Bío, no les será aplicable el límite del cincuenta por ciento (50%) que consigna el inciso precedente. Asimismo, tampoco les serán aplicables las restricciones contenidas en la ley N° 19.518.

Ley 20.459, facilitando el acceso a las pensiones básicas solidarias de invalidez y de vejez, al disponer que: (i) sin perjuicio de lo señalado en el inciso primero del artículo 23 de la Ley 20.255, las personas que sean beneficiarias de la pensión básica solidaria de invalidez o del aporte previsional solidario de invalidez podrán, a contar de la fecha en que cumplan sesenta y cuatro años de edad, solicitar la pensión básica solidaria de vejez o el aporte previsional solidario de vejez, según corresponda. En este caso, la mencionada pensión de vejez o

el aporte previsional solidario de vejez se devengarán a contar del día primero del mes siguiente al cumplimiento de los sesenta y cinco años de edad, siempre que los peticionarios reúnan los requisitos para ser beneficiarios de dicha pensión o aporte. Respecto de las personas que hayan percibido la pensión básica solidaria de invalidez o el aporte previsional solidario de invalidez durante un lapso de veinte años o más, sea en forma continua o discontinua, se entenderá cumplido el requisito de residencia, y (ii) las personas que sean beneficiarias del subsidio podrán, a contar de la fecha en que cumplan diecisiete años de edad, solicitar la pensión básica solidaria de invalidez y la calificación de su invalidez. En este caso, dicha pensión se devengará a partir de la fecha en que el beneficiario cumpla dieciocho años de edad, siempre que reúna los requisitos para que la pensión le sea otorgada.

Ley 20.510, modificando el Código del Trabajo al establecer que en el caso de los trabajadores de Notarías, Conservadores y Archiveros no se alterarán los derechos y obligaciones emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, en el caso de cambio de la titularidad en la respectiva notaría, archivo y conservador,

Ley 20.530, creando el Ministerio de Desarrollo Social y modificando ciertos cuerpos legales. Dicho Ministerio se crea como la Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño y aplicación de políticas, planes, y programas en materia de equidad y/o desarrollo social, especialmente aquellas destinadas a erradicar la pobreza y brindar protección social a las personas o grupos vulnerables, promoviendo la movilidad e integración social y la participación con igualdad de oportunidades en la vida nacional. El Ministerio velará por la coordinación, consistencia y coherencia de las políticas, planes y programas en materia de equidad y/o desarrollo social, a nivel nacional y regional. Asimismo, velará porque dichos planes y programas se implementen en forma descentralizada o desconcentrada, en su caso. El Ministerio de Desarrollo Social tendrá a su cargo la administración, coordinación, supervisión y evaluación de la implementación del Sistema Intersectorial de Protección Social creado por la ley N° 20.379 , velando porque las prestaciones de acceso preferente o garantizadas que contemplen los subsistemas propendan a brindar mayor equidad y desarrollo social a la población en el marco de las políticas, planes y programas establecidos.

Corresponderá también a este Ministerio evaluar las iniciativas de inversión que solicitan financiamiento del Estado, para determinar su rentabilidad social, velando por la eficacia y eficiencia del uso de los fondos públicos, de manera que respondan a las estrategias y políticas de crecimiento y desarrollo económico y social que se determinen para el país. Asimismo, el Ministerio velará por la participación de la sociedad civil en las materias de su competencia, en especial, aquellas dirigidas a personas o grupos vulnerables. El Ministerio procurará mantener información a disposición de la sociedad respecto al acceso y mantención de los programas sociales a que se refiere esta ley.

Para los efectos de esta ley se entenderá por: (i) programas sociales: conjunto integrado y articulado de acciones, prestaciones y beneficios destinados a lograr un propósito específico en una población objetivo, de modo de resolver un

problema o atender una necesidad que la afecte. Dichos programas deberán encontrarse incluidos en la definición funcional de gasto público social; (ii) personas o grupos vulnerables: aquellos que por su situación o condición social, económica, física, mental o sensorial, entre otras, se encuentran en desventaja y requieren de un esfuerzo público especial para participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional y acceder a mejores condiciones de vida y bienestar social; (iii) Banco Integrado de Programas Sociales: registro administrado por el Ministerio de Desarrollo Social, que contiene información correspondiente a los programas sociales que estén o no en ejecución, que hayan sido o estén siendo sometidos a alguna de las evaluaciones a que se hace referencia en la Ley. Este registro incluirá, a lo menos, una descripción del programa social, el informe de recomendación o el informe de seguimiento, en los casos en que el programa social cuente con ellos. En caso de que se realicen evaluaciones de impacto o ex-post por alguna entidad pública a un programa social, el Banco Integrado de Programas Sociales deberá también contener los informes de dicha evaluación. El registro será público en los términos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado; (iv) Banco Integrado de Proyectos de Inversión: registro administrado por el Ministerio de Desarrollo Social, que contiene las iniciativas de inversión que han sido evaluadas, estén o no en ejecución, que requieren financiamiento del Estado. Este registro incluirá, al menos, una descripción del proyecto, el informe de evaluación, demás antecedentes, y las evaluaciones posteriores a su implementación, si las tuvieren. El registro será público en los términos de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado; (v) Iniciativas de Inversión: corresponde a los gastos por concepto de estudios preinversionales, de prefactibilidad, factibilidad y diseño, destinados a generar información que sirva para decidir y llevar a cabo la ejecución futura de proyectos de inversión pública. Asimismo, considera los gastos en proyectos de inversión que realizan los organismos del sector público, para inicio de ejecución de obras y/o la continuación de las obras iniciadas en años anteriores, con el fin de incrementar, mantener o mejorar la producción de bienes o prestación de servicios, incluyendo aquello que forme parte integral de un proyecto de inversión. Además, comprende los programas de inversión. Dichos estudios, proyectos y programas de inversión serán aquellos a que hace referencia el inciso cuarto del artículo 19 bis del decreto ley Nº 1.263, de 1975. Se incluirán también las iniciativas de inversión pública a que se refiere el inciso final del artículo 2° del decreto N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto con fuerza de ley N° 164, del referido Ministerio, de 1991; (vi) Garantías de Protección Social: aquellas acciones y prestaciones de acceso preferente o garantizado que, en el marco del Sistema Intersectorial de Protección Social, pueden exigir los beneficiarios ante el organismo que corresponda en cada caso, de conformidad a la ley respectiva, de tal forma de propender al desarrollo social y/ o equidad en el marco de las políticas, planes y programas establecidos.

La Ley luego regula detalladamente concerniente a las funciones y atribuciones del Ministerio de Desarrollo Social, las siguientes funciones y atribuciones; su organización y personal, y el Comité Interministerial de Desarrollo Social.

Ley 20.531, eximiendo total o parcialmente de la obligación de cotización para la salud, a los pensionados de menores ingresos. A efecto la Ley dispuso: (i) que a contar del día 1° del tercer mes siguiente a la fecha de publicación de esta ley, todas las pensiones que se encuentren percibiendo o que en el futuro perciban los beneficiarios del Sistema de Pensiones Solidarias de la Ley Nº 20.255, estarán exentas de la cotización legal del artículo 85 del decreto ley Nº 3.500, de 1980. Los beneficiarios del Sistema de Pensiones Solidarias que se encuentren exentos de la cotización legal de salud señalada en el inciso anterior y que no sean indigentes o carentes de recursos de conformidad a la legislación vigente, podrán optar por atenderse de acuerdo con la modalidad de libre elección prevista en el artículo 142 del citado Decreto con Fuerza de Ley No. 1, de 2005. Los beneficiarios de la exención que se encuentren afiliados a una Institución de Salud Previsional, mantendrán su calidad de pensionados cotizantes, para todos los efectos legales, en relación con los derechos y obligaciones que emanan del régimen de salud previsional al que se encuentren adscritos. Tratándose de afiliados y beneficiarios de las Instituciones de Salud Previsional, esta exención tampoco significará modificación alguna a los contratos de salud vigente, y (ii) a contar del día 1 del mes siguiente a los doce meses posteriores a la entrada en vigencia de la exención establecida en el inciso primero del artículo anterior, la cotización legal consagrada en el artículo 85 del decreto ley Nº 3.500, de 1980, será de 5% para los pensionados del sistema de pensiones establecido en el referido decreto ley, de la ley Nº 16.744 y de la ley Nº 19.234, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en las letras a) y c) del artículo 3º de la ley Nº 20.255 y que integren un grupo familiar perteneciente a los cuatro primeros quintiles de la población de Chile conforme al instrumento técnico de focalización señalado en el artículo 32 de la ley antes citada. Esta rebaja no será aplicable a las pensiones de los regímenes de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional y de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile. Con todo, a los pensionados que sean beneficiarios del Sistema de Pensiones Solidarias se aplicarán las normas de exención de la referida cotización contenidas en el artículo 31 de la ley Nº 20.255 y en el artículo 1º de esta ley, según corresponda.

El Instituto de Previsión Social verificará el cumplimiento de los requisitos señalados con todos los antecedentes que disponga el Sistema de Información de Datos Previsionales establecido en el artículo 56 de la ley Nº 20.255 y con los que le proporcionen los organismos públicos y privados. El Instituto de Previsión Social podrá en cualquier oportunidad revisar el cumplimiento del requisito de focalización establecido en el inciso primero y deberá poner término a la rebaja de la cotización de salud cuando el beneficiario deje de cumplirlo. El Instituto de Previsión Social informará la nómina de beneficiarios afectos a la exención establecida en el artículo 1º y la nómina de aquellos beneficiarios de la rebaja de la cotización de salud de este artículo, a las entidades pagadoras de la pensión. Dichas entidades informarán al Fondo Nacional de Salud, la nómina de sus pensionados que sean beneficiarios de la exención o rebaja de la cotización de salud.

Los beneficiarios de la exención o rebaja de la cotización de salud tendrán derecho a una bonificación de cargo fiscal, que no estará sujeta a cotización

alguna y que contribuirá al financiamiento del plan de salud contratado por el pensionado, en un monto igual a la exención o rebaja de la cotización legal del artículo 85 del decreto ley Nº 3.500, de 1980.

Ley 20.535, concediendo permiso para ausentarse del trabajo a los padres de hijos nacidos con discapacidad, debidamente inscritos en el Registro Nacional de la Discapacidad, o siendo menor de 6 años, con la determinación diagnóstica del médico tratante. Esta norma se aplicará, en iguales términos, tratándose de personas mayores de 18 años con discapacidad mental, por causa psíquica o intelectual, multidéficit o bien presenten dependencia severa. En todo caso, de la ausencia al trabajo se deberá dar aviso al empleador dentro de las 24 horas siguientes al ejercicio del derecho.

Ley 20.539, prohibiendo a los menores de 18 años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales El período durante el cual el menor de 18 años no puede trabajar de noche será de once horas consecutivas, que comprenderá, al menos, el intervalo que media entre los veintidós y las siete horas.

Ley 20.545 modificando normas sobre la protección de la maternidad e incorporando un permiso postnatal parental adicional de doce semanas una vez concluido el descanso postnatal, con derecho al pago de un subsidio calculado en la misma forma establecida para el descanso postnatal, Sin embargo, una vez completado el descanso postnatal la mujer puede decidir retornar a su empleo por media jornada, caso en el cual el permiso parental se eleva a dieciocho semanas. En tal caso el subsidio maternal se reduce al 50% de la remuneración fija establecida en el contrato de trabajo. Para hacer uso de este derecho, la mujer debe informar su decisión al empleador mediante carta certificada enviada con –a lo menos– 30 días de anticipación al término del descanso postnatal, con copia a la Inspección del Trabajo. El empleador está obligado a reincorporar a la peticionaria a menos que debido a la naturaleza del empleo y las condiciones de su desempeño, el trabajo sólo pueda ser realizado utilizando toda la jornada laboral preexistente antes del descanso prenatal. La negativa del empleador debe ser fundada e informada a la trabajadora dentro de los 3 días siguientes a la recepción de la petición, mediante carta certificada con copia a la Inspección del Trabajo. La trabajadora puede reclamar contra tal decisión ante la Inspección del Trabajo, dentro de los 3 días siguientes a haber tenido conocimiento de la comunicación del empleador. La Inspección del Trabajo decidirá la reclamación presentada.

En la Ley también se dispone que: (i) si la madre trabajadora fallece y el padre asume el cuidado personal del hijo o hija, éste adquiere el carácter de titular de la licencia y del subsidio; (ii) si la madre y el padre son trabajadores, cualquiera de ellos, a elección de la madre, podrá gozar del permiso postnatal parental, a partir de la séptima semana del mismo, por el número de semanas que ésta indique. Las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el período final del permiso y darán derecho al subsidio establecido en este artículo, calculado en base a sus remuneraciones; (iii) si el padre hace uso del permiso postnatal parental, deberá dar aviso a su empleador mediante carta certificada enviada, a lo menos, con diez días de anticipación a la fecha en que hará uso

del mencionado permiso, con copia a la Inspección del Trabajo. Copia de dicha comunicación deberá ser remitida, dentro del mismo plazo, al empleador de la trabajadora. A su vez, el empleador del padre deberá dar aviso a las entidades pagadoras del subsidio que correspondan, antes del inicio del permiso postnatal parental que aquél utilice; (iv) el subsidio derivado del permiso postnatal parental se financiará con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía, y (v) el empleador que impida el uso del permiso postnatal parental o realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible el uso del permiso establecido en los incisos precedentes, será sancionado con multa a beneficio fiscal de 14 a 150 unidades tributarias mensuales (aproximadamente USD. 1.008 a USD. 11.800). Cualquier infracción a lo dispuesto en este inciso podrá ser denunciada a la Inspección del Trabajo, entidad que también podrá proceder de oficio a este respecto.

Ley 20.595, creando el ingreso ético familiar mediante el establecimiento de bonos y transferencias condicionadas para personas y familias de pobreza extrema, y crea un subsidio al empleo de la mujer. La Ley regula muy detalladamente materias referidas al "Subsistema Seguridades y Oportunidades" (objeto, ingreso, participación y contenidos), estableciendo normas acerca de materias tales como los usuarios del Subsistema (determinando que la participación de las personas y familias en el Subsistema es compatible con la participación en otros subsistemas del Sistema Intersectorial de Protección Social, o en otros sistemas o subsistemas similares). Particular mención se hace de los mayores de 65 años que viven solos o con una persona y estar en situación de pobreza; las personas en situación de calle, y los menores de edad, cuyo adulto significativo se encuentre privado de libertad. También serán beneficiarios los cuidadores de tales menores. También se regulan los programas "eje", "de acompañamiento psicosocial" y "de acompañamiento sociolaboral." Asimismo se regulan las transferencias "monetaria base" y "monetaria condicionada", las transferencias y subsidios por "dignidad" y por "deberes", y los bonos "por logros del Subsistema".

Se establece un subsidio al empleo de las trabajadoras dependientes regidas por el Código del Trabajo y de las trabajadoras independientes, el que será de cargo fiscal. Tendrán acceso a este subsidio al empleo aquellas trabajadoras dependientes e independientes que tengan entre 25 y 60 años de edad y que pertenezcan al 40% socioeconómicamente más vulnerable de la población, así como sus respectivos empleadores. Este subsidio podrá ser percibido por cada trabajadora por cuatro años continuos. Una misma trabajadora causará hasta un máximo de veinticuatro meses de subsidio para el o los empleadores que tenga durante los años antes señalados. El Ministerio de Desarrollo Social administrará el subsidio al empleo de la mujer.

Ley 20.607, sancionando las prácticas de acoso laboral, disponiendo que "es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo. Adicionalmente, se amplía el campo

de aplicación de esta Ley a la Ley 18.834, Estatuto Administrativo y a la Ley 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Ley 20.609, estableciendo medidas contra la discriminación mediante la instauración de un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria. Al efecto: (i) dispone que corresponderá a cada uno de los órganos de la Administración del Estado, dentro del ámbito de su competencia, elaborar e implementar las políticas destinadas a garantizar a toda persona, sin discriminación arbitraria, el goce y ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos por la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; (ii) entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima, y (iii) establece la acción de no discriminación arbitraria y expresa que los directamente afectados por una acción u omisión que importe discriminación arbitraria podrán interponer la acción de no discriminación arbitraria, a su elección, ante el juez de letras de su domicilio o ante el del domicilio del responsable de dicha acción u omisión. La acción podrá interponerse por cualquier persona lesionada en su derecho a no ser objeto de discriminación arbitraria, por su representante legal o por quien tenga de hecho el cuidado personal o la educación del afectado, circunstancia esta última que deberá señalarse en la presentación. También podrá interponerse por cualquier persona a favor de quien ha sido objeto de discriminación arbitraria, cuando este último se encuentre imposibilitado de ejercerla y carezca de representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado o educación, o cuando, aun teniéndolos, éstos se encuentren también impedidos de deducirla. La acción deberá ser deducida dentro de noventa días corridos contados desde la ocurrencia de la acción u omisión discriminatoria, o desde el momento en que el afectado adquirió conocimiento cierto de ella. En ningún caso podrá ser deducida luego de un año de acontecida dicha acción u omisión. La acción se interpondrá por escrito, pudiendo, en casos urgentes, interponerse verbalmente, levantándose acta por la secretaría del tribunal competente. No se admitirá a tramitación la acción de no discriminación arbitraria

en los siguientes casos (a) cuando se ha recurrido de protección o de amparo, siempre que tales acciones hayan sido declaradas admisibles, aun cuando el recurrente se haya desistido. Tampoco se admitirá cuando se haya requerido tutela en los términos de los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, (b) cuando se impugnen los contenidos de leyes vigentes, (c) cuando se objeten sentencias emanadas de los tribunales creados por la Constitución o la ley, (d) cuando carezca de fundamento. El juez deberá decretarla por resolución fundada, (e) cuando la acción haya sido deducida fuera de plazo.

Además en la Ley se dispone que: (i) en cualquier momento del juicio, el recurrente podrá solicitar la suspensión provisional del acto reclamado, y el tribunal deberá concederla cuando, además de la apariencia de derecho, su ejecución haga inútil la acción o muy gravosa o imposible la restitución de la situación a su estado anterior. El tribunal podrá revocar la suspensión provisional del acto reclamado, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del procedimiento, cuando no se justifique la mantención de la medida; (ii) deducida la acción, el tribunal requerirá informe a la persona denunciada y a quien estime pertinente, notificándolos personalmente. Los informes deberán ser evacuados por los requeridos dentro de los diez días hábiles siguientes a la respectiva notificación. Cumplido ese plazo, el tribunal proseguirá la tramitación de la causa, conforme a los artículos siguientes, aun sin los informes requeridos; (iii) evacuados los informes, o vencido el plazo para hacerlo, el tribunal fijará una audiencia para el quinto día hábil contado desde la última notificación que de esta resolución se haga a las partes, la que se practicará por cédula. Dicha audiencia tendrá lugar con la parte que asista. Si lo hacen todas ellas, el tribunal las llamará a conciliación. Si una de las partes no asiste o si concurriendo ambas no se produce la conciliación, el tribunal, en la misma audiencia, citará a las partes a oír sentencia si no hubiere hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Si los hubiere, en la misma audiencia recibirá la causa a prueba, resolución que podrá impugnarse mediante reposición y apelación subsidiaria, la que se concederá en el solo efecto devolutivo. Estos recursos deberán deducirse dentro del tercer día hábil contado desde el término de la audiencia, (iv) recibida la causa a prueba, las partes tendrán el plazo de tres días hábiles para proponer al tribunal los medios de prueba de los cuales pretenden valerse, debiendo presentar una lista de testigos si desean utilizar la prueba testimonial. Acto seguido, el tribunal dictará una resolución fijando la fecha para la realización de la audiencia de recepción de las pruebas, que deberá tener lugar entre el quinto y el décimo quinto día hábil posterior a dicha resolución. Si tal audiencia no fuere suficiente para recibir todas las pruebas que fueren procedentes o si las partes piden su suspensión por motivos fundados o de común acuerdo, lo que podrán hacer sólo por una vez, se fijará una nueva audiencia para dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de la anterior. Finalizada la última audiencia de prueba, el tribunal deberá citar a las partes a oír sentencia. Serán admitidos todos los medios de prueba obtenidos por medios lícitos que se hubieren ofrecido oportunamente y que sean aptos para producir fe. En cuanto a los testigos, cada parte podrá presentar un máximo de dos de ellos por cada punto de prueba. No habrá testigos ni peritos inhábiles, lo que no obsta al derecho de cada parte de exponer las razones por las que, a su juicio, la respectiva declaración no debe merecer fe. El tribunal apreciará la prueba

conforme a las reglas de la sana crítica; (v) el tribunal podrá, de oficio y sólo dentro del plazo para dictar sentencia, decretar medidas para mejor resolver. La resolución que las ordene deberá ser notificada a las partes. Estas medidas deberán cumplirse dentro del plazo de quince días hábiles, contado desde la fecha de la notificación de la resolución que las disponga. Vencido este término, las medidas no cumplidas se tendrán por no decretadas y el tribunal procederá a dictar sentencia sin más trámite; (vi) el tribunal fallará dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que la causa hubiera quedado en estado de sentencia. En ella declarará si ha existido o no discriminación arbitraria y, en el primer caso, dejará sin efecto el acto discriminatorio, dispondrá que no sea reiterado u ordenará que se realice el acto omitido, fijando, en el último caso, un plazo perentorio prudencial para cumplir con lo dispuesto. Podrá también adoptar las demás providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Si hubiere existido discriminación arbitraria, el tribunal aplicará, además, una multa de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, a las personas directamente responsables del acto u omisión discriminatorio. Si la sentencia estableciere que la denuncia carece de todo fundamento, el tribunal aplicará al recurrente una multa de dos a veinte unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal; (vii) la sentencia definitiva, la resolución que declare la inadmisibilidad de la acción y las que pongan término al procedimiento o hagan imposible su prosecución serán apelables, dentro de cinco días hábiles, para ante la Corte de Apelaciones que corresponda, ante la cual no será necesario hacerse parte. Interpuesta la apelación, el tribunal elevará los autos el día hábil siguiente. La Corte de Apelaciones agregará extraordinariamente la causa a la tabla, dándole preferencia para su vista y fallo. Deberá oír los alegatos de las partes, si éstas los ofrecen por escrito hasta el día previo al de la vista de la causa, y resolverá el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quede en estado de fallo; (viii) en todo lo no previsto en este título, la sustanciación de la acción a que él se refiere se regirá por las reglas generales contenidas en los Libros II y IIII del Código de Procedimiento Civil.

Ley 20.611, modificando el Código del Trabajo en materia de protección de las remuneraciones al disponer que: "Las remuneraciones devengadas se incorporan al patrimonio del trabajador, teniéndose por no escrita cualquier cláusula que implique su devolución, reintegro o compensación por parte del trabajador al empleador, ante la ocurrencia de hechos posteriores a la oportunidad en que la remuneración se devengó, salvo que dichos hechos posteriores se originen en el incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo. Con todo, se podrán pactar premios o bonos por hechos futuros, tales como la permanencia durante un tiempo determinado del cliente que ha contratado un servicio o producto a la empresa o bien la puntualidad del mismo en los pagos del referido servicio u otros, siempre que la ocurrencia de estos hechos dependa del cumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones contenidas en su contrato de trabajo. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, y conforme a lo señalado en los incisos precedentes, las liquidaciones de remuneraciones deberán contener en un anexo, que constituye parte integrante de las mismas, los montos de cada comisión, bono, premio u otro incentivo que recibe el trabajador, junto al detalle

de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo. El empleador no podrá condicionar la contratación de un trabajador, su permanencia, la renovación de su contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la suscripción de instrumentos representativos de obligaciones, tales como pagarés en cualquiera de sus formas, letras de cambios o compromisos de pago de cualquier naturaleza, para responder de remuneraciones ya devengadas. En caso que la remuneración del trabajador se componga total o parcialmente de comisiones e independientemente de las condiciones de pago que la empresa pacte con el cliente, aquéllas se entenderán devengadas y deberán ser liquidadas y pagadas conjuntamente con las demás remuneraciones ordinarias del período en que se efectuaron las operaciones u ocurrieron los hechos que les dieron origen, salvo que, por razones técnicas ello no sea posible, caso en el cual deberán ser liquidadas y pagadas conjuntamente con las remuneraciones del mes siguiente. La cláusula que difiera el pago de comisiones al trabajador, infringiendo los límites establecidos en este artículo, se tendrá por no escrita.

Ley 20.613, aclarando que la remuneración íntegra durante el feriado deberá incluir la remuneración en dinero por los días domingo y festivos del trabajador remunerado exclusivamente por día, o por el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables.

Ley 20.647, permitiendo la incorporación del personal de establecimientos municipales de salud a las prestaciones de bienestar y autorizando la constitución de servicios de bienestar separados por entidad administrativa

Ley 20.665, otorgando, por una sola vez, un bono solidario a familias de menores ingresos.

Ley 20.684, estableciendo que el finiquito deberá ser otorgado por el empleador y puesto su pago a disposición del trabajador dentro de diez hábiles, contados desde la separación del trabajador. Las partes podrán pactar el pago en cuotas.

Ley 20.691, creando la Intendencia de Seguridad y Salud en el Trabajo y fortaleciendo las funciones de la Superintendencia de Seguridad Social.

Quinta Parte: Las tres reformas más importantes habidas entre los años 2000 y 2013

Sin duda, en los primeros trece años del siglo XXI las tres reformas más importantes y trascendentes son las contenidas en las leyes números 19.759 de 2001 y 20.087 de 2006, cuyos contenidos esenciales ya han sido brevemente mencionadas en esta monografía. En primer lugar presentamos las grandes reformas laborales aprobadas en el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, en 2001 y 2006. En segundo lugar presentamos un análisis sinóptico de la importante reforma a la previsión y seguridad social aprobada en el primer Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria, en 2008.

A. Las importantes reformas laborales aprobadas en el Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar

Ya cumplidos diez años desde el inicio de la transición democrática, entendiéndose superada la etapa del pacto de gobernabilidad entre la coalición gobernante y las fuerzas de oposición vinculadas mayormente al antiguo régimen, que se expresaba a través de la política de los acuerdos principalmente en sede legislativa, determinado ello además por el sistema electoral binominal que fijó un empate de la representación parlamentaria entre ambos bandos, es que comenzó con el gobierno del Presidente Lagos Escobar una nueva etapa, tanto en lo político como en lo económico. Se trataba de dar pasos adelante en las transformaciones que se estimaba el país requería. Las diversas leyes laborales aprobadas en el primer decenio desde 1990 habían significado avances desde que derogaban o modificaban aquella legislación que despertaba mayores resistencias, pero que no habían provocado un cambio en el modelo de relaciones laborales, ni menos, avanzado en otros temas que también aparecían como prioritarios.

Se trataba entonces de impulsar iniciativas que tenían por objeto darle un nuevo impulso al desarrollo económico, social y político, lo que llevaba a diversos frentes. Uno de ellos –prioritario para el gobierno– la inserción internacional de Chile, lo que exigía una carta de presentación en diversos temas, considerando los antecedentes negativos que dejaban los diecisiete años de dictadura. Los avances en materia de derechos humanos, la reinstalación de una institucionalidad que permitía el ejercicio de las libertades, y también la estabilidad política y económica de los gobiernos democráticos, hacían posible ese salto. Por lo mismo es que debían entonces asumirse diversos desafíos legislativos que apoyarían esa política de Estado.

Es así como apenas iniciado el gobierno de Lagos, se trazaron los objetivos legislativos fundamentales que acompañarían a aquellos otros procesos ya definidos como centrales en la obra del gobierno. Muy relevante sería en la época, la negociación del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de Norteamérica, que se proyectaba también hacia una nueva institucionalidad económica en la región a través del ALCA, proceso que no alcanzó a iniciarse dados los cambios políticos habidos en algunos de los países de la América del Sur. Se concluyó el tratado con su firma y aplicación, aunque el gobierno de Chile persistió en la suscripción de tratados bilaterales con los diversos países de la región y también en otros continentes, como también, acuerdos de ese tipo con la Unión Europea.

En la perspectiva anotada, surgían a lo menos tres áreas temáticas objeto de una nueva regulación, desde el derecho sustantivo, y una muy principal, desde el derecho adjetivo.

Entre las primeras, el ajuste de la legislación sindical a los convenios básicos de libertad sindical ratificados por el Parlamento en los años 1999 y 2000; la declaración de la plena vigencia de los derechos fundamentales en el puesto de trabajo, que importaban un límite a las facultades empresariales de dirección; y, el reconocimiento de las nuevas formas de contratación, incluidas algunas de las manifestaciones de descentralización empresarial.

Ello unido a un razonamiento elemental: no se ganaba nada con avanzar en los derechos si éstos no se podían ejercer adecuadamente, a través de los medios que el Estado debía proporcionar, fundamentalmente a través de procedimientos judiciales que hicieran posible la efectiva vigencia del derecho, atendiendo además al dato de realidad de que la administración de justicia laboral se había transformado en casi una denegación de justicia, pues la excesiva duración de los procesos y lo engorroso de los procedimientos, dificultaban el acceso de los ciudadanos (trabajadores) al tribunal.

Estos serían los ejes de las principales modificaciones de la primera década del dos mil.

Los preparativos (fallidos) del proyecto de ley de 2000

Durante la dictadura, desde luego, no había posibilidad alguna de diálogo social. Desde los primeros momentos del golpe de estado en 1973, quedó en claro que los sindicatos y el movimiento social serían objeto de una abierta persecución, lo que llevó a condenas al régimen de los organismos internacionales, de las organizaciones de derechos humanos, y también, de diversos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, incluida una comisión de investigación de por medio, en el año 1975.

Si bien en los años 1989 y 1990, esto es, por iniciarse o recién instalado el nuevo gobierno, se habían desplegado diversas iniciativas destinadas a promover relaciones entre los representantes de las principales organizaciones sindicales y empresariales, lo cierto es que, más bien como producto del esfuerzo de los líderes de ambas organizaciones que una decidida voluntad de generar vínculos y acuerdos, es que se firmaron en el último de esos años, unos acuerdos bi y tripartitos que sin embargo, tuvieron un profundo impacto político. Las organizaciones sindicales privilegiaban la estabilidad democrática antes que las reivindicaciones históricas de la llamada "deuda social acumulada".

No existía una tradición de diálogo y de acuerdos sociales. Pese a ello, el gobierno de Lagos convocó a los principales actores sociales a mesas tripartitas destinadas a reformular la legislación laboral, adecuándola a la realidad del siglo presente, frente a un modelo que seguía –con menor tutela normativa provocada por el proceso de flexibilización laboral impuesto durante la dictadura– un modelo contractual y de relaciones laborales propio de comienzos del siglo XX. Se trataba de promover "la legislación contratada", a partir de los acuerdos de los propios actores sociales. Sin embargo, ello no se obtuvo, cada uno de los actores se mantuvo rígido en sus posiciones, de modo que finalmente el gobierno presentó el proyecto de ley dirigido principalmente en esas tres áreas[2] – libertad sindical, derechos fundamentales y nuevas formas de contratación–, sometiéndola a la aprobación parlamentaria, y sin perjuicio de que ciertas materias como la negociación colectiva, sabiéndose con pocas posibilidades de aprobación dada la composición del parlamento, quedaban abiertas al trámite

[2] No obstante, la ley 19.759 contiene una serie de otras modificaciones legales, algunas de suma importancia como la disminución de los límites de la jornada semanal de 48 a 45 horas y los recargos con que incrementan las indemnizaciones legales por término de contrato en caso de despido injustificado.

legislativo al haberse anunciado en el mensaje con que el Presidente de la República acompañó el proyecto.

I. Libertad sindical

1. La libertad sindical en la ley 19.759

Los antecedentes resultaban claves a la hora de dar los pasos legislativos siguientes a comienzos del dos mil. Durante una década y media no sólo se había instalado un régimen de fuerza que violaba sistemáticamente los derechos humanos, sino además, utilizaba el poder total para imponer un modelo político y económico que denegaba el ejercicio de los derechos sociales y por cierto, sindicales. En la legislación de 1979[3], la dictadura impuso un modelo sindical descentralizado, extremadamente regulado y que reducía los derechos del conflicto. Consagraba la negociación individual de las condiciones de empleo como un derecho irrenunciable del trabajador, radicaba la negociación colectiva exclusivamente en la empresa, y limitaba el ejercicio a los derechos del conflicto al extremo que llegado el sexagésimo día de huelga, se entendía que los trabajadores renunciaban al empleo.

La legislación sindical de 1991 –recién reinstaurada la institucionalidad enmarcada por los "amarres institucionales"[4]– modificó aquellos aspectos más resistidos del modelo sindical vigente, dejando pendiente otras materias no menos importantes, incluida la discusión acerca del modelo sindical mismo, cuestión esta que sigue sin darse, al momento presente[5]. Esa ley 19.069 fue aprobada sobre la base de acuerdos políticos en el Parlamento.

En los años 1999 y 2000, a la vez que fracasaba una reforma al modelo sindical por la composición de fuerzas en el Parlamento, se ratificaron sin embargo, los convenios básicos de libertad sindical contenidos en los convenios 87, 98 y 135, así como el convenio 150. Esto tuvo consecuencias, pues a la vez que la sala laboral de la Corte Suprema acogía la aplicación del principio en el derecho interno a través de fallos de casación que lo expresaban, se hacía también necesario el ajuste de las normas del Código del Trabajo a la nueva realidad normativa.

2. La promoción y vigencia de la libertad sindical en sus aspectos orgánicos

Las propuestas en materia sindical tenían entonces por objeto, de una parte, "limpiar" el código de aquellas disposiciones que contrariaban la libertad sindical sobre la base de los pronunciamientos de los órganos de control de la

[3] Se trató de un conjunto de leyes dictadas en julio de ese año que dispusieron las normas aplicables al derecho sindical, previa modificación de las normas constitucionales aplicables.

[4] Hasta el último día la dictadura dictó leyes en diversas materias, algunas sujetas a quorum calificado, lo que hacía difícil obtenerlos, atendida la composición del Parlamento, sujeto a régimen electoral binominal que consagraba un empate político entre la coalición que apoyaba al nuevo gobierno y la oposición, que se identificaba con el régimen saliente.

[5] Un proyecto de ley recientemente presentado al Parlamento contiene una serie de modificaciones a la negociación colectiva y la huelga, pero no considera un cambio al modelo sindical aunque corrige una serie de restricciones especialmente en las normas aplicables a la huelga.

Organización Internacional del Trabajo, de otra, promover la sindicalización a través de normas que contribuyeran a aumentar las tasas de sindicalización y también de acción colectiva.

En las primeras de esas modificaciones, la disminución sustancial de los quorum de constitución de sindicatos, la eliminación de los requisitos para ser elegido director sindical, la ampliación de la representación sindical y de los fueros, incluyéndose también una norma que protege a los trabajadores en forma retroactiva, al constituirse el sindicato. Asimismo, se consagró el despido antisindical cuando se trata de trabajadores no aforados y que son despedidos por su actividad sindical o su participación en las negociaciones colectivas, debiendo declararse la nulidad del despido en su caso, pudiendo el trabajador afectado optar entre la reincorporación y una indemnización adicional a la del despido. De otra parte, se modificaron asimismo normas que aumentaban la tutela de la libertad sindical a través de las disposiciones sancionatorias de las conductas antisindicales y de las prácticas desleales de la negociación colectiva, disponiéndose además, la publicación de la nómina de infractores por la Dirección del Trabajo, norma ésta que se complementa con aquella otra contenida en la ley 19886 que prohíbe la contratación pública de las empresas sancionadas, esto es, realizar cualquier operación con el Estado.

En el ámbito de la promoción de la libertad sindical, se estableció una norma que permite que el sindicato de empresa en las empresas medianas y grandes se constituya con sólo 8 trabajadores, debiendo completarse el quorum exigido en la ley dentro del año, bajo apercibimiento de caducidad de su personalidad jurídica si ello no se cumple[6]. Asimismo se amplió la representación de los delegados del sindicato interempresa, reforzándose la acción colectiva en la empresa dentro de una organización sindical mayor.

En la negociación colectiva se restringió la participación de los grupos de trabajadores en las negociaciones, estableciéndose una modalidad intermedia[7] de manera que les queda prohibido hacerlo bajo la modalidad autorregulada[8], que se estimaba había hecho posible negociaciones simuladas que afectaban la posibilidad de constituir sindicatos o a la misma negociación colectiva. También se incorporó una forma especial de solución del conflicto colectivo que se denominó "buenos oficios" y que votada la huelga, permite que a petición de cualquiera de las partes o de ambas, se lleve a cabo una conciliación ante la Inspección del Trabajo, que ha sido muy exitosa en la experiencia negocial entre 2001 y 1014.

---

[6] La norma permanente exige que concurran 25 o más trabajadores que reúnan a lo menos el 10% de los trabajadores de la empresa.

[7] Se trata de la modalidad semirreglada, que obliga a una serie de formalidades para que el proceso concluya en un convenio colectivo,

[8] No sujeta a norma legal alguna, a diferencia de la modalidad reglada que es la que habilita a la huelga y otorga fuero a los trabajadores que participan en ella.

II. Derechos Fundamentales

1. La irrupción de los derechos fundamentales en el derecho laboral chileno

Junto con las normas de libertad sindical, se modificó el artículo quinto del Código del Trabajo disponiéndose que el ejercicio del poder de dirección del empleador no puede afectar ni vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores tales como el honor, la privacidad o la intimidad. Se trataba de hacer expreso en el ámbito de la legislación del trabajo que las normas constitucionales que reconocen derechos y garantías a los trabajadores como ciudadanos, no se detenían a la entrada de la fábrica y que las normas constitucionales tienen aplicación directa de modo que ellas son exigibles desde sus titulares. Se trataba de una modificación cualitativa en el derecho chileno puesto que vinculaba el ejercicio de los derechos en la relación de empleo directamente con la Constitución. En paralelo, se avanzaba en la modificación de las normas laborales procesales que en definitiva incorporarían un procedimiento especial de tutela de los derechos constitucionales de los trabajadores.

Pareciera innecesario hacer mención a la jerarquía normativa y de qué modo debe aplicarse la norma superior; el hecho está en que la percepción de los ciudadanos y probablemente desde las instituciones del poder público, la Constitución declaraba los derechos y cuando de eso se trataba, bastaba con la interposición de un recurso extraordinario y cautelar de carácter general ante las cortes de apelaciones[9], que buscaba entonces el amparo jurisdiccional para el cese de la conducta constitucionalmente lesiva. No obstante, se exceptuaba del ejercicio de dicho recurso aquellas cuestiones derivadas de la negociación colectiva y otros derechos y garantías constitucionales. En rigor, no eran muchos los deducidos respecto de los derechos laborales constitucionales, lo que afirmaba a su vez la lejanía de la justicia del ejercicio efectivo de los derechos que se expresaba dramáticamente en el deficiente sistema de justicia laboral.

Sería ésa una norma que alteraría profundamente la práctica de las relaciones laborales en las empresas. Desde luego, porque no obstante una cierta cultura legalista general de los ciudadanos, pesa también en las relaciones sociales y desde luego en las laborales, la marca de las experiencias políticas de contenido autoritario y desde luego, el efecto que provoca en las distintas capas sociales las diferencias que provienen de las desigualdades sociales. La aplicación directa de la Constitución ha marcado un nuevo contenido de la regulación laboral en la perspectiva de la sociedad democrática, que se advierte en la posterior aplicación de las normas adjetivas de tutela de los derechos fundamentales.

[9] Se trata del recurso de protección establecido en el Acta Constitucional de 1976.

III. Las nuevas formas de contratación

1. La nueva tipología contractual

La evolución del derecho individual del trabajo daba cuenta de que la legislación laboral había experimentado modificaciones de orden cuantitativas en el marco de la tutela normativa pero no, de aquellas necesarias para ajustar las normas a las nuevas realidades que la economía y los cambios tecnológicos planteaban. Se trataba de la misma matriz contenida en la tipología contractual del Código del Trabajo de 1931 que a su vez correspondía al modo de producción de fines de siglo XIX y comienzos del XX.

El efecto expansivo de la legislación a nuevos derechos y nuevos sujetos durante el Siglo XX, incluidas las importantes modificaciones de fines de los años sesenta[10], se detuvo a contar del golpe de estado de 1973, primero a través de derogaciones parciales, después a través de la modificación orgánica del derecho individual por el D. L. 2200 de 1978 y la ley 18018 de 1981, ésta última al inicio de una profunda crisis económica que se extendería por unos cinco años. El mencionado decreto ley fue de contenido flexibilizador, disminuyéndose la tutela normativa en prácticamente todos los institutos del derecho individual. Esas modificaciones legales impuestas sin contrapeso solo disminuyeron los derechos laborales.

De ahí la necesidad de modificar la tipología contractual típica, asumiendo las nuevas realidades que el modo de producción planteaba a comienzos del dos mil. Desde luego con una definición del trabajo a domicilio que se reincorporaba al ámbito normativo del Código del Trabajo, luego de haberse instalado en el ámbito de las relaciones civiles en las leyes flexibilizadoras y posteriormente, quedando a la aplicación de la presunción de no laboralidad de una ley de 1993. Culminaba entonces el régimen legal a esos trabajadores, el recorrido que le situaba en los extramuros del Código del Trabajo y después, al amparo del pacto individual.

También sería de interés reconocer el efecto que las nuevas tecnologías provocaban en las relaciones laborales, para lo cual se recurrió a una norma de la jornada de trabajo, en cuanto quedaban exceptuados de la limitación de jornada los trabajadores que prestaren sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones. Tal norma les colocaba en la calidad de trabajadores dependientes, afectos al código laboral.

Sin embargo, la propuesta principal en este ámbito fue la regulación de la subcontratación y de la contratación de servicios transitorios o suministro de mano de obra, que a esa fecha, quedaba regulada bajo la norma que sancionaba la responsabilidad subsidiaria. Se hacía necesaria una nueva regulación, y atendida su complejidad y particularmente las resistencias a las normas

[10] Entre las leyes dictadas entre 1964 y 1970, aquella que consagra el régimen de estabilidad relativa en el empleo, la ley de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la ley de medicina curativa y la de sindicalización campesina, emblemáticas todas en materia de derechos sociales.

propuestas[11], se optó por tramitarlas separadamente del proyecto principal. El tiempo daría la razón a esa decisión, pues sólo se aprobó el proyecto cinco años después bajo la ley 20123 de 2006.

Curiosamente, los antecedentes de esta legislación dan cuenta que el principal problema desde lo jurídico no lo representaba tanto la subcontratación sino las formas en las que se suministraba personal a las empresas, que carente de legislación (laboral) aplicable, se sometía a las normas del arrendamiento de servicios del Código Civil, con lo que un número importante de trabajadores quedaba sin tutela normativa, y principalmente al margen de los beneficios propios de la seguridad social. Para ello y con la conducción de la acción de la Dirección del Trabajo, se fue preparando el camino para su regulación normativa desde el derecho del trabajo.

IV. Descentralización empresarial y tutela de derechos

1. El trabajo en régimen de subcontratación

Una antigua legislación que se aplicaba a la Gran Minería del Cobre contenía normas restrictivas a la subcontratación, admitiéndola sólo en aquellas labores que el dueño de la obra no pudiere asumir por sí, normas ésas que fueron derogadas en 1979, consagrándose a cambio, las normas sobre responsabilidad subsidiaria en el caso de tratarse de esas figuras triangulares de prestación de los servicios de los trabajadores.

A partir de los años 90 se constata un aumento en la utilización de la subcontratación, como recurso organizativo de la empresa, sujetándose en su régimen jurídico a la norma de responsabilidad contenida en el derogado artículo 64 del Código del Trabajo. Su aplicación sin embargo no era pacífica, atendida la composición de la sala de casación que conocía de estas materias, en la que dependía básicamente de la doctrina de los integrantes de la misma, la doctrina que se consagraba en el fallo. Era principalmente el sentido que se le daba a la expresión "obligaciones laborales y previsionales" lo que causaba la disparidad jurisprudencial, pues unos consideraban que debía entenderse restrictivamente y que obligaba sólo respecto de las obligaciones básicas que emanaban del contrato de trabajo, otros consideraban que se trataba de una norma amplia, que consideraba todo tipo de obligaciones legales o contractuales, y sin límite alguno. De ello se derivaba la aplicación de las normas del despido y en concreto, la procedencia de las indemnizaciones legales por término del contrato.

La ley –como ya se señaló– fue de difícil tramitación, principalmente por las resistencias expresadas en el Parlamento y sólo concluyó cuando se logró un acuerdo entre las distintas fuerzas políticas con un costo no menor, en la efectiva aplicación de las normas aprobadas[12].

[11] No solo de parlamentarios de la oposición. La lectura de la historia de la ley da cuenta también de las objeciones de parlamentarios adscritos a la coalición de gobierno.

[12] El acuerdo político llevó a la utilización del veto aditivo por la Presidente de la República por el que se establecieron diversas restricciones al texto ya aprobado en el Parlamento.

Para los efectos de la aplicación de sus normas, se debe entender que hay subcontratación cuando en virtud de un acuerdo, el dueño de la obra cuenta con la colaboración de un tercero quien por su cuenta y riesgo y con trabajadores de su dependencia, ejecuta las obras o presta los servicios que se le encomiendan, salvo cuando ésos se prestan en forma discontinua o esporádica[13]. La ley establece que si los servicios se prestan sin sujeción a lo dispuesto en el artículo 183-A del Código del Trabajo, se entiende que el empleador es el dueño de la obra.

Asimismo, dispone que el dueño de la obra es responsable solidario del incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales incluyéndose en ellas las indemnizaciones legales por término de contrato, y que ésa es subsidiaria cuando ha ejercido el derecho a la información, el de retención o bien cuando paga por subrogación. El primero de ésos dice relación con el control que ejerce previo a los pagos que le debe hacer al contratista. Esta es una responsabilidad en cascada, esto es, alcanza a los contratistas y a los subcontratistas, pero jurisprudencialmente se ha limitado a la capacidad de control que pueda tener el dueño de la obra y aún, el contratista respecto del subcontratista. Del mismo modo, se ha limitado legalmente al período en el que las partes han estado vinculadas en virtud de la subcontratación.

2. El suministro de mano de obra

Se trata de aquellos casos en los que la usuaria contrata con la empresa de servicios transitorios, para que se pongan a su disposición trabajadores debidamente individualizados, para una obra específica en concordancia con los casos y plazos en los que la ley lo admite. Se trata de una situación muy regulada en la ley tanto en lo que dice relación con la prestación de los servicios de parte del trabajador, como de la empresa que los pone a disposición, aunque en este caso, hay un traslado del poder de dirección desde el empleador a la usuaria.

Los casos en los que resulta posible pactar los servicios transitorios están expresamente establecidos en el artículo 183-Ñ del Código del Trabajo y refieren a la 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; a eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza; a 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; al período de inicio de actividades en empresas nuevas; a aumentos ocasionales, periódicos o no, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; y trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria, todo ello con plazos expresamente establecidos en el código.

[13] La excepción fue agregada en virtud del señalado acuerdo político.

La ley establece además los casos en los que bajo ninguna circunstancia corresponde su contratación y señala los que sirvan para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados; para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva; o para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios.

También, como en la subcontratación, se ha dispuesto aquellos casos en los que se tiene a la usuaria como empleador, los que dicen relación con incumplimientos a exigencias corporativas como a infracciones a las normas que regulan el suministro, como es el caso de contratar con empresas de servicios transitorios no registradas o la no celebración del contrato de puesta a disposición, excederse en los plazos máximos establecidos para el servicio transitorio o cuando no se ajusta a la causal que lo justifica, cuando ellos se prestan en algunas de las hipótesis en las que la ley expresamente lo prohíbe, o bien cuando ellos encubren una relación de trabajo permanente.

V. La nueva justicia laboral

1. La reforma procesal laboral y previsional

Ya se ha señalado la necesidad a comienzos del dos mil de iniciar las reformas al derecho sustantivo, y en paralelo las relativas a la justicia del trabajo, en vista además, de la inserción del Estado de Chile en la economía internacional mediante la suscripción de tratados de libre comercio que consideraban también los aspectos relativos al trabajo[14]. Se debe hacer mención a la acción de los abogados laboralistas, que demandaban una modificación sustancial al juicio y tribunales del trabajo. Coetáneamente se realizó una investigación empírica del juicio del trabajo en dos juzgados de letras del trabajo de Santiago.

Con esos antecedentes el gobierno del Presidente Lagos convocó a académicos, jueces, abogados litigantes y representantes de los servicios públicos para que elaboraran un proyecto de reforma judicial laboral, tarea que se desarrolló durante dos años. El Foro de la Reforma Procesal Laboral y Previsional finalmente presentó al gobierno un articulado de modificaciones que después se sometió al Parlamento. Una vez concluida su tramitación, se dictaron tres leyes[15], que se pusieron en vigencia en forma gradual comenzando por las jurisdicciones de menor población. No obstante, una vez promulgada la ley 20087, se sometió su texto a una revisión por una comisión más reducida a la que concurrieron además, jueces de la nueva judicatura laboral, presentándose después el proyecto de modificación legal que concluyó con la aprobación de la ley 20260.

---

[14] El tratado de libre comercio con los Estados Unidos en el capítulo laboral afirma la vigencia de los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1998 a la vez que refiere a la necesidad de contar con mecanismos judiciales y administrativos expeditos en la tutela de los derechos laborales.

[15] La ley 20.022 que regulaba aspectos orgánicos adaptando el modelo de tribunal de la exitosa reforma procesal penal, la ley 20.023 que modifica el juicio ejecutivo de cobranza previsional y, la ley 20087 que consagra el nuevo modelo de juicio laboral.

2. El nuevo juicio del trabajo

Corresponde a lo que se conoce como un modelo judicial cognoscitivo que refiere básicamente a un juicio de hecho en el que un juez activo contrasta los enunciados fácticos con la prueba, con el objeto de llegar a la verdad posible mediante la decisión racional y justificada. Esto ha llevado a la elevación del principio de inmediación en el proceso que vincula al juez con lo discutido y los hechos a probar, mediante el conocimiento directo de la prueba. Importa sobre todo la fase de descubrimiento de los hechos y la justificación del juez en las conclusiones a las que llega.

Esto ha significado elevar los estándares de juicio, tanto de los litigantes como del propio juez. La presencia ineludible del juez que conoce de la controversia y de la prueba, importa para los litigantes, determinar con precisión el objeto del juicio, en términos de que sus enunciados de hecho tengan el sustento probatorio que permita la convicción del tribunal en lo discutido. Se trata de una diferencia sustancial con el antiguo juicio.

Se han consagrado cuatro tipos de procedimientos, aunque en rigor pueden restringirse a dos principales, el de carácter general compuesto por dos audiencias, una preparatoria y la otra de juicio propiamente tal, determinadas por el objeto asignado a cada una, y el otro, el procedimiento monitorio para las causas de menor cuantía, en el que invierte el contradictorio. Lo que ocurre es que además se ha establecido el procedimiento de tutela de derechos y que corresponde al que tiene por finalidad conocer de aquellas denuncias por vulneración de derechos fundamentales y también el que se utiliza para reclamar de las resoluciones administrativas. El primero se rige por el procedimiento general aunque tiene también normas especiales que son determinantes, atendida la naturaleza del juicio. El segundo se rige por el procedimiento general a menos que se trate de multas de baja cuantía o que se dirija en contra de resoluciones que no recaen sobre administrativas, en cuyo caso se somete a las normas del procedimiento monitorio.

3. La tutela de derechos

Interesa especialmente el procedimiento de tutela de derechos, que procede cuando durante la relación laboral o con motivo del despido, se afectan los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4° en lo relativo al honor, 5° en lo que dice relación con la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6° inciso primero en cuanto a la libertad de conciencia, 12°, inciso primero sobre la libertad de opinión, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. También se aplica este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios y las conductas que atentan contra la libertad sindical y las prácticas desleales de la

negociación colectiva. Se entiende que esos derechos y garantías resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le 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 entienden 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 denunciado debe explicar los fundamentos y proporcionalidad de las medidas que ha adoptado en el ejercicio del poder de dirección, cuando se estima que existen indicios de haberse vulnerado alguno de esos derechos o garantías, debiendo el tribunal pronunciarse conforme a la prueba, declarando si ha habido o no lesión de derechos fundamentales y en su caso, debe decretar el cese inmediato de la conducta antijurídica y decretar las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales.

4. El sistema de recursos

En materia recursiva, se consagró el recurso de nulidad que procede por cuestiones de fondo o de forma, y que admite en su caso la invalidación del juicio y de la sentencia o solo de la sentencia. En el primer caso, principalmente cuando se vulneran las normas del debido proceso u otras causales formales, en el segundo, especialmente cuando se ha dictado el fallo con infracción a las reglas de la sana crítica. Se diferencia de la nulidad del juicio oral penal en que en éste lo que se resuelve en su caso de haberse incurrido en algunas de las causales de invalidación, es que en éste se anula el juicio y deben someterse los imputados a nuevo juicio. En los comienzos, algunas críticas se esbozaron al haberse eliminado el antiguo recurso de apelación, pero, en rigor, este recurso es incompatible con el nuevo modelo de juicio.

Contra la sentencia que se dicta, procede extraordinariamente el recurso de unificación de jurisprudencia por el que contrastada la decisión que recae sobre la materia de derecho objeto del juicio, se le pide a la Corte Suprema que declare que la interpretación en la sentencia de contraste que se acompaña al recurso, es la que se ajusta a derecho. Tiene por objeto la uniformidad del derecho y la igualdad ante la ley. Para su admisibilidad, el recurso debe cumplir con una serie de requisitos, que en muchos casos no se cumplen.

5. La reforma laboral procesal ha sido exitosa

Es evidente que las diferencias con el antiguo juicio del trabajo son enormes.

Desde luego por sus resultados, con la disminución sustancial de los tiempos de juicio, principalmente en el caso del juicio monitorio. Ello ha significado la revalorización de la justicia del trabajo y por cierto, el regreso de los ciudadanos al tribunal. Pero además, la elevación de los estándares de juicio ha significado también, que con tribunales y procedimientos que funcionan, permiten la efectiva vigencia del derecho. Se legitiman las instituciones y también el derecho.

Cabe señalar críticamente la justicia de ejecución como una cuestión pendiente, pues se incurrió en error al no haberse provocado en la reforma una modificación sustancial abandonando las antiguas normas del Código de Procedimiento Civil.

B. La importante reforma a la previsión y seguridad social aprobada en el primer Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria

La principal reforma contenida en la Ley 20.255 consiste en la creación de un sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez, constituido por pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez y por aportes previsionales solidarios de vejez e invalidez, incorporando al sistema chileno de pensiones el llamado "pilar solidario."

También de gran importancia son todas las demás reformas que esa Ley estableció en el sistema previsional chileno. En los párrafos siguientes presentamos, en forma muy resumida, los contenidos normativos básicos de las reformas habidas respecto de: (i) el sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez; (ii) la institucionalidad pública para el sistema de previsión social; (iii) las normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes; (iv) incentivos para la incorporación de afiliados jóvenes; (v) afiliación de trabajadores independientes, (vi) afiliación voluntaria; (vii) pilar voluntario individual y colectivo; (viii) modificaciones en el régimen de capitalización individual; (ix) cambios en el régimen contributivo; (x) servicios de asesoramiento previsional; (xi) funcionamiento de la AFP; (xii) competitividad, y (xiii) sistema de inversiones.

I. El Sistema de Pensiones Solidarias de Vejez e Invalidez

En su Título I la Ley 20.255 establece el sistema de pensiones solidarias de vejez e invalidez, no contributivo y complementario del sistema contributivo de pensiones establecido por el Decreto-Ley 3.500, de 1980, el que será financiado con recursos del Estado. Este sistema solidario otorga pensiones básicas solidarias y aportes previsionales solidarios de vejez y de invalidez.

1. Pensión básica solidaria de vejez (PBSV).

Pensión básica solidaria de vejez es aquella a la que pueden acceder las personas que no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional y que:(i) han cumplido sesenta y cinco años de edad;(ii) integran un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población de Chile, y (iii) acreditan residencia en el territorio de la República de Chile por un lapso no inferior a veinte años continuos o discontinuos, contados desde que el peticionario haya cumplido veinte años de edad; y, en todo caso, por un lapso no inferior a cuatro años de residencia en los últimos cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud para acogerse a los beneficios de este Título.

Se entenderá que componen un grupo familiar el eventual beneficiario y las personas que tengan respecto de aquél las siguientes calidades:(i) su

cónyuge;(ii) sus hijos menores de dieciocho años de edad, y (iii) sus hijos mayores de dicha edad, pero menores de veinticuatro años, que sean estudiantes de cursos regulares de enseñanza básica, media, técnica o superior.

El eventual beneficiario podrá solicitar que sean considerados en su grupo familiar las personas que tengan respecto de aquél las siguientes calidades, siempre que compartan con éste el presupuesto familiar: (i) la madre o el padre de sus hijos, no comprendidos en la letra a) del inciso precedente, y (ii) sus hijos inválidos, mayores de dieciocho años y menores de sesenta y cinco, y sus padres mayores de sesenta y cinco años, en ambos casos cuando no puedan acceder a los beneficios del sistema solidario por no cumplir con el correspondiente requisito de residencia.

Se considerará como lapso de residencia en el país el tiempo en que los chilenos deban permanecer en el extranjero por motivo del cumplimiento de misiones diplomáticas, representaciones consulares y demás funciones oficiales de Chile. Asimismo, para las personas comprendidas en la definición de exiliados, contenida en la letra a) del artículo 2° de la ley N° 18.994, que hubiesen sido registradas como tales por la Oficina Nacional de Retorno, se considerará como lapso de residencia en el país el tiempo en que permanecieron por esa causa en el extranjero. Para tal efecto, el Ministerio de Justicia extenderá la certificación correspondiente respecto de quienes cumplan con dicha calidad, en la forma que determine el Reglamento.

Para acceder a la pensión básica solidaria de vejez, las personas deberán presentar la correspondiente solicitud en el Instituto de Previsión Social, a partir del cumplimiento de la edad señalada en la Ley.

El monto de la pensión básica solidaria de vejez fue, a contar del 1 de julio de 2009, de $75.000 (USD. 167 aproximadamente). Se reajustará automáticamente en el cien por ciento de la variación que experimente el Índice de Precios al Consumidor determinado por el Instituto Nacional de Estadísticas, entre el mes anterior al último reajuste concedido y el mes en que dicha variación alcance o supere el diez por ciento. Con todo, si transcurren doce meses desde el último reajuste sin que la variación del referido índice alcance el diez por ciento, ella se reajustará en el porcentaje de variación que aquél hubiere experimentado en dicho período, en cuyo caso este último reajuste sustituirá al anteriormente indicado. El nuevo reajuste que corresponde aplicar, regirá a contar del primer día del mes siguiente a aquel en que se alcance la citada variación o se cumpla el periodo señalado, según el caso.

2. Aporte previsional solidario de vejez (APSV)

Serán beneficiarias del aporte previsional solidario de vejez, las personas que sólo tengan derecho a una o más pensiones regidas por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, siempre que cumplan los requisitos para acceder a la PBSV y que el monto de su pensión base sea inferior al valor de la pensión máxima con aporte solidario. También son beneficiarias las personas que tengan derecho a una pensión de sobrevivencia conforme a lo dispuesto en la ley N°16.744, sobre el seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Para los beneficiarios cuya pensión base sea de un valor inferior o igual a la pensión básica solidaria de vejez, el monto del aporte previsional solidario de vejez ascenderá a la cantidad que resulte de restar de la pensión final, la pensión o suma de pensiones que perciba de conformidad al decreto ley N° 3.500, de 1980.

Para los beneficiarios cuya pensión base sea de un valor superior a la pensión básica solidaria de vejez pero inferior a la pensión máxima con aporte solidario, el monto del aporte previsional solidario de vejez se determinará según se encuentre en alguna de las situaciones siguientes: (i) si percibe una pensión bajo la modalidad de renta vitalicia de acuerdo al decreto ley N° 3.500, de 1980, el monto del referido aporte ascenderá al valor del complemento solidario, o (ii) si percibe una pensión bajo la modalidad de retiro programado de acuerdo al decreto ley N° 3.500, de 1980, el valor del aporte previsional solidario de vejez ascenderá al monto del complemento solidario corregido por un factor actuarialmente justo, determinado de acuerdo a lo que establezca la Superintendencia de Pensiones en norma de carácter general. Dicha norma será dictada previa consulta a la Superintendencia de Valores y Seguros. El aporte previsional solidario de vejez no podrá ser inferior al monto necesario para que, sumado a la pensión o pensiones que el beneficiario perciba de acuerdo al mencionado decreto ley, financie el valor de la pensión básica solidaria de vejez. La aplicación del factor actuarialmente justo deberá producir como resultado que el valor presente de los desembolsos fiscales estimados para la trayectoria del respectivo aporte previsional en la modalidad de retiro programado, sea equivalente al que se hubiese obtenido en la modalidad de renta vitalicia. Este factor deberá calcularse al momento de la determinación de la pensión autofinanciada de referencia, utilizando la tasa de interés promedio implícita en las rentas vitalicias de vejez, otorgadas en conformidad al decreto ley N° 3.500, de 1980, en los últimos seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que el beneficiario se haya pensionado por vejez.

Para acceder al aporte previsional solidario de vejez, las personas beneficiarias deberán presentar la correspondiente solicitud a partir del cumplimiento de la edad establecida en la Ley. El valor de la pensión máxima con aporte solidario será, a contar del 1 de julio de 2011, de doscientos cincuenta y cinco mil pesos y se reajustará en la forma dispuesta en el caso de la PBSV.

3. Pensión básica solidaria de invalidez (PBSI)

Serán beneficiarias de la pensión básica solidaria de invalidez, las personas que sean declaradas inválidas, siempre que no tengan derecho a pensión en algún régimen previsional y cumplan con los requisitos siguientes: (i) tener entre dieciocho años de edad y menos de sesenta y cinco años; (ii) integrar un grupo familiar perteneciente al 60% más pobre de la población de Chile, y (iii) acreditar residencia en el territorio de la República de Chile por un lapso no inferior a cinco años en los últimos seis años inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud para acceder a la pensión básica solidaria de invalidez.

En todo caso, los extranjeros no podrán acceder a la pensión establecida en el presente Párrafo, ni al aporte a que se refiere el Párrafo siguiente, cuando

la causa del principal menoscabo que origine la invalidez provenga de un accidente acaecido fuera del territorio de la República de Chile. Lo anterior, siempre que el extranjero no tenga la calidad de residente en Chile, de conformidad a lo dispuesto en el decreto ley N° 1.094, de 1975, al verificarse dicho evento.

Se considerará inválida la persona que se encuentre en la situación que define como tal el inciso primero del artículo 4° del decreto ley N° 3.500, de 1980. La declaración de invalidez corresponderá efectuarla a las Comisiones Médicas de Invalidez establecidas en el artículo 11 del mencionado decreto ley.

Para acceder a la pensión básica solidaria de invalidez, se deberá presentar la correspondiente solicitud en el Instituto de Previsión Social. La pensión básica solidaria de invalidez total o parcial, será de igual valor al de la pensión básica solidaria de vejez, se devengará desde la fecha de presentación de la solicitud señalada en el artículo anterior y será incompatible con cualquier otra pensión de algún régimen previsional.

4. Aporte previsional solidario de invalidez (APSI)

Serán beneficiarias del aporte previsional solidario de invalidez, las personas cuya invalidez se haya declarado conforme a la presente ley, que se encuentren afiliadas al sistema de pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, que no perciban pensiones de otros regímenes previsionales, y cumplan los requisitos siguientes: (i) los establecidos para acceder a la PBSI, y (ii) tener derecho a pensión de invalidez de acuerdo a lo dispuesto en el decreto ley N° 3.500, de 1980, siempre que la suma del monto de dicha pensión más cualquier otra que perciba de dicho sistema, sea de un monto inferior a la PBSI.

También del APSI las personas inválidas que sólo tengan derecho a una pensión de sobrevivencia de acuerdo a lo dispuesto en el decreto ley N° 3.500, de 1980, y que cumplan los requisitos para acceder a la PBSI, siempre que el monto de dicha pensión sea inferior a la PBSI. La solicitud para acceder al APSI podrá presentarse a contar de la fecha de obtención de la pensión de invalidez otorgada conforme al decreto ley N° 3.500, de 1980, y se devengará a partir de la fecha de dicha solicitud.

El APSI ascenderá a la cantidad que se obtenga de descontar el monto de la pensión o suma de pensiones que perciba la persona inválida del decreto ley N° 3.500, de 1980, del valor de la PBSI. El beneficiario de la PBSI o del APSI, que inicie o reinicie actividades laborales una vez devengado el respectivo beneficio, mantendrá su derecho a dicha pensión básica o aporte previsional solidario de invalidez en la forma que se indica a continuación: (i) al 100% de la PBSI o APSI, para aquellos beneficiarios que perciben un ingreso laboral mensual igual o inferior a un ingreso mínimo mensual; (ii) al resultado que se obtenga de multiplicar el monto de la PBSI o el APSI, por la diferencia entre uno y el resultado de restar el ingreso laboral mensual que percibe el beneficiario menos un ingreso mínimo mensual dividido por el monto de dicho salario. Lo anterior, se aplicará a aquellos beneficiarios que perciban un ingreso laboral mensual superior a un ingreso mínimo mensual pero igual o inferior a dos veces el ingreso

mínimo mensual. Las personas inválidas que perciban un ingreso laboral mensual superior a dos veces el ingreso mínimo mensual, dejarán de percibir la PBSI o el APSI. Las normas precedentes serán aplicadas con la gradualidad establecida en el artículo 22 de la Ley 20.255. Para los efectos de estas normas, se entenderá por ingresos laborales mensuales la suma de las remuneraciones y las rentas del trabajo que perciba el beneficiario de la PBSI o del APSI.

El beneficiario de la PBSI o del APSI, percibirá dicho beneficio hasta el último día del mes en que cumpla 65 años de edad. A contar de esa fecha podrá acceder a la pensión básica solidaria de vejez o al aporte previsional solidario de vejez.

5. Normas comunes del Sistema Solidario de Vejez e Invalidez

Entre las normas comunes del Sistema Solidario de Vejez e Invalidez cabe evocar las siguientes:

a. El Instituto de Previsión Social administrará el sistema solidario, correspondiéndole conceder los beneficios que éste contempla, extinguirlos, suspenderlos o modificarlos, cuando proceda. El reglamento regulará la tramitación, solicitud, forma de operación y pago de los beneficios del sistema solidario y las normas necesarias para su aplicación y funcionamiento[16].

b. Corresponde a la Superintendencia de Pensiones, la supervigilancia y fiscalización del sistema solidario que administra el Instituto de Previsión Social. Para tal efecto, la Superintendencia dictará las normas necesarias, las que serán obligatorias para todas las instituciones o entidades que intervienen en el mencionado sistema.

c. Los beneficios que otorga el sistema solidario se extinguirán en los casos siguientes: (i) por el fallecimiento del beneficiario (el beneficio se extinguirá al último día del mes del fallecimiento); (ii) por haber dejado el beneficiario de cumplir alguno de los requisitos de otorgamiento; (iii) por permanecer el beneficiario fuera del territorio de la República de Chile, por un lapso superior a noventa días durante el respectivo año calendario, y (iv) por haber entregado el beneficiario maliciosamente antecedentes incompletos, erróneos o falsos, con el objeto de acreditar o actualizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a los beneficios del sistema solidario. Todo aquel que con el objeto de percibir beneficios indebidos del sistema solidario, para sí o para terceros, proporcione, declare o entregue a sabiendas datos o antecedentes falsos, incompletos o erróneos, será sancionado con las penas que establece el artículo 467 del Código Penal. Además deberá restituir al Instituto de Previsión Social las sumas indebidamente percibidas, reajustadas en conformidad a la variación que experimente el índice de precios al consumidor determinado por el Instituto

[16] No obstante, los afiliados al sistema de pensiones del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, podrán presentar sus solicitudes para acceder al sistema de pensiones solidarias ante la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentren afiliados, la que deberá remitirlas al Instituto de Previsión Social para que resuelva sobre la concesión y pago de los beneficios que otorga dicho régimen.

Nacional de Estadísticas o el organismo que lo reemplace, entre el mes anterior a aquél en que se percibieron y el que antecede a la restitución. Las cantidades así reajustadas devengarán además el interés penal mensual establecido en el artículo 53 del Código Tributario.

d. Los beneficios que otorga el sistema solidario se suspenderán en los casos siguientes: (i) si el beneficiario no cobrare alguno de los beneficios durante el periodo de seis meses continuos. Con todo, el beneficiario podrá solicitar que se deje sin efecto la medida, hasta el plazo de seis meses contado desde que se hubiese ordenado la suspensión; una vez transcurrido el plazo sin que se haya verificado dicha solicitud, operará la extinción del beneficio; (ii) cuando el beneficiario no proporcione los antecedentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos que sean necesarios para la mantención del beneficio, que le requiera el Instituto de Previsión Social, dentro de los tres meses calendario siguientes al respectivo requerimiento, y (iii) en el caso de los inválidos parciales, ante la negativa del beneficiario de someterse a las reevaluaciones indicadas por las Comisiones Médicas de Invalidez, referidas en el artículo 17 de esta ley, para lograr su recuperabilidad. Para tal efecto, se entenderá que el beneficiario se ha negado, transcurridos tres meses desde el requerimiento que le efectúe el Instituto de Previsión Social, sin haberse sometido a las reevaluaciones.

A lo expresado, cabe agregar que también la Ley 20.255 estableció un subsidio para las personas con discapacidad mental y modificó numerosas normas del Decreto Ley N° 3.500, de 1980, en materia de beneficios garantizados por el Estado.

II. Institucionalidad pública para el Sistema de Previsión Social

La Ley dispuso que los órganos públicos que tendrán la principal responsabilidad del sistema de previsión social serán los siguientes: (i) el Ministerio del Trabajo y Previsión Social; (ii) la Subsecretaría de Previsión Social; (iii) la Superintendencia de Pensiones; (iv) la Superintendencia de Seguridad Social; (v) el Instituto de Previsión Social, y (vi) el Instituto de Seguridad Laboral.

1. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Es el órgano superior de colaboración del Presidente de la República en materias laborales y de previsión social. Le corresponderá proponer y evaluar las políticas y planes correspondientes, estudiar y proponer las normas aplicables a los sectores a su cargo, velar por el cumplimiento de las normas dictadas, asignar recursos y fiscalizar las actividades del respectivo sector. El Ministerio cuenta con dos Subsecretarías: una del Trabajo y otra de Previsión Social.

2. La Subsecretaría de Previsión Social. Es el órgano de colaboración inmediata del Ministro del ramo y coordinará la acción de los servicios públicos del área correspondiente. Entre sus funciones y atribuciones se encuentran las de: (i) asesorar al Ministro del Trabajo y Previsión Social en la elaboración de políticas y planes correspondientes al ámbito de la previsión social, como asimismo, en el análisis estratégico,

planificación y coordinación de los planes y acciones de los servicios públicos del sector: (ii) efectuar y promover la elaboración de estudios e investigaciones, en el ámbito de la previsión social; (iii) asistir al Ministro en el ámbito de las relaciones internacionales en materia de previsión social; (iv) definir y coordinar la implementación de estrategias para dar a conocer a la población el sistema de previsión social y facilitarles el ejercicio de sus derechos conforme a las políticas definidas en la materia; (v) administrar el Fondo para la Educación Previsional. Tal Fondo fue creado por la Ley 20.255 con el objeto de apoyar financieramente proyectos, programas, actividades y medidas de promoción, educación y difusión del sistema de pensiones. Los recursos del Fondo serán asignados por dicha Subsecretaría mediante concursos públicos, previa propuesta del Comité de Selección. El Comité de Selección está integrado por el Presidente de la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones, por un representante de la Subsecretaría de Previsión Social, un representante de la Superintendencia de Pensiones y un representante del Instituto de Previsión Social. El Fondo está principalmente constituido por el aporte que se contemple anualmente en la Ley de Presupuestos y, (vi) asistir administrativamente a la Comisión de Usuarios del Sistema de Pensiones establecida en la Ley 20.255. Dicha Comisión está integrada por un representante de los trabajadores, uno de los pensionados, uno de las instituciones públicas, uno de las entidades privadas del sistema de pensiones y un académico universitario, que la preside[17]. Su función es informar a la Subsecretaría de Previsión Social y a otros organismos públicos del sector, sobre las evaluaciones que sus representados efectúen sobre el funcionamiento del sistema de pensiones y proponer las estrategias de educación y difusión de dicho sistema.

3. La Superintendencia de Pensiones. Es un organismo público descentralizado, y por tanto con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se rige por la Ley 20.255 y su estatuto orgánico y se relaciona con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, a través de la Subsecretaría de Previsión Social. La Superintendencia de Pensiones será considerada –para todos los efectos– sucesora y continuadora legal de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, con todos sus derechos, obligaciones, funciones y atribuciones. Estará sometida a la fiscalización de la Contraloría General de la República exclusivamente en lo que concierne al examen de las cuentas de entradas y gastos.

   Entre sus funciones y atribuciones se encuentran las de: (i) ejercer aquellas asignadas a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones en el decreto ley N° 3.500, de 1980, en el decreto con fuerza de ley N° 101, del mismo año, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social y en otras normas legales y reglamentarias vigentes; (ii) ejercer la supervigilancia y fiscalización del Sistema de Pensiones Solidarias que

[17] Desde su creación, esa alta responsabilidad ha recaído en el Profesor Hugo Cifuentes Lillo, conocido autor de obras especializadas en seguridad social y Representante de la OISS en Chile.

administra el Instituto de Previsión Social. Para tal efecto, la Superintendencia dictará las normas necesarias las que serán obligatorias para todas las instituciones o entidades que intervienen en el mencionado Sistema; (iii) fiscalizar al Instituto de Previsión Social respecto de los regímenes de prestaciones de las cajas de previsión y del Servicio de Seguro Social, que éste administre, con excepción de aquellas referidas a la ley N° 16.744; (iv) velar por el cumplimiento de la legislación en lo relativo al proceso de calificación de invalidez, tanto para los afiliados al sistema de pensiones establecido en el decreto ley N° 3.500, de 1980, a los imponentes de los regímenes previsionales administrados por el Instituto de Previsión Social, como a los beneficiarios del sistema de pensiones solidarias de invalidez; (v) dictar normas e impartir instrucciones de carácter general en los ámbitos de su competencia; (vi) interpretar administrativamente en materias de su competencia las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas; (vii) efectuar los estudios técnicos y actuariales necesarios para el ejercicio de sus atribuciones; (viii) aplicar sanciones a sus fiscalizados por las infracciones a las disposiciones legales o reglamentarias que los regulan, y (ix) constituir y administrar el Registro de Asesores Previsionales.

4. El Instituto de Previsión Social (IPS). Fue creado por esta Ley para administrar el sistema de pensiones solidarias y los regímenes previsionales administrados entonces por el Instituto de Normalización Previsional[18]. Es un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, bajo la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, por intermedio de la Subsecretaría de Previsión Social. Entre sus funciones y atribuciones se cuentan: (i) administrar el sistema de pensiones solidarias, conceder los beneficios que éste contempla, cesarlos o modificarlos; (ii) administrar las bonificaciones por hijo para las mujeres establecidas en la Ley 20.255; (iii) otorgar y pagar las asignaciones familiares a los trabajadores independientes; (iv) administrar los regímenes previsionales de las cajas de previsión y del Servicio de Seguro Social como continuador legal del Instituto de Normalización Previsional, como asimismo, los demás beneficios que dicho Instituto otorga, con excepción de aquellos contemplados en la ley N°16.744; (v) celebrar convenios con entidades o personas jurídicas, de derecho público o privado, tengan o no fines de lucro, que administren prestaciones de seguridad social, con el objeto de que los Centros de Atención Previsional Integral puedan prestar servicios a éstas en los términos señalados en esta ley; (vi) celebrar convenios con organismos públicos y privados para realizar tareas de apoyo en la tramitación e información respecto de los beneficios del Sistema Solidario; (vii) realizar diagnósticos y estudios actuariales y aquellos relativos a temas propios de sus funciones, y (viii) efectuar publicaciones informativas dentro del ámbito de su competencia.

[18] No fue traspasado al IPS lo concerniente a la Ley 16.744, sobre seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

El IPS estará facultado para exigir tanto de los organismos públicos como de los organismos privados del ámbito previsional o que paguen pensiones de cualquier tipo, los datos personales y la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones y realizar el tratamiento de los mencionados datos, especialmente para el establecimiento de un Sistema de Información de Datos Previsionales. Adicionalmente, el Instituto de Previsión Social podrá requerir de otras entidades privadas la información que éstas tengan en su poder y resulte necesaria para el cumplimiento de sus funciones, previa autorización de la persona a que dicha información se refiere. Asimismo, podrá celebrar convenios con organismos públicos y privados para realizar tareas de apoyo en la tramitación e información respecto de los beneficios del Sistema Solidario.

El IPS contará con una red de Centros de Atención Previsional Integral (CAPI), de cobertura nacional, con el objeto de otorgar la prestación de servicios de información y tramitación en materias previsionales a los usuarios del sistema previsional, facilitando el ejercicio de los derechos que les correspondan. Entre las funciones y atribuciones asignadas a dichos Centros, se cuentan las de (i) recibir las solicitudes de pensión de vejez por cumplimiento de la edad legal, invalidez y sobrevivencia que presenten los afiliados y beneficiarios del Sistema de Pensiones, y remitirlas a la Administradora de Fondos de Pensiones que corresponda para su tramitación; (ii) acoger a tramitación las solicitudes de otorgamiento de los beneficios que otorga el Instituto de Previsión Social e informar de su otorgamiento, modificación o cese; (iii) informar y atender las consultas referidas al funcionamiento del Sistema de Pensiones y del Sistema de Pensiones Solidarias. Asimismo, los Centros de Atención Previsional Integral estarán facultados para recibir y remitir a la Administradora de Fondos de Pensiones que corresponda para su tramitación, las reclamaciones que presenten los afiliados o sus beneficiarios de pensión de sobrevivencia, y (iv) emitir certificaciones relacionadas con los regímenes que administra el Instituto de Previsión Social y los beneficios que éste otorga.

5. El Instituto de Seguridad Laboral. A contar de la fecha en que entre en funciones el Instituto de Previsión Social, el Instituto de Normalización Previsional (INP) se denominará "Instituto de Seguridad Laboral" (ISL).

6. El Consejo Consultivo Previsional. Se crea el Consejo Consultivo Previsional (CCP) con la función de asesorar a los Ministros del Trabajo y Previsión Social y de Hacienda en las materias relacionadas con el Sistema de Pensiones Solidarias. Dentro del plazo que al efecto fije el reglamento, este Consejo deberá emitir una opinión fundada sobre los impactos en el mercado laboral y los incentivos al ahorro, y los efectos fiscales producidos por las modificaciones de normativas a que alude el inciso primero del artículo precedente. Dicha opinión constará en un informe de carácter público que será remitido a los Ministros del Trabajo y Previsión Social y de Hacienda.

   El CCP estará integrado por: (i) un Consejero designado por el Presidente

de la República, que lo presidirá, y (ii) cuatro Consejeros designados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, los cuales durarán seis años en sus funciones. El Presidente de la República designará como Consejeros a personas con reconocido prestigio por su experiencia y conocimientos en el campo de la Economía, el Derecho y disciplinas relacionadas con la seguridad social y el mercado laboral. Los consejeros designados para su ratificación por el Senado, se elegirán por pares alternadamente cada tres años. Estos deberán ser ratificados por los cuatro séptimos de los senadores en ejercicio. Para tal efecto el Presidente hará una propuesta que comprenderá dos consejeros. El Senado deberá pronunciarse respecto de la propuesta como una unidad. El desempeño de labores de consejero será incompatible con el ejercicio de cargos directivos unipersonales en los órganos de dirección de los partidos políticos. Los miembros del Consejo, no podrán ser gerentes, administradores o directores de una Administradora de Fondos de Pensiones, de una Compañía de Seguros de Vida, ni de alguna de las entidades del grupo empresarial al que aquéllas pertenezcan, mientras ejerzan su cargo en el Consejo.

III. Normas sobre equidad de género y afiliados jóvenes

Equidad de género

1. La mujer que cumpla con el requisito de permanencia establecido en la Ley 20.255 y que sólo se encuentre afiliada al sistema de AFP o sea beneficiaria de una pensión básica solidaria de vejez o que, sin ser afiliada a un régimen previsional perciba una pensión de sobrevivencia en los términos que se establece en la ley ya mencionada, tendrá derecho, por cada hijo nacido vivo, a una bonificación en conformidad con las normas establecidas en esa ley.

   La bonificación consistirá en un aporte estatal equivalente al 10% de dieciocho ingresos mínimos, correspondientes a aquel fijado para los trabajadores mayores de 18 años de edad y hasta los 65 años, vigente en el mes de nacimiento del hijo. Al monto total de cada una de las bonificaciones resultantes se le aplicará una tasa de rentabilidad por cada mes completo, contado desde el mes del nacimiento del respectivo hijo y hasta el mes en que la mujer cumpla los 65 años de edad.

   Respecto de la mujer que sea beneficiaria de pensión básica solidaria de vejez, el Instituto de Previsión Social le calculará una pensión autofinanciada de referencia, que se determinará según el procedimiento establecido en la ley. El resultado de este cálculo incrementará su pensión básica solidaria. En el caso de una mujer que perciba una pensión de sobrevivencia, que se origine del sistema del decreto ley N° 3.500, de 1980, o que sea otorgada por el Instituto de Normalización Previsional, sin ser adicionalmente afiliada a cualquier régimen previsional, se procederá a incorporar la o las bonificaciones, en la misma forma indicada en el inciso precedente. En este caso, el monto resultante se sumará al aporte previsional solidario que le corresponda.

2. Cualquiera haya sido el régimen patrimonial durante el matrimonio, disuelto éste por nulidad o divorcio, el juez puede ordenar el traspaso de fondos –por hasta el 50 % de los fondos acumulados durante el matrimonio en la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe compensar, a la cuenta de capitalización individual del cónyuge que debe ser compensado (o, de no tenerla, a la cuenta individusal de capitalización que se abra al efecto), si se ha originado, total o parcialmente un menoscabo económico del que resulte una compensación.
3. Las afiliadas mayores de sesenta y hasta sesenta y cinco años de edad, no pensionadas, tendrán derecho a pensión de invalidez y al aporte adicional (bonificación) para las pensiones de sobrevivencia que generaren, con lo cual mejoran el monto acumulado en su cuenta individual de capitalización.

Afiliados jóvenes

Los empleadores tendrán derecho a un subsidio estatal mensual, por los trabajadores que tengan entre 18 años y 35 años de edad, el que será equivalente al cincuenta por ciento de la cotización previsional, calculado sobre un ingreso mínimo, respecto de cada trabajador que tengan contratado cuya remuneración sea igual o inferior a 1,5 veces el ingreso mínimo mensual. Este beneficio se percibirá sólo en relación a las primeras veinticuatro cotizaciones, continuas o discontinuas que registre el respectivo trabajador en el Sistema de Pensiones.

Los trabajadores que se encuentren en esta situación y por igual periodo, recibirán mensualmente un subsidio estatal del mismo monto, que se integrará directamente en su cuenta de capitalización individual.

En todo caso, el pago del subsidio para los empleadores sólo se verificará respecto de aquellos meses en que el empleador entere oportunamente las cotizaciones de seguridad social correspondientes al respectivo trabajador.

El subsidio se mantendrá, por igual valor y duración, en el evento que la remuneración del trabajador se incremente por sobre el límite establecido y hasta dos ingresos mínimos, siempre que el incremento se verifique desde el décimo tercer mes de percepción del beneficio; de verificarse con anterioridad, se perderá el beneficio.

IV. Obligación de cotizar de los trabajadores independientes

Están obligados a afiliarse al Sistema de Pensiones las personas que –de conformidad con lo dispuesto en la Ley sobre Impuesto a la Renta– son considerados independientes, quienes voluntariamente pueden afiliarse.

Junto con establecer que para fines previsionales la renta afecta a cotizaciones equivale al 80% de las rentas sujetas a la Ley de Impuesto a la Renta, la Ley 20.255 regula detalladamente lo concerniente a la determinación de las cotizaciones y las funciones que sobre el particular corresponden al Servicio de Impuestos Internos (SII) y a las AFP.

El afiliado independiente puede enterar su contribución anual mediante sendas aportaciones parciales. A la vez, es titular de las prestaciones de salud mediante el pago de la contribución del 7%. De otra parte, está cubierto por el seguro de enfermedades ocupacionales y accidentes del trabajo. También tiene derecho a percibir asignaciones familiares y puede afiliarse a una de las Cajas de Compensación de Asignaciones Familiares.

La Ley estableció la aplicación gradual de sus normas, durante el período que culminó el 1 de enero de 2014.

V. Afiliados voluntarios

La persona ocupada en trabajos no remunerados puede afiliarse voluntariamente a una AFP abriendo una cuenta voluntaria individual y efectuando contribuciones en ella. Si con anterioridad estuvo obligatoriamente afiliada e hizo aportaciones a su respectiva cuenta individual, debe abrir su cuenta de afiliada voluntaria en la misma AFP en la que hizo tales contribuciones. Desde el punto de vista tributario, las contribuciones aportadas no tienen el carácter de contribuciones previsionales. Las contribuciones pueden ser depositadas mensualmente y deben representar ingresos mensuales no inferiores al "ingreso mínimo mensual" legalmente fijado. Las personas afiliadas voluntarias pueden, además, depositar ahorros voluntarios.

Las contribuciones también pueden ser hechas por un tercero. El o la cónyuge de una persona afiliada voluntaria puede pedir a su empleador o empleadora que descuente de su remuneración los montos que serán depositados en la cuenta voluntaria individual de su cónyuge.

Las personas afiliadas voluntarias están cubiertas por los seguros de invalidez y supervivencia.

VI. Ahorro previsional voluntario

La Ley 20.255 modificó las regulaciones existentes acerca del Ahorro Previsional Voluntario Individual (APVI) y estableció la modalidad del Ahorro Previsional Voluntario Colectivo (APVC).

En el primer caso, se estableció que los afiliados con cuenta de APVI pueden traspasar fondos desde esa cuenta a su fondo individual de capitalización o utilizarlos para aumentar el monto de sus pensiones.

En el segundo caso se dispuso que el empleador puede ofrecer a todos sus trabajadores quedar cubiertos por un contrato de APVC preparado por el empleador y una AFP u otra institución legalmente autorizada. Las condiciones del contrato deben ser las mismas para todos los trabajadores y no pueden contener discriminación alguna. Las contribuciones del empleador serán equivalentes a las de sus trabajadores, pero el empleador puede fijar un monto anual máximo de esa contribución. Si los trabajadores no efectúan sus contribuciones el empleador queda liberado de contribuir, a menos que haya convenido mantenerlas. Las contribuciones se incorporarán a cuentas individuales

con registros separados de las contribuciones del trabajador y del empleador. Los fondos acumulados pueden ser invertidos en cualquiera de los fondos que administre la AFP o en un plan de ahorro de la entidad legalmente autorizada para ello; la AFP o la entidad mencionada pueden cobrar comisión por la administración de los fondos, en la forma autorizada por ley. Los juzgados del trabajo serán competentes para conocer las controversias que surjan. Una vez cumplido el plazo que al efecto se convenga en el contrato, el trabajador será dueño de las contribuciones efectuadas por él y por el empleador.

VII. Otras reformas

La ley 20.255 además estableció importantes reformas en múltiples aspectos de la legislación chilena de previsión social y seguridad social. Entre ellos, los que resumimos en los párrafos siguientes.

1. Pensiones de invalidez, por ejemplo: (i) en lo concerniente a la contribución financiera del Instituto de Previsión Social para cubrir los gastos que demande la atención de las personas beneficiarias del sistema solidario, y (ii) en lo referido a la obligación de convocar a licitaciones públicas y separadas de los seguros de invalidez y de vejez, para lo cual, en forma conjunta, las AFP deben llamar a licitación pública a las compañías de seguros interesadas en adjudicarse la gestión de los seguros de invalidez y de los seguros de vejez, en las estrictas condiciones que se fijan en la Ley 20.255.

2. Régimen contributivo, por ejemplo: (i) fijando en 60 Unidades de Fomento el límite máximo mensual de las contribuciones (USD. 2.520 aproximadamente); (ii) estableciendo que el monto mínimo de las remuneraciones sobre las cuales se aplican las contribuciones de las (los) trabajadoras (trabajadores) del hogar no puede ser inferior al monto vigente para el "ingreso mínimo mensual" (USD. 375, aproximadamente), y (iii) disponiendo que la contribución adicional del empleador al seguro de invalidez y de supervivencia debe ser proporcional al monto total de la remuneración imponible.

3. Servicios de asesoría previsional, estableciendo mecanismos para que los afiliados y beneficiarios reciban asesoramiento apropiado e independiente, que les permita adoptar decisiones informadas para el ejercicio de sus derechos previsionales.

4. Funciones de las AFP, especialmente en lo concerniente a composición de sus directorios, publicidad, informaciones, comisiones, subcontrataciones, y responsabilidad por daños a los afiliados por el no cumplimiento de sus deberes.

5. Competitividad, estableciendo que la afiliación de los trabajadores que inician su desempeño laboral corresponderá a la AFP que se adjudique la licitación pública convocada por la Superintendencia de Pensiones, para lo cual dispone que las afiliaciones se adjudicarán a la AFP que reuniendo todos los requisitos legales, ofrezca cobrar la menor comisión

a los afiliados, la que no puede ser mayor a la menor comisión existente al efectuarse la licitación. La adjudicación tiene una duración de 24 meses. En la licitación pueden participar las AFP ya existentes y las que se constituyan para ese efecto. Las nuevas AFP están sujetas a estrictas normas sobre los porcentajes mínimos de utilidades que deben ser asegurados a sus afiliados como resultado de la administración de los correspondientes fondos de pensiones.

6. Inversiones, especialmente en lo atinente a la elevación del nivel autorizado de inversiones en el extranjero, la determinación de mayores niveles de responsabilidad en la administración de las inversiones, el funcionamiento de la Comisión Calificadora de Riesgos y la creación del Consejo Técnico de Inversiones (CTI), principalmente encargado de: (i) emitir opiniones técnicas acerca del Régimen de Inversión de Fondos y de las modificaciones que proponga la Superintendencia de Pensiones; (ii) formular proposiciones o informes –de propia iniciativa o a petición de la Superintendencia de Pensiones– acerca del mejoramiento del Régimen de Inversión de Fondos, y (iii) elaborar un Informe Público Anual, que será presentado al Presidente de la República, el Senado y la Cámara de Diputados. Integran el CTI: un miembro designado por el Presidente de la República, un miembro designado por el Consejo del Banco Central, un miembro designado por las AFP dos miembros designados por los Decanos de Facultades de Economía o Administración legalmente reconocidas[19].

[19] El miembro designado por el Presidente de la República debe ser un ex Ministro de Hacienda, o ex Superintendente (de la Superintendencia de Pensiones o de la Superintendencia de Bancos, Instituciones Financieras, de Valores o de Seguros), o un ex Consejero o Gerente del Banco Central.

El Derecho Laboral ecuatoriano del Siglo XXI

Jorge EGAS-PEÑA

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

01. El Código del Trabajo Ecuatoriano se expidió en 1938 para responder a las necesidades de una sociedad esencialmente agrícola y artesanal que se abría paso hacía una incipiente industrialización. Las organizaciones de trabajadores, inicialmente gremiales luego sindicales, habían hecho su presencia, presionando por ciertos cambios en la relación de trabajo.

02. Sus fuentes estuvieron en la legislación mejicana y en los sucesivos Decretos-Leyes que se expidieron desde la segunda década del siglo XX en el país, sobre las jornadas máximas de trabajo y los descansos (1916), seguridad e higiene en el trabajo, el contrato individual del trabajo, las formas de terminación del mismo y la Ley de Enjuiciamiento en Materia Laboral (1928) y la creación de la Inspección General del Trabajo y luego del Ministerio del Trabajo y la creación de las Cajas de Previsión Social y del Seguro Social para trabajadores públicos y privados, en su orden.

03. Muchas de las instituciones contempladas en este Código del Trabajo permanecieron largo tiempo sin aplicación y sólo después del desarrollo industrial, del surgimiento del movimiento sindical y la creación de las centrales de trabajadores comenzaron a tener real vigencia.

04. El Código del Trabajo Ecuatoriano ha experimentado numerosas reformas, al punto de que es válido sostener que el texto inicial ha variado notablemente, por lo que ha sido preciso realizar cinco Codificaciones posteriores (1962, 1971, 1978 y 1997) y la última que fue expedida en el R. O. #167 del 16 de diciembre de 2005, que es la que nos rige.

05. Al finalizar el siglo XX se expidieron importantes reformas al Código del Trabajo, las principales de las cuales fueron objeto de estudios muy meditados (1964-1965) y otras resultado de iniciativas demagógicas, precipitadas, cuestionadas o perjudiciales a los propios trabajadores, como lo fue la expedición de los llamados décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos.

Las reformas de 1964-1965 introdujeron importantes cambios al Título I del Código del Trabajo, dirigidas, en especial, a llenar ciertos vacíos, aclarar partes oscuras y mejorar, con intención justiciera, ciertos capítulos como los relativos a vacaciones, utilidades, jubilación patronal, terminación del contrato del trabajo, riesgos del trabajo, competencia y procedimiento para la resolución de las controversias laborales.

En los años que van de 1963 al 1979 gobernaron al país regímenes militares que dieron al traste con los principios democráticos, lo que dio originó una gran conflictividad social y laboral que se manifestaba en la multiplicidad de huelgas locales y paros nacionales, algunas veces ilegales que en no pocas ocasiones paralizaron al país. Por tales razones la Asamblea Constituyente expidió en 1967 una ley (Decreto #105 del 03 de junio de 1967) por la cual se establecieron sanciones penales para quienes provoquen paros colectivos o participen en ellos.

Posteriormente (1974) se expidió el Decreto Supremo #64 por el cual se facultó a los Inspectores de Trabajo a disponer el archivo de los pliegos de peticiones (demandas colectivas) en los conflictos colectivos cuando aquellos contuvieren alguna petición considerada ilegal por reformar o desconocer lo estipulado en los contratos colectivos o actas transaccionales vigentes (R.O. #479 del 24 de enero de 1974).

Este decreto, incorporado en el artículo 464 del Código del Trabajo, fue uno de los que provocó mayor reacción de la clase trabajadora, por lo que fue derogado con los demás decretos antiobreros por la Asamblea Constituyente (R.O. #32 del 25 de septiembre de 1979).

Otra de las modificaciones importantes de este período fue la de reducir la jornada semanal de trabajo a cuarenta horas (R.O. #249 del 11 de agosto de 1980); esto es, de ocho horas diarias, de lunes a viernes, con lo que se dejaba de trabajar media jornada del sábado implantada en 1934 para los trabajadores privados.

Esta medida, aun cuando justa en su contenido social, fue objeto de fuerte oposición del sector empleador, por considerar que atentaba contra la productividad de las empresas, incrementaba sus costos y provocaba una paralización innecesaria de la maquinaria productiva.

También pertenecen a esta época el Decreto Supremo 064 (R.O.#479 del 24 de enero de 1979) que dispuso que los incrementos voluntarios de remuneraciones efectuados el año inmediato anterior a cualquier incremento dispuesto por ley o decreto sería imputable al mismo.

Este arbitrio fue establecido como un mecanismo para aperturar la movilidad salarial, el mismo que sin embargo fue duramente cuestionado por la clase trabajadora, hasta obtener su derogación (R.O. #32 del 25 de septiembre de 1979).

Con anterioridad, en la Dictadura Civil de 1971 se expidió un Decreto Supremo por el cual se disolvió uno de los sindicatos más representativos del país, el de los trabajadores del Seguro Social, y nulos los contratos colectivos con ellos celebrados, "por haber desvirtuado los fines y objetivos de las instituciones laborales, promoviendo actos de desorden político, perturbando la paz y la tranquilidad ciudadanas", como reza de los considerandos del mismo (Decreto 1106 publicado en el R.O.# 281 del 04 de agosto de 1971).

Posteriormente la Dictadura militar gobernante, expidió el Decreto Supremo #1475 (R.O.# 344 del 26 de mayo de 1977) con el cual se pretendió viabilizar la

aplicación del Decreto #105 antes referido que establecía sanciones para quienes provoquen paros colectivos (nacionales) o que participen en ellos, disponiendo que correspondería a los Intendentes de Policía, como Jueces Especiales, el juzgamiento de los infractores del Decreto #105, según el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento –Penal.

Una vez que el país retornó a los cauces democráticos (1979) el Congreso Nacional derogó los Decretos #1475 y 1106 antes referidos (R.O. #32 del 25 de septiembre de 1979) así como los incorporados en los incisos 2 y 3 del Art. 80 del Código del Trabajo conocidos como Decretos Antiobreros.

En los considerandos de la referida ley derogatoria se sostenía:

> "Que las tres dictaduras que se sucedieron en el poder desde el 20 de junio de 1970 hasta el 10 de agosto de 1979 irrogaron múltiples perjuicios a las clases populares, entre los cuales están los llamados por los trabajadores decretos antiobreros, algunos incorporados en el Código del Trabajo".

En consecuencia, se reestableció la vida jurídica del sindicato de trabajadores del Seguro Social y el Contrato Colectivo que poseía dicha organización con su empleador; y, además se dejaron insubsistente los incisos 2 y 3 del artículo 80 del Código del Trabajo (1978), en que establecía que los aumentos de sueldos y salarios que se efectuaren por iniciativa del empleador, convenio entre él y los trabajadores o sentencia ejecutoriada, se imputarán a los que se fijaren dentro del año inmediato siguiente por decreto, acuerdo u otro acto jurisdiccional o administrativo.

Otro tema que fue motivo de reiterada preocupación fue la creación de remuneraciones adicionales llamadas décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto sueldos (1963-1979); y, las llamadas bonificación complementaria y compensación al costo de la vida y al transporte, que fueron creadas como complemento a las remuneraciones ordinarias para mejorar las condiciones de vida de la clase trabajadora ante el inmovilismo de los sueldos y salarios en largos períodos de alta inflación, política que produjo una distorsión del real costo de la mano de obra y de la política salarial del país y un efecto negativo en las finanzas de la seguridad social; pues tales beneficios no se consideraban para la cotización a la misma.

Esta situación condujo a buscar la unificación de las remuneraciones de los trabajadores, que no se logró alcanzar de manera inmediata.

Ya al terminar el siglo XX, en el llamado período neoliberal (1990), se expidieron una serie de reformas dirigidas a alcanzar una mayor flexibilidad laboral a fin de superar una normativa excesivamente regulatoria que había vuelto difícil el manejo de las relaciones laborales, que no podían salirse del marco rígido en que se encontraban encasilladas y que se argumentaba desalentaban la inversión y no contribuían a crear riqueza y los puestos de trabajo que demandaba el país.

Se adoptaron una serie de leyes que permitían restricciones al principio de estabilidad laboral y el tratamiento indemnizatorio que el mismo llevaba consigo,

la permisión del trabajo por horas, prohibido por la ley pero tolerado en ciertas prácticas, cuando no un enfoque diferente a las relaciones colectivas de trabajo, al papel del sindicalismo y un tratamiento más racional a la conflictividad laboral, en especial a la de los trabajadores del sector público.

Entre esas leyes merecen mencionarse, la ley de Contratación a Tiempo Parcial, que introdujo la modalidad de trabajo a realizarse en días de descanso obligatorio (sábados, domingos y de fiestas cívicas), en jornadas completas o parciales, con trabajadores diferentes a los de planta (R.O.# 492 del 3-08-90). También se introdujo la posibilidad de prestar servicios ordinarios en jornadas parciales permanentes.

Igualmente se expidió la Ley de Maquila, que introdujo una modalidad de trabajo vinculada a un programa de maquilado por una empresa calificada para el efecto (R.O. #492 del 3-08-90).

De la misma manera, se dictó una ley que regulaba el trabajo en zonas francas (R.O. #625 del 19-02-91), que contenía un régimen especial para regular las relaciones laborales entre los usuarios de zonas francas y sus trabajadores.

En general, podemos sostener que tales leyes introdujeron normas de excepción al principio absoluto de estabilidad y la manera de remunerar el trabajo.

Finalmente, mediante la ley #133 (S.RO #817 del 21-11-1991) se adoptó otro paquete de reformas especialmente dirigidas a regular la estabilidad, a través de la introducción de los contratos eventuales, ocasionales o de temporada, por los cuales se permitía contratar trabajadores hasta por seis meses; y que la terminación de dichos contratos operaría sin necesidad de desahucio u otra formalidad o pago de indemnización alguna. Por primera vez se hizo alusión a la intermediación laboral.

También en esta ley se incrementaron las indemnizaciones para el caso de despido intempestivo o liquidación de negocios (hasta 25 mensualidades) y el derecho del trabajador despedido después de veinte años de servicio a percibir una pensión jubilar parcial pagada por su patrono.

Igualmente, se reguló el procedimiento de negociación de los contratos colectivos, a fin de evitar dilaciones, sometiéndolo al trámite de un conflicto colectivo de trabajo, ante un Tribunal de Conciliación y Arbitraje.

Se institucionalizó la etapa de mediación obligatoria en los conflictos de trabajo y se aumentó a treinta el número de trabajadores para constituir una organización sindical, se introdujeron ciertas modificaciones tendientes a disminuir la duración de los trámites, se incrementó el número de causales para la declaratoria de huelgas y se limitó la duración de las huelgas solidarias.

Es preciso resaltar que las reformas antes expuestas se aplicaron dentro de la tendencia flexibilizadora que caracterizó al Derecho del Trabajo en las postrimerías del siglo XX y comienzos del siglo XXI; y, que respondía a corrientes neoliberales que propugnaban el mejoramiento de la competitividad de las empresas, por lo que se aducía que era necesario su reorganización, reduciendo su tamaño, aun cuando para ello fuera necesario el desplazamiento de su

personal de manera tal que sólo se quedaran en la empresa aquellos que fueren indispensables para el proceso operativo, debiendo acudirse a la descentralización productiva de las empresas a fin de mejorar sus costos de producción y con ella la externalización de parte de sus actividades a través de la cooperación de un proveedor (tercerizador o intermediario).

06. En el siglo XXI, antes y después de la última Codificación (2005), se expidieron también muchas reformas al Código del Trabajo, cuyo contenido estuvo dirigido a la implantación y posterior derogatoria del contrato por horas y el contrato polifuncional, dentro del contexto de eliminación de todas las formas del trabajo precario (Mandato #8); el establecimiento del procedimiento oral en los juicios de trabajo; la protección al trabajo de los discapacitados, importantes modificaciones en el rubro de los salarios, incluyendo la unificación de los mismos, la defensa especial de los derechos laborales, la regulación de otras modalidades de trabajo; y, se adoptaron algunos reglamentos e instructivos para la mejor aplicación de la normativa laboral, cuyo contenido nos aprestamos a revisar a continuación:

06.1. El Contrato de Trabajo por Horas. En el Código del Trabajo siempre se prohibió el pago de las remuneraciones por horas (art. 82), por cuanto se partía del principio de que tal modalidad era inconveniente para los trabajadores, en razón de que en el cálculo de la misma no se incluirían los beneficios de la semana integral; esto es, el pago que se hace sin trabajar en los días sábados, domingos y de descanso forzoso. Sin embargo, en la práctica se toleraba la aplicación del salario por horas en determinadas modalidades de trabajo, como la de los profesores de la educación particular, el de determinados profesionales y el transporte público.

Este contrato fue definido en el Art. 17 del Código del Trabajo como aquel en que las partes convienen el valor de la remuneración total por cada hora de trabajo.

En la Ley de Transformación Económica del Ecuador, expedida en el S.R.O.#34 del 13 de marzo de 2000, se abolió tal prohibición (art. 85) y en el S.R.O.#305 del 12 de abril de 2001, se reglamentó la aplicación, disponiéndose que los trabajadores contratados bajo tal modalidad no gozarían de estabilidad y no podían exceder del 40% (posteriormente del 75%) del total de trabajadores y que en su remuneración debían incluirse todos los beneficios que le corresponden al trabajador ordinario por concepto del décimo tercera, décima cuarta remuneraciones y el descanso semanal remunerado. Estos contratos podían terminarse libremente, en cualquier tiempo, sin derecho a indemnización.

Esta modalidad de contratación se podía aplicar para cualquier clase de empresas con actividad continua o discontinua, aun cuando iban dirigidas preferentemente a las actividades agrícolas (como la zafra en la industria azucarera) o a la actividad camaronera (empacadoras), actividades de maquila, educación particular, construcción, turismo y transporte público.

La filosofía que "inspiró" esta reforma fue la de dinamizar el aparato productivo, sin las restricciones legales creadas con razón de la estabilidad en el empleo.

Esta modalidad de trabajo tuvo escasa duración; y, luego de haber

experimentado algunas reformas terminó siendo derogada por considerarse que era una forma de explotación del trabajador que le impedía disfrutar de los beneficios legales que disfrutaban la generalidad de ellos; aun cuando posteriormente se la restableció bajo la forma de contrato a tiempo parcial; esto es a medio, cuarto u octavo de tiempo, remunerados en proporción a la parte correspondiente de la remuneración diaria, semanal o mensual.

El contrato por horas fue abolido y prohibido en el Mandato #8 de la Asamblea Constituyente el 30 de abril de 2008, publicado en el S.R.O.#330 del 06 de mayo de 2008[1].

06.2. La Remuneración Unificada. La compleja estructura salarial existente en el país, producto de la proliferación de los avos (13avo, 14avo, 15avo, 16avo sueldos) más la bonificación complementaria y la compensación al alto costo de la vida exigían una urgente simplificación; pues perjudicaba a los trabajadores, volvían difícil su manejo a los empleadores, no revelaba la realidad del costo de la mano de obra y perjudicaba a la seguridad social. Sin embargo del reconocimiento de tal situación por parte de tirios y troyanos, nadie se atrevía a dar el paso necesario a la unificación salarial.

Fue en la ya mencionada Ley de Transformación Económica del Ecuador (2000) en que se asumió el reto; y, en el Art. 91 de la misma que se reformó el Art. 119 del Código del Trabajo, se dispuso:

> "Art. 119. La remuneración unificada. Se entenderá por tal la suma de las remuneraciones sectoriales aplicables a partir del primero de Enero de 2000 para los distintos sectores o entidades de trabajo, así como a las remuneraciones superiores a las sectoriales que perciben los trabajadores, más los componentes salariales incorporados a partir de la fecha de vigencia de esta ley...".

Más, nunca se incorporaron todos los componentes salariales; pues, los llamados 13avo y 14avo sueldo, continuaron existiendo como bonificación de Navidad y Bonificación Escolar, por considerar que satisfacían necesidades fundamentales de los trabajadores en determinadas épocas del año.

En todo caso, la ley estableció un proceso de incorporación paulatina de los distintos componentes salariales (15ª, 16ª. bonificación complementaria y compensación al costo de la vida) que no provocaron mayores trastornos en su aplicación; y, de esta manera quedó establecida la existencia de una remuneración unificada, que poco a poco permitieron un mejoramiento, especialmente a partir de la dolarización adoptada en el país.

06.3. El Juicio Oral. En nuestro país, a partir de la primera Ley de Enjuiciamiento en Materia Laboral (1928) ha existido la preocupación de que los conflictos individuales de trabajo sean juzgados mediante un procedimiento

[1] Mayor información sobre esta modalidad de contrato se la puede encontrar en artículo del mismo autor publicado en la Revista Jurídica #2005/19, Pg. 303 de la UCSG.

más ágil y certero que los de otra naturaleza; y, por ello, se han expedido algunas leyes para alcanzar tal cometido[2].

La legislación vigente al final del siglo XX sometía los juicios laborales al procedimiento verbal sumario, en que la demanda se podía presentar de palabra; y, aun cuando la contestación debía realizarse verbalmente en la audiencia de conciliación, tales actos debían ser reducidos a escrito, para que consten como tales en el proceso. Los términos eran más expeditos y de allí su denominación de juicio verbal sumario.

Sin embargo, la justicia resultaba dilatada; y por ello, la Constitución Política (art. 194) dispuso que la sustanciación de los procesos se llevara a cabo mediante el sistema oral.

A fin de ajustarse a la norma constitucional entonces vigente (1998) se expidió la Ley #2003-13 publicada en el Registro Oficial #146 del 13 de agosto de 2003 por la cual se dispuso que las controversias individuales de trabajo se sustanciarán mediante el procedimiento oral y que tal sistema se aplicaría en Quito, Guayaquil y Cuenca desde el mes de enero de 2004; y, en épocas posteriores hasta el 13 de agosto de 2004 en los demás Distritos Judiciales del país.

El procedimiento se efectuará a través de audiencias; una preliminar de conciliación en que se contestará la demanda y se solicitará la actuación de las pruebas que se consideren asistidas las partes, como la inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes y cualquier otras pruebas cuya practica se dispondrá dentro del termino improrrogable de quince días.

Habrá otra audiencia definitiva en la misma que se receptarán las pruebas de testigos, confesión judicial, juramento deferido y la prueba documental que se intenta hacer valer, la cual será agregada al proceso. Concluida esta audiencia el juez dicta sentencia dentro del término de cinco días, la misma que se puede apelar ante la Corte Superior del Distrito; es decir, se eliminó la tercera instancia ante la Corte Suprema de Justicia, aun cuando se permite atacar la validez del fallo de segunda instancia interponiendo el recurso de casación ante este último Tribunal[3].

06.4. La Intermediación y La Tercerización Laboral. La rigidez de la normativa laboral imperante, que no permitía a las empresas acondicionarse a los nuevos esquemas de producción y del mercado, demandaron la flexibilización de tales normas dirigidas a permitir nuevas modalidades de contratación laboral que permitieran a la empresa escapar de los rígidos cánones de la estabilidad y de las cuantiosas indemnizaciones que la misma conllevaba, que desestabilizaban la economía de las empresas, cuando no desestimulaban la creación de nuevos empleos.

Por tales razones en la Ley #133 publicada en el R.O. #817 del 21 de noviembre de 1991, se reconoció por primera ocasión la figura de la

---

[2] Un análisis más extenso de este tema se puede encontrar en artículo del mismo Autor publicado en la Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil #2003/16, págs. 85, 159-163 – Tomo II.

[3] R.O. #260 del 24 de enero de 2004.

Intermediación al disponer en el Art. 8. Agréguese al Art. 40 del Código del Trabajo un inciso que diga:

> *"Igual solidaridad, acumulativa y electiva se imputará a los intermediarios que contraten personal para que presten servicios en labores habituales, dentro de las instalaciones, bodegas anexas y otros servicios del empleador".*

Sin embargo, la aplicación de tal modalidad de trabajo en nuestro país produjo grandes abusos contra los trabajadores por lo que dichas prácticas de intermediación o tercerización laboral trataron de ser reguladas a través del Decreto Ejecutivo #2166, publicado en el R.O. #442 del 14 de octubre de 2004 que contenía las normas que deben observarse en la Prestación de Servicios de Intermediación Laboral conocida como Tercerización[4].

Dicho Decreto Ejecutivo, establecía en sus regulaciones más importantes lo siguiente:

> La prestación de servicios de intermediación laboral a través de las sociedades conocidas como tercerizadoras fue declarada válida para la contratación de trabajadores para servicios temporales o complementarios.

Entiéndase que la relación laboral directa del contratado en las modalidades indicadas es con la intermediaria laboral o tercerizadora; aun cuando se conservaba la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria en cuyo provecho se realiza la obra o se prestaba el servicio con los trabajadores tercerizados.

El Decreto en mención regulaba de manera exhaustiva las diferentes situaciones que podían plantearse en esta clase de prestaciones, incluido el estatus de la sociedad de servicios complementarios cuyos trabajadores fueren utilizados para la prestación correspondiente; la situación de estos que no podían percibir remuneraciones menores a las fijadas como mínimas básicas unificadas para los trabajadores estables de cada sector.

Lo fundamental en este tipo de contratación era la temporalidad de los servicios que debían prestarse; esto es, la inexistencia de estabilidad del trabajador, por lo menos en la empresa usuaria en la que prestan sus servicios.

En la práctica, sin embargo, se dieron reiterados abusos por la adopción de este sistema de contratación, por lo que se trató de frenarlos mediante la expedición de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo a través de la cual se pretendió regular de mejor manera la prestación de servicios complementarios y de intermediación laboral, la misma que fue publicada en el S.R.O. #298 del 23 de junio de 2006; y, cuyas principales disposiciones fueron:

a) Se diferenció de manera más clara la actividad de intermediación de la de tercerización;

[4] Ver "Empresas de Trabajo Temporal" en Revista de la Universidad Católica de Guayaquil – Revista #2004/17, página 137.

b) Se establece la necesidad de obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos para el funcionamiento de las empresas que realizaban dichas actividades;

c) Determinación de la naturaleza de la relación contractual existente entre la intermediaria y tercerizadora con su personal (laboral) y con la usuaria (mercantil o civil);

d) Requisitos que deben reunir las partes para suscribir tales contratos;

e) Casos en que se prohíbe contratar a través de la intermediación;

f) Derechos de los trabajadores frente a las empresas de intermediación laboral o de tercerización;

g) Prohibiciones y obligaciones de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios;

h) Infracciones que se pueden cometer a través de tales empresas.

No obstante, los abusos persistieron y la Asamblea Constituyente dictó el Mandato #8, publicado en el R.O. #330 del 06 de mayo de 2008, en el mismo que se sostuvo:

> "Que, la Asamblea Constituyente debe contribuir a erradicar la injusticia laboral y la aberrante discriminación social, ocasionadas por el uso y abuso de los sistemas precarios de contratación laboral conocidos como tercerización de servicios complementarios, intermediación laboral y contratación por horas".
>
> "Que, la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva".
>
> "Que, se ha tratado de limitar estas formas discriminatorias de contratación laboral a través de la Ley Reformatoria al Código del Trabajo, mediante la cual se regula la actividad de tercerización de servicios complementarios y la intermediación laboral, publicada en el Registro Oficial No. 298 del 23 de junio del 2006, sin embargo de lo cual, las empresas usuarias han abusado de estas formas de contratación, perjudicando a miles de trabajadores en el Ecuador".

Con estos y otros considerandos se dispuso la eliminación y prohibición de la tercerización e intermediación laboral en el Ecuador y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a que se dedique la empresa o empleador, la relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador (art. 1).

Esta disposición recoge la declaración que la Constitución Política del 2008 hace en su artículo 127, en términos semejantes.

En resumen, a través del Mandato #8 de la Asamblea Constituyente se dispuso:

1) La abolición y prohibición de la intermediación laboral;
2) La abolición y prohibición de la tercerización;
3) La abolición y prohibición del contrato por horas;
4) La abolición y prohibición de cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo;
5) Regulación de contratación civil de algunos servicios especializados;
6) La contratación colectiva en el Sector Público.

A fin de afianzar y regular de manera más puntual algunos aspectos del Mandato #8 se expidió un reglamento el mismo que consta del S.R.O. #353 del 05 de junio de 2008, en el que especialmente se regulan las figuras de la contratación de actividades complementarias y la contratación civil de servicios técnicos especializados, la primera limitada a servicios de vigilancia, seguridad, alimentación, limpieza y mensajería (R.O.#427 del 17 de septiembre de 2008). En este tipo de contratos la relación laboral es con la empresa proveedora de los servicios, con sus propios equipos y maquinarias; y, no habrá responsabilidad solidaria de parte de la usuaria y la segunda en aquellas actividades que son ajenas a las actividades propias y habituales de la empresa usuaria, tales como las de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, que serán prestados por personas naturales o jurídicas en sus particulares instalaciones, con su propio personal, las que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los contratistas prestadores de servicios y sus trabajadores, sin que haya responsabilidad solidaria de parte de la usuaria.

Finalmente, el Mandato #8 abordó la situación de los trabajadores (obreros) del sector público, que por mandato constitucional regulan su relación laboral sujetos al Código del Trabajo.

Al respecto, se dispuso que se garantiza la posibilidad de aplicación de los contratos con empresas que prestan actividades complementarias, siempre que se sujeten a las regulaciones que el Mandato #8 establece para las empresas privadas.

Como los trabajadores de este sector habían abusado de la contratación colectiva, se dispuso la eliminación de las cláusulas de las mismas que contengan privilegios o prebendas; por lo cual los contratos colectivos para entonces vigentes deberían ser ajustados automáticamente a los referidos mandatos y regulaciones del Ministerio de Trabajo.

Se excluyó, de manera expresa, de los beneficios de los contratos colectivos a los directivos y empleados del sector público. Se declararon nulas de pleno

derechos las cláusulas de los contratos colectivos que contengan privilegios y beneficios desmedidos y exagerados que atenten contra el interés general.

Finalmente, se dispuso que la Función Ejecutiva unifique los principios y normas de la contratación colectiva del sector público, en el plazo de un año, los cuales no podrán ser modificados por arreglo de las partes involucrados en los mismos.

06.5. Trabajadores Discapacitados. A fin de dar cumplimiento a expresas disposiciones constitucionales y a compromisos adquiridos en Convenios internacionales se dictó la Ley Reformatoria al Código del Trabajo publicada en el R.O.# 198 del 30 de enero de 2006, por la cual se establecían una serie de medidas tendentes a facilitar la inclusión de las personas con discapacidad al empleo, incluidas previsiones físicas o materiales en las fábricas, talleres y oficinas, que precautelen el adecuado desplazamiento de las personas con discapacidad.

Se estableció, también, la obligación de todas las empresas que cuenten con un número mínimo de veinticinco trabajadores de contratar al menos una persona con discapacidad (4%).

El incumplimiento de tales obligaciones hará al empleador acreedor a una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador.

En general, se estableció que el Estado garantizará la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad en todas las modalidades como empleo ordinario, empleo protegido o auto empleo, tanto en el sector público como en el privado.

La Ley Orgánica de Discapacidades publicada en el S.R.O. #796 del 25 de septiembre de 2012, que reguló de manera más exhaustiva la situación de los discapacitados en su Sección Quinta, al tratar del Trabajo y Capacitación ratifica y amplía los derechos anteriormente establecidos para los trabajadores discapacitados.

06.6. Del Fondo de Reserva y su pago mensualizado[5]. El fondo de reserva o trabajo capitalizado, equivalente al pago de una remuneración mensual por cada año de trabajo en la misma empresa, es una institución sui generis de la legislación ecuatoriana. Se trata de un ahorro obligado del trabajador, que los empleadores debían depositar en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, que los trabajadores sólo podían retirar, inicialmente, al terminar su vida útil para adquirir un inmueble o establecer un negocio; y, posteriormente, cada tres años y actualmente a partir del segundo año.

La ley publicada en el S.R.O. #644 del 29 de julio de 2009 dispuso la posibilidad de que el trabajador perciba dicho valor, en forma mensual, junto a su remuneración ordinaria, a fin de aumentar su capacidad de consumo, con lo cual se desnaturalizaba el objetivo de este beneficio que se lo denominaba "trabajo capitalizado" desde su instauración en el Código del Trabajo de 1938.

[5] Fondo de Reserva – Revista #2009/26, Pág. 481 – Universidad Católica Santiago de Guayaquil.

06.7. Del pago de utilidades anuales por medio de acciones de la empresa. En el Código Orgánico de la Producción (S.R.O.#351 del 29 de diciembre de 2010) se dispuso que el pago de la participación de los trabajadores en las utilidades anuales de la empresa podía efectuarse mediante la transferencia de acciones de la misma, siempre que los empleadores y trabajadores estuvieren de acuerdo y que tal empresa se encuentre registrada en una Bolsa de Valores. La intención fue la de hacer partícipes a los trabajadores en el capital de la empresa, a fin de que se involucren en su desarrollo y destino.

La Constitución Política de 1998 ya establecía en su art. 30 que el Estado estimulará la propiedad y la gestión de los trabajadores en la empresa, por medio de la transferencia de acciones o participaciones a favor de aquellos. El porcentaje de utilidad de las empresas que corresponde a los trabajadores será pagado en dinero o en acciones o participaciones, de acuerdo con la ley. Ésta establecerá resguardos necesarios para que las utilidades beneficien permanentemente al trabajador y su familia.

Sin embargo de que la Constitución Política del 2008 no contiene norma semejante, la ley en comento la adoptó sin mayor regulación.

06.8. La Ley para la Defensa de los Derechos Laborales. Con título tan llamativo se expidió una ley (2do. S.R.O. #797 del 26 de septiembre de 2012), en la cual se incluye un pequeño listado de reformas al Código del Trabajo, por las que se regula desde los días de descanso de las empleadas domésticas, hasta las jornadas de la madre lactante después del parto, pasando por la convalidación del tiempo de afiliación al IESS por parte de empleadores omisos en el cumplimiento de dicha obligación legal.

Pero quizá lo más trascendente de tal ley radica en la extensión de la responsabilidad de los accionistas de las compañías empleadoras frente a las reclamaciones de sus trabajadores que no hubieren sido satisfechos en sus derechos laborales, a pesar de que en la legislación ecuatoriana los accionistas no responden por las obligaciones de la compañía, pues su responsabilidad está limitada al pago de sus aportes. Es decir que, a parte de la responsabilidad solidaria de los representantes legales de la empleadora, frente a los reclamos por derechos de los trabajadores, se hace extensiva dicha responsabilidad a los accionistas de la compañía empleadora de los mismos.

En los casos de que el empleador o su representante legal o sus accionistas, hubiesen ocultado fraudulentamente sus bienes para enervar el derecho de los trabajadores en sus reclamos, la ley autoriza para perseguir los mismos aun cuando los bienes figuren en cabeza de terceros, cuando existen indicios que son de público conocimiento de propiedad de los referidos sujetos

06.9. Modalidades de Trabajo. El Título III del Código del Trabajo, regula algunas modalidades de trabajo que, por su peculiaridad, requieren de una normativa especial, tales como el trabajo agrícola, el trabajo a domicilio, el trabajo de los domésticos, o el de transporte, el trabajo de los artesanos, etc. Pero lo cierto es que también existen otros tipos de trabajo con características propias, que requieren de una regulación especial. En el Código Orgánico de la Producción (S.R.O. #351 del 29 de diciembre de 2010) se reformó el Código del Trabajo,

agregando a continuación del Art. 23 vigente uno que faculta al MTRH a expedir, vía reglamento, regulaciones especiales que llenen tal vacío; y, en función de tal autorización, en el R.O. #214 del 28 de marzo de 2014, se reguló la Contratación de los trabajadores del sector palmicultor, del ganadero, del floricola y el trabajo de pesca de altura y de gran altura; aun cuando pareciera que la normativa expedida no es suficiente y han quedado sin atención importantes sectores de la producción como el de los camaroneros, mineros, petroleros, etc., que también requieren regularse en forma adecuada y acorde a dichas actividades.

Por otra parte, bajo los mismos principios, el MTRH expidió un reglamento del Contrato de Trabajo eventual discontinuo (R.O. #892 del 15 de febrero de 2013), que se utiliza para satisfacer exigencias circunstanciales del empleador, tales como reemplazo de personas y que ya se había reconocido en el propio Código Orgánico de la Producción.

06.10. Del Salario Digno. Uno de los temas más trascendentales de la relación laboral es el de las remuneraciones, por cuya razón el legislador ha manifestado siempre mucho interés en su tratamiento constitucional y legal; y, las autoridades de trabajo preocupación por su observancia y racionalidad.

La Constitución Política establece (art. 328) *"La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como la de su familia".*

"El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria...".

Luego del establecimiento de la Unificación Salarial, con la incorporación de las componentes salariales existentes (2000), mediante Acuerdo Ministerial #369 del 29 de diciembre de 2011 se fijó el Salario Básico Unificado (SBU) para los trabajadores en general que no era otra cosa que la sinceración de los valores que el trabajador percibía por su trabajo con sus beneficios complementarios, aun cuando no se incluyó en él la décima tercera y décima cuarta remuneraciones (bonificación navideña y escolar).

Pero aparte de tal remuneración básica, subsistieron los salarios o remuneraciones sectoriales, que ligeramente superan a la remuneración básica unificada, en atención a las posibilidades económicas de cada sector; y, se revisan anualmente.

También existen, independientemente, las remuneraciones fijadas vía contratación colectiva y las que son producto de negociación directa entre trabajadores y sus empleadores.

Pero en aplicación al referido mandato constitucional que trata del salario digno en el Código Orgánico de la Producción (S.R.O. #351 del 29 de diciembre de 2010) se legisló sobre el Salario Digno Mensual el cual fue definido en el Art. 8 como aquel que cubre por lo menos las necesidades básicas de la persona trabajadora así como las de su familia y corresponde al costo de la canasta familiar dividido para el número de perceptores del hogar (1.6).

El costo de la canasta básica y el número de perceptores del hogar serán

determinados por el organismo rector de las estadísticas y censos nacionales oficiales del país, de manera anual, lo cual servirá de base para la determinación del salario digno establecido por el MTRH.

Si el valor así calculado fuere superior al que efectivamente percibe el trabajador mensualmente, incluyendo la parte proporcional (1/12) de lo que también recibe por concepto de bonificaciones adicionales (13avo. Y 14avo.), comisiones variables, utilidades, fondos de reserva, el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica tomada de las utilidades anuales de la empresa, antes del reparto de dividendos de los accionistas, hasta completar el monto del salario digno oficial y anualmente fijado.

Para el pago de esta compensación el empleador deberá destinar un porcentaje equivalente hasta el 100% de las utilidades del ejercicio, de ser necesario.

El procedimiento para el cálculo, pago y control del cumplimiento de la compensación económica del salario digno se expidió en el R.O. #629 del 30 de enero de 2012, que ha merecido reformas en 2013 y 2014.

06.11. El Trabajo de Menores y Mujeres. Otro tema que ha sido objeto de recurrente preocupación del legislador ecuatoriano ha sido el referente al trabajo de los menores de edad y las mujeres, en cuanto a la edad requerida para entrar al mundo del trabajo, como en cuanto a los tipos de trabajo y condiciones de su desenvolvimiento; o, los de protección por causa de la maternidad de las mujeres.

En cuanto a los primeros en la reforma al Código del Trabajo publicada en el R.O. #250 del 13 de abril de 2006; y, R.O. #259 del 27 de abril de 2006 se fijó la edad mínima de quince años para poder celebrar contratos de trabajo; y, además, una serie de medidas protectoras para los adolescentes que trabajan, tales como el establecimiento de una jornada máxima de seis horas diarias y de treinta horas semanales; la necesidad de que los mismos puedan recibir su educación básica, la prohibición de que los menores sean ocupados en industrias o tareas que sean consideradas peligrosas e insalubres, las sanciones que se aplicarán a los empleadores que violaren tales normas protectoras.

En cuanto a las mujeres, igualmente, se adoptaron medidas protectoras, incluidas la constante en la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales que determinó que durante los doce meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis horas; esto es, que se amplía el tiempo de lactancia de nueve meses que existía anteriormente, incluidos los tres meses de descanso por maternidad (reforma al art. 152 del Código del Trabajo).

06.12. Reglamentos Especiales. En lo que va del siglo XXI el Ejecutivo se ha manifestado muy prolífico en la expedición de una serie de reglamentos e instructivos que viabilicen de manera más efectiva el ejercicio y protección de los derechos laborales, tales como:

a) Normas que regulan la aplicación y procedimiento para la autorización de horarios especiales (R.O.# 844 del 04 de diciembre de 2012);

b) Reglamento del Contrato Eventual Discontinuo (R.O. #892 del 15 de febrero de 2013);

c) Instructivo para la imposición de multas por incumplimiento de las obligaciones de los empleadores (R.O. #921 del 27 de marzo de 2013);

d) Regulación de Algunas Modalidades Especiales de Trabajo (R.O. #214 del 28 de marzo de 2014);

e) Reglamento para la declaración de la décima tercera y décima cuarta remuneraciones y la participación en las utilidades (S.R.O. #913 del 15 de marzo de 2013).

En el sector público:

a) Homologación de Salarios y techos de negociación en la contratación colectiva del sector público (S.R.O. #351 del 29 de diciembre de 2010).

b) Reglamento de Organizaciones Laborales (R.O. #63 del 21 de agosto de 2013).

c) Instructivo para la Contratación Colectiva del Sector Público (S.R.O. #118 del 17 de noviembre de 2013).

07. Los Nuevos Rumbos. En los últimos años se ha planteado como iniciativa del Gobierno Nacional la posibilidad de expedir un nuevo Código del Trabajo, por la supuesta obsolescencia del vigente que data, según se argumenta, desde hace más de setenta y cinco años (1938), sin considerar las múltiples reformas que ha experimentado el mismo, recogidas en cinco sucesivas codificaciones incluida la última que está vigente desde el 2005.

Estamos conscientes de la dinamia que caracteriza al Derecho del Trabajo; así como de la necesidad de incluir en la legislación actual del país algunas reformas o determinada normativa sobre ciertas modalidades de trabajo no contempladas en la legislación vigente, pero ello no justifica la expedición de un nuevo Código del Trabajo que parece inconveniente e innecesario; más aún, perjudicial para los propios interlocutores sociales. Sin embargo, el Gobierno ha ofrecido hacerlo, para cuyo efecto presentará un proyecto que persigue el seguimiento de ciertos ejes básicos, a saber:

a) Que se reconozca la existencia del trabajo autónomo, aun cuando no regulado en el referido proyecto;

b) Que se tienda a la mensualización del pago de las bonificaciones anuales (13avo, 14avo sueldos); para aumentar la capacidad adquisitiva de las remuneraciones de los trabajadores y sincerar su monto;

c) La eliminación de la jubilación patronal, exclusivamente a cargo del empleador, pagadera al cumplir el trabajador veinticinco años de trabajo ininterrumpido en la misma empresa, a cambio de que el empleador complemente o mejore el pago de la pensión jubilar mensual del trabajador a cargo de la seguridad social, según las normas de ésta, mediante un incremento de la aportación patronal;

d) Que se introduzca una normativa para ciertas modalidades especiales de trabajo existentes en el país, que en la actualidad carecen de regulación legal alguna, acorde con la naturaleza de las mismas, tales

como el teletrabajo, al trabajo de pescadores, camaroneros, mineros, etc.;

e) A la eliminación de ciertas obligaciones colaterales del empleador, tales como la prestación de servicios médicos y de comedor dentro de la empresa y la instalación de establecimiento de provisión de artículos de primera necesidad del trabajador (comisariatos) y guarderías infantiles para los hijos de los trabajadores;

f) Eliminación de la ocupación de fábricas y establecimientos en caso de huelga de los trabajadores, que sólo podrán ejercerla en los exteriores de las mismas;

g) La participación en las utilidades anuales a que tienen derecho los trabajadores y la opción de su pago mediante acciones de la empresa, que actualmente no se encuentra adecuadamente regulada;

h) La introducción del contrato colectivo de trabajo por rama de industria, sin sustituir totalmente el sistema vigente de la contratación colectiva dentro de la empresa;

i) También se propone la eliminación del desahucio o preaviso y la creación de una bonificación de salida del trabajador; y,

j) El mejoramiento de trámites administrativos y judiciales.

El anuncio de la presentación del proyecto de nuevo Código del Trabajo a la Asamblea Nacional, por parte del Ejecutivo, todavía no se ha concretado, pero existen claros indicios de que se lo hará en el transcurso del presente año 2014, pues se ha iniciado la llamada socialización del mismo; esto es, la consulta con los trabajadores, empresarios y otros interlocutores sociales.

Las reformas del mercado de trabajo en España

Antonio MARTÍN-VALVERDE

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

Sumario

I. Las reformas del mercado de trabajo en España: causas próximas. II. La evolución del ordenamiento laboral español a partir de la Constitución de 1978: reformas de la legislación de trabajo y reformas del mercado de trabajo. III. Cronología e instrumentos normativos de las reformas del mercado de trabajo en España. IV. Reseña de las reformas laborales en España hasta la crisis de 2007. V. Las reformas laborales frente a la actual crisis económica (1): la reforma de 2010-2011. VI. Las reformas laborales frente a la actual crisis económica (2): la reforma de 2012. VII. Consideraciones finales.

I. Las reformas del mercado de trabajo en España: causas próximas

1. La globalización y las nuevas tecnologías deben ser consideradas como las causas remotas de las reformas del mercado de trabajo llevadas a cabo en muchos países, entre ellos España, en el actual período histórico. Pero, por razones fáciles de comprender, las causas próximas o factores inmediatos de las reformas laborales han variado de un país a otro, y dentro de un mismo país, han sido diferentes de una reforma laboral a otra, en función de los problemas singulares atendidos en cada una de ellas.

En lo que concierne a España, el análisis de la regulación reciente del mercado de trabajo debe partir de una premisa que puede y suele pasar inadvertida a los observadores. Nos referimos al considerable aumento del volumen o magnitud de la población activa en el período considerado. En efecto, en las coyunturas favorables, la expansión del sistema productivo se ha traducido en aumentos de la oferta de empleo, oferta adicional que, del lado de la demanda, ha sido atendida en gran parte mediante un fuerte crecimiento de la tasa del empleo femenino y de los contingentes de la inmigración laboral.

Visto con perspectiva histórica, el considerable peso en la población activa de estos ejércitos de reserva de mano de obra ha sido seguramente el cambio más notable en el mercado de trabajo español producido en el período considerado. Las repercusiones de la incorporación masiva al empleo asalariado de mujeres e inmigrantes han impuesto a su vez determinadas inflexiones en la regulación jurídica del mismo.

2. Por una parte, la mayor presencia femenina en el mercado laboral ha propiciado el desarrollo de determinados institutos o principios de regulación de aplicación no exclusiva pero sí predominante en las mujeres trabajadoras. Nos estamos refiriendo al empleo a tiempo parcial y a la normativa de conciliación de la vida personal y familiar. Esta última tiene diversas manifestaciones, pero casi todas ellas versan sobre la ordenación del tiempo de trabajo.

El flujo de población inmigrante en el mercado de trabajo español ha sido un fenómeno sin precedentes en la historia contemporánea de nuestros movimientos migratorios. Hasta los años ochenta y noventa la corriente de emigración al exterior del siglo pasado había sido con mucho la tónica predominante. A partir de esos años la tendencia se invirtió de manera espectacular. Esta presencia masiva de población inmigrante, que se mantiene en cotas elevadas a pesar de la crisis económica desencadenada en 2007-2008, ha venido acompañada, como era de esperar, de notables cambios normativos en la legislación de empleo de extranjeros.

Entre estos cambios normativos destacan tres: 1) la introducción del principio de libre circulación de los trabajadores de países de la Unión Europea; 2) la puesta en práctica del instituto del "cupo" o "contingente" de los trabajadores extranjeros "extracomunitarios", destinado a la gestión colectiva de la contratación en origen; y 3) el reforzamiento de la prohibición de discriminación en las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores extranjeros extracomunitarios, una vez concedido el primer permiso de trabajo o autorización inicial para trabajar.

3. Al igual que en los períodos expansivos de la economía española se han producido fuertes y rápidos incrementos de la población laboral activa, los sucesivos episodios de crisis han dado lugar a descensos de la ocupación no menos intensos y repentinos, con las consiguientes elevaciones del volumen y de la tasa de trabajadores desempleados.

Conviene notar que la magnitud y la brusquedad de las oscilaciones del mercado de trabajo suelen ser en España mayor y más acusada que en otros países. Las razones que se apuntan para la explicación de este singular fenómeno son varias. Una de ellas es la composición del sistema productivo, donde cuentan en proporción mayor que en otros países determinadas actividades (construcción, turismo, servicios personales) que dependen en buena medida del ciclo económico.

Otra razón de peso del fenómeno descrito, que tiene por cierto bastante que ver con la evolución histórica de nuestras reformas laborales, es la alta proporción de los empleos temporales en el conjunto o fondo total de la población laboral española. La elevada "tasa de temporalidad", que es también sensiblemente

mayor en España que en otros países europeos, tiene, como ya hemos sugerido, dos caras. El anverso es que facilita la contratación, especialmente en los períodos expansivos. El reverso es que permite un ajuste casi inmediato del empleo en las coyunturas de crisis, mediante el fácil recurso a la extinción de los contratos temporales en el momento de su vencimiento.

Nos encontramos así, como es fácil de ver, ante una regulación jurídica del mercado de trabajo en la que, en el lenguaje de los economistas, los ajustes del empleo se han producido hasta el presente más bien vía cantidad (de trabajo) que vía precio (de trabajo). En las situaciones críticas, este tipo de ajuste se traduce a corto plazo en repentinas caídas del empleo y en consiguientes bruscos aumentos del desempleo. La cronología y determinados rasgos característicos de las reformas laborales en España han tenido mucho que ver, como vamos a comprobar más adelante, con estas peculiaridades de nuestro mercado de trabajo.

II. La evolución del ordenamiento laboral español desde la Constitución de 1978: reformas de la legislación de trabajo y reformas del mercado de trabajo

4. En el ordenamiento laboral español la regulación del mercado de trabajo, atendiendo a los objetivos y metas que se derivan de su buen funcionamiento, ha correspondido principalmente al legislador. De acuerdo con una larga tradición histórica, las principales instituciones de esta rama del Derecho han sido objeto de una ordenación legal específica, por lo general bastante detallada.

La Constitución de 1978 no sólo no ha querido romper esta tradición, sino que ha contribuido a consolidarla. A la ley encarga el artículo 28.1 CE la regulación de la libertad sindical, y el artículo 28.2 CE la regulación del derecho de huelga. A la ley encomienda también el artículo 37.1 la garantía del derecho a la negociación colectiva, y el artículo 37.2 la regulación del "derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo". Por otra parte, la regulación legal del conjunto de las condiciones de trabajo y de las condiciones de empleo está prevista en el artículo 35.2 CE, al establecer que "[l]a ley regulará un estatuto de los trabajadores". En fin, con fórmula amplia y genérica, el artículo 149.1.7ª CE declara que el Estado tiene "competencia exclusiva" en materia de "legislación laboral".

En todo caso, dentro de la misma línea de protagonismo del legislador, el papel que desempeña la legislación laboral española no es idéntico en las dos partes sustantivas que integran esta rama del Derecho. En el derecho individual de trabajo la ley es hoy, por lo general, el esqueleto o armazón que configura y sostiene a las demás fuentes de regulación, en especial a la negociación colectiva. En las instituciones de derecho colectivo el protagonismo de la normativa estatal es más acusado. Si se nos permite utilizar de nuevo la metáfora anatómica, diríamos que en esta parte del ordenamiento la ley aporta no sólo el esqueleto de la regulación sino también los elementos sustanciales del tejido normativo.

5. A la vista del programa y de las previsiones de legislación de trabajo

contenidas en la Constitución, no puede extrañar que su aprobación haya sido el origen y el fundamento de una serie de reformas legislativas en la materia, de notable alcance y de diferente naturaleza. Transcurrido ya más de un tercio de siglo de vigencia, tres líneas principales de regulación cabe distinguir en este campo de la actividad legislativa.

Una primera línea de regulación ha derivado de las propias transformaciones de los principios en que se sustenta el derecho colectivo del trabajo, contenidas en el texto constitucional y en determinadas disposiciones precursoras de la transición política. Esta nueva regulación de los derechos de libertad sindical, de huelga y de adopción de medidas de conflicto colectivo se remonta a los años setenta y ochenta del siglo pasado, transitando su evolución posterior por las vías normalmente más pausadas y puntuales de la jurisprudencia constitucional y de la jurisprudencia ordinaria.

Una segunda línea de las reformas de la legislación de trabajo procede de la incorporación a la Unión Europea, anticipada de manera implícita en el artículo 93 CE, y culminada unos años más tarde (en 1986) mediante la entrada en vigor del Tratado de Adhesión a la Comunidad Europea. En virtud del citado artículo 93 CE se ha permitido la cesión o transferencia a dicha entidad supranacional de determinadas "competencias" soberanas.

Entre las competencias transferidas figuran la regulación básica de la libre circulación de trabajadores (artículos 46 a 48 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–), la elaboración de "una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores" (artículo 67.2 TFUE) y la adopción de disposiciones mínimas sobre ciertas condiciones de empleo y trabajo (artículo 153.1 y 3 TFUE).

La tercera línea de regulación legislativa a que nos estamos refiriendo es la de las reformas laborales o reformas del mercado laboral objeto del presente estudio. No es ésta en realidad una trayectoria normativa originada en la Constitución, pero sí ha coincidido en su inicio con los primeros años de vigencia del texto constitucional. Las causas determinantes de la misma han sido, como se ha expuesto en el apartado anterior, las profundas transformaciones del sistema productivo y del mercado de trabajo experimentadas a partir de los dos últimos decenios del siglo XX.

6. Los tres procesos de reforma del ordenamiento laboral español que acabamos de reseñar han discurrido en principio por distintos cauces, y se han desarrollado además con una dinámica de cambio diferente. Pero, aunque proceden de diferentes raíces, las respectivas líneas de legislación han confluido y se han entrecruzado en numerosas ocasiones. Las reformas laborales o reformas del mercado de trabajo no han sido por tanto enteramente ajenas a los otros dos procesos reformistas. Intentaremos a continuación explicar brevemente no ya sus encuentros ocasionales sino sus conexiones más profundas.

En lo que concierne a la regulación de los derechos fundamentales "laborales", la Ley Orgánica de Libertad Sindical (Ley 11/1985) ha afectado a la identificación y selección de los representantes de los trabajadores, al atribuir expresamente a los sindicatos en general, y a los sindicatos representativos o más

representativos en particular, el "derecho a la negociación colectiva" [artículo 2.2.d)] "en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores" [artículo 6.3.b)]. Por su parte, la permisiva regulación del derecho de huelga contenida en el Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 1977 (DLRT 17/1977) y en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, ha ejercido una influencia notable en los procesos de negociación de convenios colectivos, dotando a los empleados y sus representantes de un considerable poder reivindicativo en el mercado de trabajo "interno".

La adaptación del ordenamiento español al Derecho laboral comunitario se ha efectuado, como es lógico, de acuerdo con el ritmo de aprobación de disposiciones (reglamentos y directivas) marcado por la propia Unión Europea. El volumen de nuevas normas laborales procedentes de esta fuente supranacional ha sido apreciable a partir de la década de los noventa. Y la conexión de las mismas con las reformas del mercado de trabajo es bien visible, teniendo en cuenta las materias objeto de las competencias transferidas y de las disposiciones aprobadas.

En efecto, la mayor parte de las normas legislativas europeas en materia laboral se refieren a aspectos directamente implicados en la regulación del mercado de trabajo. Así sucede, con toda evidencia, con los reglamentos y directivas sobre libre circulación de trabajadores, cuyo propósito más o menos expreso es instaurar un "mercado común" de trabajo. Y así ocurre también, sin que nos propongamos una enumeración exhaustiva, con las directivas sobre empleo de trabajadores extracomunitarios, sobre prohibición de discriminaciones en condiciones de trabajo y empleo, sobre despidos colectivos, sobre empresas de trabajo temporal, sobre el trabajo a tiempo parcial, o sobre el contrato de trabajo de duración determinada.

7. No parece dudoso, en conclusión, que las disposiciones legales de trasposición o incorporación al ordenamiento interno de la normativa laboral comunitaria deban ser incluidas en la regulación jurídica del mercado de trabajo. Algunas de ellas tienen, además, extraordinaria importancia en cuanto que determinan el volumen de la demanda de empleo, la cual depende como es fácil de entender del derecho reconocido a trabajadores de otros países a buscar y desempeñar trabajo allende las fronteras. De todas maneras, aplicando una convención lingüística que intentaremos explicar brevemente a continuación, la normativa interna española de trasposición del Derecho laboral de la UE no suele ser incluida ni por los actores sociales ni por la doctrina científica en la nómina de las leyes o disposiciones de reforma laboral.

La explicación de que las modificaciones legislativas derivadas de la incorporación de normas europeas sobre el mercado de trabajo no se incluyan habitualmente en la lista de las reformas laborales radica en la propia configuración de la legislación española de extranjería. La Ley española en la materia –Ley Orgánica 4/2000, varias veces reformada, y acompañada de una numerosa cohorte de reglamentos– ha sido concebida como una ley "transversal", que aborda los distintos problemas relativos a la posición jurídica y a la integración social de los extranjeros, con independencia del sector del ordenamiento implicado. Una parte sustantiva de su régimen jurídico se refiere al empleo de

extranjeros. Pero otras extensas parcelas de la misma tratan de aspectos generales de orden público, control de fronteras o solicitud de asilo.

En cualquier caso, como era de esperar, la legislación de extranjería ha sido muy sensible a la coyuntura del empleo. Por poner un ejemplo reciente: la consideración de las diferentes circunstancias del mercado de trabajo y de la diferente "realidad migratoria" ha determinado que la reforma de dicha Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo en 2003 (Ley 14/2003), en coyuntura expansiva, tuviera un signo de liberalización del empleo de extranjeros, mientras que la reforma de la propia Ley de extranjería del año 2009 (Ley 9/2009), en el corazón de la actual crisis, haya endurecido sensiblemente la concesión de las autorizaciones de residencia y trabajo a los nacionales de países que no forman parte de la Unión Europea.

III. Cronología e instrumentos normativos de las reformas del mercado de trabajo en España

8. Una precisión sobre el uso de la terminología conviene hacer aquí. La fórmula "reforma laboral" suele utilizarse en el debate político y en las exposiciones doctrinales, no para cualesquiera modificaciones de los distintos aspectos normativos del mercado de trabajo, sino, limitadamente, para aquellos cambios o modificaciones normativas del mercado de trabajo que, por su extensión o por su profundidad, han pretendido o han tenido una repercusión importante en los objetivos económicos y sociales que se esperan de su funcionamiento. Este adicional uso restrictivo de la expresión, que tampoco la invalida o la hace desaconsejable, requiere también alguna explicación.

El concepto de reforma laboral o reforma del mercado de trabajo no es un concepto dogmático sino un concepto descriptivo de la evolución reciente del Derecho del Trabajo. Parece lógico, desde esta perspectiva, limitar su uso a los hitos legislativos que han influido particularmente en ella, prescindiendo de muchas otras modificaciones menores o de detalle, fruto las más de las veces del desorden legislativo o del "activismo" del legislador. Limitado a los hitos legislativos, el concepto de reforma laboral tiene la ventaja de identificar los principales afluentes de las caudalosas corrientes legislativas que forman hoy los ordenamientos laborales. Su utilidad para la historia reciente del Derecho del Trabajo en España no parece dudosa; y probablemente podríamos llegar a la misma conclusión, aunque ello requeriría más y mayores comprobaciones, desde el punto de vista del derecho comparado.

En suma, uno de los rasgos distintivos de las reformas laborales así entendidas ha sido la adopción conjunta de un plan o combinación de cambios legales para hacer frente a desajustes o disfunciones relevantes del mercado de trabajo. Dichos desajustes o disfunciones suelen aflorar en las coyunturas de crisis. Y no es casualidad por ello que las situaciones críticas más agudas por las que ha atravesado (y atraviesa) la economía española –una en los primeros años ochenta, otra a mediados los años noventa, y la última a partir de 2007– hayan dado lugar a las reformas laborales de mayor extensión o intensidad.

9. Las reformas legislativas del mercado de trabajo que, a mi juicio, deben ser incluidas en la relación de reformas laborales con significación en la evolución histórica o en la configuración actual del Derecho del Trabajo español son seis. Las vamos a identificar por medio de los años en que fueron aprobadas y de las disposiciones legislativas que las han llevado a cabo: 1) en 1984, mediante la Ley 32/1984; 2) en 1994, mediante las leyes 10/1994, 11/1994 y 14/1994; 3) en 1997, mediante la Ley 63/1997; 4) en 2001-2002, mediante la Ley 12/2001 y la Ley 45/2002; 5) en 2010-2011, mediante la Ley 35/2010 y el Real Decreto-Ley 7/2011; y 6) en 2012, mediante la Ley 3/2012.

La relación anterior de reformas laborales merece algunas aclaraciones. Interesa señalar, en primer lugar, que la reforma de 1984 no siempre se ha calificado como tal en la literatura en la materia. Ello se ha debido a que, si bien su exposición de motivos ya hablaba de reforma del mercado de trabajo, la expresión empezó a tener circulación doctrinal varios años más tarde, generalizándose su uso en los trabajos preparatorios de la extensa y profunda reforma laboral siguiente en el tiempo, la de 1994.

Acaso pueda discutirse también si el contenido de las Leyes 12/2001 y 45/2002 tiene entidad suficiente para ser incluido en la lista de reformas laborales al lado de las demás. Nos hemos inclinado por la afirmativa, incluyéndolas conjuntamente en un mismo proceso reformista, teniendo en cuenta por un lado que corresponden a un mismo Gobierno y a una misma legislatura, y por otro lado que los institutos jurídicos en ella regulados han dejado una huella bien visible en la regulación del mercado de trabajo de los últimos años.

También hemos agrupado las disposiciones de reforma del mercado de trabajo de los períodos legislativos 2010 y 2011 en un solo proceso de reforma, entendiendo que han tenido un origen común y que pertenecen a un único proyecto gubernamental de reforma, desglosado en dos fases, dentro de la misma legislatura. La separación, en cambio, entre la reforma de 2010-2011 y la posterior de 2012 responde a que, si bien esta última conserva bastantes ingredientes de la anterior, ha sido concebida y puesta en práctica por un Gobierno distinto, surgido de las elecciones generales de noviembre de 2011.

10. Algunas precisiones adicionales conviene hacer a propósito de los instrumentos normativos de las reformas laborales enumeradas y de las técnicas legislativas aplicadas para su implementación.

Con la excepción del Real Decreto-Ley 7/2011, las disposiciones legislativas que, desde la perspectiva actual, permiten identificar a las reformas del mercado de trabajo en España son textos legales con carácter de leyes ordinarias. Ahora bien, las normas legales citadas han significado habitualmente la culminación pero no el momento inicial de las reformas respectivas.

En efecto, casi todas ellas se han puesto en práctica en dos fases. Una primera fase de introducción a través de decreto-ley, en la que el Gobierno, aduciendo razones de "extraordinaria y urgente necesidad", modificaba por esta vía excepcional los preceptos legales que se había propuesto reformar. Y una segunda fase de confirmación y asentamiento, en la que las normas introducidas por decreto-ley se convierten en leyes ordinarias, tras la correspondiente tramitación parlamentaria.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, las leyes y decretos-leyes que han introducido y llevado a cabo las reformas laborales deben calificarse como leyes de reformas parciales de los preceptos legales correspondientes objeto de reforma. Estos preceptos legales pertenecen casi siempre a la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), que es en el ordenamiento laboral español la que contiene el grueso de la regulación de los distintos aspectos del mercado de trabajo, incluida la negociación colectiva de condiciones de empleo y trabajo.

Pero no se trata de la única disposición legislativa afectada. Por razones fáciles de comprender, las reformas del mercado de trabajo se refieren a otras leyes laborales, y vienen acompañadas de una serie más o menos numerosa de normas reglamentarias de aplicación y desarrollo. Entre las primeras se encuentra la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, aprobada en la reforma de 1994 y modificada luego varias veces. También, sin propósito de hacer una enumeración exhaustiva, la Ley de Procedimiento Laboral, a la que ha sustituido en 2011 la Ley de la Jurisdicción Social, en cuanto contienen el régimen de los aspectos procesales de los despidos; la Ley General de la Seguridad Social, respecto de la edad y las modalidades de la jubilación; y la Ley de Empleo (Ley 56/2003), en materia de intermediación laboral.

IV. Reseña de las reformas laborales en España hasta la crisis de 2007

11. La clave de la reforma laboral de la Ley 32/1984 fue la liberalización de la contratación de trabajo. Esta ley trajo consigo cuatro novedades principales en esta dirección de "flexibilidad de entrada". La mayor parte de ellas no ha permanecido en el ordenamiento, pero, paradójicamente, sí ha dejado una huella profunda en el mercado de trabajo: una persistente alta "tasa de temporalidad", manifestación estadística de lo que se ha dado en llamar la "cultura de la temporalidad", o propensión al uso (y a veces al abuso) de la contratación temporal.

La primera y principal de tales novedades fue la admisión prácticamente sin restricciones de los llamados contratos temporales para el fomento del empleo. Ello supuso a efectos prácticos la suspensión, que se prolongaría durante un largo período de diez años, de la norma general de causalidad de la contratación por tiempo determinado. En este mismo sentido, la Ley 32/1984 amplió la lista de causas de la contratación ordinaria por tiempo determinado con un supuesto más: el contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad.

Recuérdese, respecto de estos cambios legales, que el régimen jurídico de la duración del contrato de trabajo tiene un carácter ambivalente, en cuanto que comporta al mismo tiempo flexibilidad de entrada en el mercado de trabajo, al facilitar la contratación, y flexibilidad de salida o de plantillas, al permitir al empresario extinguir fácilmente el contrato de duración determinada al vencimiento del término.

Una tercera novedad de la Ley 32/1984 se refería no a las modalidades ordinarias de contratación temporal sino a aquellos supuestos especiales de contratos por tiempo determinado que son los contratos formativos, en las dos modalidades tradicionales en el ordenamiento laboral español (contrato para la formación y contrato en prácticas). En lo que concierne a estos tipos

contractuales, que se destinan normalmente a los jóvenes, la regulación más flexible establecida en la ley consistió en la elevación de los límites de edad para su celebración, y en la extensión de la duración de ambos contratos formativos.

El mismo signo liberalizador de la contratación de trabajo tiene otra disposición de la propia ley relativa al empleo a tiempo parcial. Se trata de la derogación de la norma restrictiva que regulaba a la sazón esta modalidad de contrato, contenida en la redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores (Disposición transitoria 3ª de la Ley 8/1980). En síntesis, esta disposición transitoria significaba la limitación del recurso a dicha modalidad contractual a los jóvenes y a los perceptores de prestaciones de desempleo.

12. Frente a la estrategia simple de flexibilidad de acceso y salida de la reforma de 1984, la reforma de 1994 adoptó varias líneas de acción de mayor complejidad y diversidad, con incidencia sobre otros tantos aspectos de la regulación del mercado de trabajo. De entrada, las leyes 10/1994 y 11/1994 retiraron las excepcionales facilidades que la Ley 32/1984 había procurado a las empresas en materia de los contratos temporales y por tiempo determinado. Conviene que nos detengamos un poco en la explicación de este punto.

La puesta en práctica de las medidas de liberalización de la reforma de 1984, y en particular la utilización masiva del contrato temporal para el fomento del empleo, habían llevado a principios de los años noventa a un fuerte crecimiento de la tasa de temporalidad o porcentaje de temporales en el total de la población laboral empleada, y a una visible segmentación del mercado de trabajo. En él aparecían dos grandes grupos de trabajadores separados por una profunda brecha: de un lado, los fijos o indefinidos, dotados de una consistente protección en el empleo, y de otro lado los trabajadores temporales, prácticamente desguarnecidos de tal protección en el momento del vencimiento del contrato de trabajo.

Pero debemos tener en cuenta que lo que se propuso la reforma laboral de 1994 en este aspecto de la regulación del mercado de trabajo fue sólo contener el crecimiento de la tasa de temporalidad, pero no reducir la brecha de protección entre los dos grandes segmentos de trabajadores. Se trataba únicamente, en suma, de evitar que siguiera aumentando el porcentaje de temporales, mediante la recuperación del principio de causalidad de la contratación temporal, pero no de atenuar las diferencias de trato normativo entre unos y otros. Ello habría obligado a reformar la regulación de la extinción del contrato de trabajo de duración determinada, punto que sería abordado más tarde.

Además de la recuperación del principio de causalidad de la contratación temporal, la reforma de 1994 incidió en otros muchos aspectos del mercado de trabajo. En primer lugar, a la intermediación en dicho mercado se refieren dos importantes cambios legales: a) la supresión del monopolio público de la colocación, aceptando la actividad de agencias privadas de colocación sin ánimo de lucro; y b) la legalización de las empresas de trabajo temporal (Ley 14/1994), hasta entonces prohibidas.

Otros tres puntos de la reforma laboral de 1994 versan sobre la flexibilidad interna y la adaptación de las condiciones de empleo y trabajo a la situación de

las empresas: c) la facilitación de la movilidad funcional y geográfica y de la modificación de condiciones de trabajo; d) la deslegalización de la regulación de buena parte de las condiciones laborales (clasificación, estructura del salario, tiempo de trabajo, etcétera) mediante el trasvase de las competencias de regulación de las mismas desde la ley a la negociación colectiva; y e) la reordenación de atribuciones dentro de los distintos tipos de convenios colectivos, normalmente en favor de las unidades de negociación de ámbito inferior (descentralización de la negociación colectiva).

La propia reforma de 1994 incluye algunas notables modificaciones normativas en materia de extinción del contrato de trabajo encaminadas a la flexibilidad de plantillas: f) una liberalización moderada del régimen de los despidos económicos, admitiendo el despido por causas empresariales sin autorización administrativa, si el número de despedidos no alcanzaba determinados umbrales numéricos; y g) la recalificación de los actos de cese o despido con defectos de forma, que antes se consideraban "despido nulo" (ilicitud más invalidez del acto) y a partir de la Ley 11/1994 se califican como "despido improcedente" (ilicitud pero no invalidez del acto), con la consiguiente ampliación del poder de dirección del empresario.

13. La reforma laboral de 1997 es una especie de complemento o prolongación de algunas tendencias iniciadas en la reforma anterior de 1994. La vuelta al régimen tradicional de la duración del contrato que supuso la Ley 11/1994 respecto de la Ley 32/1984 se completa ahora con la supresión de aquel supuesto o causa justificativa del contrato de duración determinada que había incorporado dicha ley: el contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad.

En lo que concierne a la flexibilidad de entrada, la Ley 63/1997 significa, además, un giro apreciable en la política de fomento del empleo. De una regulación del acceso o ingreso al trabajo centrada exclusivamente en elevar los niveles de ocupación se pasa a una política de promoción del empleo estable. Esta selección de objetivos se lleva a cabo mediante la selección paralela de los actos de empleo fomentados o estimulados.

En efecto, de acuerdo con la redacción del artículo 17.3 ET contenida en la Ley 63/1997, que no ha experimentado variaciones desde entonces, las ventajas o ayudas para facilitar la colocación de trabajadores han de orientarse "prioritariamente" a "fomentar el empleo estable de los trabajadores desempleados y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido". Un símbolo de este cambio de rumbo es la sustitución del contrato temporal de fomento del empleo por una nueva modalidad contractual: el "contrato para el fomento de la contratación indefinida", cuya especialidad principal, que luego explicaremos, era la reducción de la indemnización en determinados despidos improcedentes.

14. Las aportaciones de la reforma laboral de 2001-2002 se refieren a varios institutos jurídicos que han desempeñado un papel relevante en la evolución más reciente del mercado de trabajo. Uno de ellos es el empleo a tiempo parcial, cuyo régimen ya había sido objeto de varios cambios normativos; contenido uno de ellos (antecedente muy próximo a la Ley 12/2001), en una disposición legislativa aprobada por vía de urgencia: el Real Decreto-Ley 15/

1998. El cambio plasmado en estas normas, que en lo esencial se ha mantenido luego, procura, como dice la exposición de motivos de la Ley 12/2001, "lograr un mayor impulso y dinamismo de esta modalidad contractual".

Por otra parte, la nueva regulación de las indemnizaciones por cese en el trabajo incluida en la Ley 45/2002 ha dado lugar a la creación de una nueva figura de despido –el llamado "despido exprés"–, a la que los empresarios dispensaron una gran acogida. En virtud del despido exprés el empleador, para evitar la acreditación y prueba de las causas del cese, acepta dar por terminada la relación de trabajo con abono de la indemnización básica de despido improcedente. La consignación judicial inmediata de dicha indemnización determinaba además la exoneración de la indemnización adicional de despido improcedente por los "salarios dejados de percibir" o salarios de tramitación durante un eventual proceso de despido.

Una tercera línea de regulación del mercado de trabajo abordada en la reforma laboral de 2001-2002, que había de adquirir luego un notable desarrollo, se refiere al cese por jubilación. La Ley 12/2001 [Disposición Derogatoria Única letra a)] suprimió la habilitación a los convenios colectivos para establecer claúsulas de jubilación forzosa, expandiendo el campo de aplicación del principio de voluntariedad de la jubilación. La exposición de motivos explicaba la norma, un tanto alusivamente, al afirmar que la jubilación forzosa es el "instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales".

Las realidades "actuales" aludidas eran obviamente las de la Ley 12/2001, que iban a cambiar radicalmente en la larga coyuntura de crisis iniciada en 2007. De ahí que el régimen jurídico de la pensión de jubilación haya experimentado numerosos vaivenes y vicisitudes desde entonces, incluida una vuelta temporal a la jubilación forzosa por convenio colectivo. En todo caso, esta línea de regulación se ha desarrollado de manera notable en los últimos años con una doble finalidad: la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social y la regulación del mercado de trabajo respecto del contingente laboral en edades próximas al retiro.

15. En lo que concierne a los contratos de duración determinada, la propia Ley 12/2001 contiene una novedad que ha pasado más inadvertida, pero que tiene a mi juicio una importancia de primer orden en la regulación del mercado de trabajo. Me refiero a la fijación de una indemnización de fin de contrato en las dos modalidades de contratos temporales de uso más frecuente: el contrato de eventualidad y el contrato para obra o servicio determinado. La cuantía de esta indemnización es más reducida que la correspondiente a los despidos improcedentes y a los despidos económicos procedentes, a saber, "ocho días de salario por cada año de servicio" en la reforma de 2001-2002, que se elevaron luego a "doce días" por año en la reforma de 2010.

La diferencia de cuantía entre las indemnizaciones por terminación de contratos temporales y las indemnizaciones de despido son una consecuencia lógica de la distinción tradicional entre contratos por tiempo indefinido y contratos por tiempo determinado. Suprimido por ley el trato diferente en otras condiciones de empleo y trabajo, la equiparación absoluta de las indemnizaciones de los

dos tipos de modalidades de contratos de trabajo según su duración hubiera convertido en irrelevante en la práctica la diferencia entre los mismos, por lo que ambos acabarían fundiéndose en un solo contrato de trabajo.

Es justamente esta equiparación lo que ha pretendido un sector de economistas del trabajo, con la propuesta del llamado "contrato único". Según este planteamiento *de lege ferenda*, que hasta ahora han descartado expresamente los sucesivos Gobiernos, la implantación de la misma indemnización se llevaría a cabo elevando por un lado la indemnización por terminación del contrato temporal, y reduciendo por el otro las indemnizaciones de despido o extinción del contrato por voluntad unilateral del empresario.

No nos corresponde en este estudio histórico efectuar valoraciones sobre propuestas de hipotéticas regulaciones futuras. Lo que sí debemos constatar es que la regulación de la indemnización de fin de contrato establecida en la Ley 12/2001, e incrementada en la Ley 10/2010, ha afectado en buena medida a la segmentación del mercado de trabajo. La brecha generada por la "cultura de la temporalidad" entre los segmentos de los trabajadores fijos y los trabajadores temporales se ha reducido tanto más cuanto más ha disminuido la diferencia de cuantía entre las respectivas indemnizaciones por despido o por fin de contrato.

V. Reformas laborales frente a la actual crisis económica (1): la reforma de 2010-2011

16. En los apartados anteriores hemos colocado el foco de la atención en la evolución y en los rasgos peculiares que presenta el mercado de trabajo español en el último tercio de siglo, y en las reformas del mismo que se han sucedido desde 1978 (año de aprobación de la Constitución) hasta la irrupción de la crisis económica. Nos proponemos en éste y en el próximo apartado analizar las dos reformas laborales que han hecho frente a las fuertes perturbaciones en el mercado de trabajo generadas por la actual crisis económica internacional. Una crisis, conviene recordarlo, que ya apuntaba en el segundo semestre de 2007, que emerge de manera espectacular con la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008, y cuyas consecuencias se prolongan todavía (y al parecer por varios años más) en el ámbito de la Unión Europea, y en particular en España.

A pesar de la proximidad en el tiempo y de una sensible similitud en el diagnóstico, las reformas laborales frente a la actual crisis son dos, con estrategias similares pero de distinta intensidad y distinto trasfondo ideológico, que impiden la refundición o confusión en una sola. De un lado está la reforma de 2010-2011 y de otro lado la reforma de 2012, aprobadas como se sabe por gobiernos de diferente signo político. La reforma última, aun manteniendo buena parte de las aportaciones de la anterior, ha enfrentado la tarea con mayor determinación, abordando además aspectos normativos que los promotores de la reforma de 2010-2011 no quisieron o no consideraron oportuno abordar.

17. El impacto de la crisis actual en el mercado de trabajo español, en forma de caída del empleo y crecimiento del desempleo, fue inmediato y de

gran intensidad, como es bien sabido. El preámbulo de la Ley 35/2010, principal texto legislativo de la reforma laboral 2010-2011, lo reconoce con claridad, no exenta de cierta crudeza. Según indicarán las comillas, en dicho preámbulo o exposición de motivos nos vamos a apoyar con alguna frecuencia en la exposición que sigue sobre las causas y los contenidos de dicha reforma.

Después de recorrer "la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía española desde mediados de los noventa", el referido texto constata en el bienio 2008-2009 una "intensa destrucción de empleo", en cifras millonarias ("más de dos millones de puestos de trabajo"), y un "consecuente aumento del desempleo", en números incluso más altos ("casi dos millones y medio de personas"). En consecuencia, la tasa de desempleo, que a mediados del 2007 estaba en niveles próximos a la media europea, duplicó su cifra, "hasta acercarse al 20%".

La "caída de la actividad productiva" y el "colapso de los cauces habituales de crédito" fueron, ciertamente, en los años iniciales un rasgo común de esta crisis internacional, cuyo origen económico-financiero en Estados Unidos se acepta por la generalidad de los analistas. Pero la "incidencia de esta contracción productiva sobre el empleo", sigue reconociendo la parte expositiva de la Ley 35/2010, ha sido en España "superior a la sufrida en otros países".

El diagnóstico del legislador de 2010 refleja un estado de opinión, también muy difundido entre los economistas y laboralistas españoles, y que compartiría luego el legislador de la reforma de 2012. El "negativo comportamiento" del mercado de trabajo español se debe por una parte a una cierta malformación sobrevenida de la "estructura productiva", y por otra parte a "debilidades" del "modelo" de funcionamiento (ajuste de ofertas y demandas) de dicho mercado, que "las reformas abordadas en las últimas décadas no han logrado eliminar o reducir de forma sustancial".

18. Llama la atención que el preámbulo de la Ley 35/2010 se refiera sólo alusivamente a "diferencias en la estructura productiva", respecto de "los países de nuestro entorno socioeconómico", sin mencionar entre ellas a la más destacada, de donde ha procedido el más voluminoso contingente de desempleados de los años mencionados. Nos estamos refiriendo a la existencia de un sector de la construcción sobredimensionado, protagonista y afectado directo del estallido de la llamada "burbuja inmobiliaria".

Más explícito, en cambio, es el preámbulo en la descripción de las debilidades del mercado de trabajo. Tales debilidades se manifiestan en primer lugar, de nuevo en las palabras de la repetidamente citada exposición de motivos, en una "elevada sensibilidad del empleo al ciclo económico". A este fuerte crecimiento "en las fases expansivas" sigue, con similar automatismo, la destrucción de puestos de trabajo "con igual o mayor intensidad en las etapas de crisis".

En los propios términos de la exposición de motivos, la raíz del fenómeno es como ya hemos advertido, la muy elevada tasa de temporalidad o proporción en la población activa de trabajadores con contrato temporal: "en torno a un tercio del total de asalariados por cuenta ajena", precisa la parte expositiva de

la Ley 35/2010, recogiendo una cifra casi constante desde los años noventa. El contraste entre la protección del empleo de los empleados por tiempo determinado respecto de los contratados por tiempo indefinido, "ha derivado en una fuerte segmentación entre trabajadores fijos y temporales".

Como también hemos apuntado ya, el diagnóstico anterior no difiere grandemente del que inspiró buena parte de las reformas laborales precedentes. Pero la novedad en la crisis actual estriba, y no es poca cosa, en la magnitud en términos absolutos de la caída del empleo. En cifras relativas, es decir atendiendo a la tasa de paro, el porcentaje de desempleados es comparable al de los años ochenta y noventa del siglo pasado. Pero en números absolutos la cifra se ha visto agrandada y agravada por la mayor dimensión que el mercado de trabajo ha adquirido desde entonces. No es lo mismo, obviamente, una tasa de paro por encima del 20% cuando la población activa ronda los quince o dieciséis millones de población activa, que cuando ha superado los veintidós millones.

19. El "objetivo último fundamental" o "esencial" de la reforma del mercado de trabajo de 2010-2011 es doble. La exposición de motivos de la Ley 35/2010 lo enuncia de forma bastante previsible: se trata de "contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad de la economía española", recuperando en lo posible la "creación de empleo".

Más expresivo es el enunciado de los objetivos intermedios, que, siguiendo el mismo preámbulo, son tres: 1º) la reducción de la descrita "dualidad" o "segmentación" del mercado laboral; 2º) el reforzamiento de los "instrumentos de flexibilidad interna"; y 3º) la reordenación de los institutos de acceso o ingreso al trabajo, "mejorando los mecanismos de intermediación laboral", "haciendo más atractivos para empresas y trabajadores los contratos formativos", y concentrando en los jóvenes desempleados la política de fomento del empleo.

Para la reducción de la brecha entre fijos y temporales la Ley 35/2010 introduce dos novedades. La primera es un límite de duración (tres años, en principio) a los contratos para obra o servicio determinado. La segunda, cuya noticia ya se ha adelantado, es la elevación a doce días la cuantía de las indemnizaciones de fin de determinados de los contratos temporales (eventualidad y obra o servicio determinado).

Los instrumentos de la flexibilidad interna que la Ley 35/2010 pretendía reforzar, para el ajuste de la cantidad de fuerza de trabajo en empresas y organizaciones, son la suspensión del contrato y la reducción temporal de la jornada de trabajo. Estos institutos o figuras jurídicas se estiman aptos para mantener el empleo durante determinadas situaciones de crisis, y se consideran "mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas".

Ciertamente, tales vías de ajuste en el mercado de trabajo interno son menos dolorosas que la flexibilidad externa o "de salida". Pero hay que reconocer que los cambios en la materia introducidos por la reforma laboral de 2010-2011 son muy limitados. La suspensión del contrato o la modificación de la jornada por necesidades o conveniencias empresariales ya existían en el ordenamiento laboral español. Y los aspectos más importantes de su régimen jurídico –el

requisito de autorización administrativa de la suspensión y la inexistencia de indemnización legal en ambas vicisitudes– se han mantenido sin variación en la redacción del artículo 47 ET de la citada Ley 35/2010.

En cuanto a los "mecanismos de intermediación laboral" la novedad más relevante de la Ley 35/2010 es la legalización de las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro. Se exige, sin embargo, un importante requisito de su posible actividad lucrativa: que no obtengan retribución de sus servicios proveniente de los trabajadores.

20. Respecto a las modalidades de contratación la reforma laboral de 2010-2011 ha significado la extensión del campo de aplicación del contrato de fomento de la contratación indefinida virtualmente a todos los trabajadores desempleados. La ampliación de la cobertura tiene, como suele ocurrir en estos institutos, una vertiente de flexibilidad de entrada y otra de flexibilidad externa o de salida.

En efecto, la singularidad más acusada del régimen jurídico del contrato para el fomento de la contratación indefinida es la reducción de la indemnización de despido, "[c]uando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada judicialmente improcedente o reconocida como tal por el empresario". De la indemnización ordinaria de cuarenta y cinco días por año de servicio improcedente con límite de cuarenta y dos meses se pasa a una indemnización de "treinta y tres días de salario por año de servicio ... hasta un máximo de veinticuatro mensualidades" (artículo 3 Ley 35/2010, que modifica la Disposición Adicional 1ª de la Ley 122/2001).

También se refiere al régimen de la extinción del contrato de trabajo otro punto destacado de la Ley 35/2010. Entre las "debilidades del mercado de trabajo español" en el momento de la aprobación de la Ley se encontraba, como había advertido la mejor doctrina, la escasa eficiencia de la regulación de los despidos económicos. La manifestación más elocuente de la misma era, en los términos de la propia exposición de motivos, el desplazamiento de "muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente". Como se recordará, la operación de trasvase había sido facilitada, años antes de la emergencia de la crisis, mediante la figura del "despido exprés", introducido en la reforma laboral de 2001-2002.

La receta que proporcionó la Ley 35/2010 para poner algún remedio a la "huida" empresarial de los despidos por causas empresariales se limita a un solo aspecto, si bien muy relevante, de la regulación de los mismos. Se trata de definir de la manera más precisa posible, las causas que los justifican: "económicas, técnicas, organizativas y de producción".

El proceso de formación de las respectivas definiciones es interesante. El primer paso fue su enunciación en la reforma laboral de 1994, que dio lugar a la precisión de los conceptos respectivos por vía jurisprudencial. En un segundo momento, la reforma laboral de 1997 introdujo modificaciones apreciables en el propio enunciado de las causas, con propósito de ampliar su campo de acción. El tercer paso, correspondiente a la Ley 35/2010, ha sido reelaborar y perfilar las definiciones jurisprudenciales, ampliando y ejemplificando los supuestos correspondientes.

La reforma laboral de 2012, en cuyo análisis ya vamos a entrar, ha mantenido con algunos retoques adicionales, el enunciado y las definiciones de dichas causas, tal como fueron plasmados en dicha Ley 35/2010. La idea inspiradora de las definiciones actuales es que no sólo las circunstancias económicas negativas de la empresa sino también los "cambios" técnicos u organizativos acordados por el empresario en aras de la productividad o competitividad pueden justificar los despidos económicos, incluso cuando la empresa no está en una situación actual de crisis.

VI. Reformas laborales frente a la actual crisis económica (2): la reforma de 2012

21. A caballo entre la Ley 35/2010, disposición principal de la reforma laboral de 2010, y la Ley 3/2012, que contiene la reforma laboral de 2012, se encuentra el Real Decreto-Ley 7/2011, donde se incluyen modificaciones relevantes de la negociación colectiva de trabajo. Tales modificaciones versan no exclusiva pero sí principalmente sobre la estructura y sobre los sujetos de los convenios colectivos de eficacia general.

No parece dudoso que esta última disposición debe adscribirse a la reforma laboral de 2010-2011, ya que ha sido elaborada por el mismo Gobierno que redactó la disposición de urgencia que acabaría convirtiéndose en la Ley 35/2010. La separación en dos entregas del mismo proceso reformista se explica en el caso, muy probablemente, por la premura que caracterizó a todo el proceso legislativo de dicha reforma laboral, y particularmente a su fase inicial.

Bastará para la explicación del fenómeno con un breve repaso de datos cronológicos fácilmente contrastables. En abril de 2010 el Gobierno existente a la sazón declaraba no albergar propósito alguno de reforma a fondo del mercado de trabajo, más allá de los planes y programas de fomento económico-financiero del empleo que había puesto en marcha. En el mes de mayo siguiente el propio Gobierno cambia de criterio a raíz de diversas consultas internacionales, en particular en el ámbito de la Unión Europea. Tal cambio de posición se materializa en el Real Decreto-Ley 10/2010, de 18 de junio, antecedente inmediato de la Ley 35/2010. Dicha Ley, que sustituyó al RD-L 10/2010 tras el correspondiente procedimiento legislativo, fue aprobada el 17 de septiembre, a la reanudación del período de sesiones del Parlamento, inmediatamente después de la pausa de los meses de verano.

Se comprende bien, a la vista de estos datos, el aplazamiento para un momento posterior por parte del Gobierno del cambio legislativo en materia de negociación colectiva, que le parecía ajustado a las nuevas circunstancias generadas por la crisis económica desencadenada en 2007. En cualquier caso, tal cambio legislativo ha marcado un rumbo que se iba a mantener en la reforma laboral de 2012. Parece oportuno por ello dar noticia conjunta de las normas correspondientes.

22. El RD-L 7/2011 ha introducido en el ordenamiento laboral el principio de prioridad aplicativa al convenio o acuerdo de empresa, reforzado y ampliado luego en la Ley 3/2012. Tal como está regulado en la actualidad la puesta en

práctica del mismo se lleva a cabo a través de dos piezas normativas complementarias. Una es la preferencia al convenio de empresa en caso de concurrencia con un convenio de ámbito superior, respecto de las principales materias de la negociación colectiva: sistema de remuneración, cuantía real de la misma, ordenación del tiempo de trabajo (horario, turno, vacaciones), adaptación de la clasificación profesional, conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

La segunda regla para llevar a cabo la preferencia de la negociación colectiva de empresa es la potestad del empresario y de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa de acordar en determinadas circunstancias la inaplicación o desvinculación ("descuelgue" en el argot laboral) respecto de la regulación de las condiciones de trabajo de un convenio de ámbito superior. En el RD-L 7/2011 el descuelgue se limitaba a las condiciones salariales y de retribución. En la Ley 3/2012 la desvinculación de un convenio sectorial o supraempresarial se extiende a las "funciones" laborales y a la ordenación del tiempo de trabajo cotidiano (jornada, horario, turnos).

En otro orden de cosas, el RD-L 7/2011 ha incorporado otra novedad a la regulación del convenio colectivo de empresa, relativa a los sujetos legitimados para su negociación. Entre las dos opciones existentes hasta su aprobación, a saber, la negociación por el comité de empresa en su totalidad o por las secciones sindicales mayoritarias de dicho organismo, se da preferencia a la segunda. La Ley 3/2012 ha mantenido el mismo criterio.

Un importante paso que el RD-L 7/2011 amaga, y que la Ley 35/2012 ha resuelto dar, se refiere a la limitación de la ultraactividad o efecto prorrogado de la regulación de condiciones laborales de los convenios colectivos. Tales condiciones laborales se mantienen una vez denunciado el vencimiento del término final de vigencia del convenio colectivo por un plazo de un año. Pero, transcurrido este tiempo sin que se haya acordado un nuevo convenio, el convenio anterior perderá vigencia, salvo que en él se hubiera previsto otra cosa.

El límite a la ultraactividad tiene por objeto impedir la prolongación indefinida de disposiciones convencionales que no respondan a la coyuntura actual de las empresas. El principio de prioridad aplicativa al convenio de empresa encuentra un sólido fundamento en la protección de la libertad de empresa (en su aspecto de gestión de personal) y en la defensa de la productividad. Menos evidente es el fundamento de la preferencia en la negociación de empresa a las secciones sindicales mayoritarias sobre los comités de empresa, habida cuenta que la legitimidad democrática de la representación del personal en su integridad está en los comités y no en las secciones sindicales.

23. La reforma laboral de 2012, al igual que la precedente de 2010-1011, afecta a otros muchos puntos de la regulación del mercado de trabajo. No nos proponemos examinarlos todos, lo que excedería sin duda los límites de espacio de este ensayo. Pero sí vamos a presentar los más destacados, siguiendo el orden de aspectos normativos y medios de flexibilidad ya utilizado en la reseña de anteriores reformas laborales.

En la colocación y acceso al trabajo la novedad de la Ley 35/2012 es la habilitación a las empresas de trabajo temporal para que actúen también en el

mercado de trabajo como agencias de colocación privadas. A la actividad propia de las ETT de cesión de trabajadores temporales a "empresas usuarias" se puede añadir ahora la mera labor de mediación en la contratación laboral, limitada a facilitar información a quienes ofrecen y demandan empleo.

La flexibilidad de entrada en el mercado cuenta en la reforma laboral de 2012 con una nueva modalidad contractual de fomento de la contratación indefinida, que es el denominado "contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores", al que pueden acogerse las pequeñas empresas (menos de cincuenta trabajadores). Dejando aparte determinadas ventajas económico-financieras en forma de bonificaciones de cotizaciones sociales e incentivos fiscales, el incentivo principal de esta modalidad contractual se encuentra, como en los institutos jurídicos que lo han precedido, en la "flexibilidad de salida".

El contrato de apoyo a los emprendedores está sometido a un período de prueba de un año; lo que comporta la facilitación de la extinción durante todo ese tiempo. Nótese que, en esta modalidad contractual, el período de prueba ya no sirve solamente para verificar la aptitud del empleado, sino también para verificar que la decisión empresarial de contratar fue acertada en términos de gestión de personal. Con una instrumentación técnica distinta, reaparece aquí de alguna manera la idea inspiradora del contrato por lanzamiento de nueva actividad, incorporado como se ha visto en la reforma de 1984, y suprimido luego en la reforma de 1997.

La Ley 3/2012 contiene también determinadas modificaciones relativas a la flexibilidad laboral interna. La suspensión del contrato de trabajo y la reducción de la jornada por causas empresariales pueden acordarse por el empresario, a partir de su entrada en vigor, sin necesidad de autorización administrativa. En lugar de la autorización se ha de seguir un procedimiento de consulta con la representación de los trabajadores.

Otra innovación en este mismo aspecto del mercado de trabajo interno se refiere a la clasificación profesional, que es la condición de empleo que determina el ámbito de la "movilidad funcional". Los "grupos profesionales", definidos por las titulaciones académicas o profesionales y los contenidos generales de la prestación de trabajo han sustituido a tal efecto a las "categorías profesionales", que integraban funciones laborales más limitadas o reducidas.

En fin, la reforma laboral de 2012 ha ensanchado los márgenes de la flexibilidad interna al extender los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo desde el "sistema de remuneración" a la "cuantía salarial". Con ello se ha otorgado carta de naturaleza a la "flexibilidad salarial", y con ella a los ajustes en el mercado de trabajo interno por la vía del precio del trabajo, y no sólo por la vía más traumática de la cantidad o volumen de la plantilla de trabajadores contratados.

24. La principal novedad de la Ley 3/2012 en lo que respecta a la flexibilidad laboral externa o de plantillas es sin duda la supresión de la autorización administrativa para los despidos colectivos. A partir de su entrada en vigor el empresario puede adoptar por sí mismo el acuerdo de despedir a un grupo de trabajadores por causas empresariales por encima de determinados umbrales

numéricos. De un régimen de "despido propuesta" o "despido autorizado" se pasa a un régimen de "despido directo".

La autorización administrativa ha sido sustituida también en el despido colectivo, al igual que en la suspensión y en la reducción de jornada por causas empresariales, por un procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores. En tal procedimiento el empresario ha de estar abierto a una negociación del número de puestos de trabajo suprimidos, de los criterios de selección de los trabajadores afectados, y de las medidas de atenuación de las consecuencias para dichos trabajadores despedidos.

Como ya se ha indicado, la reforma laboral de 2012 mantiene, con aclaraciones o matizaciones de detalle, las definiciones de las causas empresariales justificativas de las dos clases de despidos económicos (el despido colectivo y el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción); definiciones que son comunes para ambos, desde la reforma laboral precedente de 2010. Más novedades ha aportado la Ley 3/2012 en el régimen de las indemnizaciones de despido.

La indemnización legal del despido por causas empresariales, cuando tales causas se han acreditado y el despido se califica como procedente, no ha variado en el ordenamiento español desde la Ley 8/1980, que contenía la redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores. Son desde entonces veinte días por año de servicios con un máximo de doce mensualidades. La reforma laboral de 2012 mantiene esta indemnización legal en idéntica cuantía.

Pero la indemnización del despido improcedente sí ha experimentado una notable reducción. De los cuarenta y cinco días por año de servicio con límite de cuarenta y dos mensualidades se ha pasado ahora a treinta y tres días por año con límite de veinticuatro mensualidades. Ahora bien, el tránsito de un régimen indemnizatorio a otro no se opera de manera abrupta, sino mediante un régimen intertemporal que tiene en cuenta los períodos de servicios transcurridos bajo la legislación anterior.

Nótese que las nuevas cifras de la indemnización legal del despido improcedente no son enteramente desconocidas en el ordenamiento español. Habían sido anticipadas, como se recordará, por el contrato para el fomento de la contratación indefinida introducido para ciertos grupos de trabajadores en la reforma 2001-2002, ampliado luego a muchos otros grupos en la reforma 2010-2011, y que a partir de la reforma de 2012 ha perdido su razón de ser como figura contractual, al generalizarse la ventaja especial que suponía su celebración.

Una última disposición de la reforma laboral de 2012 debemos reseñar aquí, relativa a esta misma materia de indemnización de despido. Me refiero a la limitación de la indemnización complementaria de los llamados "salarios de tramitación" (salarios dejados de percibir en el transcurso de la reclamación jurisdiccional) a los despidos declarados nulos y a los despidos improcedentes en los que el empresario opta por la readmisión. Cuando el despido ha sido declarado o asumido como improcedente, con opción empresarial por la indemnización, el trabajador despedido no tiene ya, en ningún caso, derecho a dicha indemnización complementaria.

X. Consideraciones finales

25. En un balance de conjunto, las reformas del mercado de trabajo constituyen muy probablemente, el vector principal de la evolución del Derecho del Trabajo en España en el último tercio de siglo. En cualquier caso, una afirmación se puede hacer con absoluta seguridad: las disposiciones normativas que han llevado a cabo estas reformas laborales integran la rama legislativa más frondosa y dinámica del ordenamiento actual de las relaciones de trabajo. El lector del presente estudio que haya llegado hasta aquí no albergará ninguna duda de ello.

El análisis de los contenidos de las sucesivas reformas laborales que hemos reseñado en el presente estudio permite reconstruir una parcela interesante no sólo de la historia legislativa, sino también de la historia social y política más reciente de España. No ha sido nuestro propósito contemplar las reformas laborales desde esta última perspectiva de historia política, que brindaría seguramente algunos resultados inesperados.

Pero sí vale la pena observar dos circunstancias histórico-políticas que sí tienen importancia para comprender la evolución del Derecho del Trabajo en la última etapa de su recorrido. El primero es que las reformas laborales han sido planteadas y puestas en práctica, a partes iguales, por Gobiernos de distinto signo. Y lo que es más significativo: el contenido de unas y otras resulta imposible de distinguir, desde el punto de vista de sus contenidos, en cuanto que inciden de forma muy semejante sobre los mismos aspectos del mercado de trabajo.

Ello apunta a un dato bastante obvio, pero que a veces se pierde de vista: la evolución reciente del ordenamiento laboral ha estado determinada, al menos en España, mucho más por la economía que por la política. La resistencia a contemplar las normas laborales desde el prisma de la eficiencia económica no parece por tanto una postura adecuada que facilite la cabal comprensión de las mismas, o que favorezca su mejor aplicación.

En verdad, el Derecho del Trabajo es primariamente un instrumento de la justicia social o distributiva. Pero debe compatibilizar esta finalidad con la eficacia económica y con la justicia conmutativa. Este carácter transaccional ha quedado grabado en la propia expresión, importada de la Unión Europea, que revela el signo de la regulación del mercado de trabajo en esta época de la globalización y las nuevas tecnologías: la "flexiseguridad", ésto es, la compaginación de regulación flexible y protección de los intereses laborales.

A la flexiseguridad se han acogido por cierto, expresamente, las dos últimas reformas del mercado de trabajo. La exposición de motivos de la Ley 35/2010 se refiere a ella al señalar la conveniencia de "encontrar puntos de equilibrio entre la flexibilidad requerida por las empresas y la seguridad demandada por los trabajadores". En términos equivalentes el preámbulo de la Ley 3/2012 declara que la reforma contenida en sus disposiciones "trata de garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social".

Reformas a la legislación laboral guatemalteca a partir del año 2000. Decretos 13-2001 y 18-2001

César Landelino FRANCO-LÓPEZ

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

NOTA INTRODUCTORIA

El proceso de reformas a la legislación laboral guatemalteca ha sido a lo largo de la historia y específicamente desde el 1 de mayo de 1947, cuando se promulga el primer Código de Trabajo, tradicionalmente lento, es decir que durante todo este período, son pocas las reformas que se han producido sobre esta legislación y esto ha permitido que la negociación colectiva se haya constituido en el vehículo por excelencia que ha permitido superar las garantías mínimas de la prestación de los servicios reguladas por virtud del proceso legislativo.

De tal cuenta, los pactos colectivos de condiciones de trabajo no solo han superado al derecho legislado, sino ha permitido regular nuevas y mejores instituciones laborales y nuevas y mejores condiciones de prestación de los servicios, tanto en el sector público como en el sector privado.

Ahora bien, a pesar de que las reformas no han sido periódicas, es importante mencionar que el Código de Trabajo guatemalteco, es hoy en día, uno de los cuerpos normativos más completos de América Latina, que recoge de la manera más pura las instituciones del Derecho del Trabajo en general, esto en gran medida porque los trabajadores organizados han hecho una gran defensa de su contenido y con esto han evitado que se puedan degradar las conquistas que el código plasmó desde 1947.

Así las reformas que se han producido y que se abordarán a continuación han recaído sobre aspectos muy puntuales del Código pero en ningún caso han sido reformas que afecten instituciones que a la fecha se mantienen funcionales porque recogen el verdadero espíritu de la legislación laboral, siendo importante también mencionar que algunos pocos aspectos muy puntuales que necesitarían de ser reformados porque afectan la funcionalidad del proceso ordinario laboral en la discusión de los derechos individuales del trabajo, tampoco han sido abordados en los procesos de reforma que se han presentado, por la oposición que los sectores de empleadores han presentado contra la sola idea que estas reformas puedan producirse.

A continuación se analizarán las reformas realizadas al Código de Trabajo a partir del año 2000 a la presenta fecha, contenidas en los Decretos Legislativos 13-2001 y 18-2001, reformas que en su mayoría se dirigieron al ámbito de los derechos colectivos y que surgieron como un condicionamiento de la comunidad internacional ligada al tema del sistema general de preferencias, que en materia arancelaria fiscal se confería a Guatemala en sus relaciones comerciales con Norte América.

DEL ANÁLISIS EN PARTICULAR:

ARTÍCULO 61. REFORMADO NUMERAL 1)

"Artículo 61. Además de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus reglamentos y en las leyes de previsión social, son obligaciones de los patronos: a) (Reformado por el Artículo 1 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Enviar dentro del improrrogable plazo de los dos primeros meses de cada año a la dependencia administrativa correspondiente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, directamente o por medio de las autoridades de trabajo del lugar donde se encuentra la respectiva empresa, un informe impreso, que por lo menos debe contener estos datos: 1) (Reformado por el Artículo 1 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Egresos totales que hayan tenido por concepto de salarios, bonificaciones y cualquier otra prestación económica durante el año anterior, con la debida separación de las salidas por jornadas ordinarias y extraordinarias. Y 2. ..."

Esta reforma se dirige a enviar dentro del contenido del informe que debe remitirse al Ministerio de Trabajo y Previsión Social por conducto de la dependencia correspondiente, ya no solo los egresos relacionados con pagos de salarios, sino también los relacionados con pagos de bonificación y cualquier otra prestación económica pagada durante el año anterior al trabajador. Se advierte que el objeto de la reforma, es ampliar el control sobre los registros de los empleadores a fin de cotejarlo con la exhibición de los libros de salarios que pudiera darse al momento de que se requirieran en una revisión física en la sede del empleador.

ARTÍCULO 81. REFORMADO POR ADICIÓN

Artículo 81. (Reformado por el Artículo 2 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). En todo contrato por tiempo indeterminado los dos primeros meses se reputan de prueba, salvo que por mutua conveniencia las partes pacten un período menor. Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede ponerle término al contrato, por su propia voluntad, con justa causa o sin ella, sin incurrir en responsabilidad alguna. Se prohíbe la simulación del periodo de prueba, con el propósito de evadir el reconocimiento de los derechos irrenunciables de los trabajadores y los derivados del contrato de trabajo por tiempo indefinido. Si una o varias empresas contrataren trabajadores para prestar sus servicios a otra empresa, esta última será responsable *solidariamente frente a los trabajadores afectados, de conformidad con la ley. *(La palabra

subrayada fue declarada inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 03/08/2004, Expediente 898-2001 y 1014-2001 y su aclaración del 08/10/2004).

A partir de la reforma se adicionó a esta norma, un último párrafo cuyo propósito es dual, pues por un lado, persigue prohibir la simulación de los períodos de prueba en aquellos contratos individuales de trabajo que aparentemente tienen carácter temporal, pero que nunca se interrumpen en la realidad, sino que únicamente se suscriben uno tras otro, para hacerlos aparecer como una relación laboral nueva, y por otro lado establece la responsabilidad solidaria entre aquellas empresas que en la práctica son subcontratadas por los empleadores, para hacerse cargo de la prestación de determinados servicios, posibilitando que el trabajador pueda demandar tanto a su patrono aparente, como al que en la realidad contrató los servicios del intermediario para que lo pusiera a su servicio.

Importante es resaltar que dentro de la figura de la intermediación prevista en el artículo 5 del Código de Trabajo, ya se prevé esta situación que solo puede tener lugar, si el que hace las veces de intermediario no trabajó con capitales y bienes propios, puesto que si ese fuese el caso, no habría intermediación, ni sería aplicable esta disposición.

Artículo 113. Reformado por modificación

"Artículo 113. (Reformado por el Artículo 1°. del Decreto 88-73 del Congreso de la República y por el Artículo 3 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). El Organismo Ejecutivo, con vista de los mencionados informes y dictámenes debe fijar anualmente mediante acuerdos emanados por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, los salarios mínimos que han de regir en cada actividad, empresa o circunscripción económica. En los considerandos de los referidos acuerdos deben consignarse las razones en que descanse la fijación de salarios mínimos".

Se modificó esta norma en relación a establecer que los salarios mínimos deberán fijarse en forma anual, lo que viene a obligar a que los procesos de revisión y fijación que desarrollan tanto, las comisiones paritarias del salario mínimo, como la comisión nacional del salario, deban hacerse año con año, y entonces, cumpla con su finalidad la institución del salario mínimo, que en épocas anteriores no se respetó, habiendo en algunos casos, transcurrido períodos de hasta diez años, sin que se revisaran ni fijaran nuevos salarios mínimos.

Artículo 209. Reformado por modificación

"Artículo 209. (Reformado por el Artículo 15 del Decreto 64-92 del Congreso de la República y por el Artículo 4 del Decreto 18-2001). Los trabajadores no podrán ser despedidos por participar en la formación de un Sindicato. Gozan de inamovilidad a partir del momento en que den aviso por cualquier medio escrito a la Inspección General de Trabajo, directamente o por medio de la delegación

de ésta en su jurisdicción, que están formando un sindicato y gozarán de esta protección hasta sesenta días después de la inscripción del mismo. Si se incumpliere con lo establecido en este artículo, el o los trabajadores afectados deberán ser reinstalados en veinticuatro horas, y el patrono responsable será sancionado con una multa equivalente de diez a cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas, debiendo, además pagar los salarios y prestaciones económicas que estos hayan dejado de percibir. Si el patrono persiste en esta conducta por más de siete días, se incrementará en un cincuenta por ciento la multa incurrida. Si algún trabajador incurriera en alguna causal de despido de las previstas en el artículo 77 de este Código el patrono iniciará incidente de cancelación de contrato de trabajo para el sólo efecto de que se autorice el despido".

Se modificó el primero y segundo párrafo de la norma, en el sentido de que se establece que los trabajadores fundadores de un sindicato gozan de inamovilidad a partir de que den aviso por cualquier medio escrito a la Inspección General de Trabajo en forma directa o por medio de la delegación de éste en la jurisdicción que corresponda, de que están formando un sindicato. Por otro lado, se modifica el monto de la sanción con la que se castigará al patrono que incumpla esta disposición, elevándolo hasta un máximo de cincuenta salarios mínimos vigentes para las actividades no agrícolas y un mínimo de diez salarios, así como debiendo pagar las otras prestaciones adicionales al salario que correspondan al trabajador.

La reforma concluye con la adición relacionada a que si el patrono persiste en la conducta de incumplir con lo establecido en la norma, por más de siete días la sanción que se le ha impuesto se le incrementará en un cincuenta por ciento de la multa que se le ha impuesto.

Artículo 211. Reformado por modificación

"Artículo 211. (Modificado el Artículo 1°. del Decreto Ley 55-83 y Reformado por el Artículo 1 del Decreto 13-2001 del Congreso de la República). El Organismo Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y bajo la responsabilidad del titular de éste, debe trazar y llevar a la práctica una política nacional de defensa y desarrollo del sindicalismo, de conformidad con estas bases: a) Garantizará el ejercicio del derecho de libertad sindical; b) Tomará las medidas apropiadas para proteger el libre ejercicio del derecho de sindicalización, de conformidad con la Constitución Política de la República, los tratados y convenios internacionales de trabajo ratificados por Guatemala, el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo y previsión social; c) Mantendrá un servicio de asesoramiento jurídico gratuito para los trabajadores que deseen organizarse sindicalmente y divulgará las leyes de trabajo y previsión social en forma periódica; d) Promoverá la consulta y cooperación con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores que gocen del derecho a la libertad sindical".

Se modificaron los literales de la a) a la d) y se establece una nueva redacción para los mismos, que tiene como propósito fundamental, garantizar el ejercicio

de la libertad sindical mediante la protección del derecho de libre sindicalización. De los aspectos más trascendentes que contiene esta norma, debe citarse lo relacionado en el literal b) que regula que el ejercicio del derecho de sindicalización también es de acuerdo con los tratados y convenios internacionales de trabajo, y en el literal c) se establece oficialmente el servicio y asesoramiento jurídico gratuito que tendrá como propósito asesorar la constitución de organizaciones sindicales en forma gratuita y divulgar las leyes de trabajo y previsión social en forma periódica.

Finalmente la reforma cierra con el establecimiento de la consulta y cooperación entre las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.

Artículo 213. Reformado por adición del último párrafo

"Artículo 213. (Reformado por el Artículo 5 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Son penas imponibles a los Sindicatos: a) Multa, cuando de conformidad con este Código se hagan acreedores a ella; y, b) Disolución, en los casos expresamente señalados en este capítulo. No obstante lo anterior, los miembros del Comité Ejecutivo son responsables personalmente de todas las violaciones legales o abusos que cometan en el desempeño de sus cargos. Se exceptúan de responsabilidad en las decisiones tomadas por la Asamblea General o el Comité Ejecutivo aquellos de sus miembros que hubieren razonado su voto en contra de la decisión tomada".

Se adicionó al último párrafo de esta norma, lo relativo a identificar correctamente a los miembros del Comité Ejecutivo que con anterioridad eran denominados miembros ejecutivos, y se establece la exención de responsabilidad en las decisiones tomadas por la Asamblea General o por el Comité Ejecutivo del sindicato, para aquellos miembros que hubieren razonado su voto en contra de la decisión tomada.

Artículo 214. Reformado por modificación del literal a)

"Artículo 214. Son actividades de los sindicatos: a) (Reformado por el Artículo 18 del Decreto 64-92; por el Artículo 5 del Decreto 19-97 y por el Artículo 6 del Decreto 18-2001, todos del Congreso de la República). Celebrar contratos colectivos de trabajo, pactos colectivos de condiciones de trabajo y otros convenios de aplicación general para los trabajadores de la empresa. Las celebraciones de dichas actividades corresponden con exclusividad a los sindicatos; salvo lo expresado en los artículos 374, 375 y 376 de este Código; b) Participar en la integración de los organismos estatales que les permita la ley; c) Velar en todo momento por el bienestar económico-social del trabajador y su dignidad personal; d) **(Reformado por el Artículo 18 del Decreto 64-92 del Congreso de la República).** Crear, administrar o subvencionar instituciones, establecimientos, obras sociales y actividades comerciales que sin ánimo de lucro contribuyan a mejorar el nivel de vida de los trabajadores y sean de utilidad común para sus miembros, tales como cooperativas, entidades deportivas, educacionales, culturales, de asistencia y previsión social. Tiendas de artículos

de consumo y aprovisionamiento de insumos e instrumentos de trabajo. Las que para su funcionamiento serán debidamente reglamentadas y actuarán con la personalidad jurídica de la entidad sindical; y e) En general, todas aquellas actividades que no estén reñidas con sus fines esenciales ni con las leyes".

Se modificó esta norma, en el sentido de que se establece que la actividad de los sindicatos de celebrar contratos colectivos de trabajo, pactos colectivos de condiciones de trabajo y otros convenios de aplicación general para los trabajadores, se hará no solo para los miembros del sindicato, sino para todos los miembros de la empresa, es decir que en aquellos centros de trabajo en donde exista el sindicato, los trabajadores no sindicalizados solo podrán aspirar a negociar cualquier instrumento de normación colectiva si se afilian al sindicato, pues aquel es el único, al que con exclusividad se le atribuye aquella actividad.

Artículo 215. Reformado por adición del literal C)

"**Artículo 215.** (Reformado por el Artículo 7 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Los sindicatos se clasifican por su naturaleza en urbanos y campesinos y en: a) Gremiales, cuando están formados por trabajadores de una misma profesión u oficio o si se trata de patronos, de una misma actividad económica; b) De empresa, cuando están formados por trabajadores de varias profesiones u oficios que prestan sus servicios: 1) En una misma empresa. 2) En dos o más empresas iguales. c) De industria, cuando están formados por trabajadores de varias profesiones u oficios que prestan sus servicios en empresas de una misma industria y representan la mitad más uno de los trabajadores y/o empresarios de esa actividad".

Se adiciona el literal c) a esta norma, y en él se establece lo relativo a la clasificación de los sindicatos de industria, que son los conformados por trabajadores de varias profesiones u oficios que prestan sus servicios en empresas de una misma industria y representen la mitad más uno de los trabajadores y/o empresarios de esa actividad. El contenido de esta reforma es muy importante porque establece la sindicación por industria, que en nuestro país no estaba regulada, aún previéndola la abundante doctrina e incluso los convenios internacionales de trabajo ratificados por Guatemala.

Artículo 216. Reformado por modificación del primer párrafo y por supresión del segundo párrafo

"**Artículo 216.** (Reformado por el Artículo 8 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Para formar un sindicato de trabajadores se requiere el consentimiento por escrito de veinte o más trabajadores y para formar uno de patronos se necesita un mínimo de cinco patronos."

Se modificó en el sentido de sustituir la palabra concurrencia por la de consentimiento, y establecer que el consentimiento de los veinte o más trabajadores, o de un mínimo de cinco patronos para formar un sindicato, debe expresarse por escrito. Esta norma aunque es más precisa reduce la libertad de que antes disponían los miembros fundadores de un sindicato para expresar

su consentimiento en forma verbal o dentro de la asamblea con la suscripción del acta, en la que se manifestaba su aceptación a constituir el sindicato.

Se suprimió el último párrafo de la norma analizada, que confrontaba con el artículo 218, en cuanto al plazo dentro del que una vez constituido el sindicato, debían de iniciarse los trámites para su reconocimiento ante la Dirección General de Trabajo, pues mientras aquí se establecían quince días, en el literal a), del artículo 218 se establecen veinte días para el mismo asunto.

Artículo 217. Reformado por modificación parcial

"**Artículo 217.** (Reformado por el Artículo 17 del Decreto 64-92; por el Artículo 3 del Decreto 35-98 y por el Artículo 9 del Decreto 18-2001, todos del Congreso de la República). Los sindicatos quedan facultados para iniciar sus actividades a partir del momento de su inscripción en el Registro Público de Sindicatos. No obstante, antes de la respectiva inscripción, los sindicatos pueden: a) Celebrar sesiones para elegir al comité ejecutivo y consejo consultivo provisionales; celebrar sesiones de estos órganos y de la asamblea general, o celebrar sesiones para discutir y aprobar sus estatutos; b) Realizar gestiones encaminadas a obtener el registro de la personalidad jurídica y de los estatutos del sindicato".

La primera modificación que observa esta norma, es la relativa al primer párrafo que se modifica totalmente, pues antes se establecía que los sindicatos no podían iniciar sus actividades antes de obtener su reconocimiento por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, pero hoy, con motivo de la reforma, se establece que quedan facultados para iniciar sus actividades desde el momento de su inscripción en el Registro Público de Sindicatos del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, lo cual permitirá que los organismos sindicales puedan realizar una serie de actividades aún no estando reconocidos, adicionales a las que establecen los literales a) y b) de esa norma que sufren como única modificación, la supresión de las palabras: el reconocimiento de su personalidad jurídica, la aprobación de sus estatutos y su inscripción, por las de: el registro de la personalidad jurídica y de los estatutos del sindicato.

Artículo 218. Reformado por modificación del literal D)

"**Artículo 218.** (Reformado por el Artículo 18 del Decreto 64-92 y por el Artículo 3 del Decreto 35-98, ambos del Congreso de la República). Con el fin de obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica, la aprobación de sus estatutos e inscripción de los sindicatos, debe observarse el procedimiento siguiente: a) Presentar solicitud escrita en papel simple directamente a la Dirección General de Trabajo o por medio de la autoridad de trabajo más próxima, dentro del plazo de (20) días contados a partir de la asamblea constitutiva del sindicato, en la cual debe señalarse lugar para recibir notificaciones; b) A la solicitud se deben acompañar original y una copia del acta constitutiva y de los estatutos, firmados en cada uno de sus folios por el secretario general y al final deben ir firmados por todos los miembros del Comité Ejecutivo Provisional; c) La Dirección General de Trabajo debe examinar si los mencionados documentos

se ajustan a las disposiciones legales. En caso afirmativo, dictará resolución favorable que debe contener el reconocimiento de la personalidad jurídica del sindicato, aprobación de sus estatutos y orden de su inscripción en el Registro Público de Sindicatos. El trámite a que se refiere este artículo no puede exceder de veinte días hábiles contados a partir de la recepción del expediente, bajo pena de destitución del responsable de la demora. Dentro de los quince días siguientes a la respectiva inscripción, deberá publicarse en forma gratuita la resolución que ordena su inscripción. La Dirección General de Trabajo no puede negarse a resolver favorablemente la solicitud si se ha formulado conforme a las disposiciones legales. Únicamente la comprobación de errores o defectos insubsanables pueden determinar resolución desfavorable del titular de la Dirección General de Trabajo, cuyo texto debe comunicarse sin pérdida de tiempo a los interesados, para que se opongan interponiendo recurso de revocatoria o procedan a formular nueva solicitud; d) **(Reformada por el Artículo 10 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República).** La Dirección General de Trabajo debe examinar si los mencionados documentos se ajustan a las disposiciones legales. En caso afirmativo, previo el visto bueno del Despacho Superior, procederá a realizar la inscripción del sindicato en el libro de personas jurídicas del registro público de sindicatos, con declaración expresa de que en la redacción de los estatutos se observó la legalidad respectiva. El trámite a que se refiere este artículo no puede exceder de diez días hábiles contados a partir de la recepción del expediente, bajo pena de destitución del responsable de la demora. Dentro de los quince días siguientes a la respectiva inscripción deberá publicarse en el diario oficial en forma gratuita un resumen de la resolución que aprobó los estatutos y reconoce la personalidad jurídica del sindicato. Únicamente la comprobación de errores o defectos insubsanables pueden determinar resolución desfavorable del titular de la Dirección General de Trabajo, cuyo texto debe comunicarse sin pérdida de tiempo a los interesados para que se opongan interponiendo recurso de revocatoria o procedan a formular nueva solicitud. Si se trata de errores o defectos subsanables se deberán comunicar a los interesados para que procedan a enmendarlos o, en su caso, a interponer recurso de revocatoria".

Se estima que por un error garrafal la reforma se produce sobre el literal d), cuando en realidad se debió haber producido sobre el literal c) del artículo en relación, que es el que establece lo relativo al examen que realiza la Dirección General de Trabajo, previo a la aprobación de los estatutos y el reconocimiento de la personalidad jurídica del sindicato, sin embargo, se modificó el literal d), que únicamente trataba el tema de la reforma de los estatutos y remitía el trámite al literal c), y lo más grave se dejó vigente el literal c), que establece casi lo mismo que el literal modificado, con la diferencia del plazo para emitir la resolución correspondiente y de lo relacionado al visto bueno del despacho superior que ahora prevé la modificación relacionada.

De consiguiente la modificación se refiere a reducir el plazo del trámite para el reconocimiento de los sindicatos de veinte a diez días y a introducir un elemento que se estima negativo, como lo es el que previo a resolver la inscripción del sindicato en el libro de personas jurídicas, el Director de Trabajo tenga que consultar con el Ministro de Trabajo y Previsión Social, pues eso es anular una

conquista que se había logrado en la reforma efectuada al Código en el año de 1992, cuando se había suprimido la intervención del Ministro en esta tramitación, pues la misma alargaba el trámite del reconocimiento, durante meses o años.

Artículo 220. Reformado por modificación del literal d)

"Artículo 220. El acta constitutiva de un sindicato debe contener: a) Nombres y apellidos, profesión u oficio o actividad económica y número de las cédulas de vecindad de sus socios fundadores, así como expresión clara y precisa de que desean formar el sindicato; b) Nacionalidad y vecindad de los miembros del comité ejecutivo y del consejo consultivo; c) Autorización a los miembros del comité ejecutivo para aceptar, a juicio de ellos y en nombre del sindicato, cualesquiera reformas que indique el *Departamento Administrativo de Trabajo o, en su caso, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social y, en general, para realizar, los trámites a que se refiere el artículo 218; y d) **(Reformado por el artículo 20 del Decreto 64-92 y por el Artículo 2 del Decreto 13-2001, ambos del Congreso de la República).** Declaración clara y precisa de los miembros del Comité Ejecutivo Provisional indicando que son guatemaltecos de origen y trabajadores de la empresa o empresas, cuando se trate de sindicato de las mismas; de la profesión, oficio o actividad económica que corresponda, en caso de sindicatos gremiales o independientes. Así mismo pueden proporcionar cualesquiera otras informaciones que los interesados consideren conveniente. *(Dirección General de Trabajo, según Decreto 15-70 del Congreso de la República)".

La modificación a este literal, se relaciona a transformar la exigencia de la declaración jurada, en lo que hoy únicamente será una declaración clara y precisa de los miembros del Comité Ejecutivo Provisional del Sindicato, en relación a diversos aspectos. Asimismo la modificación suprime la obligación que la declaración se refiera a la calidad de trabajadores activos y a la carencia de antecedentes penales de los dirigentes provisionales del sindicato y agrega que simplemente tendrán que declarar que son trabajadores de la empresa o empresas cuando se trata de sindicatos de empresas, y de la profesión, oficio o actividad económica que corresponda cuando se trate de sindicatos gremiales o independientes. Obviamente en esta reforma el afán es suprimir el carácter formalista de la declaración jurada, aunque sin ésta pierda certeza jurídica la declaración de los dirigentes provisionales.

Artículo 221. Reformado por modificación del literal j)

"Artículo 221. Los estatutos de un sindicato deben contener: a) Denominación y naturaleza que los distingan con claridad de otros; b) El objeto; c) El domicilio o vecindad y su dirección exacta, d) Los derechos y obligaciones de sus miembros. Los primeros no los pierde el trabajador por el solo hecho de su cesantía obligada por un lapso no mayor de un año; e) La época y el procedimiento para nombrar el comité ejecutivo y al consejo consultivo; f) Las condiciones de admisión de nuevos miembros; g) La enumeración de las correcciones disciplinarias y las causas y procedimientos para imponer estas

últimas así como para acordar la expulsión de algunos de sus miembros; h) El monto de las cuotas ordinarias y el límite máximo, en cuanto al número de veces que se pueden exigir cada año y en cuanto a la suma que se puede pedir, de las cuotas extraordinarias; la forma de pago de unas y otras; las reglas a que deben sujetarse las erogaciones y la determinación exacta de los porcentajes a que se van a destinar los ingresos respectivos de conformidad con las funciones propias de cada sindicato. Los gastos de administración deben fijarse en un porcentaje razonable y debe denegarse la inscripción, autorización y concesión de la personalidad jurídica de un sindicato que no determine dicho porcentaje o que lo haga en forma excesivamente amplia; i) La época y procedimientos para la celebración de las asambleas generales, sean ordinarias o extraordinarias, así como los requisitos de publicidad escrita a que debe someterse cada convocatoria. Las asambleas generales ordinarias o extraordinarias pueden celebrarse válidamente con la asistencia de la mitad más uno del total de miembros inscritos, pero si por cualquier motivo no hay quórum, los asistentes pueden acordar la convocatoria para nueva reunión dentro de los diez días siguientes, la que ha de verificarse legalmente con el número de miembros que a ella concurran. No es lícita la representación de unos miembros por otros en las asambleas generales, salvo aquellas representaciones desempeñadas por delegados de sindicatos que por su naturaleza tengan secciones departamentales o subsecciones municipales; j) **(Reformado por el artículo 3 del Decreto 13-2001 del Congreso de la República).** La época y forma de presentación y justificación de cuentas, cuya revisión estará a cargo de una comisión específica compuesta por tres miembros electos en Asamblea General o por quien ésta determine; k) Los procedimientos para efectuar la liquidación del sindicato, en caso de disolución voluntaria o no; y l) Todas las otras normas que se consideren convenientes para buena organización, dirección y administración del sindicato".

La modificación se refiere a la época y la forma de presentación y justificación de cuentas, cuya revisión estará a cargo de una comisión específica compuesta por tres miembros electos en Asamblea General o por quien ésta determine, es decir que lo que se deja establecido es que la presentación y justificación de cuentas estará a cargo de una comisión específica electa por la asamblea general o por quien ésta misma determine. De lo que se advierte que se limita las facultades de revisión de la asamblea general en pleno del sindicato, lo que se puede considerar poco conveniente sobre todo por los antecedentes de falta de credibilidad en el manejo de las cuentas y la falta de la rendición de éstas que la historia y los registros respectivos muestran.

Artículo 222. Reformado por modificación del literal m)

"**Artículo 222.** Son atribuciones exclusivas de la asamblea general: a) (Reformado por el Artículo 1º. del Decreto Ley 45 y por el Artículo 2 del Decreto Ley 55-83). Elegir a los miembros del Comité Ejecutivo y del Consejo Consultivo por períodos no mayores de dos años; b) Remover total o parcialmente a los miembros del comité ejecutivo y del consejo consultivo, cuando así lo ameriten las circunstancias y de acuerdo con los estatutos; c) Aprobar la confección inicial y las reformas posteriores de los estatutos; d) Aprobar en definitiva los contratos colectivos de trabajo y los pactos colectivos de condiciones de trabajo

y otros convenios de aplicación general para los miembros del sindicato. El comité ejecutivo puede celebrar ad-referéndum esos contratos, pactos o convenios y puede también aprobarlos en definitiva, siempre que la asamblea general lo haya autorizado en forma expresa y limitativa para cada caso; e) Fijar las cuotas extraordinarias; f) Decidir el ir o no ir a la huelga, una vez declarada legal o justa, en su caso, por el tribunal competente; g) Acordar la fusión con otro u otros sindicatos y resolver en definitiva si el sindicato debe adherirse a una federación o separarse de ella; h) Aprobar e improbar los proyectos de presupuesto anual que debe presentarle cada año el comité ejecutivo e introducirles las modificaciones que juzgue conveniente; i) Aprobar o improbar la rendición de cuentas que debe presentarle el comité ejecutivo y dictar las medidas necesarias para corregir los errores o deficiencias que se comprueben; j) Autorizar toda clase de inversiones mayores de cien quetzales; k) Acordar, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del sindicato, la expulsión de aquellos asociados que se hagan acreedores a esa medida. l) Cualesquiera otras que expresamente le confieran los estatutos o este Código o sus reglamentos o que sean propias de su carácter de suprema autoridad directiva del sindicato; y m) (Reformado por el Artículo 4 del Decreto 13-2001 del Congreso de la República). Las resoluciones relativas a los asuntos contemplados en este artículo deberán acordarse con el voto favorable de la mitad más uno de los afiliados que integran el quórum de la Asamblea respectiva, salvo lo relativo a los incisos b) y c) de este artículo en los que se requiere el voto favorable de las dos terceras partes de dicha Asamblea".

La modificación se relaciona con disminuir el número de resoluciones que deben de acordarse por las dos terceras partes de la asamblea general del sindicato, pues con anterioridad se establecía que las decisiones relativas a los asuntos contenidos en los incisos c), d), f), g) y k) debían de acordarse por una mayoría como aquella. La reforma establece que todas las resoluciones contenidas en todos los literales, salvo las contenidas en los incisos b) y c) serán tomadas con el voto favorable de la mitad más uno de los afiliados que integran el quórum de la asamblea respectiva, siendo trascendente el que con motivo de la reforma se pueda expulsar ahora a aquellos afiliados que se hagan acreedores a esa medida, lo cual disminuye una garantía de la libertad sindical positiva.

Artículo 223. Reformado por modificación del literal b)

"Artículo 223. El funcionamiento e integración del comité ejecutivo se rige por estas reglas: a) Es el encargado de ejecutar y cumplir los mandatos de la asamblea general que consten en el libro de actas y acuerdo y lo que exijan los estatutos o las disposiciones legales. Sus funciones son, en consecuencia, puramente ejecutivas y no le dan derecho a sus miembros para arrogarse atribuciones que no les hayan sido conferidas; b) **(Reformado por el Artículo 21 del Decreto 64-92 y por el Artículo 5 del Decreto 13-2001, ambos del Congreso de la República).** Sus miembros deben ser guatemaltecos de origen y trabajadores de la empresa o empresas, cuando se trate del sindicato de las mismas; de la profesión, oficio o actividad económica que corresponda, en caso de sindicatos gremiales o independientes. La falta de alguno de los requisitos implica la inmediata cesación en el cargo; c) El número de sus miembros no

puede exceder de nueve ni ser menor de tres; d) **(Reformado por el Artículo 21 del Decreto 64-92 del Congreso de la República).** Los miembros del Comité Ejecutivo gozan de inamovilidad en el trabajo que desempeñen durante todo el tiempo que duren sus mandatos y hasta doce meses después de haber cesado en el desempeño de los mismos. Dichos miembros no podrán ser despedidos durante el referido período, a menos que incurran en causa justa de despido, debidamente demostrada por el patrono en juicio ordinario ante tribunal de trabajo competente. El beneficio que se establece en este inciso corresponde igualmente a todos los miembros del Comité Ejecutivo Provisional de un sindicato en vías de organización. Para tener derecho al mismo deben de dar aviso de su elección a la Inspección General de Trabajo, gozando a partir de tal momento de ese privilegio. e) El conjunto de sus miembros tiene la representación legal del sindicato y la misma se aprueba con certificación expedida por el *Departamento Administrativo de Trabajo. Sin embargo, el comité ejecutivo puede acordar por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, delegar tal representación en uno o varios de ellos para todo o para asuntos determinados, pero en todo caso, con duración limitada. Dicha delegación es revocable en cualquier momento y su revocación se prueba mediante certificación del acuerdo respectivo, firmado por la mayoría absoluta de los miembros del comité ejecutivo y por el jefe del *Departamento Administrativo de Trabajo, o en su defecto por un inspector de trabajo. Ni los comités ejecutivos, ni sus miembros integrantes como tales pueden delegar la representación del sindicato, en todo o en parte, ni sus atribuciones, a terceras personas por medio de mandatos o en cualquier forma. f) Las obligaciones civiles contraídas por el comité ejecutivo en nombre del sindicato obliga a éste, siempre que aquéllos hayan actuado dentro de sus atribuciones legales; g) Es responsable para con el sindicato y para con terceras personas en los mismos términos en que lo son los mandatarios en el derecho común. Esta responsabilidad es solidaria entre todos los miembros del comité ejecutivo, a menos que conste fehacientemente en el libro de actas que alguno de ellos, en el caso de que se trate, emitió su voto en contrario; h) Puede representar judicial y extrajudicialmente a cada uno de los miembros del sindicato en la defensa de sus intereses individuales de carácter económico y social siempre que dichos miembros lo soliciten expresamente; e i) Está obligado a rendir a la asamblea general, por lo menos cada seis meses, cuenta completa y justificada de la administración de los fondos y remitir copia del respectivo informe, firmada por todos los miembros, al *Departamento Administrativo de Trabajo, así como de los documentos o comprobantes que lo acompañen. Igualmente debe transcribir al mismo departamento la resolución que dicte la asamblea general sobre la rendición de cuentas, todo dentro de los tres días siguientes a la fecha de aquélla. *(Dirección General de Trabajo, según Decreto 15-70 del Congreso de la República)".

La reforma modifica el literal b) en el sentido de que suprime como calidades que antes debían de acreditar los miembros del Comité Ejecutivo del Sindicato, la de ser ciudadano en ejercicio, trabajadores activos en el momento de la elección y el que cuando menos tres de ellos debieran saber leer y escribir. En sustitución de estas calidades la norma es modificada, estableciendo que los miembros del Comité Ejecutivo deben ser guatemaltecos de origen, también sean trabajadores de la empresa o empresas cuando se trate del sindicato de

las mismas, y de la profesión, oficio o actividad económica que corresponda, en caso de sindicatos gremiales o independientes. Esta reforma puede considerarse que rompe el principio de igualdad para los cargos directivos dentro del derecho de asociación en general, en donde la calidad de ciudadano en ejercicio es básica, pues de eso depende el ejercicio de derechos políticos como el de elegir y ser electo, y en cuanto a suprimir la calidad de trabajador activo también es grave, puesto que entonces no se exige que al momento de solicitar su inscripción como directivos sean trabajadores al servicio de su empleador.

Artículo 231. Reformado por modificación

"Artículo 231. (Reformado por el Artículo 11 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). El activo y pasivo de los sindicatos disueltos se debe aplicar en la forma que determinen los estatutos y, a falta de disposición expresa, debe pasar a la Federación a que pertenezca. Si el sindicato no está federado, la Asamblea General puede disponer entregar su capital líquido a otra organización sindical que ésta estime conveniente, o el mismo pasará al Estado para ser aplicado para fines de alfabetización".

La reforma se dirige a darle facultades a la asamblea general del sindicato, para disponer que en caso de disolución se pueda entregar su capital líquido a otra organización sindical que estime conveniente, dejando como última la posibilidad de que el mismo pueda pasar al Estado para ser aplicado a fines de alfabetización.

Artículo 233. Reformado por modificación total del primer párrafo

"Artículo 233. (Reformado por el Artículo 12 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Cuatro o más sindicatos de trabajadores o de patronos pueden formar una federación y cuatro o más federaciones de aquéllos o de estos, pueden formar una Confederación. Las federaciones y las confederaciones pueden ser de carácter nacional, regional o por ramas de la producción y se rigen por las disposiciones de este título en todo lo que les sean aplicables. El acta constitutiva de las federaciones y confederaciones debe expresar, además de lo que indican los incisos b), c) y d) del artículo 220, los nombres y domicilios o vecindarios de todos los sindicatos fundadores que las integran, así como el número de inscripción de los mismos y sus estatutos, fuera de lo que ordena el artículo 221, deben determinar la forma en que los sindicatos que los componen van a estar representados en sus asambleas generales".

La modificación que se da en esta norma se refiere exclusivamente al número de sindicatos que deben comparecer para constituir una federación sindical, y al número de federaciones que deben comparecer para constituir una confederación sindical. Al respecto, la redacción anterior de la norma, establecía que dos o más sindicatos de trabajadores o de patronos, podía conformar una federación, mientras que hoy se establece, que tendrán cuatro o más, igualmente, la redacción anterior establecía que dos o más federaciones podían conformar un confederación sindical, mientras que hoy deben ser cuatro. Es advertible

que lo que se busca con esta modificación es la constitución de organizaciones sindicales más fuertes, puesto que mayor es el número de organizaciones de base, más fuerza se supone que deben tener las nuevas organizaciones constituidas.

Artículo 234. Reformado por modificación

"Artículo 234. (Reformado por el Artículo 6 del Decreto 13-2001 del Congreso de la República). En cualquier momento, cinco o más trabajadores sindicalizados pueden exigir que se practique una revisión en la contabilidad de su respectivo sindicato".

La modificación establece que: "En cualquier momento, cinco o más trabajadores sindicalizados pueden exigir que se practique una revisión en la contabilidad de su respectivo sindicato". De lo anterior se advierte que se dejó vigente lo relativo a la posibilidad de que cinco o más trabajadores exijan la rendición de cuentas del sindicato, pero se excluyó la posibilidad de que la revisión fuera practicada por el Departamento Administrativo de Trabajo, en ese caso y en todos de oficio por lo menos una vez al año, que era lo que establecía la redacción anterior de la norma, esto excluye la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo intervenga en la fiscalización de cuentas de los organismos sindicales. Sin embargo esta reforma confronta con lo establecido en el artículo 223 literal i), y también con lo establecido en el artículo 225, de lo que se deduce que también se debió haber suprimido entonces la revisión de cuentas que en esas normas se establece.

Artículo 241. Reformado por modificación del literal c)

"Artículo 241. Para declarar una huelga legal, los trabajadores deben: a) Ajustarse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 239, párrafo primero; b) Agotar los procedimientos de conciliación; y c) (Reformado por el Artículo 23 del Decreto 64-92 y por el Artículo 7 del Decreto 13-2001, ambos del Congreso de la República). Constituir la mitad más uno del total de los trabajadores que laboran en la respectiva empresa, empresas o centro de producción y que han iniciado su relación laboral con antelación al momento de plantearse el conflicto colectivo de carácter económico social. Para este recuento no deben incluirse los trabajadores de confianza y los que representen al patrono".

La modificación se hizo de la siguiente forma "c) Constituir la mitad más uno del total de los trabajadores que laboran en la respectiva empresa o centro de producción y que han iniciado su relación laboral con antelación al momento de plantearse el conflicto colectivo de carácter económico social. Para este recuento no deben incluirse los trabajadores de confianza y los que representen al patrono".

De la transcripción anterior se establece que la reforma modificó la norma en relación al establecer un porcentaje menor a las dos terceras partes del total de trabajadores laborales en la empresa o centro de producción como se establecía con anterioridad, como requisito para declarar la legalidad de la huelga, y asimismo adicionó lo relacionado a que para el recuento no se deberán incluir los trabajadores de confianza y los que representen al patrono, modificación

esta última que no es sustancial, pues ni sumados unos con otros, los de confianza y los representantes del patrono, suman más de un dos o tres por ciento del total de trabajadores que laboran en la empresa, de lo que se infiere que su participación en el conteo, en cuanto al número no influiría de manera decisiva en el mismo.

ARTÍCULO 243. REFORMADO POR MODIFICACIÓN DE LOS LITERALES A), B) Y C) Y SUPRESIÓN DEL LITERAL D)

"Artículo 243. (Reformado por el Artículo 13 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). No podrá llegarse a la realización de una huelga: a) Por los trabajadores de las empresas de transporte, mientras se encuentren en viaje y no hayan terminado éste; b) Por los trabajadores de clínicas, hospitales, higiene y aseo públicos; y los que laboren en empresas que proporcionen energía motriz, alumbrado, telecomunicaciones, y plantas de procesamiento y distribución de agua para servicio de las poblaciones, mientras no se proporcionare el personal necesario para evitar que se suspendan tales servicios, sin causar un daño grave e inmediato a la salud, seguridad y economía públicas; y, c) Fuerzas de seguridad del Estado. Cuando se trate de alguno de estos servicios, el tribunal que conoce del conflicto previo a resolver la solicitud a que se refiere el artículo 394 de este Código, y sólo cuando se hayan llenado los requisitos establecidos para pronunciarse sobre la legalidad de la huelga, convocará a las partes en conflicto a una audiencia, que se celebrará dentro de las veinticuatro horas siguientes a las notificaciones respectivas, para que se establezca un servicio mínimo mediante turnos de emergencia. A falta de acuerdo entre las partes, los turnos de urgencia serán fijados por decisión judicial dentro de las veinticuatro horas de fracasada aquella audiencia. En ningún caso se emitirá pronunciamiento judicial sobre la legalidad de la huelga si no se ha cumplido previamente con fijar el servicio mínimo a que se refiere este artículo. Los turnos de emergencia para asegurar la prestación de un servicio mínimo se fijarán entre el veinte y treinta por ciento del total de los trabajadores de la empresa, establecimiento o negocio de que se trate, o en los casos de huelga gremial, de los trabajadores de la misma profesión u oficio dentro de cada empresa, establecimiento o negocio. El tribunal competente procederá de la misma forma aun cuando la huelga no concierna a un servicio esencial, según la definición precedente, cuando la misma, por su duración o repercusiones, adquiera tal dimensión que haga peligrar la vida, la salud o la seguridad de toda o parte de la población. *El Presidente de la República en Consejo de Ministros podrá decretar la suspensión de una huelga dentro del territorio nacional en forma total o parcial, cuando estime que afecta en forma grave las actividades y los servicios públicos esenciales para el país". ***(El párrafo subrayado fue declarado inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 03/08/2004, expediente 898-2001 y 1014-2001 y su aclaración del 08/10/2004).**

La modificación tuvo por objeto modificar el literal a) en cuanto a suprimir la prohibición para no poder llegar a la realización de una huelga en favor de los trabajadores campesinos en tiempo de cosechas, y en su lugar hizo un corrimiento de lo que antes contenía el literal b), y estableció los trabajadores de las empresas de transporte a quienes sí se aplica aquella limitación del derecho de

huelga. Al literal b), corrió a los trabajadores de clínicas, hospitales, higiene y aseos públicos y demás servicios de naturaleza esencial, que antes se regulaban en el literal c), y en el literal c) ya modificado, contuvo a los trabajadores de las fuerzas de seguridad del Estado, a quienes ahora expresamente se limita el ejercicio del derecho de huelga. Finalmente suprimió el literal d) y en su lugar se estableció dos párrafos en donde establece que a pesar de la limitación impuesta de no poder llegar a la huelga a los grupos de trabajadores allí establecidos, se faculta a los tribunales de trabajo que conozcan de los procedimientos de huelga a autorizar el ejercicio del derecho de huelga, siempre y cuando se establezca un servicio mínimo de aquellas actividades mediante turnos de emergencia, ya sea mediante acuerdo entre las partes o por decisión del tribunal.

Por otro lado, la norma regula que los tribunales de trabajo podrán dar el mismo tratamiento a aquellas actividades que aún no estando contempladas como de carácter esencial, sean afectadas por la duración y repercusiones del movimiento de huelga. Finalmente, la modificación a la norma relacionada cierra con la facultad propia de los gobiernos pretorianos de la época del imperio romano, que se atribuye al Presidente de la República, para decretar en consejo de ministros la suspensión de una huelga dentro del territorio nacional en forma total o parcial cuando él estime que afecta en forma grave las actividades y los servicios públicos o esenciales para el país. Esta facultad, es sin duda la más criticable de la reforma recaída en esta norma, por cuanto se coloca al Presidente de la República por encima de los tribunales de trabajo de la República, y se le permite una clara intromisión en las resoluciones de éstos, vulnerándose la independencia judicial del Organismo Judicial.

Artículo 255. Reformado por modificación

"Artículo 255. (Reformado por el Artículo 8 del Decreto 13-2001 del Congreso de la República). En caso de huelga o paro legalmente declarados, los tribunales de trabajo y previsión social, a pedido de parte interesada, dispondrán la clausura de los establecimientos o negocios que el conflicto afecte, con el objeto de respetar el ejercicio de este derecho y proteger debidamente a las personas y propiedades, mientras dure el conflicto. En caso de paro o huelga ilegales, o en caso de paro o huelgas consumados de hecho, a petición de parte o de oficio, los tribunales de trabajo podrán decretar y ejecutar sin más trámite, bajo la responsabilidad del juez, las medidas precautorias que el caso amerite para garantizar la continuidad de las actividades de los establecimientos o negocios afectados, así como el derecho al trabajo de las personas que deseen laborar. Es entendido que estas medidas no deberán afectar los derechos ni las acciones ejercidas de conformidad con la ley, que regulan la negociación colectiva, paro o huelga".

La modificación se realiza en la forma siguiente: "En caso de huelga o paro legalmente declarados, los tribunales de Trabajo y Previsión Social, a pedido de parte interesada, dispondrán la clausura de los establecimientos o negocios que el conflicto afecte, con el objeto de respetar el ejercicio de este derecho y proteger debidamente a las personas y propiedades, mientras dure el conflicto.

En caso de paro o huelga ilegales, o en caso de paro o huelgas consumadas de hecho, a petición de parte o de oficio, los tribunales de trabajo podrán decretar y ejecutar sin más trámite, bajo la responsabilidad del juez, las medidas precautorias que el caso amerite para garantizar la continuidad de las actividades de los establecimientos o negocios afectados, así como el derecho al trabajo de las personas que deseen laborar. Es entendido que estas medidas no deberá afectar los derechos ni las acciones ejercidas de conformidad con la ley, que regulan la negociación colectiva, paro o huelga".

De la transcripción anterior se advierte que la modificación regula que la clausura de los establecimientos o negocios que el conflicto afecte en caso de huelgas o paros, solo puede disponerse por los tribunales de trabajo, a pedido de parte interesada, por lo que se suprime la posibilidad de que se disponga de oficio, como se establecía en la redacción anterior, por otro lado la modificación establece que los tribunales de trabajo estarán facultados para en el caso de paro o huelgas ilegales o paro o huelga de hecho, ya sea a petición de parte o de oficio, a decretar o ejecutar todas la medidas que garanticen la continuidad del trabajo y el derecho a seguir laborando de los trabajadores que así deseen hacerlo, excluyendo este tipo de medidas de aplicación al paro y a las huelgas legalmente declaradas.

Finalmente la modificación suprimió, porque ya está así establecido en la ley, lo relacionado a la intervención de servicios públicos prestados por particulares y a la forma de acordarlos por parte del Organismo Ejecutivo.

Artículo 260. Reformado por modificación parcial

"Artículo 260. (Reformado por el Artículo 14 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Los derechos de los trabajadores para reclamar contra su patrono en los casos de despido o contra las correcciones disciplinarias que se les apliquen, prescriben en el plazo de treinta días hábiles contados a partir de la terminación del contrato o desde que se les impusieron dichas correcciones, respectivamente".

La reforma a este artículo tiende a modificar únicamente lo relacionado a sustituir la palabra término por la palabra plazo, seguramente con el fin de actualizar dicha denominación a lo que en materia de corrimiento de plazos establece la Ley del Organismo Judicial, en donde ya no se prevé la palabra término.

Artículo 269. Reformado por modificación

"Artículo 269. (Reformado por el Artículo 15 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Son faltas de trabajo y previsión social las infracciones o violaciones por acción u omisión que se cometan contra las disposiciones de este Código o de las demás leyes de trabajo o de previsión social, si están sancionadas con multa. *Una vez que la existencia de la falta haya sido debidamente establecida por la Inspección General de Trabajo, directamente o por medio de cualquiera de sus delegaciones, se dictará la resolución que

corresponde imponiendo la sanción administrativa y fijando plazo para su cumplimiento. Vencido el plazo sin que se hubiere hecho efectiva la sanción *administrativa, para hacer efectivo el cobro, a solicitud de parte, se seguirá el procedimiento que señalan los artículos del 426 al 428 inclusive, de este Código. *Para los efectos de cobro las resoluciones de la Inspección General de Trabajo tienen categoría de título ejecutivo. La autoridad que haya impuesto la sanción deberá proceder inmediatamente a promover su cobro y ejecución de conformidad con el procedimiento que señala los artículos 426 y 428 inclusive, de este Código. *El monto de lo recaudado por aquellas sanciones administrativas constituye fondos privativos del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con destino específico para capacitación y mejoramiento de equipo. *El pago de las multas impuestas deberá hacerse directamente a la Inspección General de Trabajo, que deberá extender el respectivo comprobante autorizado por la Contraloría General de Cuentas y acreditará los fondos a la cuenta privativa que corresponda. *Las resoluciones de la Inspección General de Trabajo serán impugnables de conformidad con el presente Código, y por el procedimiento contencioso administrativo cuando las sanciones impuestas excedan de cinco mil quetzales." ***(Las expresiones subrayadas fueron declaradas inconstitucionales por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 03/08/2004, expediente 898-2001 y 1014-2001 y su aclaración del 08/10/ 2004)**

En este caso la modificación realizada al primer párrafo, sustituye únicamente la palabra penadas, por la palabra sancionadas. Esto derivado de la facultad de imponer sanciones que a partir de la reforma se ha atribuido a la Inspección General del Trabajo. Del segundo párrafo en adelante la modificación es total, en virtud de que se excluye a los tribunales de trabajo de la posibilidad de declarar la existencia de la falta de trabajo, y dicha facultad se traslada a la Inspección General de Trabajo, quien de acuerdo a la redacción de la norma, deberá dictar la resolución que impone la sanción que corresponde y fija el plazo dentro del cual debe cumplirse la sanción impuesta. La modificación establece, que si se vence el plazo sin cumplir con hacer efectiva la multa derivada de la sanción impuesta, se deberá promover su cobro por la vía ejecutiva, utilizando para el efecto la resolución dictada por la Inspección General de Trabajo, que constituye título ejecutivo dentro del procedimiento de ejecución normado en el Código de Trabajo en los artículos 426 al 428 del Código de Trabajo, inclusive.

Finalmente la modificación regula que el pago de las multas debe hacerse a la Inspección General de Trabajo, y los fondos tienen carácter privativo a favor del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con destino específico para capacitación y mejoramiento de equipo de esa institución. Mención especial merece el último párrafo adicionado a esta modificación, que establece la posibilidad de impugnar las resoluciones emitidas por la Inspección General de Trabajo en relación a las sanciones por infracción o violaciones a las leyes de trabajo, por medio de los recursos previstos en el Código de Trabajo y por el procedimiento contencioso administrativo, que mas sin embargo excluye de ser impugnables a todas aquellas sanciones pecuniarias cuyo monto no sea superior a los cinco mil quetzales. Es decir que en este caso al no haber

impugnación los administrados están en imposibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Artículo 271. Reformado por modificación y adición

"Artículo 271. (Reformado por el Artículo 16 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). En materia de faltas de trabajo y previsión social, se deben observar las siguientes reglas. a) La acción para iniciar el procedimiento y la sanción administrativa prescriben en seis meses; b) Dentro de los límites señalados por el artículo siguiente, ***la Inspección General de Trabajo** debe determinar, la sanción administrativa aplicable, tomando en cuenta las circunstancias económicas y los medios de subsistencia del sancionado, los antecedentes y condiciones personales de este, el mal causado o la exposición al peligro, y, en general, los demás factores que puedan servir a la mejor adecuación de la sanción administrativa. En caso de reincidencia se incrementará en un cincuenta por ciento la multa incurrida. No hay reincidencia si ha transcurrido un año entre la fecha en que se hizo efectiva la multa impuesta y la fecha de comisión de la nueva falta. **(La expresión subrayada fue declarada inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 03/08/2004, Expediente 898-2001 y 1014-2001 y su aclaración del 08/10/2004).** c) Cuando el sancionado sea el patrono, las multas se impondrán a éste, sea persona natural o jurídica, solidariamente con sus representantes que hayan intervenido en el acto que constituye la falta y sin cuya participación no se hubieran podido realizar. El patrono debe ser tenido como parte en el proceso correspondiente; d) La imposición de la sanción es independiente y no exime al infractor del cumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales; e) Además del pago de las sanciones impuestas, el infractor queda obligado a subsanar la irregularidad en el plazo final que fije la misma resolución de la cual se enviará copia certificada a la Inspección General de Trabajo para que se verifique su cumplimiento".

La modificación inicialmente producida sobre el literal a) de la norma, suprime los términos la acción penal y la pena y el plazo de prescripción y en su lugar establece la existencia de una acción que se advierte es de orden administrativo para iniciar el procedimiento, esto en lugar de la acción penal, y en lugar de la pena establece la institución de la sanción administrativa, modificando también el plazo de prescripción de un mes, por el de seis meses.

En cuanto a la modificación del literal b), también se hacen modificaciones y adiciones, que nuevamente excluyen a los tribunales de trabajo y que en su sustitución establecen a la Inspección General de Trabajo, como la encargada de determinar la sanción administrativa aplicable a cada caso, estableciendo criterios mediante los cuales se determinará la sanción a imponer. Mención especial merece la supresión de la conversión de las multas que se impongan en prisión simple, de conformidad con el Código Penal, y la rebaja del incremento de la multa en caso de reincidencia hasta un cincuenta por ciento de la multa impuesta en sustitución de la duplicación que establecía la redacción de la norma anterior.

En el literal c) la modificación es total por cuanto se dispone que las multas ya no solo se impondrán al patrono sancionado sino también a sus representantes

que hubieren intervenido para la realización del acto que constituyó la falta, lo cual sustituyó a la obligación que existía en la redacción anterior, de demostrar previamente a la instauración del procedimiento de faltas el consentimiento o participación en la comisión de la falta del representante del patrono, es decir que a partir de la reforma se asume su participación.

Se adiciona el literal d) a la norma relacionada, que estable que la imposición de la sanción tiene carácter independiente y no exime al infractor o sancionado de cumplir con las obligaciones contractuales o legales que dieron origen a la imposición de la sanción.

Se adiciona el literal e) a la norma relacionada, que establece que adicional al pago de las sanciones pecuniarias impuestas, el infractor o sancionado queda obligado a subsanar la irregularidad en el plazo que fije la misma resolución que impuso la sanción correspondiente.

Artículo 272. Reformado por modificación y adición

"**Artículo 272.** (Reformado por el Artículo 24 del Decreto 64-92 y por el Artículo 17 del Decreto 18-2001, ambos del Congreso de la República). Sin perjuicio de que por la naturaleza del hecho cometido o de la omisión en que se haya incurrido, los tribunales comunes pueden imponer penas distintas, las faltas de trabajo o previsión social se deben sancionar así: a) Cuando la resolución esté firme y se imponga al patrono la obligación de pagar a los trabajadores, salarios, indemnizaciones y demás prestaciones laborales, y éste no le diere cumplimiento a dicha resolución dentro del plazo que se haya fijado, será sancionado con la imposición de una multa entre seis y dieciocho salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas. b) Toda violación a una disposición prohibitiva dará lugar a la imposición de una multa entre tres y catorce salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas. c) Toda violación a una disposición preceptiva del título tercero de este Código, u otra ley o disposición de trabajo y previsión social referente a salarios, jornadas o descanso que haga algún patrono, dará lugar a la imposición de una multa entre tres y doce salarios mínimos mensuales en vigor para las actividades no agrícolas; d) Las violaciones a las disposiciones preceptivas del título quinto de este Código, u otra ley o disposición de trabajo y previsión social referente a higiene y seguridad en el trabajo que haga algún patrono, da lugar a la imposición de una multa entre seis y catorce salarios mínimos mensuales en vigor para las actividades no agrícolas. e) La violación a las disposiciones preceptivas del título séptimo de este Código, u otra ley de trabajo y previsión social referente a huelga o paro, da lugar a la imposición de una multa entre dos y diez salarios mínimos mensuales, si se trata de patronos; y de uno a cinco salarios mínimos mensuales si se trata de trabajadores, vigentes en ambos casos, para las actividades no agrícolas; f) Las violaciones a las disposiciones de los artículos 61, 87, y 281 inciso m) de este Código, da lugar a la aplicación de las multas establecidas en el inciso anterior, según se trate de patronos o trabajadores; g) Toda violación a cualquier disposición preceptiva de este Código, no prevista por los incisos anteriores, u otra ley o disposición de trabajo y previsión social, da lugar a la imposición de una multa entre dos y nueve salarios mínimos

mensuales, si se trata de patronos, y de diez a veinte salarios mínimos diarios, si se trata de trabajadores, vigentes en ambos casos para las actividades no agrícolas, pero en todo caso, es necesario que la Inspección General de Trabajo aperciba previamente y por escrito a quien ha cometido por primera vez la respectiva infracción y luego, si hay desobediencia de parte del culpable o si por otro motivo se constata que no ha surtido efecto el apercibimiento dentro del plazo que para el efecto ha de fijarse, dicha Inspección debe iniciar la acción administrativa para la aplicación de la sanción que corresponda".

La modificación realizada a este artículo establece los casos que deben ser sancionados por la Inspección General de Trabajo, por ser constitutivos de faltas de trabajo y los montos de las multas que se deberán imponer para cada caso de la manera siguiente:

En el primer párrafo se sustituye la palabra salvo disposición especial en contrario, por la palabra sin perjuicio, quedando el resto de su redacción en forma idéntica a la anterior.

En cuanto al literal a) se modificó totalmente por sustitución, habiéndose establecido la sanción para los casos en que se haya dictado resolución por los tribunales de trabajo y que esta se encuentre firme en la que se haya condenado al patrono a la obligación de pagar a sus trabajadores salarios, indemnización y demás prestaciones laborales, y no se haya acatado la resolución dentro del plazo que se haya señalado por el órgano competente. A este respecto, la norma deja establecida una sanción pecuniaria, consistente en una multa de entre seis y dieciocho salarios mínimos mensuales para las actividades no agrícolas, que se impondrá al patrono que incumplió con lo dispuesto en la resolución de mérito.

En cuanto al literal b) se modifica totalmente pues se relaciona a establecer las sanciones para los casos de violación a una disposición prohibitiva de las leyes de trabajo en general, mientras que en el pasado se refería a las disposiciones preceptivas. A este respecto, se deja establecida una sanción consistente en la imposición de una multa de entre tres y catorce salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas.

En cuanto al literal c) se establecen las sanciones a imponer por las violaciones a una disposición preceptiva del título tercero del Código de Trabajo o de cualquier otra ley de trabajo o previsión social que se refiera a salarios, jornadas o descansos. A este respecto se dejan previstas sanciones que oscilan en la imposición de una multa de entre tres y doce salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas.

En cuanto al literal d) se modificó totalmente, en relación a establecer las sanciones para las violaciones a las disposiciones preceptivas del título quinto del Código de Trabajo u otra ley de trabajo o previsión social, que se refiera a higiene y seguridad en el trabajo. A este respecto, las sanciones previstas oscilan en la imposición de una multa de entre seis y catorce salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas.

En cuanto al literal e) se modificó totalmente, en relación a establecer las sanciones a imponer por las violaciones a las disposiciones preceptivas del

título séptimo del Código de Trabajo o de otra ley de trabajo o previsión social, referente a la huelga o el paro. A este respecto se dejó prevista una sanción que oscila en la imposición de una multa de entre dos y diez salarios mínimos mensuales vigentes para actividades no agrícolas, para el caso del patrono; y de entre uno y cinco salarios mínimos mensuales vigentes, si se trata de trabajadores.

En cuanto al literal f) su modificación fue total, por cuanto se refiere a la imposición de sanciones por las violaciones a las disposiciones de los artículos 61, 87 y 281 m) del Código de Trabajo. Al respecto, se prevé la imposición de multas idénticas a las contenidas en el literal e) de la norma analizada.

Finalmente se adiciona el literal g) que establece la imposición de sanciones en contra de las violaciones a cualquier otra disposición preceptiva del Código de Trabajo o de otras leyes y disposiciones de trabajo no previstas en todos los incisos anteriores de la norma. A este respecto, se prevé la aplicación de sanciones que oscilan en multas de entre dos y nueve salarios mínimos mensuales vigentes para actividades no agrícolas si trata de patronos, y de diez a veinte salarios mínimos diarios vigentes para actividades no agrícolas, si se trata de trabajadores.

Artículo 280. Reformado por modificación parcial

"Artículo 280. (Reformado por el Artículo 18 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). La Inspección General de Trabajo debe ser tenida como parte en todo conflicto individual o colectivo de carácter jurídico en que figuren trabajadores menores de edad o trabajadores cuya relación de trabajo haya terminado sin el pago procedente de indemnización, prestaciones y salarios caídos; o cuando se trate de acciones para proteger la maternidad de las trabajadoras, salvo que en cuanto a estas últimas se apersone el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Además, dentro de su función de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos de trabajo y previsión social, está obligada a promover o realizar la substanciación y finalización de los procedimientos por faltas de trabajo que denuncien los inspectores de trabajo y trabajadores sociales y, procurar la aplicación de las sanciones correspondientes a los infractores."

La reforma a este artículo tiende a modificar únicamente el primer párrafo de la norma, en cuanto a dejar establecido que la Inspección General de Trabajo debe ser tenida como parte en todos aquellos conflictos individuales o colectivos de carácter jurídico, en que figuren trabajadores menores de edad o trabajadores cuya relación de trabajo haya terminado sin el pago procedente de indemnización, prestaciones y salarios caídos, esto adicional a lo que ya se establecía en relación a ser parte en juicios en donde estuvieren en discusión intereses de menores de edad y en donde el objeto fuera proteger la maternidad de las trabajadoras.

Esta es una reforma cuyo alcance es incalculable, y muy difícil de cumplir por parte de los Inspectores de Trabajo, a menos que se fortalezca esa institución, pues se supone que ahora deberán intervenir en todos los juicios ordinarios por

despido, por reclamo de salarios caídos y demás prestaciones, y en todos aquellos en donde el objeto sea obligar al cumplimiento de un instrumento de normación colectiva que se haya incumplido.

ARTÍCULO 281. REFORMADO POR MODIFICACIÓN AL LITERAL L) Y ADICIÓN DEL LITERAL M)

"Artículo 281. Los Inspectores de Trabajo y los Trabajadores Sociales, que acrediten debidamente su identidad, son autoridades que tienen las obligaciones y facultades que se expresan a continuación: a) Pueden visitar los lugares de trabajo cualquiera que sea su naturaleza, en distintas horas del día y aun de la noche, si el trabajo se ejecuta durante ésta, con el exclusivo objeto de velar por lo que expresa el artículo 278; b) Pueden examinar libros de salarios, de planillas o constancias de pago, siempre que se refieran a relaciones obrero-patronales. En el caso de los libros de contabilidad podrán revisarse previa autorización de Tribunal competente de Trabajo y Previsión Social; c) Siempre que encuentren resistencia injustificada deben dar cuenta de lo sucedido al Tribunal de Trabajo y Previsión Social que corresponda, y en casos especiales, en los que su acción deba ser inmediata, pueden requerir, bajo su responsabilidad, el auxilio de las autoridades o agentes de policía, con el único fin de que no se les impida o no se les creen dificultades en el cumplimiento de sus deberes. En estos casos están obligados a levantar acta circunstanciada, que firmarán las autoridades o agentes que intervengan; d) Pueden examinar las condiciones higiénicas de los lugares de trabajo y las de seguridad personal que éstos ofrezcan a los trabajadores y, muy particularmente, deben velar porque se acaten todas las disposiciones en vigor sobre previsión de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, dando cuenta inmediata a autoridad competente, en caso de que no sean atendidas sus observaciones; pudiendo en caso de un peligro inminente para la salud o la seguridad de los trabajadores ordenar la adopción de medidas de aplicación inmediata; e) Deben intervenir en todas las dificultades y conflictos de trabajo de que tengan noticia, sea que se presenten entre patronos y trabajadores, sólo entre aquéllos o sólo entre éstos, a fin de prevenir su desarrollo o lograr su conciliación extrajudicial, si ya se han suscitado; asimismo, podrán interrogar al personal de la empresa sin la presencia del patrono ni de testigos sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales; f) Pueden tomar o sacar muestras de substancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, con el propósito de ordenar su análisis, siempre que se notifique al patrono o a su representante que las substancias o materiales han sido tomados con el propósito de comprobar la estricta observancia de las disposiciones contenidas en el presente Código, sus reglamentos o demás leyes de Trabajo y Previsión Social; g) Deben exigir la colocación de los avisos que indiquen las disposiciones legales; h) Deben colaborar en todo momento con las autoridades de trabajo; i) Gozan de franquicia telegráfica, telefónica y postal, cuando tengan que comunicarse en casos urgentes y en asuntos propios de su cargo, con sus superiores, con las autoridades de policía o con los Tribunales de Trabajo y Previsión Social; j) Las actas que levanten, tienen plena validez en tanto no se demuestre en forma evidente su inexactitud, falsedad o parcialidad; k) Siempre que divulguen los datos que obtengan con motivo de sus inspecciones o visitas; que revelen

secretos industriales o comerciales de que tengan conocimiento en razón de su cometido; que asienten hechos falsos en las actas que levantan o en los informes que rindan; que acepten dádivas de los patronos o de los trabajadores o de los sindicatos; que se extralimiten en el desempeño de sus funciones o que en alguna otra forma violen gravemente los deberes de su cargo, deben ser destituidos de inmediato, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales, civiles o de otro orden que les correspondan. En lo relativo a la divulgación de los datos que obtengan con motivo de sus inspecciones o visitas y de los secretos industriales o comerciales de que tengan conocimiento, la prohibición a que se refiere el párrafo anterior subsiste aún después de haber dejado el servicio; l) (Reformado por el Artículo 19 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Siempre que comprueben violaciones a las leyes laborales o sus reglamentos, el Inspector de Trabajo o Trabajador Social levantará acta y prevendrá al patrono o representante legal de la empresa infractora para que dentro de un plazo que él fije, se ajuste a derecho. Vencido el plazo otorgado sin haberse cumplido la prevención levantará acta dando audiencia al infractor para que se manifieste y haciendo constar que no se cumplió, promoviendo la acción administrativa establecida en este Código. En los casos que no ameriten prevención, harán la denuncia de inmediato; sin embargo, el infractor podrá acreditar que ha cumplido con su obligación antes de la imposición de la sanción administrativa respectiva, caso en el cual se podrá imponer la sanción administrativa más baja, a criterio de la Inspección General de Trabajo. m) (Adicionado por el Artículo 19 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Para el cumplimiento de sus funciones los inspectores de trabajo y los trabajadores sociales pueden citar a sus oficinas a empleadores y trabajadores y éstos están obligados a asistir, siempre que en la citación respectiva conste expresamente el objeto de la diligencia. La inasistencia a una de estas citaciones constituye violación de las leyes laborales y será sancionada por la Inspección General de Trabajo como lo establece el inciso g) del artículo 272 de este Código".

La modificación que se realiza al literal l), es parcial pues solo se relaciona a excluir lo relacionado a una vez establecido el incumplimiento de la prevención dictada por los Inspectores de Trabajo, hacer la denuncia ante los tribunales de trabajo, para el correspondiente juicio de faltas que con anterioridad existía, y a incluir en su lugar lo relacionado a que una vez establecido el incumplimiento de la prevención se levante acta, dando audiencia al infractor para que se manifieste en relación al incumplimiento de la prevención y promoviendo posteriormente la acción administrativa, con la finalidad de imponer las sanciones previstas a partir de la reforma al Código de Trabajo. En cuanto a los casos que no ameritan prevención se adiciona la posibilidad de que el infractor pueda acreditar haber cumplido con su obligación antes de la imposición de la sanción, en cuyo caso queda a criterio de la Inspección General de Trabajo, imponer la sanción administrativa más baja.

En cuanto a la adición del literal m, esta tiene por objeto establecer la posibilidad para que los Inspectores de Trabajo puedan citar con carácter coactivo a empleadores y trabajadores, cumpliendo con el único presupuesto de consignar en la citación respectiva, el objeto de la diligencia o citación. Es de hacer notar,

que es esta adición, la que hará posible que se pueda citar con carácter obligatorio a las audiencias de conciliación a los empleadores. Finalmente, el último párrafo de esta adición deja previsto que la inasistencia a una de las citaciones antes relacionada es constitutiva de una violación a las leyes de trabajo, y por lo tanto puede sancionarse como tal aplicando para el efecto los montos de las multas previstas en el literal g) del artículo 272 del Código de Trabajo.

Artículo 323. Reformado por modificación

"**Artículo 323.** (Reformado por el Artículo 20 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Las partes pueden comparecer y gestionar personalmente o por mandatario judicial. Cuando la cuantía no exceda del equivalente de dos salarios mínimos mensuales para las actividades no agrícolas, el mandato podrá extenderse por medio de carta-poder firmada por el propio interesado, pero si no pudiere o supiere firmar, deberá hacerlo por acta levantada ante el Secretario del respectivo tribunal. Solo los abogados, los dirigentes sindicales en la forma prevista en este Código y los parientes dentro de los grados de ley, circunstancia que acreditarán ante el tribunal, podrán actuar como mandatarios judiciales. Las personas jurídicas actuarán por medio de sus respectivos representantes previstos en la escritura constitutiva o en los estatutos, pero si otorgaren su representación a otros, estos deben tener la calidad de abogados. Se exceptúan los casos de representación que se deriven de una disposición legal o de una resolución judicial, en la que lo serán quienes corresponda conforme las leyes respectivas o la resolución judicial. Todo mandatario o representante legal, está obligado a acreditar su personería en la primera gestión o comparecencia".

La modificación de esta norma, tiene relación únicamente con la modificación de la cuantía para poder comparecer a juicio como mandatario por medio de carta poder firmada por el propio interesado, que de trescientos quetzales que era como se preveía con anterioridad, se amplía al equivalente de dos salarios mínimos mensuales para las actividades no agrícolas.

Artículo 364. Reformado por adición

"**Artículo 364.** (Reformado por el Artículo 21 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Las sentencias se dictarán en forma clara y precisa, haciéndose en ellas las declaraciones que procedan y sean congruentes con la demanda, condenando o absolviendo, total o parcialmente, al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Cuando de lo actuado en un juicio se desprenda que se ha cometido alguna infracción sancionada por las leyes de trabajo y previsión social o por las leyes comunes, el Juez al dictar sentencia, mandará que se certifique lo conducente y que la certificación se remita al tribunal que deba juzgarla. *Cuando en la sentencia se condene al empleador a pagar a uno o varios trabajadores, salarios, indemnizaciones y demás prestaciones laborales, también será obligatorio que se aperciba al patrono que resulte condenado que si no da exacto cumplimiento a la sentencia dentro del plazo en ella fijado se certificará lo conducente en su

contra, para su juzgamiento. ***(El párrafo subrayado fue declarado inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 03/08/2004 Expediente 898-2001 y 1014-2001 y aclaración del 08/10/2004).**

La reforma adiciona al contenido de esta norma la obligación para los jueces de trabajo, de contener en las sentencias condenatorias dictadas en juicios en donde se haya condenado al patrono al pago de salarios, indemnizaciones y demás prestaciones laborales, de apercibir al patrono condenado, a que de no cumplir con lo dispuesto en la sentencia en el plazo en ella fijado, se certificará lo conducente para su juzgamiento; esto quiere decir que los jueces de trabajo y previsión social, quedan obligados para que en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, se deba certificar lo conducente a la Inspección General de Trabajo, para el procedimiento de la imposición de las sanciones que corresponda.

Artículo 379. Reformado por modificación y adición

"Artículo 379. (Reformado por el Artículo 29 del Decreto 64-92 y por el Artículo 22 del Decreto 18-2001, ambos del Decreto del Congreso). Desde el momento en que se entregue el pliego de peticiones al juez respectivo, se entenderá planteado el conflicto para el solo efecto de que patronos y trabajadores no puedan tomar la menor represalia uno contra el otro, ni impedirse el ejercicio de sus derechos. Si el patrono infringe esta disposición será sancionado con multa igual al equivalente de diez a cincuenta salarios mínimos mensuales vigentes para las actividades no agrícolas. Además deberá reparar inmediatamente el daño causado por los trabajadores, y hacer efectivo el pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir durante el despido, sin que esto lo exonere de la responsabilidad penal en que haya podido incurrir. Si la conducta del patrono dura más de siete días se incrementará en un cincuenta por ciento (50%) la multa incurrida. Si es trabajador, o si fuera colectivamente un sindicato, quien infrinja esta disposición, será sancionado con una multa equivalente de uno a diez salarios mínimos mensuales para las actividades no agrícolas y estará obligado a reparar los daños y perjuicios causados".

La modificación que se realiza al primer párrafo de la norma, solo sustituye las palabras ninguna de las partes por las de patronos y trabajadores. Esto advierte que lo que la reforma pretende, es dar mayor importancia al fuero de atracción que deriva del conflicto colectivo y que necesariamente debe incluir a todos los trabajadores de la empresa de que se trate.

El párrafo siguiente se modifica totalmente, haciendo aparecer a la figura del patrono como único infractor de la prevención contenida en la norma, y modificando el monto de la sanción pecuniaria allí dispuesta, que con anterioridad era de entre mil a cinco mil quetzales; y ahora pasa a ser una multa de entre diez y cincuenta salarios mínimos mensuales para las actividades no agrícolas. Mención especial merece el error garrafal cometido por los legisladores en la redacción de este párrafo, en relación a cuando transcribe que: "además deberá reparar inmediatamente el daño causado por los trabajadores", puesto que se

entiende que el patrono estaría entonces reparando daños provocados por personas distintas a él, y en consecuencia habría pagado una multa por una falta que él no cometió e igualmente habría sido sancionado por una falta en que él no incurrió.

Finalmente la adición a esta norma se refiere a prever el caso en el que si la conducta de incumplimiento a la prevención de no toma de represalias por parte del empleador dura más de siete días, se incremente en un cincuenta por ciento la multa inicialmente impuesta, y a prever que si se trata del trabajador o de un sindicato que hubieren sido los que infringieron esta disposición también se les impondrá una multa equivalente de uno a diez salarios mensuales vigentes para actividades no agrícolas.

Artículo 380. Reformado por modificación y adición

"Artículo 380. (Reformado por el Artículo 30 del Decreto 64-92 y por el Artículo 23 del Decreto 18-2001, ambos del Decreto del Congreso). A partir del momento a que se refiere el artículo anterior toda terminación de contratos de trabajo de empresa en que se ha planteado el conflicto, aunque se trate de trabajadores, que no han suscrito el pliego de peticiones o que no se hubieren adherido al conflicto respectivo, debe ser autorizada por el juez quien tramitará el asunto en forma de incidente y sin que la resolución definitiva que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del despido. Si se produce terminación de contratos de trabajo sin haber seguido previamente el procedimiento incidental establecido en este artículo, el Juez aplicará las sanciones a que se refiere el artículo anterior y ordenará que inmediatamente sea reinstalado el o los trabajadores despedidos y en caso de desobediencia duplicará la sanción conforme lo previsto en el artículo que precede. Si aún así persistiere la desobediencia ordenará la certificación de lo conducente en contra del infractor, para su procesamiento, sin que ello lo exonere de la obligación de reinstalar en su trabajo a los trabajadores afectados. El Juez actuará inmediatamente por constarle de oficio o por denuncia la omisión del indicado procedimiento. En este último caso, su resolución de reinstalación debe dictarla dentro de las veinticuatro horas siguientes de haber ingresado la denuncia al tribunal y en la misma resolución designará a uno de los empleados del tribunal, para que en calidad de ejecutor del mismo haga efectiva la reinstalación. El procedimiento de reinstalación que establece este artículo es aplicable también cuando se infrinja el derecho de inamovilidad que establece el artículo 209 de este Código".

En cuanto al primer párrafo de la norma, este se modificó en relación a establecer que la prohibición de terminar contratos de trabajo, sin autorización del juez que tramita el conflicto colectivo, ampara a todos aquellos trabajadores que no han suscrito el pliego de peticiones o que no se hubieren adherido al planteamiento del conflicto colectivo. El sentido de esta reforma, es inutilizar la doctrina legal sentada por la Corte de Constitucionalidad en relación al fuero de atracción que deriva del planteamiento del conflicto y que según aquel tribunal, sólo amparaba a quienes eran parte dentro del mismo, es decir, sólo a los que habían suscrito el pliego de peticiones o se habían adherido al planteamiento del colectivo.

En los párrafos siguientes, se produce una modificación en el sentido de establecer de que si se produce terminación de contratos de trabajo, sin seguir el procedimiento establecido, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 379 del Código de Trabajo; además se establece de que si persiste la desobediencia se excluye la posibilidad de ordenar la detención del responsable, para que se cumpla con el arresto previsto en la ley, y en su lugar se establece que si persistiere la desobediencia, ordenará la certificación de lo conducente, en contra del infractor, es decir que certificará lo conducente a la Inspección General de Trabajo, para instaurar el procedimiento administrativo correspondiente. Esto desde luego, sin perjuicio de la obligación que el patrono tiene de reinstalar en su trabajo a los trabajadores afectados.

En el siguiente párrafo se deja establecido que los actos de iniciación procesal en materia de reinstalación, son siempre el conocimiento de oficio y la denuncia, en cuyo caso la resolución del juez debe dictarse en el plazo de veinticuatro horas siguientes a su recepción, adicionándose el que esa misma resolución que ordena la reinstalación deba designar como ministro ejecutor para hacer efectiva la reinstalación a uno de los auxiliares que labores en el tribunal de trabajo de que se trate.

Finalmente se adiciona un párrafo a esta norma en donde se establece que igual procedimiento de reinstalación se seguirá en el caso previsto en el artículo 209 del Código de Trabajo, es decir que igual procedimiento se seguirá en el caso de despido de los miembros fundadores de un sindicato en formación, que sean despedidos por participar en la misma.

Artículo 415. Reformado por modificación

"Artículo 415. (Reformado por el Artículo 25 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). El Ministerio de Trabajo y Previsión Social a través de la Inspección General de Trabajo tiene acción directa para promover y resolver acciones contra las faltas, contra las leyes de trabajo y previsión social, conforme los incisos l) y m) del artículo 281 de este Código".

La modificación producida en esta norma es total, por cuanto se suprime su redacción anterior y en su lugar se establece la acción directa que se atribuye ahora al Ministerio de Trabajo y Previsión Social, por medio de la Inspección General de Trabajo, para promover y resolver acciones contra las faltas contra las leyes de trabajo y previsión social, conforme lo prevén los incisos l) y m) del Código de Trabajo.

Artículo 419. Reformado por modificación

"Artículo 419. (Reformado por el Artículo 26 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Tan pronto como sea del conocimiento de la Inspección General de Trabajo, por constarle directamente, o por denuncia, la comisión de un hecho a los que se refiere este capítulo, dictará resolución mandando que se lleve a cabo la verificación que corresponde a la mayor brevedad posible. Al efecto, todas las autoridades están obligadas a prestarle los auxilios necesarios".

Congruente con la supresión que la reforma hace del juicio de faltas, la modificación a esta norma es total, por cuanto se suprime su redacción anterior, y se establece que una vez conocida por la Inspección General de Trabajo por constarle directamente o por denuncia, la comisión de un hecho constitutivo en una falta de trabajo, dictará resolución ordenando que se lleve a cabo la verificación correspondiente antes de iniciar el procedimiento de sanción administrativa. Es decir que a lo que se refiere esta modificación, es que el conocimiento de las faltas de trabajo es competencia exclusiva de la Inspección General de Trabajo que será la que deba de instruir el procedimiento tendiente al establecimiento de la existencia de la comisión de una falta de trabajo y su sanción respectiva.

Artículo 422. Reformado por modificación

"**Artículo 420.** (Derogado por artículo 29 del Decreto 18-2001 del Congreso de la República). Si en dicha comparecencia no reconociere la verdad de los hechos imputados y propone los medios de prueba que estime adecuados, el juicio se abrirá a prueba por un término que no excederá de diez días, pasado el cual el tribunal dictará sentencia dentro de los cinco días siguientes a su vencimiento. Todo ello bajo la estricta responsabilidad de su titular. La resolución ordenando la apertura a prueba deberá dictarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a la celebración de la indagatoria y se notificará también al acusador, si lo hubiere, a efecto de que éste pueda rendir la prueba que estime conveniente. En todo caso, el juez de oficio ordenará la investigación que crea oportuna a fin de comprobar los hechos denunciados. La prueba ofrecida se recibirá con citación contraria".

La modificación que se realiza a este artículo es total, pues se cambia la redacción anterior y se establece la obligación de la Inspección General de Trabajo de promover, una vez se encuentre firme la resolución que impuso la sanción, el proceso de ejecución de la misma, conforme lo normado en los Artículos del 426 al 428 del Código de Trabajo.

Derogatoria de los artículos 257, 292 e), 417, 418, 420, 421 del Código de Trabajo

Artículo 257

Este artículo se relacionaba a la facultad de detener y juzgar a las personas por incitar públicamente a la realización de una huelga o paro en contra de las disposiciones legales, o bien participaran dentro de un conflicto colectivo para promover el desorden o quitarle su carácter pacífico.

Artículo 292 e)

Este literal se relacionaba con atribuirle a la competencia de los juzgados de primera instancia de trabajo y previsión social, el juzgamiento por faltas cometidas contra las leyes y reglamentos de trabajo y previsión social. Esta derogatoria

es lógica sobre todo si se toma en cuenta que al haber desaparecido el juicio de faltas, la competencia para sancionar las faltas de trabajo corresponde a la Inspección de Trabajo.

Artículo 417

Este artículo se refería a la forma en que debía hacerse la denuncia de la comisión de una falta de trabajo ante el juez de trabajo y previsión social.

Artículo 418

Este artículo se refería a los requisitos que debía contener la denuncia o querella como actos de iniciación procesal del juicio de faltas, que en ese entonces estaba a cargo de los tribunales de trabajo y previsión social.

Artículo 420

Este artículo se refería a la comparecencia del sindicado de la comisión de una falta a las leyes de trabajo y previsión social, así como al período de prueba y sentencia del juicio de faltas.

Artículo 421

Este artículo se refería a la interposición del recurso de apelación y su trámite en contra de la sentencia dictada en el juicio de faltas.

Estos últimos cuatro artículos comentados, se referían todos al juicio de faltas, que como puede apreciarse quedó derogado, sin embargo es importante anotar que para que existiera congruencia con la derogatoria de este procedimiento y la creación del nuevo a cargo de la Inspección General de Trabajo, también tuvieron que haberse derogado los artículos 423 y 424 del Código de Trabajo, pues en el caso del primero, se establece con toda claridad que en caso de insolvencia, es decir en caso de no hacer efectivo el pago de las multas impuestas como sanción, ésta última se convierte en prisión simple, en la forma establecida en el Código Penal, lo cual deja abierta la posibilidad para que se convierta en privación de libertad las sanciones que imponga la Inspección General de Trabajo, esto y aunque en otros apartados de la reforma, se suprimió la penalización de las sanciones; y en lo relacionado al segundo, porque se refiere a que los tribunales de trabajo no deben de dar publicidad a las sentencias firmes dictadas con ocasión de los juicios de faltas, lo cual ya no tiene ningún sentido, pues el juicio de faltas fue suprimido.

Reforma relativa al cambio de nombre del Título Décimo Cuarto, Capítulo Único del Código de Trabajo

Al respecto la reforma dispuso suprimir el nombre de PROCEDIMIENTOS EN EL JUZGAMIENTO DE FALTAS CONTRA LAS LEYES DE TRABAJO O DE PREVISIÓN SOCIAL por el de FALTAS CONTRA LAS LEYES DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL.

Cambios en el Derecho mexicano del Trabajo

Néstor DE BUEN-LOZANO

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

Alfredo SÁNCHEZ-CASTAÑEDA

Carlos DE BUEN-UNNA

Carlos REYNOSO-CASTILLO

INTRODUCCIÓN

Es correcta la preocupación por el establecimiento de las líneas generales del Derecho del Trabajo y de su Derecho Procesal.

Sin embargo, en primer término debe subrayarse la evidente intención del Legislador de suscribir una propuesta absolutamente contraria al interés de los trabajadores, que cede frente a la perspectiva patronal sobre las reglas del Derecho del Trabajo.

Lo anterior significa, de manera especial, que el principio de la productividad se ha convertido en el tema fundamental de la actual Ley Federal del Trabajo (LFT), pretendiendo desplazar la condición tutelar de los trabajadores que la Ley había tenido desde su origen, adoptando en cambio, una perspectiva que claramente atiende al interés empresarial.

Respecto de los sindicalizados, la nueva Ley insiste en precisar las responsabilidades de los directivos sindicales respecto de la rendición de cuentas, lo que no está mal, aun cuando ciertamente acusa una clara intención de invadir las funciones de los estatutos sindicales.

No puede dejar de tomarse en cuenta que la nueva Ley ha invadido territorios del Derecho Procesal del Trabajo, con el evidente ánimo de afectar a la defensa procesal de los derechos de los trabajadores, lo que confirma la clara tendencia conservadora que la LFT tiene a partir de la reforma.

Obviamente una solución del problema se podría alcanzar a través de la acción de los sindicatos y la utilización adecuada de los convenios colectivos de trabajo. Sin embargo, la Historia demuestra como el Derecho del Trabajo intenta convertirse en México en una institución de los empresarios, olvidando lamentablemente la intención tutelar de los trabajadores, que fue claramente su característica de formación en la Constitución de 1917 y se confirmó a través de las reformas legales posteriores y de las disposiciones jurisdiccionales que se han establecido con el mismo espíritu.

Como quiera que sea, el nuevo Derecho mexicano del Trabajo habrá que contemplarlo con todas las reservas del caso, pero manteniendo viva la esperanza de que recupere las razones que le dieron origen y vuelva a ser un derecho tutelar de los trabajadores.

Cambios en el Derecho individual

Por Alfredo Sánchez-Castañeda

Las reformas a la LFT de noviembre de 2012 modificaron sustancialmente las relaciones individuales de trabajo, ya que implicaron la incorporación de nuevas nociones y principios (**I**); modificaciones en materia de acceso al empleo (**II**); modificaciones a las condiciones de trabajo (**III**); la disolución de la relación de trabajo (**IV**); reformas en materia de riesgos de trabajo (**V**); y, modificaciones en materia de sanciones (**VI**).

I. Incorporación de nuevas nociones y principios

La LFT, desde el punto de vista conceptual, se vio enriquecida con la incorporación de nuevas nociones, a saber: el trabajo digno o decente, la igualdad sustantiva o de hecho entre trabajadores y trabajadoras, y el hostigamiento y acoso sexual. Así mismo, se incluyeron dos precisiones sobre el alcance del derecho a la no discriminación y el derecho a la formación profesional. Destaca el hecho de que la LFT no incluyó expresamente el acoso laboral.

La noción de trabajo decente incorporada a la LFT, incluye todos los principios fundamentales que se desprenden de la Declaración de la OIT de 1998: libertad sindical y libre contratación; no discriminación; prohibición del trabajo forzoso, y prohibición de las peores formas de explotación infantil (salvo el referente a la edad mínima para trabajar). Además contiene elementos adicionales no contemplados por la Declaración de 1998 de la OIT: acceso a la Seguridad Social, Derecho a la Formación Profesional (capacitación continua) y Derecho a la Seguridad e Higiene en el Trabajo. Se trata de tres componentes que amplían la noción de trabajo decente en el Derecho Mexicano del Trabajo.

II. Acceso al empleo y nuevas relaciones de trabajo

El ingreso al empleo en nuestro país antes de la reforma laboral sólo se daba a través de un contrato por tiempo determinado o indeterminado. Ahora el nuevo artículo 35 de la LFT, señala que las relaciones de trabajo pueden ser por obra o tiempo determinado, por temporada o por tiempo indeterminado y en su caso este último, puede estar sujeto a prueba o a capacitación inicial. Así mismo, la ley contempla la relación de trabajo por tiempo indeterminado para labores discontinuas y el trabajo en régimen de subcontratación. En realidad la LFT reformada reconoció modalidades contractuales que ya operaban en la práctica. Su regulación podría ser vista como la flexibilización de las relaciones laborales o como el establecimiento de candados y reglas para dichas relaciones

laborales que ya eran práctica cotidiana. Las distintas modalidades de contratación que contempla la LFT son:

Período de prueba. En las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado o cuando excedan de ciento ochenta días, puede establecerse un período a prueba. Dicho período no puede exceder de 30 días (Art. 39-A). La finalidad es verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar el trabajo encomendado.

El periodo de prueba puede extenderse hasta 180 días cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores técnicas o profesionales especializadas. Si al término del período de prueba el trabajador no acredita los requisitos y conocimientos necesarios para desarrollar sus labores, a juicio del patrón, de la opinión de la Comisión Mixta de Productividad, Capacitación y Adiestramiento (CMPCA), así como a la naturaleza de la categoría o puesto, se dará por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón. Concluido el período de prueba y no habiendo observaciones del empleador sobre el trabajo realizado, el contrato se convierte inmediatamente en un contrato por tiempo indeterminado.

Capacitación inicial. Es aquella por virtud de la cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios subordinados, bajo la dirección y mando del patrón, con el fin de que adquiera conocimientos o habilidades necesarios para la actividad a la que vaya a ser contratado (Art. 39-B). La relación de trabajo para capacitación inicial tiene una duración de tres meses o hasta seis meses, cuando se trate de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento de carácter general o para desempeñar labores que requieran conocimientos profesionales especializados.

Al término de la vigencia establecida si el trabajador no acredita su competencia, a juicio del patrón, y de la opinión de la CMPCA, así como a la naturaleza de la categoría o puesto, se puede dar por terminada la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón. Concluido el periodo de capacitación inicial y subsistiendo la relación de trabajo, ésta se considerará por tiempo indeterminado.

Tanto en la modalidad de prueba como de capacitación inicial, el trabajador tiene garantizadas sus condiciones generales de trabajo y de seguridad social. Se debe hacer por escrito para garantizar la seguridad social del trabajador y sus prestaciones laborales. De no hacerse así, se entiende que la relación de trabajo es por tiempo indeterminado. Así mismo, dentro de una misma empresa o establecimiento, no puede aplicarse al mismo trabajador en forma simultánea o sucesiva periodos de prueba o de capacitación inicial, ni en más de una ocasión, ni tratándose de puestos de trabajo distintos, o de ascensos, aun cuando concluida la relación de trabajo surja otra con el mismo patrón, a efecto de garantizar los derechos de la seguridad social del trabajador.

Labores discontinuas. Las relaciones de trabajo por tiempo indeterminado podrán pactarse para labores discontinuas cuando los servicios requeridos sean para labores fijas y periódicas de carácter discontinuo, en los casos de

actividades de temporada o que no exijan la prestación de servicios toda la semana, el mes o el año. Los trabajadores que presten servicios bajo esta modalidad tienen los mismos derechos y obligaciones que los trabajadores por tiempo indeterminado, en proporción al tiempo trabajado en cada periodo (Art. 39-F).

Por su parte, el artículo 42 referente a la suspensión de los efectos de la relación de trabajo introdujo una nueva fracción para señalar que es causa de suspensión temporal de las obligaciones de prestar el servicio y pagar el salario, sin responsabilidad para el trabajador y el patrón, la conclusión de la temporada en el caso de los trabajadores contratados bajo esta modalidad. Teniendo efectos la suspensión, según lo establecido en la nueva fracción V del artículo 43, desde la fecha de conclusión de la temporada, hasta el inicio de la siguiente.

Subcontratación. El trabajo en régimen de subcontratación es aquél por medio del cual un patrón, denominado contratista, ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas (Art. 15-A).

El trabajo en régimen de subcontratación debe cumplir las siguientes condiciones:

a) No puede abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.

b) Debe justificarse por su carácter especializado.

c) No puede comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

d) El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, debe constar por escrito.

De no cumplirse las anteriores condiciones, el contratante es considerado como patrón para todos los efectos establecidos en la LFT y respecto a las obligaciones en materia de seguridad social.

La empresa contratante debe cerciorarse al momento de celebrar un contrato, que la contratista cuente con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. La empresa contratante debe cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumpla con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última. La empresa contratante puede cumplir su obligación a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada por la ley.

La ley no permite la subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista, con el fin de disminuir derechos laborales. Quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos de la Ley, se le impondrá una multa de 250 a 5.000 veces el salario mínimo general.

Trabajos y regulaciones especiales. En materia de trabajos y regulaciones

especiales, destaca la relativa al trabajo de menores, trabajo doméstico, trabajadores mexicanos en el extranjero, teletrabajo, trabajadores del campo la inclusión de un nuevo trabajo especial, el trabajo en las minas. La redacción del trabajo en minas es imprecisa porque pareciera que sólo se refiere al trabajo en minas de carbón y no a todo tipo de explotación minera, independientemente del mineral de que se trate. Sin embargo, la anterior interpretación limitativa pudiera hacerse extensiva si el legislador consideró a todo tipo de explotación mineral o si el juzgador busca aplicar la norma más favorable a los trabajadores mineros, sin importar el mineral explotado.

En el caso de los trabajadores del campo, además de ampliar el tipo de explotaciones (agrícolas, ganaderas, acuícolas, forestales o mixtas) en las que pueden prestar sus servicios, se especificó que su relación de trabajo puede ser permanente, eventual o estacional (Art. 279). Particularmente, en el caso del trabajador del campo eventual, se señala en un nuevo artículo que es aquél que, sin ser permanente ni estacional, desempeña actividades ocasionales en el medio rural, que pueden ser por obra y tiempo determinado (Art. 279 Bis).

Igualmente define lo que se entiende por un trabajador estacional del campo o jornalero, como aquella persona física que es contratada para laborar en explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales, acuícolas o mixtas, únicamente en determinadas épocas del año, para realizar actividades relacionadas o que van desde la preparación de la tierra, hasta la preparación de los productos para su primera enajenación, ya sea que sean producidos a cielo abierto, en invernadero o de alguna otra manera protegidos, sin que se afecte su estado natural; así como otras de análoga naturaleza agrícola, ganadera, forestal, acuícola o mixta. Se especifica también, que un trabajador estacional del campo o jornalero puede ser contratado por uno o más patrones durante un año, por periodos que en ningún caso pueden ser superiores a veintisiete semanas por cada patrón (Art. 279 Ter).

Además, se señala que no pueden considerarse como trabajadores estacionales del campo, quienes laboran en empresas agrícolas, ganaderas, forestales, acuícolas o mixtas que adquieran productos del campo, para realizar actividades de procesamiento de productos naturales, tales como de: empaque, re-empaque, exposición, venta o de transformación, a través de un proceso que modifique el estado natural de los productos del campo.

Quizás una de las modificaciones más importantes tiene que ver con el tiempo requerido para que un trabajador estacional o eventual del campo se considere como permanente. La antigua redacción del artículo 280 establecía que los trabajadores que tengan una permanencia continua de tres meses o más al servicio de un empleador, tenían a su favor la presunción de ser trabajadores de planta. Ahora la nueva redacción establece que un trabajador estacional o eventual del campo que labore en forma continua por un periodo mayor a veintisiete semanas (prácticamente siete meses) para un patrón, tiene a su favor la presunción de ser trabajador permanente.

III. Modificaciones a las condiciones generales de trabajo

Las modificaciones a las condiciones de trabajo, en la reforma laboral han estado marcadas por:

a) La introducción de la polifuncionalidad del trabajador. Los trabajadores pueden desempeñar labores conexas o complementarias a su labor principal, pudiendo recibir por las mismas la compensación salarial correspondiente.

b. El patrón y el empleador pueden convenir el pago por cada hora de prestación del servicio, sin exceder la jornada máxima legal y se respeten los derechos laborales y de seguridad social. Así mismo, se instituye que cuando se establezca el pago por hora, el ingreso que perciban los trabajadores en ningún caso puede ser inferior al que corresponda a una jornada diaria.

c. Se permite a una trabajadora, previa autorización médica y tomando en cuenta la opinión del patrón y la naturaleza de la actividad desempeñada, transferir hasta cuatro de las seis semanas de descanso previas al parto para después del mismo. Se agrega también el derecho a un descanso de hasta ocho semanas posteriores al parto en caso de que los hijos hayan nacido con un tipo de discapacidad o requieran atención médica hospitalaria, previa presentación del certificado médico correspondiente.

d. Los empleadores tienen la obligación de otorgar un permiso de paternidad de cinco días laborables, con goce de sueldo, a los hombres trabajadores, por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante, tal y como se indicó anteriormente. Igualmente se agrega una fracción II Bis para conceder a las madres trabajadoras un descanso de seis semanas con goce de sueldo, en caso de adopción de un infante, posteriores al día en que lo reciban.

e. En materia de preferencia, antigüedad y ascenso desparece la preferencia escalafonaria, para considerar en las vacantes definitivas, provisionales de más de 30 días y puesto de nueva creación, no sólo a los trabajadores de la categoría inmediata superior, sino por los trabajadores con aquellos con mayor capacitación, con mayor antigüedad, que demuestre mayor aptitud, que acredite mayor productividad y sea apto para el puesto en cuestión.

f. Todo el capítulo II Bis del Título IV, relativo a los derechos y a las obligaciones de los trabajadores y de los empleadores, fue reformado para precisar algunas cuestiones en materia de capacitación e introducir el tema de la productividad.

IV. Disolución de la relación de trabajo

El artículo 47 reformado introduce nuevas causas de rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el empleador: que el trabajador incurra durante sus labores, en faltas de probidad u honradez, en actos de violencia, amagos,

injurias o malos tratamientos en contra de clientes y proveedores del patrón, salvo que medie provocación o que obre en defensa propia; que el trabajador cometa actos inmorales o de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona dentro del establecimiento o lugar de trabajo y, la falta de documentos que exijan las leyes y reglamentos, necesarios para la prestación del servicio cuando sea imputable al trabajador y que exceda de un periodo de dos meses.

Aviso de despido. La antigua redacción del artículo 47 establecía que el aviso de despido debía hacerse del conocimiento del trabajador, y en caso de que éste se negare a recibirlo, el patrón, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la rescisión, debía hacerlo del conocimiento de la Junta respectiva. La nueva redacción dispone que el patrón que despida a un trabajador debe señalar por escrito y con claridad la conducta o conductas que motivan la rescisión, así como la fecha o fechas en que se cometieron. Así mismo, debe entregar el aviso personalmente al trabajador en el momento mismo del despido o bien, comunicarlo a la Junta de Conciliación y Arbitraje competente, dentro de los cinco días hábiles siguientes. Al igual que la antigua ley, establece la obligación del patrón de entregarle a la Junta competente, el último domicilio que tenga registrado del trabajador a fin de que la autoridad le notifique en forma personal.

Al respecto se pudiera entender que mientras el trabajador no reciba la notificación personal de la Junta, no se puede considerar que haya sido despedido. Lo anterior se puede reafirmar con el párrafo agregado al artículo 47, el cual establece que la prescripción para ejercer las acciones derivadas del despido no comienzan a correr sino hasta que el trabajador reciba personalmente el aviso de rescisión. Además se agrega, que la falta de aviso al trabajador personalmente o por conducto de la Junta, implica la separación no justificada y, en consecuencia, la nulidad del despido.

Acciones del trabajador: salarios vencidos e intereses. El artículo 48 conserva las dos acciones que puede ejercer un trabajador en caso de despido injustificado: reinstalación o indemnización de tres meses de salario. En el caso de optar por la indemnización, se especifica que el importe de tres meses de salario debe corresponder a la fecha en la que se realice el último pago.

Así mismo, se establece que si en el juicio correspondiente el patrón no comprueba la causa de la rescisión, el trabajador tiene derecho, además de la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos computados desde la fecha del despido hasta por un período máximo de doce meses (antes de la reforma no había límite para los salarios vencidos). La nueva redacción limita los salarios caídos a un año y en caso de continuar el juicio, se pagará un interés de 2% mensual sobre una base de quince meses, capitalizable al momento del pago. Limitación que se aplica también en aquellos casos en los que el patrón quede eximido de reinstalar a un trabajador, mediante el pago de una indemnización.

La nueva redacción penaliza a los trabajadores al limitar los salarios vencidos, penaliza a los abogados que litigan de mala fe y penaliza a los funcionarios que dilaten de manera irregular los juicios, pero no penaliza el retardo de las Juntas en la resolución de los conflictos de trabajo.

V. Accidentes y enfermedades de trabajo

La LFT agrega un artículo 475 Bis relativo a la responsabilidad del empleador en materia de la seguridad e higiene y de la prevención de los riesgos en el trabajo.

Al respecto, se establece la obligación para los trabajadores de observar las medidas preventivas de seguridad e higiene, que establecen los reglamentos y las normas oficiales, así como las que indiquen los patrones para la prevención de riesgos de trabajo. Destaca también el cambio de la Comisión Consultiva Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo por Comisión Consultiva Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. Además de introducirse el concepto de salud, también se agrega el tema de medio ambiente en el trabajo.

En relación a la indemnización que debe pagar el empleador en caso de muerte del trabajador, ahora se establece que dicha indemnización corresponda a los beneficiarios del trabajador, y debe equivaler a cinco mil días de salario.

VI. Sanciones

En materia de sanciones, destaca el incremento sustancial de los montos de las multas. La imposición de sanciones debe tomar en cuenta varios elementos: el carácter intencional o no de la acción u omisión constitutiva de la infracción; la gravedad de la infracción; los daños que se hubieren producido o puedan producirse; la capacidad económica del infractor; y la reincidencia del infractor. En todos los casos de reincidencia se duplica la multa impuesta.

Cambios en el derecho colectivo

Por Carlos de Buen Unna

Hasta antes de las reformas que entraron en vigor el 1° de diciembre de 2012, la LFT tuvo cambios importantes en el derecho individual y en el procesal, pero las reglas del derecho colectivo se mantuvieron más o menos intactas, con la importante salvedad de la introducción, en octubre de 1980, de un capítulo destinado a los trabajadores de las instituciones públicas de educación superior, con dedicatoria especial a los de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), que limitó los alcances de la negociación colectiva al sustraer de la misma los aspectos académicos y de manera muy especial lo relativo a la permanencia de los profesores e investigadores. Restringió además, la sindicalización al ámbito estrictamente institucional (sindicatos de empresas), impidiendo que los trabajadores de diversas instituciones educativas pudieran afiliarse en un mismo sindicato.

Reglas que han favorecido un modelo de relaciones colectivas muy corrompido, fuertemente controlado por el Estado, con el beneplácito de un sector privado que ha preferido asumir los costos de la corrupción, a los de la libertad y la democracia sindicales. El producto más claro del modelo son los llamados "contratos de protección" o "contratos colectivos de trabajo de

protección patronal", que son instrumentos que simulan convenios colectivos, que suscriben los patrones con personas que cuentan con la representación formal de algunos sindicatos, pero a espaldas de los trabajadores que supuestamente están afiliados a esas organizaciones. Por lo general, estos contratos no hacen otra cosa que plasmar las condiciones mínimas que establece la Ley, como si fueran producto de la negociación entre las partes y tienen como finalidad evitar que los trabajadores recurran a sindicatos verdaderamente representativos. No siempre lo logran, pero el índice de efectividad es sumamente alto, en gran medida por la notable escasez de auténticos líderes sindicales.

Algunos estudios dan cuenta de que probablemente el noventa por ciento de los contratos colectivos de trabajo registrados son, en realidad, contratos de protección, lo que reduce la verdadera negociación colectiva a un ámbito mínimo de empresas, por lo general medianas o grandes, muchas de ellas paraestatales o privatizadas, que concentran la muy escasa negociación real en nuestro país.

El modelo, sin embargo, tiene algunos costos adicionales para los empleadores, y es que las reglas que permiten pactar condiciones de trabajo sin conocimiento de los trabajadores, facilitan la extorsión, por parte de los mismos representantes sindicales, que amenazan estallar una huelga en la empresa o establecimiento, sin tener que demostrar la afiliación de los trabajadores a la organización sindical, en caso de que el patrón no acepte suscribir con ellos un contrato colectivo de trabajo. El "líder" siempre presume que la mayoría de los trabajadores está con él y el patrón, que nunca tiene la certeza de lo contrario, casi siempre acaba pagando alguna cantidad a cambio de que desista del emplazamiento. Sobra decir que en este sucio negocio suelen participar funcionarios de las juntas de conciliación y arbitraje y no en pocas ocasiones, los propios abogados patronales, que con frecuencia llevan un importante porcentaje de lo que su cliente paga al representante sindical, cuando no son ellos mismos los titulares del negocio.

Los mismos patrones que pagan a sus "líderes" para tener y conservar sus contratos de protección, se quejan amargamente de las extorsiones que sufren por parte de tales personajes. Fueron esas quejas las que impulsaron las propuestas que incluyó el Presidente Felipe Calderón Hinojosa en la iniciativa de reformas a la LFT, que derivaron en los cambios de los que aquí damos cuenta.

El tránsito legislativo trajo algunas sorpresas y a final de cuentas, lo que en el derecho colectivo del trabajo fue una propuesta bastante mediocre y claramente favorable a los patrones, acabó registrando ciertos aspectos rescatables que eventualmente podrían favorecer una mayor libertad sindical, aunque en definitiva, los mejores esfuerzos de algunos legisladores para alcanzar una negociación colectiva real y terminar con los contratos de protección, que dieron lugar a un proyecto de artículo 388 Bis que pretendía transparentar el procedimiento para celebrar los contratos colectivos, poniendo la información en conocimiento de los trabajadores antes de su formalización, lamentablemente no llegaron a concretarse, pues si bien fue aprobado ese artículo por la Cámara de Diputados, en la de Senadores se impuso la opacidad demandada por los dirigentes de los grandes sindicatos corporativos y se decidió dejar su discusión para el futuro.

El modelo corporativo se conservó a través del registro de los sindicatos y

sus directivas y la certificación que la autoridad registradora debe expedir, que en la práctica, más allá de las inacabables discusiones jurídicas, es requisito indispensable para su actuación; mediante la clasificación de los sindicatos de los trabajadores, fundamentalmente en organizaciones gremiales, de empresa y de industria, que les impide extender su ámbito de acción por otros rumbos; con el monopolio de la representación de los trabajadores en el ámbito de la empresa o del establecimiento por parte de los sindicatos más representativos, únicos autorizados para llevar a cabo la negociación colectiva; con el depósito obligatorio de los contratos colectivos de trabajo ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, y con los requisitos y candados al derecho de huelga, cuyo ejercicio a menudo se enfrenta a decisiones arbitrarias de las autoridades laborales.

Salvo porque ahora es obligatorio para las autoridades transparentar la información sobre los contratos colectivos y los reglamentos interiores, los instrumentos de la negociación colectiva no cambiaron y tampoco se modificaron las reglas de la huelga.

¿Qué cambió entonces con la reforma de 2012? Como ya lo anticipamos, muy poco, pero dentro de ello vale la pena destacar algunas cosas.

I. Transparencia

Entre lo más rescatable de la reforma está la obligación de transparentar la información sobre los registros sindicales, los contratos colectivos de trabajo y los reglamentos interiores de trabajo.

Por lo que toca al registro de los sindicatos, el nuevo artículo 365 Bis dispone que las autoridades registrales deban hacer pública, "para consulta de cualquier persona", la información actualizada de los registros, expedir copias de los documentos y poner en internet las "versiones públicas" de los estatutos sindicales. Los registros deben contener, entre otros datos, los nombres de los integrantes del comité ejecutivo y su vigencia, el número de socios y, en su caso, la central obrera a la que pertenece el sindicato.

El artículo 391 Bis obliga a las Juntas a hacer pública, "para consulta de cualquier persona", la información de los contratos colectivos de trabajo, a expedir copias de los mismos y a poner en internet "el texto íntegro de las versiones públicas" de dichos contratos, aunque esta última obligación está precedida de un "preferentemente" que prácticamente deja al arbitrio de cada junta su cumplimiento. Por su parte, la fracción XVIII del artículo 132 obliga ahora a los patrones a fijar y difundir el texto íntegro de los contratos colectivos.

En términos semejantes, el artículo 424 Bis impone a las Juntas, la obligación de transparentar la información de los reglamentos interiores de trabajo.

Es importante destacar que durante muchos años, las autoridades registrales, tanto en el ámbito local como en el federal, manejaron la información sobre los estatutos sindicales, los contratos colectivos y los reglamentos interiores de trabajo, como si fuera secreto de Estado, abonando a la opacidad de los sindicatos y a la proliferación de los "contratos de protección", si bien en los años previos a la reforma, algunas autoridades laborales hicieron esfuerzos

por transparentar esta información, sobre todo a partir de la vigencia de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que se publicó el 11 de junio de 2002.

II. Libertad sindical

Se introdujo un nuevo artículo 364 Bis, de carácter dogmático, que dispone que en el registro de los sindicatos, se deben observar "los principios de legalidad, transparencia, certeza, gratuidad, inmediatez, imparcialidad y respeto a la libertad, autonomía, equidad y democracia sindical", lo que parece una confesión de que por lo regular, las autoridades no los respetan. No parece que en la práctica este artículo vaya a tener algún efecto que realmente favorezca el cumplimiento de esos principios.

Un aspecto relevante es la inclusión del voto secreto en las elecciones sindicales. La fracción IX del artículo 371, relativo al contenido de los estatutos, impone la obligación de incluir los procedimientos para elegir a los directivos "salvaguardando el libre ejercicio del voto con las modalidades que acuerde la asamblea general; de votación indirecta y secreta o votación directa y secreta".

Si bien se trata de una reforma plausible y absolutamente necesaria, a nuestro juicio se equivocó el legislador al imponer el voto secreto cuando se trata de votaciones indirectas, que por lo general se llevan a cabo a través de los llamados "delegados", quienes deberían expresar públicamente el sentido del voto que fue previamente definido por sus representados. De otra forma, no se puede saber si el representante cumplió el mandato.

La tardía decisión de imponer el voto secreto tiene como antecedente una jurisprudencia de 2008 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que resolvió que cuando dos sindicatos contienden por la representación mayoritaria de los trabajadores en una empresa, a falta de disposición en la LFT, el "recuento" debe hacerse mediante votación personal, libre, secreta y directa[1]. Antes de esa jurisprudencia, lo habitual era que esas votaciones se hicieran de manera abierta, ya fuese en la junta de conciliación y arbitraje o en el domicilio de la empresa, exigiendo a los trabajadores que se pronunciaran en favor del sindicato de su preferencia ante los funcionarios de la junta y los representantes de la empresa y de los sindicatos contendientes, haciendo constar en actas el sentido de su voto y requiriéndolos incluso para que las firmaran, lo que propiciaba todo tipo de amenazas y represalias que favorecían indefectiblemente a los sindicatos que responden a los intereses patronales y gubernamentales.

El anterior artículo 373 se concretaba a obligar a la directiva de los sindicatos a rendir a la asamblea, cada seis meses, "cuenta completa y detallada de la administración del patrimonio sindical". El nuevo reitera esa obligación y agrega que la rendición de cuentas debe incluir la situación de los ingresos por cuotas

[1] Se trata de la jurisprudencia de rubro: "RECUENTO PARA DETERMINAR LA TITULARIDAD DEL CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 931 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO. LAS JUNTAS DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DEBEN ORDENAR Y GARANTIZAR QUE EN SU DESAHOGO LOS TRABAJADORES EMITAN VOTO PERSONAL, LIBRE, DIRECTO Y SECRETO" (Jurisprudencia por unificación de la Segunda Sala de la SCJN: 2a./J. 150/2008, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, octubre de 2008, pág. 451, reg. 168569).

sindicales y otros bienes, así como su destino; que cualquier trabajador puede solicitar a la directiva que le informe sobre la administración del patrimonio sindical y que si no hay procedimientos internos para exigir la información o si son insuficientes, pueda acudir a las Juntas. Por su parte, la fracción XIII del artículo 371, que trata del contenido de los estatutos sindicales, obliga a "establecer instancias y procedimientos internos que aseguren la resolución de controversias entre los agremiados, con motivo de la gestión de los fondos sindicales".

Interesa comentar que dos años antes de la reforma laboral, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la información sobre las cuotas sindicales no es información pública y que los sindicatos no tienen por qué darla a conocer a terceros[2].

III. Suspensión colectiva de las relaciones de trabajo

La experiencia traumática de la crisis que sufrió México con motivo de la pandemia de la influenza H1N1 en el año 2009, en que muchas empresas tuvieron que suspender labores, provocó que en la reforma de 2012 se incluyera la contingencia sanitaria, declarada por la autoridad, como causa de suspensión temporal de las relaciones de trabajo (fracción VII del artículo 427), sin necesidad de que la Junta tenga que aprobarla o autorizarla (fracción IV del artículo 429) como ocurre con las demás causales de suspensión. Se estableció también una indemnización especial de un día de salario mínimo general por cada día de suspensión, sin exceder de un mes, con lo que la mayor parte de la carga económica se trasladó de las empresas a los trabajadores, aún más si se toma en cuenta que el salario mínimo en México es verdaderamente miserable.

Cambios en las instituciones y el Derecho Procesal

Por Carlos Reynoso-Castillo

La reciente reforma laboral en México tuvo una serie de objetivos, muchos de los cuales tenían que ver con tratar de eliminar problemas que estaban inhibiendo el empleo en el país, según se señaló en reiteradas ocasiones durante el proceso de discusión ante el Congreso de la Unión. En más de una ocasión se dijo también que el mercado de trabajo mexicano requería, de acuerdo con los tiempos, una serie de ajustes en su regulación, con la finalidad de tener una mayor facilidad para abatir el desempleo y atender a los recién llegados al mercado de trabajo.

Si bien es cierto buena parte de los debates expuestos en los medios de comunicación, tenían que ver con aspectos de carácter sustantivo, la idea fue trascender esos aspectos y tocar temas de carácter adjetivo. En este último caso, los argumentos que justificaban cualquier cambio en materia procesal, fueron los mismos que de manera recurrente se señalan en muchos países latinoamericanos,

[2] Se trata de la jurisprudencia de rubro: "INFORMACIÓN PÚBLICA. EL MONTO ANUAL DE LAS CUOTAS SINDICALES DE LOS TRABAJADORES DE PETRÓLEOS MEXICANOS NO CONSTITUYE UN DATO QUE DEBA DARSE A CONOCER A LOS TERCEROS QUE LO SOLICITEN" (Jurisprudencia por unificación de la Segunda Sala de la SCJN: 2a./J. 118/2010, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXII, agosto de 2010, pág. 438, reg. 164033).

a saber, procedimientos costosos, lentitud en los trámites, afectación de una o ambas partes de la relación laboral, ya sea en una parte o en todo el proceso, instituciones que imparten justicia laboral con vicios de diferente naturaleza, etc.

Frente a esas consideraciones, la reforma laboral mexicana no fue la excepción, y también se abordaron diversos aspectos importantes en el campo del Derecho Procesal del Trabajo.

Cabe señalar que si bien los pilares de las instituciones encargadas de impartir justicia en México, así como los procedimientos que se sigan ante las mismas, no sufrieron grandes alteraciones estructurales, es de destacar que se hicieron algunas modificaciones que podemos identificar en tres grandes rubros, a saber; los cambios en las instituciones de justicia laboral, los cambios en los procedimientos y, finalmente, los cambios en materia de sanciones por incumplimiento de las normas de trabajo.

I. Modificaciones a las instituciones

Una de las preocupaciones que de manera recurrente se identificó como inspiradora de las modificaciones a las instituciones de justicia laboral, fue el señalamiento que se trata de espacios cuya organización no es precisamente la más adecuada, pero sobre todo de que no hay mecanismos de profesionalización que garanticen procedimientos ágiles, expeditos y de mejoría constante de su personal. Ésta parece haber sido una de las motivaciones que llevaron al legislador mexicano a adoptar la creación de un "Servicio profesional de carrera", con la finalidad de precisar de manera clara algunos requisitos para formar parte del personal profesional que los integra, así como la creación del servicio público de conciliación y con él, la creación a su vez de la figura del funcionario conciliador.

En el caso del servicio profesional de carrera, la nueva ley incorporó la idea de que las Juntas de Conciliación y Arbitraje adopten un marco normativo para regular de manera clara y objetiva lo relativo a la estabilidad en el empleo de sus servidores públicos por medio de reglas en temas concretos como el ingreso, la promoción, la permanencia, la evaluación de desempeño, separación y retiro de sus servidores públicos.

Por su parte, en lo relativo a los requisitos para formar parte del personal miembro de las autoridades del trabajo, la idea del legislador mexicano fue la de tratar de elevar la calidad y formación de las personas que formen parte de estas instancias, elevando de esta manera el nivel de escolaridad requerido para ser, por ejemplo, inspector del trabajo, ahora se requiere haber terminado el bachillerato o equivalente; en el caso de un Presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, aparte de contar con el título de abogado o licenciado en derecho, debe tener experiencia y estudios en materia laboral y seguridad social; estas ideas se replican también en otros funcionarios como el personal de esos tribunales como son los actuarios, secretarios, funcionarios conciliadores, auxiliares, secretarios auxiliares, secretarios generales y presidentes de junta especial.

En cuanto a la creación del servicio público de conciliación, se trata de un intento del legislador por fortalecer la tarea conciliatoria en los procedimientos

laborales, para tal fin dicho servicio se prestará por medio de servidores públicos que estén especializados en materia de conciliación denominados "funcionarios conciliadores", los cuales deberán satisfacer ciertos requisitos como son tener por lo menos dos años de ejercicio profesional en materia laboral y "haberse capacitado en materia de conciliación".

Así mismo, en materia de fortalecimiento de las instituciones, hay que señalar que se intentó profesionalizar otras instituciones laborales como las procuradurías de la defensa del trabajo que, hay que recordar, en el modelo mexicano de relaciones laborales, tienen la función genérica de representar y asesorar a los trabajadores y a sus sindicatos cuando así lo soliciten, ante cualquier autoridad en materia laboral. En este caso, se han aumentado los requisitos de escolaridad para el personal jurídico con la finalidad de profesionalizar también los servicios que se ofrecen.

En una situación similar a la de las procuradurías, está el Servicio Nacional del Empleo con diversas facultades relacionadas al tema de la promoción del empleo, para lo cual se encarga de estudiar y promover la operación de políticas públicas que apoyen la generación de empleos, así como promover mecanismos de colocación de los trabajadores, entre otras tareas.

La reforma laboral intentó precisar de mejor manera sus facultades en temas concretos como la promoción de empleo, la colocación de trabajadores, en materia de capacitación y adiestramiento, en materia de vinculación de la formación laboral con los sectores productivos; de igual manera, se profundiza el tema de normalización y certificación de las competencias laborales, en coordinación con otras áreas del gobierno como la educativa, con la finalidad de que a los trabajadores no sólo les sean reconocidas sus habilidades y conocimientos adquiridos en el trabajo, sino como elemento de movilidad laboral.

En materia de Inspección del trabajo, las novedades legislativas son importantes aunque menores a las expectativas que algunos esperaban. Hay que recordar que la Inspección del trabajo, en un sistema de relaciones laborales, juega un papel destacado como mecanismo de control de la aplicación y eficacia de las normas laborales; en ese sentido, cualquier medida tendiente a mejorar la inspección en el mundo del trabajo es bienvenida sobre todo en casos que, como el mexicano, existe un alto grado de incumplimiento de las normas laborales. Por ahora los cambios se centraron sólo en algunos puntos no despreciables, tales como la ampliación de facultades de los inspectores para que, en situaciones excepcionales, puedan limitar el acceso u operación de áreas de riesgo en los centros de trabajo; así mismo, se ampliaron y aumentaron los requisitos para ser inspector del trabajo.

II. Modificaciones a los procedimientos

En materia de procedimientos la nueva LFT ha incorporado diferentes novedades, entre las más importantes están las siguientes:

Los abogados o asesores legales de las partes deben cumplir el requisito de contar con estudios universitarios y la cédula correspondiente que los autoriza

para ejercer como profesionistas. Esta novedad, tiene lejanos antecedentes en cuanto a su reclamo, ya que había sido solicitada por muchos profesionistas desde hace muchos años, y viene a fortalecer la profesionalización del sector de abogados dedicados al ejercicio del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. En materia de competencia profesional abona hacia la construcción de un mercado de servicios profesionales jurídico cada vez más estricto.

Una mención aparte merece la incorporación a la ley de un apartado relativo a los "conflictos individuales de seguridad social" los cuales, según la ley, son aquellos en los que se reclaman prestaciones derivados de seguros del régimen obligatorio del Seguro Social (Instituto Mexicano del Seguro Social), prestaciones en materia de vivienda (Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores), o bien de las administradoras de fondos para el retiro, así como prestaciones que en esta materia estén incluidas en los contratos colectivos. Se trata de la atención de un añejo reclamo de amplios sectores del trabajo, para contar con mecanismos de solución de conflictos propios de la seguridad social, dada la naturaleza particular que presenta este tipo de litigios. Cabe anotar, que en muchos de estos casos son las pruebas periciales las que constituyen la base objetiva de una resolución; para ello se avanza en un sistema de institucionalización de los peritos en estos temas, de tal manera que los peritos médicos, dice la ley, que intervengan en conflictos en donde la calificación y valuación de riesgos de trabajo y enfermedades generales, deben estar inscritos en el registro que lleva la misma Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, previo cumplimento de ciertos requisitos.

Hay que recordar que desde sus orígenes se consideró al Derecho del Trabajo y con él, al Derecho Procesal del Trabajo, como un intento de alejamiento del derecho común, ya que al reivindicar su carácter social y protector de los trabajadores, aparecía como algo normal que las normas sustantivas y adjetivas reconocieran las diferencias entre los actores en los procesos productivos. Esta premisa sería plasmada en el procedimiento laboral, tratando de ofrecer al trabajador apoyos y ventajas inconcebibles en el derecho civil y mercantil. Una de esas consideraciones tenía que ver con el hecho de tratar de hacer ágiles y expeditos los procedimientos laborales, entre otras razones por los intereses que estaban en juego, por un lado la actividad económica, y la subsistencia del trabajador y su familia por el otro.

Esto explica en alguna medida cómo los legisladores tratarían de diseñar procedimientos laborales alejados del formalismo civilista para responder rápidamente a los reclamos de los trabajadores y empleadores, de ahí que mecanismos de solución de conflictos como el arbitraje, la mediación y la conciliación encontrarán un terreno fértil para incorporarse al mundo del trabajo.

Estas consideraciones vienen al caso porque el legislador mexicano pareciera haber retomado estas ideas para tratar de recuperar y fortalecer la conciliación como mecanismo importante en la solución de los conflictos obrero- patronales, por lo menos en las motivaciones expresadas con motivo de algunos cambios al procedimiento laboral.

En efecto, hoy si bien el procedimiento se inicia con la presentación del

escrito de demanda, se plantea la celebración de una audiencia inicial que tiene varias etapas: a saber conciliación, demanda y excepciones.

Esta forma de ver el inicio del procedimiento ordinario ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje es importante ya que, antes de la reforma, esta audiencia inicial contenía otras etapas importantes como el ofrecimiento y la admisión de las pruebas, lo cual ahora se lleva a cabo en otro momento. La intención fue entonces tratar de fortalecer la conciliación, tratando de darle un contenido más preciso a la misma. En ese sentido, la nueva ley incluye una descripción más puntual de cómo se llevará a cabo esta etapa inicial de la conciliación, indicando que a la misma las partes habrán de comparecer de manera personal, aunque podrán ser asistidas por sus abogados; así mismo la Junta por medio del funcionario conciliador o del personal jurídico de la misma, intervendrá para la celebración de pláticas entre las partes y las exhortará para que procuren llegar a un arreglo conciliatorio; así mismo, dice la ley, les propondrá opciones de solución justas y equitativas que sean adecuadas para dar por terminada la controversia. Se fomenta la posibilidad de que se llegue a un acuerdo conciliatorio, hasta antes de que se cierre la instrucción, indicando que esta actividad conciliatoria la llevará a cabo la Junta por medio de sus funcionarios sin que con ello se entorpezca el desarrollo del procedimiento.

Como puede advertirse este intento de fortalecimiento de la conciliación, que más se parece a la mediación, ayuda a que revaloraren materia laboral estas modalidades de solución de conflicto; sin embargo, la no comparecencia de las partes a la etapa conciliatoria, o su comparecencia sin logar un arreglo sin explicación alguna, dejan aun endeble esta posibilidad loable de encontrar soluciones.

III. Modificaciones en materia de pruebas

En materia probatoria, hay algunas precisiones en lo relativo a las cargas probatorias; así por ejemplo, el patrón tendrá la obligación de probar aspectos como la terminación de la relación o contrato de trabajo por tiempo determinado, el pago de días de descanso y obligatorios, la incorporación al Instituto Mexicano del Seguro Social, entre otros. El hecho de que el empleador no conserve estos documentos, por alguna causa de fuerza mayor o caso fortuito, no lo releva de la obligación de probar su dicho por otros medios. En este tema la nueva ley quiso atender algunos problemas que de manera recurrente se presentan en la práctica, como por ejemplo señalando que los comprobantes de pago de la participación de utilidades, de las vacaciones, de ser solicitados deberán, no solo conservarse sino exhibirse en juicio.

En materia de pruebas en particular cabe anotar algunas novedades, por ejemplo en la prueba confesional cada parte podrá solicitar que se cite a su contraparte para absolver posiciones, y en el caso de personas morales, la confesional puede desahogarse por conducto de representante legal o apoderado con facultades para tal fin; en el caso de los sindicatos, esta tarea la podrán llevar a cabo por conducto de su secretario general o integrante de la representación que sus estatutos señalen, o bien por medio de apoderado con facultades.

En materia de prueba testimonial, el legislador hizo algunas puntualizaciones.

en lo relativo a la admisión así como el desahogo de la prueba, como poder ofrecer un máximo de cinco testigos por cada hecho, ciertas reglas para cuando el testigo radique fuera del lugar de residencia de la Junta, o cuando el testigo sea un servidor público.

En materia de pruebas periciales algunas novedades son importantes de señalar, por ejemplo los peritos deben estar autorizados y para tal efecto la ley, en sus artículos transitorios, señaló que en materia federal la Junta establecería un registro de médicos en materia de medicina del trabajo con el apoyo de las instituciones públicas de salud.

Así mismo, es de destacar el intento del legislador mexicano de actualizar los medios probatorios con los tiempos que se viven, en ese sentido, se señala hoy que son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho y en especial –esta es la novedad–, las fotografías, cintas cinematográficas, registros dactiloscópicos, grabaciones de audio y de video, o las distintas tecnologías de la información y la comunicación, tales como sistemas informáticos, medios electrónicos ópticos, fax, correo electrónico, documentos digitales, firma electrónica o contraseña y, en general, medios aportados por los descubrimientos de la ciencia.

IV. Modificaciones en sanciones

En el tema de las sanciones por el incumplimiento de las normas de trabajo, el legislador mexicano incorporó modificaciones a la ley laboral, básicamente en dos sentidos: por un lado se intenta inhibir el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las empresas y patrones, aumentando de manera sustancial los montos de las mismas sanciones; y por otra parte se incorpora una propuesta de criterios que permitan valorar y calcular de mejor manera dichas sanciones.

Por lo que toca al aumento de las sanciones, los montos sancionatorios son diversos en función de la conducta en que se haya incurrido, así tenemos, por ejemplo, que la sanción será de 250 a 5.000 veces el salario mínimo general[3] en caso de incumplimiento de normas como las relativas a la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, al patrón que no observe en las instalaciones de su establecimiento las normas de seguridad e higiene o las demás obligaciones en materia de riesgos de trabajo; la misma sanción económica aplicará para el incumplimiento de las normas protectoras del trabajo de mujeres y menores o no proporcionar capacitación en los términos de ley. En el caso concreto de los menores la ley señala que cuando se detecte trabajando un menor de 14 años fuera del "círculo familiar" (parientes del menor, por consanguinidad, ascendientes o colaterales, hasta el segundo grado), aparte de ordenar el cese inmediato de sus labores y en adición a la sanción pecuniaria, al patrón podrá castigársele con prisión de uno a cuatro años de prisión. Una sanción menor, de 50 a 250 veces el salario mínimo se aplicará en los casos, por ejemplo, de incumplimiento de normas sobre duración máxima de la jornada de trabajo, descanso semanal, vacaciones.

[3] Un salario mínimo en el año 2015 es de aproximadamente cinco dólares.

La ley precisa algunas sanciones específicas para grupos de trabajadores especiales, tales como los trabajadores de buques, del campo y a domicilio. Así por ejemplo, en el caso de los armadores, navieros o fletadores habrá sanciones económicas si, por ejemplo, no proporcionan una alimentación sana, abundante y nutritiva, o bien si no repatrian o trasladan al lugar convenido a los trabajadores. De igual manera en el caso de los trabajadores del campo y de trabajo a domicilio, los patrones podrán ser sancionados si no respetan las normas especiales que les son aplicables, por ejemplo en el tema de proporcionar agua potable y servicios sanitarios durante la jornada de trabajo, en el primer caso, o no hacer constar las condiciones de trabajo por escrito en el segundo caso. La ley agrega una lista poco sistemática de situaciones concretas ante las cuales establece sanciones particulares en temas como protección al trabajo doméstico, jornadas y descansos de los trabajadores, no respeto de los reglamentos interiores de trabajo, impedir el trabajo de la inspección del trabajo, etc. Otra de las novedades en materia de sanciones en la que se podrá imponer a quienes utilicen esquemas de subcontratación de personal en forma dolosa, la cual define la ley como aquella situación en donde se transfieren de manera deliberada trabajadores de una contratante a una subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales.

Por otra parte, por lo que se refiere a la incorporación de una propuesta de criterios que permitan valorar y calcular de mejor manera las sanciones, la nueva ley establece que para la imposición de las sanciones, se tomarán en cuenta varios elementos como son: el carácter intencional o no de la acción u omisión que constituya la infracción, la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, o si se trata de una reincidencia del infractor (en este último caso, se podrá duplicar la multa). Como puede verse se trata de elementos con apoyo en los cuales se podrá sancionar de una manera más conveniente y razonada a un empleador infractor; sin embargo, se trata de moduladores que tienen un alto grado de ambigüedad cuyo uso y abuso pudieran limitar el factor inhibitorio que tienen las sanciones en materia laboral.

Una reflexión final sobre los cambios que en materia procesal laboral se llevaron a cabo permite afirmar que si bien desde hace muchos años diversos sectores de la sociedad, y en particular de los actores relacionados con el mundo del trabajo, demandaban una reforma laboral en México, por lo cual se había creado una gran expectativa en ese sentido; ahora una vez que dichos cambios se han dado y las modificaciones están vigentes, se podría decir que las modificaciones no necesariamente han estado a la altura de aquellos anhelos expresados. Una situación que por lo menos en parte explica este desencanto, es el hecho de que en algunos estados de la República, se ha intentado avanzar con mayor velocidad en el impulso de mecanismos que buscan eficientar los procedimientos ante los tribunales laborales, tratando de profundizar en la oralidad y la conciliación para la resolución más expedita de los litigios.

De igual manera a pesar de los pocos años de su puesta en vigor, estas modificaciones distan mucho de haber cumplido los reclamos que los diferentes actores, tanto políticos como aquellos actores del mundo del trabajo, anunciaban o esperaban como efectos de los cambios. En el caso concreto de los procedimientos laborales ante los tribunales competentes, pareciera que esos

cambios podrán verse dentro de un periodo de tiempo más amplio, ya que por ahora es un poco prematuro sacar conclusiones definitivas, en atención a que muchas de las modificaciones tienen que ver con cambios institucionales o procedimientos en donde solo con el tiempo se podrán valorar en su justa dimensión. Como quiera que sea, el escepticismo pareciera ser por el momento el sentimiento compartido de buena parte de la sociedad mexicana sobre la conveniencia, beneficios y utilidad de estas modificaciones.

Los cambios y tendencias en el Derecho del Trabajo y en la seguridad social en Panamá en el Siglo XXI

Rolando MURGAS-TORRAZZA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Panamá. Miembro de Número y Ex Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

1. Consideraciones previas

A partir del año 2000 se observan en Panamá tendencias encontradas, que identifican, a su vez, caracterizaciones diferenciadas, aun dentro de períodos coincidentes.

Lo ocurrido en las décadas precedentes, con sus expresiones de medidas de flexibilización, crisis políticas y económicas, confrontación con los Estados Unidos de América, invasión por dicho país y recuperación del Canal y de la totalidad del territorio ocupado, se hace sentir en lo que va del presente siglo. A ello se suma el peso de la globalización, la adhesión a las reglas de la OMC, la apertura del mercado y la negociación de tratados de libre comercio, el más importante de los cuales se celebra con los Estados Unidos de América, bajo la denominación de Tratado de Promoción Comercial (TPC).

La recepción por Panamá no solo del Canal, sino también del ferrocarril transístmico, las áreas portuarias en ambos extremos del Canal y de infraestructuras valoradas en miles de millones de dólares, antes destinadas a uso militar norteamericano, planteó la coyuntura de rápida utilización económica de todo ese patrimonio nacional. El ferrocarril y los puertos terminales de Balboa y Cristóbal, fueron privatizados en la década anterior. Las otras áreas portuarias, las viviendas y las instalaciones utilizadas en las bases militares, se abrió a la inversión privada.

El Canal permanece bajo propiedad y administración pública, con un régimen constitucional y legal especial.

2. Los regímenes especiales de inferior protección laboral

En el siglo XXI se da continuidad, profundizándola, a una política dirigida al establecimiento de regímenes especiales de trabajo, con condiciones inferiores a las del resto de los trabajadores. Más que atender las particularidades de ciertas actividades (al menos como consideración principal), se trata de promover la inversión sobre la base de hacer más competitivo el país para la inversión

extranjera en esas actividades, con la existencia de inferiores costos laborales. Es decir, la disminución de los beneficios de los trabajadores en determinados sectores de inversión, es uno de los factores de competitividad[1].

Más que una expresión de flexibilización laboral, salvo en algunas normas, es una suerte de reducción de la protección laboral como elemento de competitividad, en unos casos moderado y en otros de mayor intensidad. Este modelo se desarrolla paralelo a la conservación para el resto de los trabajadores de los beneficios del Código de Trabajo y sus normas complementarias, salvo los intentos fallidos de su afectación.

Con la ley 25 de 1992, para las Zonas Procesadoras para la Exportación, se había marcado el inicio de esta política, con un régimen laboral especial que tuvo que ser atemperado por el Decreto Ley 3 de 1997.

Se extiende con el régimen especial para el trabajo en el mar y en las vías navegables, que por su reciente replanteamiento legislativo, tratamos por separado.

2.1 Régimen laboral especial para el trabajo en el mar y en las vías navegables

Este régimen especial es expresión de nuestro sistema de *registro abierto* (llamado por sus críticos internacionales como de *bandera de conveniencia).* Parte del atractivo del abanderamiento ha sido el de un régimen laboral de protección disminuida. Ha sido desde los años cincuenta, situación que se atempera con el Código de Trabajo de 1972.

En el año 1997 se aprueba sorpresivamente, el día siguiente a las festividades de Carnaval, mediante facultades extraordinarias otorgadas por la Asamblea al Órgano Legislativo, el Decreto Ley N° 8, de 26 de febrero de 1998, que regula cuasi integralmente el trabajo en el mar y en las vías navegables. Lo hace mediante un régimen injusto y discriminatorio, que ya no se limita, como había ocurrido hasta entonces, a las naves de servicio internacional, sino que regula también el trabajo en las naves de pesca nacional y las de cabotaje. En estos dos últimos casos despoja a los trabajadores de derechos que les otorgaba el Código de Trabajo, como era la prima de antigüedad, además de eliminar para todos el pago del XIII mes y la obligatoriedad de la negociación colectiva. En general contiene, un régimen altamente discriminatorio.

Con la ratificación del Convenio Marítimo de 2006 de la OIT, mediante Ley 2 de 6 de enero de 2009, se abre un nuevo escenario, que supone la aceptación por Panamá de mínimos de protección para los trabajadores del mar y las vías navegables, así como de grandes responsabilidades de fiscalización. Sin embargo, esto fue aprovechado para reducir beneficios a un sector de esos trabajadores y ratificar el régimen discriminatorio del Decreto Ley 8 de 1998, si

[1] Como se expresa en el texto superior, las diferenciaciones no se hacen atendiendo particularidades de la actividad y ni siquiera las posibilidades de capacidad económica de las empresas, todas ellas de alta rentabilidad. El fundamento de esta política es diverso al de otros regímenes especiales, como los incluidos en el propio Código de Trabajo, en la legislación especial para la construcción adoptada poco después, en algunas medidas a favor de la pequeña empresa en la legislación flexibilizadora de los ochenta, ya mencionadas, así como en las diferenciaciones para las mismas en los salarios mínimos.

se compara con los beneficios que tiene el resto de los trabajadores en Panamá, incluidos los de la pequeña empresa.

En efecto, primero se aprueba una "reglamentación" del Convenio, mediante Decreto Ejecutivo N° 86 de 22 de febrero de 2013, que deja los beneficios en los mínimos del mismo; y luego se adopta la Ley 41 de 14 de junio de 2013, que reforma el artículo 1° del Decreto Ley 8 de 1998, relativo a su ámbito de aplicación. En estas condiciones, los trabajadores de naves de servicio internacional (comercio y transporte) se rigen por la llamada *reglamentación* del Convenio Marítimo de 2006, mientras que los de naves de servicio interior y los de pesca de servicio internacional e interior, lo hacen por el nefasto Decreto Ley 8 de 1998. Todo ello en una situación de ambigüedad normativa, a la medida de los intereses de los armadores.

2.2 Régimen especial para las zonas francas

El régimen laboral vigente, incorporado en la Ley 32 de 5 de abril de 2011, es el resultado de una política que se inicia con la ley 25 de 1992, que contenía normas laborales especiales. Posteriormente, se reforma y adiciona por el Decreto Ley 1 de 11 de enero de1992, que incorporó normas gravemente atentatorias del derecho de huelga y del de negociación colectiva. Las protestas sindicales provocaron que con el Decreto Ley 2 de 26 de febrero de 1996 se derogara y modificara parte de su normativa. Al año siguiente, el Decreto Ley 3 de 7 de enero de 1997, que sustituyó las reformas antes mencionadas, atemperó el rigor de la normativa.

A raíz de las observaciones de la OIT y de su influencia en la posición de los sindicatos y el gobierno de Estados Unidos, al negociar con Panamá el Tratado de Promoción Comercial, con la Ley 32 de 5 de abril de 2011, que incorpora un régimen laboral para las zonas francas, se deroga la legislación antes mencionada y el nuevo régimen laboral especial elimina las objetadas limitaciones al derecho de huelga y de negociación colectiva. El régimen adoptado contiene normas especiales sobre aprobación de reglamentos internos de trabajo; poder al empleador para hacer rotaciones de tareas; el empleador puede reconocer pagos adicionales mediante participación en las utilidades, primas de producción, incentivos por rendimiento, donaciones u otros, hasta un 50% del salario básico, los cuales no están sujetos a las cotizaciones del seguro social; la totalidad de las primas de producción, bonificaciones y gratificaciones no se consideran salario para efectos de las cotizaciones al Seguro Social; las fluctuaciones en los mercados es una causal especial de despido justificado, con pago de indemnización; el empleador decide con antelación la fecha de las vacaciones y puede fijar vacaciones colectivas; poder al empleador para fraccionar unilateralmente las vacaciones en dos períodos iguales; el descanso semanal puede pactarse en cualquier día de la semana; no remuneración con recargo del trabajo en domingo si el mismo es una jornada ordinaria; recargo único de 25% por el trabajo en horas extraordinarias; contratación de extranjeros.

2.3 Régimen laboral especial para los Centros de Llamadas (Call Centers)

Con la ley 54 de 2001, en su artículo 2, se permitía que los centros de

llamadas internacionales y los de llamadas comerciales, se acogieran al régimen especial establecido para las Zonas Procesadoras para la Exportación en la Ley 25 de 1992 y sus reformas, descrito en el punto anterior. La Ley 32 de 5 de abril de 2011, que derogó la Ley 25 de 1992, también derogó la Ley 54 de 2001 y permite en su artículo 67 extender su régimen especial a los Centros de Llamadas.

2.4 Régimen laboral especial para jóvenes de primer empleo

Se establece para jóvenes entre 18 y 25 años que no hayan cotizado al Seguro Social. En lo fundamental se da un favorecimiento de la contratación por tiempo definido y se otorgan ventajas fiscales a las empresas.

2.5 Régimen laboral especial para los trabajadores de la Zona Económica Especial Panamá Pacífico

Este régimen especial se establece para las empresas instaladas en la Zona Económica Especial Panamá Pacífico, que opera en lo que fue una de las bases militares aéreas más importantes de los Estados Unidos de América (HOWARD). Son empresas de un nivel muy superior a las maquiladoras.

Con la Ley 41 de 20 de julio de 2004, se incluye un régimen laboral especial, con normas diferenciadas en materia de jornada (debe tratarse de **trabajo efectivo** o **disponibilidad en el sitio de trabajo** dentro de la jornada); posibilidad de pactar turnos rotativos; obligatoriedad de trabajo extraordinario si no llega el relevo, hasta lo necesario para su sustitución; descanso semanal en cualquier día de la semana; no pago de recargo por trabajo en domingo, si se trata de jornada ordinaria de trabajo; recargo único de 25% para las horas extraordinarias; posibilidad de pactar en la convención colectiva vacaciones colectivas; poder al empleador para efectuar rotaciones en las tareas; ampliación de las causales económicas de despido, con pago de indemnización; posibilidad de incorporar en la convención colectiva reglamentos de evaluación y productividad; contratación de extranjeros; conciliación y mediación; administración e inspección de trabajo.

2.6 Régimen laboral especial para los trabajadores en sedes de empresas multinacionales

Se establece en la Ley 41 de 24 de agosto de 2007, reglamentada por el Decreto Ejecutivo 28 de 2009. Posteriormente fue reformada por la Ley 45 de 2012. En realidad no hay un régimen laboral especial, sino uno de carácter migratorio para la contratación de trabajadores extranjeros.

2.7 Régimen laboral especial para los trabajadores en el Área Económica Especial de Barú y Zona Franca de Barú

Con la Ley 19 de 4 de marzo de 2001 se crea un Régimen Fiscal y Aduanero en la Zona Franca Turística y de apoyo Logístico Multimodal de Barú. En su artículo 23 se crea una Zona Procesadora para la Exportación, con el régimen de la Ley 25 de 1992, antes explicado, lo que incluía las normas laborales especiales.

La Ley 29 de 8 de junio de 2010 crea un Régimen Especial para el establecimiento y operación del Área Económica Especial de Barú.

El área de Barú fue abandonada por la transnacional bananera y fracasó el intento de manejo de las plantaciones por una cooperativa de trabajadores.

Se estableció en la Ley 29 de 2010 un régimen laboral especial que incluía: funcionamiento las 24 horas; trabajo por turnos rotativos; descanso semanal en cualquier día de la semana; no pago con recargo por el trabajo dominical si el mismo es parte de la jornada ordinaria; no aplicación de las limitaciones del Código de trabajo para la limitación de contratos temporales sucesivos; 40% de recargo para las horas extraordinarias; no obligación para las empresas de negociar convenciones colectivas de trabajo dentro de sus **seis primeros años de operaciones**. La Ley 30 de 5 de abril de 2011 derogó los artículo 7 y 17 de la Ley 29 de 2010, sobre no obligatoriedad de celebrar convenciones colectivas y no vigencia de las limitaciones a la contratación temporal, respectivamente. Esta derogatoria es parte de los compromisos negociados para la celebración del TPC con los Estados Unidos de América.

La Ley 32 de 5 de abril de 2011 reforma la denominación del título del Capítulo IV de la Ley 19 de 2001, así como el artículo 23 de la misma Ley para que hagan referencia a *Zona Franca*. Dispone en la nueva versión del artículo 23 que sea posible a la Zona Franca de Barú el régimen integrado para las Zonas Francas de dicha Ley 32, lo cual supone el de las normas laborales especiales.

La Ley 120 de 30 de diciembre de 2013, modifica el artículo 27 de la Ley 19 de 2001, pero sin efectos laborales.

2.8 Régimen laboral especial para los trabajadores de la industria cinematográfica y audiovisual

Con la Ley 36 de 19 de junio de 2007 se adoptan incentivos para la industria cinematográfica y audiovisual, que incluyó normas especiales sobre contratación de extranjeros. Esta ley fue derogada por la Ley 16 de 27 de abril de 2012, que estableció un nuevo régimen, que en su parte laboral contiene normas sobre la contratación de extranjeros y dispone que la contratación de trabajadores nacionales se regirá por el régimen especial del Código de Trabajo relativo a artistas, actores, músicos y locutores, así como en lo dispuesto en la propia ley y en su reglamentación.

3. Normas de clara desprotección

A continuación explicamos una tendencia, a veces frustrada y otras consolidada, para en algunos temas afectar los niveles de protección de los trabajadores en general.

3.1 Pago parcial de la remuneración con vales de alimentación

Con la Ley 59 de 7 de agosto de 2003, aprobada sorpresivamente y sin

debate o conocimiento público, se adopta un infame y vergonzoso sistema de pago de parte del salario mediante vales de alimentación, dentro de un denominado Programa de Alimentación de los Trabajadores. Se aplica tanto a las empresas privadas como a instituciones públicas.

Los vales en cuestión eran inicialmente redimibles para adquirir comidas balanceadas durante las jornadas de trabajo en comedores de las instituciones o en empresas afiliadas al sistema, en el lugar de trabajo o en sus inmediaciones; restaurantes con el respectivo convenio; supermercados, mini supermercados o hipermercados en artículos de la canasta básica familiar de alimentos ampliada. La Ley 60 de 23 de octubre de 2009 lo extendió a comidas elaboradas por empresas especializadas y a los medicamentos y útiles escolares.

Inicialmente el máximo de los vales era de B/. 100.00 (cien dólares americanos), pero la ley 60 de 2009 lo elevó hasta B/. 350.00 mensuales.

La Ley 59 de 2003 había establecido este sistema para los trabajadores con salarios hasta B/. 500.00 mensuales. La Ley 60 de 28 de diciembre de 2005 lo hizo aplicable para todos los trabajadores.

Para hacer más grave el escenario la Ley 59 de 2003 dispone que las sumas así pagadas no se consideran salario, ni costumbre o uso (o sea, que en cualquier momento el empleador puede reducirlas o eliminarlas[2]). Tampoco están sujetas a las cotizaciones de seguridad social, ni se tienen en cuenta para el cálculo de cualesquiera derechos o prestaciones de los trabajadores.

Como puede observarse, es una vuelta parcial al sistema de trueque (*trucksystem*), con nuevas modalidades de las llamadas tiendas de *raya*, pues muchas de las empresas emisoras de vales y las propietarias de los negocios donde pueden redimirse, están vinculadas financieramente a buena parte de las que pagan con esos vales. De paso, se reduce el importe de las prestaciones laborales y las de seguridad social.

Este sistema se está extendiendo considerablemente y, pese a lo dispuesto en la Ley, no hay ningún tipo de control o inspección para que los vales, sobre todo en los supermercados e hipermercados, no sean utilizados para la adquisición de otros bienes.

3.2 Reglamentación del artículo 1066 del Código de Trabajo, sobre el procedimiento para seleccionar representantes de los trabajadores

Con el Decreto Ejecutivo N° 1119 de 28 de abril de 2010, se hace una reglamentación del artículo 1066 del Código de Trabajo, relativo al procedimiento para seleccionar las representaciones de los trabajadores en juntas directivas, consejos comisiones y para la Conferencia anual de la OIT. La reglamentación, bastante confusa, resultó inconveniente. La posterior reforma del artículo 1066, a nuestro juicio, la ha dejado sin efecto.

[2] Entendemos que esto no es posible si ha habido pacto individual o colectivo de por medio.

3.3 Ley 30 de 16 de junio de 2010

De manera repentina y sorpresiva, se aprueban importantes reformas laborales, dentro de la Ley 30 de 16 de junio de 2010, que abordó una variedad de temas además de los laborales, como penales, procesales, ambientales y proyectos de interés nacional. De allí la denominación que popularmente se le dio de *ley chorizo*.

Esta ley eliminó el descuento obligatorio de la cuota sindical por el empleador, lo cual constituyó un duro golpe a la estabilidad financiera de las organizaciones sindicales de trabajadores. Además, hizo importantes reformas en materia de huelga, eliminando la obligación de cierre para el empleador, permitiendo el trabajo de los no huelguistas y otras restricciones al ejercicio del derecho de huelga. Reformó el artículo 1066 del Código de Trabajo, en forma que no satisfizo a los sindicatos.

En el proyecto original se pretendía eliminar el recargo de 50% por el trabajo dominical, cuando el trabajador tiene otro día de descanso en la semana, disposición que data del primer Código de Trabajo aprobado en el año 1947. Obedecía al interés de favorecer al sector hotelero y de los centros comerciales (*malls*). Fue finalmente eliminado de la ley que se aprobó.

Las medidas adoptadas dieron lugar a protestas generalizadas, tanto de trabajadores como de otros sectores de la sociedad. Los más duros enfrentamientos se dieron en la Provincia de Bocas del Toro, en el área bananera del Caribe, con saldos de varios muertos y numerosos heridos, entre ellos muchos de gravedad, con pérdida parcial o total de la visión.

A raíz de lo anterior, se abrió una mesa de diálogo, que concluyó con una nueva ley, previamente consensuada, la Ley 68 de 26 de octubre de 2010, que derogó las normas laborales introducidas por la conflictiva legislación y adoptó, en su reemplazo, nuevas disposiciones.

4. Normas que mejoran o equilibran el régimen laboral

Se da también una legislación con normas que revirtieron la reducción de la desprotección o que mejoraron el régimen especial existente.

4.1 Ley 68 de 26 de octubre de 2010

Reforma la Ley 30 de 16 de junio de 2010, mediante la eliminación o modificación de su contenido. En este sentido restablece el descuento obligatorio por el empleador de las cuotas sindicales;adopta una fórmula transaccional para permitir el ingreso del empleador y trabajadores de confianza durante la huelga, sin realizar tareas productivas, con la eliminación de lo dispuesto en la ley anterior en el sentido de permitir el ingreso a laborar de los no huelguistas y manteniendo, salvo excepciones calificadas que ya existían antes de la 30 de 2010, la prohibición de contratar trabajadores de reemplazo de los huelguistas por razones de seguridad o mantenimiento, si los huelguistas no autorizan a los trabajadores de la empresa para hacerlo; reformula el artículo 1066 del

Código de Trabajo, en forma tal de que sean el Consejo Nacional de Trabajadores Organizados (CONATO) y la Confederación Nacional de Unidad Sindical (CONUSI) las que elaboren las ternas o listas para la designación de representantes de los trabajadores; incorpora elementos de trámite en la huelga; e, igualmente, medidas para garantizar el cumplimiento de las normas de seguridad en la industria de la construcción.

4.2 Ley 32 de 5 de abril de 2011

Si bien establece un nuevo régimen especial laboral para las Zonas Francas, que en varios aspectos es de menor protección que la legislación general, que ya explicamos, deroga el artículo 12 de la Ley 8 de 1981, que, salvo el caso de la construcción, señalaba la no obligatoriedad de negociar convenciones colectivas dentro de los dos primeros años de funcionamiento de las empresas. Esta norma, claramente limitativa del derecho de huelga y del de negociación colectiva, había sido objetada por los órganos de control de OIT y se incorporó en las exigencias del gobierno de los Estados Unidos de América en la negociación del Tratado de Promoción Comercial (TPC). Igualmente, mejoró el régimen especial para las Zonas Francas, antes Zonas procesadoras para la Exportación, que, como ya se explicó, se extiende a otras áreas.

4.3 Formación profesional y contrato de aprendizaje

El Decreto Ley 8 de 15 de febrero de 2006 regula de una manera equilibrada el Programa de Formación Profesional Dual y el contrato de aprendizaje. Sobre este último existía una insuficiencia normativa y las reglas que se adoptan son razonables.

4.4 Adiciones puntuales al Código de Trabajo

Con la Ley 14 de 28 de enero de 2008 se adiciona el artículo 166-A al Código de Trabajo, que otorga preferencia absoluta a los créditos laborales en caso de cautelación, cierre o clausura de una empresa por actividades delictivas.

La Ley 9 de 15 de marzo de 2010 adiciona el numeral 31 del artículo 128 del Código de Trabajo, sobre obligaciones de los empleadores. Con este numeral se incorpora una serie de obligaciones específicas para las agencias de seguridad privada.

5. Retrocesos y avances en materia de días de fiesta o duelo nacional

Debe resaltarse de manera especial las variables orientaciones en materias de días de fiesta o duelo nacional, que son de descanso obligatorio remunerado. El régimen original del Código de Trabajo disponía que el descanso obligatorio se disfrutara en la fecha específica. Sin embargo, si el día de fiesta o duelo nacional previamente fijado en la Ley coincidía con un domingo, el lunes siguiente es de descanso obligatorio, en lugar del descanso semanal. Si el trabajador tiene como descanso semanal obligatorio un día distinto del domingo y el día

de fiesta o duelo nacional coincide con ese día, entonces el trabajador tiene derecho a que se le dé otro día de descanso en la semana.

En un proceso de cambios sobre la materia, con perspectivas encontradas, se introduce a partir del año 1997 la figura de los llamados ***días puentes***. En ese sentido el Decreto Ley 8 de 2 de julio de 1997, señala que cuando el 9 de enero (Día de los Mártires, de duelo nacional por el aniversario de la agresión norteamericana de 1964); el 1° de mayo; el 10 de noviembre (que conmemora el Primer Grito de Independencia de España, en la Villa de Los Santos, en 1821), el 28 de noviembre (independencia de España en 1821); y el 8 de diciembre (Día de la Madre), coincidiesen con un martes o miércoles el descanso obligatorio se trasladaba para el lunes anterior; y si coincidían con un jueves o viernes, para el lunes siguiente. Esta medida, de finalidades puramente mercantilistas, recibió un fuerte rechazo en buena parte de la sociedad panameña.

Luego del cambio de gobierno, la Ley 51 de 30 de octubre de 1999 derogó la desafortunada ley, pero dispuso la designación de una comisión especial para elaborar una propuesta de legislación sobre los días puentes. Luego, la Ley 55 de 7 de noviembre de 2001 derogó ambas normativas y restableció el texto original del artículo 46 del Código de Trabajo, adicionando el 5 de noviembre (día de la adhesión de la ciudad de Colón a la Separación de Colombia, dada el 3 de noviembre de 1903). Esta última ley, surtió sus efectos a partir del 1° de noviembre del año 2004.

No obstante, los intereses comerciales propiciaron al poco tiempo un viraje. Así, la Ley 55 de 7 de noviembre de 2001 restableció los días puentes, con una normativa todavía peor, pues le daba un amplio poder al Órgano Ejecutivo para convertir en día puente **cualquiera** de los días de fiesta o duelo nacional.

Finalmente, gracias a las continuas presiones de la sociedad, en especial las relativas al 9 de enero y a que en el 2014 se cumplió el cincuentenario de tan patriótica gesta, la Ley 118 de 27 de diciembre de 2013 declaró el 9 de enero de cada año (Duelo Nacional) como Día de la Soberanía Nacional; eliminó el poder del Órgano Ejecutivo de declarar días puentes, pero convirtió el 28 de noviembre, de manera permanente, como un día puente, con los mecanismos de traslado del descanso obligatorio antes explicado.

6. Cambios en materia procesal

Los cambios más importantes se recogen en la Ley 59 de 5 de diciembre de 2001, que regula la estructura de la jurisdicción especial de trabajo, integrada por los Juzgados Seccionales de Trabajo, como tribunales de primera o única instancia; las Juntas de Conciliación y Decisión, como tribunales de primera o única instancia[3]; dos Tribunales Superiores de Trabajo, como tribunales de segunda instancia; y por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta ley crea en sustitución de la Corte de Casación prevista en el Código de Trabajo, que nunca entró en funciones. Sin embargo, la Ley 59 de 2001 ni

[3] La estructura, competencia y procedimiento de las Juntas de Conciliación y Decisión, de carácter tripartito, se mantuvieron como están en la Ley 7 de 1975 y sus reformas. Tampoco toca las funciones jurisdiccionales de que dispone la administración de trabajo.

siquiera le puso fecha de instalación a la Sala Laboral y hasta ahora la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, continúa conociendo del Recurso de Casación, en una situación que contrasta con la Constitución Política y con las exigencias de especialidad de la administración de justicia laboral.

Con esta ley se adoptan también normas sobre competencia en materia laboral.

Fue un desatino incorporar al Código Judicial la mayor parte de la estructura y competencia en la jurisdicción laboral, porque reduce en parte la autonomía normativa del proceso de trabajo, que fue uno de los grandes avances del Código de Trabajo.

7. Ampliación de la normativa en contra de la discriminación laboral

En lo que va del siglo XXI se ha ampliado la normativa antidiscriminación ya existente, incluida la que se produce en el trabajo, como la siguiente: fuero especial de protección para los trabajadores que denuncien incumplimiento de las normas de seguridad social, en el artículo 228-A, adicionado por la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005; Ley 3 de 5 de enero de 2000 (personas con SIDA o virus VIH, con normas como no discriminación; no exigencia de certificaciones; no puede ser causal de despido); decreto ejecutivo 199 de 29 de mayo de 2001 (reglamenta la Ley 3 de 5 de enero de 2000, con normas como prohibición de discriminación; no exigencia de certificaciones negativas); decreto ejecutivo 53 de 25 de junio de 2002 (reglamenta la Ley 4 de 1999, sobre equiparación de la mujer, con normas como la no exigencia en las ofertas de empleo o en la admisión al trabajo de la prueba negativa de embarazo, fotografías, limitaciones en la edad, estado civil, aplicación de criterios racistas, erarios o sexistas; hacer diferenciaciones a escala salarial; el acoso moral; el acoso u hostigamiento sexual); Ley 11 de 22 de abril de 2005 (sobre discriminación laboral, prohíbe la discriminación laboral, por razones de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas; prohíbe la publicación, difusión o transmisión, por cualquier medio, de ofertas de empleos remunerados que exijan una determinada edad); Ley 59 de 28 de diciembre de 2005 (protección de discapacitados laborales, que incluye discapacidades laborales por enfermedades crónicas, involutivas o degenerativas, con prohibición de discriminación, derecho a conservar el puesto de trabajo y exigencia de causa justificada y autorización previa para el despido, otorgada por un Juez de Trabajo, en el caso de la empresa privada o por la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, en el de los servidores públicos).

8. Salario mínimo

En este siglo se está dando puntual cumplimiento al mandato constitucional de revisar periódicamente el salario mínimo, periodicidad que el Código de Trabajo fija en dos años. La fijación se hace por zonas económicas y dentro de las mismas por la clase de actividad. Además, se fija un salario mínimo menor para

la pequeña empresa[4]. De cinco zonas se pasó a tres y en la última fijación (Decreto Ejecutivo N° 182 de 30 de diciembre de 2013), con efectos al 1° de enero de 2014, se redujo a dos zonas económicas.

Esta nueva fijación representó un aumento entre el 12.4 al 27.8%. Los salarios mínimos actuales están entre B/. 432.00 a B/. 490.00 mensuales para la Zona 2; y entre B/. 488.00 a B/. 624.00 mensuales para la Zona 1. En una serie de actividades se fijó un salario mínimo nacional unificado, independientemente de la Zona. Para los trabajadores domésticos el salario mínimo (en dinero) se fijó en B/. 225.00 y B/. 200.00, según la Zona de que se trate.

En la respectiva Comisión tripartita no hubo consenso, por lo que el Gobierno asumió la responsabilidad. Esta revisión no satisfizo ni a los trabajadores ni a los empleadores.

9. Los Decretos Laborales adoptados en el marco de la negociación del Tratado de Promoción Comercial (TPC) con los Estados Unidos de América

En las negociaciones del Tratado de Promoción Comercial (TPC) los Estados Unidos presionaron a Panamá, tanto para modificar o suprimir mediante ley normas que afectaban los derechos colectivos de los trabajadores, como para adoptar por vía reglamentaria (Decretos Ejecutivos) algunas disposiciones frente a temas que afectan el ejercicio de dichos derechos, como supuestos acuerdos colectivos con trabajadores no organizados en fraude a la Ley y como claras prácticas antisindicales (avalados de manera increíblemente infundada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia); contratación temporal y externalización de servicios en fraude a la Ley, etc.

En ese sentido, se aprueba lo siguiente:

a. Decreto Ejecutivo N° 17 de 20 de mayo de 2009, reglamentación del régimen de los contratistas y subcontratistas y prohibición del suministro de mano de obra.

b. Decreto Ejecutivo N° 18 de 20 de mayo de 2009, sobre derecho de los sindicatos a negociar convenios colectivos y no reconocimiento como convenciones colectivas de los acuerdos colectivos con trabajadores no organizados.

c. Decreto Ejecutivo N° 19 de 20 de mayo de 2009, sobre restricciones a la contratación temporal.

d. Decreto Ejecutivo N° 24 de 5 de junio de 2009, sobre responsabilidades de inspección laboral en materia de contratación temporal.

e. Decreto Ejecutivo N° 25 de 5 de junio de 2009, sobre restricción del concepto de transporte al marítimo y al aéreo, para los efectos de las limitaciones a la huelga en los servicios públicos.

[4] Para estos efectos aplica el errado concepto de pequeña empresa que tiene la Ley 1 de 1986, fundado únicamente en la cantidad de trabajadores.

f. Decreto Ejecutivo N° 26 de 5 de junio de 2009, sobre criterios que debe seguir la administración de trabajo para elevar los turnos de urgencia del 20 al 30%, en caso de huelga en los servicios públicos.

g. Decreto Ejecutivo N° 27 de 5 de junio de 2009, sobre dispositivos para garantizar la independencia y autonomía de las organizaciones sindicales.

Las tareas de vigilancia e inspección para el cumplimiento de estos decretos, no está siendo ejercida cabalmente por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral.

10. Los cambios en la Seguridad social

10.1 Los cambios derivados de la eliminación del sistema de jubilaciones especiales a cargo del Estado

Previamente, con la Ley 8 de 6 de febrero de 1997 se crea el sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), con el propósito de otorgar beneficios adicionales a las pensiones de invalidez permanente, incapacidad permanente absoluta por riesgo profesional y de vejez, que se conceda a los servidores públicos por la Caja de Seguro Social.

A reserva de las correspondientes medidas de transición, sustituye los regímenes establecidos en las leyes 15 y 16 de 1976. Igualmente elimina, también con período de transición, casi todas las jubilaciones especiales a cargo del Estado[5].

En general, estas jubilaciones especiales se basaban en años de servicios, sin requisitos de edad y originalmente daban lugar a la percepción del equivalente del último salario, que mediante Decreto de Gabinete N° 43 de 17 de febrero de 1990, se limitó con efecto retroactivo, a un máximo equivalente a US$ 1,500.00[6].

A raíz del proceso desarrollado por el gobierno de ese entonces, sólo subsistieron regímenes especiales de jubilación para los Bomberos Permanentes, la Policía Nacional (ambos expresamente preservados por la Ley 8 de 1997) y, posteriormente, el de los educadores al servicio del Estado.

Esta ley fue reformada por la Ley 24 de 27 de junio de 2000, en lo relativo a sus normas de transición; por la Ley 54 de 2000, que crea el Plan de retiro anticipado autofinanciable para los educadores del Ministerio de Educación y del IPHE, que se menciona a continuación; por la Ley 29 de 3 de julio de 2001, que le modificó y adicionó varios artículos; por la Ley No.76 de 28 de diciembre

---

[5] Las jubilaciones especiales, a cargo del Estado, que para entonces estaban vigentes eran: Enfermeras, Auxiliares y practicantes de Enfermería, Banco Nacional de Panamá, Bomberos Permanentes, Caja de Ahorros, antiguos trabajadores de la Compañía del Canal de Panamá (sustituida por la Autoridad del Canal de Panamá, al pasar el Canal a manos panameñas), Correos y Telégrafos, Fuerza Pública (ahora Policía Nacional), Órgano Judicial, Laboratoristas, Universidad de Panamá, Universidad Tecnológica de Panamá y las de los educadores y servidores del Ministerio de Educación. Igualmente, existían para los trabajadores de los antiguos Instituto Nacional de Telecomunicaciones y del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos y Electrificación, que fueron privatizados.

[6] Las jubilaciones de la Universidad de Panamá tenían un tope de quinientos balboas (equivalentes a quinientos dólares americanos).

de 2001, que le modificó nuevamente el art. 3 y le adicionó los arts. 3-A, 3-B, 3-C, 3-D, 3-E, 3-F y 3-G; por la Ley No. 4 de 16 de enero de 2004, que modificó el art. 1°, relativo a sus normas de transición; y por la Ley 60 de 11 de octubre de 2010, que modificó parte del régimen de administración e inversión del SIACAP.

Con la Ley 54 de 27 de diciembre de 2000, se crea el plan de retiro anticipado autofinanciable para los educadores y las educadoras del Ministerio de Educación y del Instituto Panameño de Habilitación Especial, conocido como PRAA, mientras el beneficiario alcance la edad mínima legal para tener derecho a la pensión de vejez de la CSS[7].

Para tener derecho a la pensión anticipada, los educadores deben haber cumplido 52 años y seis meses de edad las mujeres y cincuenta y seis años los hombres; tener 28 años de servicios, laborados indistintamente en el Ministerio de Educación, en el Instituto Panameño de Habilitación Especial (IPHE); y tener 28 años o 336 meses de aportes al Plan. El último de los requisitos antes mencionados, no es exigible para los educadores que laboraban a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 54 de 2000, ya que se les considerarán los años de servicio efectivamente laborados con anterioridad a dicha vigencia y los posteriores a la misma, en los cuales aporten al Plan para completar 28 años de servicios o 336 meses de servicio[8].

El monto de la pensión de retiro anticipado temporal o pensión puente es del 85% del salario promedio de los siete mejores años laborados.

Los educadores deben aportar al fondo del PRAA un 7.90% del salario, incluidos los subsidios por maternidad e incapacidad temporal común o por riesgo profesional. Igualmente un 1% de la pensión recibida durante el período de retiro anticipado.

Luego de la aprobación de esta ley se determinó nuevamente que el Estado no sufragaría ningún régimen especial de jubilación, salvo la prevista en la propia Ley 54 de 2000, la de los miembros de la Policía Nacional y los miembros permanentes de los Cuerpos de Bomberos. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de que los servidores públicos opten por participar en un sistema especial de jubilación autofinanciado, con aportes mínimos de un 4%[9].

En el art. 15 hay previsiones de beneficios para los trabajadores que no se acojan a la pensión de retiro anticipado y opten por seguir laborando hasta completar los requisitos para la pensión de vejez de la CSS.

10.2 La Ley 17 de 1° de junio de 2005 (la reforma frustrada)

Esta ley subrogaba en su totalidad el Decreto Ley 14 de 1954, orgánico de la Caja de Seguro Social. Sin embargo, una fuerte oposición a las reformas,

[7] Art. 1° de la Ley 54 de 2000.

[8] Art. 4 de la Ley 54 de 2000.

[9] Art. 34 de la Ley 54 de 2000, que reforma el art. 22 de la Ley 8 de 1997, que regula el SIACAP.

que no fueron objeto de consultas apropiadas, provocó que mediante Ley 23 de 30 de junio de 2005, se suspendieran sus efectos por noventa días, para dar lugar a una propuesta concertada, término que fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2005 por la Ley 32 de 10 de octubre de 2005.

10.3 La Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, base jurídica principal del régimen general de Seguro Social

Se dicta en reemplazo de la suspendida Ley 17 de 2005, luego de lograrse un consenso en una mesa de concertación, parcialmente integrada. Al subrogar totalmente el Decreto Ley 14 de 1954, esta ley, vigente desde el 1° de enero de 2006 (salvo algunas normas con vigencia especial), se convierte en la actual Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social (la tercera). En materia de pensiones introdujo una suerte de dos pilares, uno constituido por un subsistema exclusivamente de beneficios definidos, con régimen actuarial de capitales de cobertura, para los ingresos hasta del equivalente de US$ 500.00 mensuales; y el otro un componente de ahorro personal y registro financiero de cuenta individual, sobre los ingresos superiores a la mencionada suma, con un aporte al fondo solidario. Ambos están a cargo de la Caja de Seguro Social.

Esta ley, que constituye el régimen jurídico básico de la Seguridad Social, fue reformada por la Ley 2 de 8 de enero de 2007, que establece aumentos en las pensiones vigentes; y adiciona los asegurados en el Subsistema Mixto. Igualmente modifica lo relativo al monto mínimo por las pensiones de incapacidad absoluta permanente por riesgos profesionales, establecidas en el art. 40 del Decreto de Gabinete 68 de 1970; y toma otras medidas. La Ley 12 de 8 de enero de 2008 reformó el artículo 44, relativo a la irrenunciabilidad e inembargabilidad de los subsidios y pensiones por riesgos profesionales establecidos en el Decreto de Gabinete 68 de 1970. La Ley 70 de 6 de septiembre de 2011 aumentó los montos de las pensiones por vejez.

11. Protección complementaria a la del Seguro Social

Como complemento a la protección del seguro social, existen mecanismos complementarios de protección social, que describimos de manera sucinta.

11.1 Beneficios especiales para jubilados, pensionados y personas de la tercera edad

Con la Ley 30 de 2008 se reforma y adiciona nuevamente la Ley 6 de 1987, que había establecido una serie de beneficios especiales para jubilados y pensionados y para las personas de la tercera edad (55 años para las mujeres y 60 para los hombres), consistentes en descuentos, prioridades en la atención, etc. La ley original había sufrido varias reformas, por las leyes 18 de 1989, 15 de 1992, 37 de 2001, 14 de 2003 y 51 de 2005. Luego de la reforma por la Ley 30 de 2008, se publicó un texto único integrado, en la Gaceta Oficial N° 26,314-A.

11.2 Programa de B/. 120.00 a los 70

La Ley 44 de 4 de agosto de 2009 creó un programa especial de asistencia económica para adultos mayores de 70 años o más, sin jubilación ni pensión, pagado por el Estado y administrado por el Ministerio de Desarrollo Social. Se trata de una suerte de pensión no contributiva, pero a cargo del Estado. Se les reconocía una suma mensual equivalente a US$ 100.00. Esta Ley fue subrogada por la Ley 86 de 11 de noviembre de 2010, la cual, a su vez, fue reformada por la Ley 117 de 11 de diciembre de 2013, que elevó la asistencia económica a B/. 120.00. Recientemente, con la asunción del nuevo gobierno, se rebajó la edad a 65 años, mediante ley 15 de 1 de septiembre de 2014,con lo cual el Programa es de **B/. 120.00 a los 65**.

11.3 Protección asistencial de discapacitados

Además de la normativa antidiscriminación, los discapacitados disponen de programas especiales de protección.

11.3.1 Ley 134 de 31 de diciembre de 2013

Otorga a los discapacitados una serie de beneficios, entre ellos descuentos importantes.

11.3.2 Programa Ángel Guardián

Fue creado por la Ley 39 de 14 de junio de 2012 y es administrado por el Ministerio de Desarrollo Social. Concede auxilios económicos a las personas o familias que tengan a su cargo discapacitados.

Conclusiones

1. En el Siglo XXI se dan avances y retrocesos en la intensidad de la protección a los trabajadores e, igualmente, la reversión de varias normas que anteriormente había reducido dicha protección.
2. Se mantiene la tendencia a preservar y extender regímenes laborales especiales, más que en función de las características de la actividad, como una manera de atraer determinados tipos de inversión.
3. Con variables y en ocasiones con cambios posteriores, estos regímenes especiales contienen normas menos favorables que las existentes para el resto de los trabajadores, en temas como remuneración y obligación del trabajo extraordinario; favorecimiento de la contratación temporal; facilidades para la contratación de trabajadores extranjeros; vacaciones colectivas y fraccionamiento de vacaciones, por decisión unilateral del empleador; rotación en las tareas; jornada entendida solo en los casos de trabajo efectivo; indemnizaciones a la extinción de la relación laboral;

descanso semanal obligatorio en cualquier día de la semana y no obligación de pago de recargo por el trabajo en domingo cuando el mismo es jornada ordinaria; exclusión de la participación en las utilidades, primas e incentivos por rendimiento, bonificaciones del concepto de salario para efectos del cálculo de prestaciones y beneficios laborales y de las cotizaciones a la seguridad social; causas económicas adicionales de despido; etc.

4. Por las observaciones de los órganos de control de OIT y la presión del Gobierno de los Estados Unidos en las negociaciones del Tratado de Promoción Comercial, se hacen reformas que eliminan restricciones importantes al ejercicio de los derechos colectivos en algunos regímenes laborales especiales y también en la legislación general. Por razón de estas mismas negociaciones Panamá se ve obligado a adoptar algunos decretos limitativos de la subcontratación; del suministro de mano de obra; de los excesos en la contratación temporal; en materia de huelga, de negociación colectiva y de independencia y autonomía sindical. Sin embargo, la normativa de estos decretos no está lo suficientemente respaldada por las adquiridas responsabilidades de inspección laboral.
5. Se adopta un deplorable régimen para el pago de parte de la remuneración mediante vales redimibles en determinados establecimientos.
6. Se puso en vigencia legislación atentatoria contra los derechos colectivos, la cual tuvo que ser derogada, luego de duros enfrentamientos con saldo de muertos y heridos, sustituida por una legislación de consenso.
7. Hay una política sostenida de mejoramiento del salario mínimo cada dos años.
8. Se hace una reforma profunda del sistema de seguridad social, que incluye un modelo mixto, con dos pilares, a cargo de la Caja de Seguro Social.
9. Es muy probable que se mantenga y hasta se extienda el modelo de regímenes laborales especiales antes mencionado.
10. Dependiendo de las orientaciones de los próximos gobiernos, es posible que en los siguientes años se repita esta tendencia de avances y retrocesos.
11. Hay bastantes probabilidades de una reforma constitucional profunda, lo cual, dependiendo del escenario político, podría implicar reducciones de la protección social de los trabajadores o, como ha ocurrido en varios países latinoamericanos, un aumento en dicha protección. Quizás hasta una combinación de ambas cosas.

Um Direito do Trabalho em involucão: o caso de Portugal[1]

António MONTEIRO-FERNANDES

Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Instituto Universitário de Lisboa

§ 1. A ESTRATÉGIA LEGISLATIVA

1. A necessidade de travar o galope do desemprego e da precariedade do emprego que é criado, em paralelo com os inexauríveis imperativos da produtividade e da competitividade, ou a concentração de ambos os argumentários, têm oferecido, em vários países, espaços e oportunidades para sucessivas reformas dos sistemas de legislação do trabalho. A grave crise financeira e económica que se manifestou em Portugal, sobretudo a partir de 2008, tem fornecido mais um exemplo desse género de processos de desagregação dos ordenamentos jurídicos do trabalho. Mas a tendência vem muito de trás –de meados da década de oitenta do século passado– , sugerindo, irresistivelmente, a ideia de uma gradual e cautelosa "restauração" de antigos paradigmas sociais e económicos, em que não existe nenhum espaço para a valorização ética e social do trabalho como expressão da personalidade e suporte da dignidade de quem dele vive. Foi, de resto, o pleno desenvolvimento de tais paradigmas que armou a mão do legislador liberal no momento genético fundamental do Direito do Trabalho. Dir-se-ia, pois, que o desenvolvimento deste ramo de Direito, em parte por acção dos legisladores estatais, mas muto também por efeito Essa "inversão de marcha" é, como se disse, um fenómeno generalizado, nos países desenvolvidos, e assumiu, nos últimos anos, relevos particularmente visíveis naqueles que se têm defrontado com os efeitos mais intensos da crise em curso: vejam-se os casos da Espanha[2] e da Itália[3].

---

[1] O presente ensaio foi construído a partir do conteúdo de dois artigos publicados na Revista da Ordem dos Advogados , em 2013 e 2014.

[2] Veja-se o Real Decreto-Ley 3/2012, de 12 de Fevereiro (de que há um resumo acessível, por exemplo, em www.sepe.es) que instituíu "medidas para favorecer a empregabilidade dos trabalhadores, o fomento da contratação indefinida e outras medidas para favorecer a criação de emprego". Essas medidas consistem: na atribuição, às empresas de trabalho temporário, de possibilidade de actuarem como agências de emprego; na criação do "contrato para a formação e aprendizagem" (que admite a prestação de trabalho efectivo até 75% do período normal de trabalho, no primeiro ano, e até 85% nos anos seguintes), com isenção total de contribuições para a segurança social; a instituição da "conta de formação" de cada trabalhador, em que é registada toda a formação por ele recebida ao longo da carreira profissional; a introdução do "contrato de trabalho por tempo indefinido para empreendedores", utilizável por empresas com menos de 50 trabalhadores que não tenham realizado despedimentos por causa objectiva nos seis meses anteriores, e apoiado num conjunto de benefícios fiscais e contributivos; a admissão da realização de horas extraordinárias por trabalhadores a tempo parcial; a regulação do "trabalho à distância"; a criação de benefícios contributivos para as empresas com menos de 50 trabalhadores que transformem contratos precários em contratos de duração indefinida; e a introdução de medidas de apoio à suspensão de contratos e à redução de tempos de trabalho, através de bonificações contributivas.

[3] Trata-se da Lei nº 92, de 28 de Junho de 2012 (acessível, por exemplo, em www.gigroup.it) que, segundo o título, contém "disposições em matéria de reforma do mercado de trabalho numa perspectiva de crescimento". A sua aprovação no Parlamento culminou um tortuoso processo em que as contradições

A revisão das leis laborais "em baixa" surge, assim, invariavelmente, na primeira linha dos recursos para a resolução de dificuldades económicas e sociais[4]. E, na verdade, convergem no sentido da sua aparente inevitabilidade vários factores cuja incidência varia de país para país, mas é, em si mesma, irrecusável: o império absoluto da análise liberal da economia, a crise endémica do emprego (acentuada pelo fenómeno do "crescimento sem emprego"), o correlativo enfraquecimento da acção sindical, a existência de disfuncionalidades inegáveis nos sistemas clássicos de direito do trabalho – e, enfim, "a crise", essa crise económica e financeira que parece apta para todos os usos legitimadores.

2. Em Portugal, como se disse, o recurso à reforma laboral como meio prioritário de resolução de dificuldades económicas assume dimensões próprias de um *case study*. Na primeira década do milénio, foram publicados nada menos de *dois* códigos do trabalho com sistemáticas e conteúdos substantivos distintos. A razão de agir invocada pelo legislador foi sempre a de favorecer a adaptação, o aumento da produtividade e da competitividade das empresas e, por conseguinte, a criação de emprego. A política legislativa, mesmo com mudanças de colorido político no poder, permaneceu ancorada nesses desígnios, e indiferente à evidência estatística de que o emprego e a competitividade das empresas evoluem por processos causais largamente alheios à lei laboral. Por outras palavras, a reforma laboral afirmou-se, definitivamente, como manobra ideológica e não como solução para as dificuldades concretas da economia.

É, decerto, interessante notar – mesmo como objecto de estudo na perspectiva da ciência política – como essa dinâmica se manteve ao longo de sucessivas legislaturas, a partir dos anos noventa e até hoje, apesar das alternâncias partidárias no poder. Está aí uma das maiores demonstrações de força – e de sucesso – da corrente que domina inteiramente o pensamento económico contemporâneo.

No entanto, a crise extrema que se desenvolveu no país a partir de 2008 acabou por gerar uma solução política caracteriza pela harmonia plena entre essa corrente – solidamente instalada, além do mais, nos *staffs* das organizações económicas internacionais – e a substância ideológica do poder político (governo e maioria parlamentar). A reforma laboral "na crise", que teve o seu momento mais saliente na Lei 23/2012, de 25 de Junho[5], encontra as suas bases programáticas em documentos com várias origens, mas caracterizados por inspiração idêntica.

---

políticas se cruzaram com a contestação social e a crítica académica. Trata-se de um extensíssimo e muito complexo diploma, em que se abordam medidas nos seguintes domínios, entre outros: as modalidades de contratação de trabalho; as consequências do despedimento ilícito, nas suas diferentes modalidades; o sistema de "amortecedores sociais", em especial os que actuam no desemprego.

[4] Reformas laborais "flexibilizantes" ocorrem, um pouco por toda a Europa, desde a segunda metade da década de oitenta, com efeitos nada evidentes no domínio do emprego e da competitividade, mas com consequências seguras e claras no abaixamento dos níveis de protecção dos direitos e interesses dos trabalhadores por conta de outrem. O caso da Espanha, com cerca de meia centena de reformas laborais em 30 anos, e as mais altas taxas de desemprego e precariedade da Europa, parece digno de ponderação.

[5] Sobre o conteúdo dessa manobra legislativa, pode ver-se António Monteiro Fernandes, A "reforma laboral" de 2012 – Observações em torno da Lei 23/12, Revista da Ordem dos Advogados, Abr-Set 2012, pp. 545 e segs.; Jorge Leite, A reforma laboral em Portugal, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 34 (2013), pp. 1 e segs.

3. Essa lei, antes do mais, provém de uma proposta[6] cuja exposição de motivos lembrava que o Programa do Governo (em funções desde 2011) "concretiza... um conjunto de medidas dirigidas ao bem-estar das pessoas e à competitividade das empresas e da economia portuguesa", sustentando que isso exige "uma legislação laboral flexível, concentrada na protecção do trabalhador, e não do posto de trabalho, no quadro de um modelo de flexigurança, que fomente a economia e a criação de emprego e que vise combater a segmentação crescente do mercado de trabalho". Um pouco mais adiante, reclamava-se "uma legislação que contribua, de facto, para o aumento da produtividade e da competitividade da economia nacional, e que concretize a necessária aproximação do enquadramento jurídico vigente em países congéneres, nomeadamente no contexto do mercado comum europeu".

Mas a convicção da necessidade desta revisão foi alimentada pelo teor de outros dois documentos fundamentais, de resto quase coincidentes no que deles consta a propósito da legislação do trabalho: o *Memorando de Entendimento*[7] subscrito em Maio de 2011 pelo Governo português (demissionário) e pela chamada "troika"[8], e o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, assinado em Janeiro de 2012, em sede de concertação social, pelo Governo (já outro Governo, o que se encontra ainda em funções), pelas confederações patronais e pela União Geral de Trabalhadores.

4. O *Memorando de Entendimento* acolhia vários compromissos básicos –ainda que, nalguns pontos, verdadeiramente sibilinos– do Governo, com incidência na lei laboral:

a) "*Proceder a reformas do sistema de protecção ao emprego que tenham em conta a segmentação do mercado de trabalho, promovam a criação de emprego e facilitem ajustes no mercado de trabalho*". As medidas destinadas a concretizar este desígnio eram: a redução de indemnizações pela cessação dos contratos de trabalho; a alteração das regras sobre despedimentos por inadaptação e por extinção de posto de trabalho (no sentido de os libertar de alguns requisitos fundamentais).

b) "*Proceder a reformas nos regimes de tempo de trabalho com vista a melhor conter as flutuações de emprego durante o ciclo, acomodar melhor as diferenças entre padrões de trabalho nos diferentes sectores e firmas e aumentar a competitividade das firmas*". Medidas preconizadas: promoção do uso da flexibilidade na organização do tempo de trabalho, nomeadamente dos "bancos de horas"; redução das remunerações e eliminação do descanso compensatório por trabalho suplementar.

c) "*Promover uma evolução salarial compatível com os objectivos de fomentar a criação de emprego e melhoria da competitividade das*

---

[6] A Proposta de Lei nº 46/XII.

[7] O documento intitula-se Memorandum of Understanding on specific economic policy conditionality e, significativamente, não tem versão oficial em português. É acessível por muitas vias, nomeadamente por <ec.europa.eu/economy_finance/eu>.

[8] Constituída por representantes do Fundo Monetário Internacional, da Comissão Europeia e do Banco Central Europeu.

empresas, com vista a corrigir os desequilíbrios macroeconómicos". Nesse sentido, estabeleceu-se que o salário mínimo não seria aumentado senão "no âmbito da revisão do programa", preconizou-se um travão à extensão das convenções colectivas, salientou-se a necessidade de reduzir a sobrevigência das convenções não revistas e impôs-se a criação, na contratação colectiva, de regras de articulação entre níveis, permitindo a celebração de acordos pelos "conselhos de empresa"[9].

Alguns destes pontos eram e são manifestamente capazes de suscitar dificuldades de ajustamento à Constituição portuguesa. Essa questão não foi ignorada. O *Memorando* não inclui no perímetro dos seus objectivos a revisão da Lei Fundamental e exprime o escrúpulo de que todas as medidas a empreender a salvaguardem[10]. Bem poderá, pois, afirmar-se que o tão piamente proclamado "respeito pelos compromissos assumidos" inclui o de cuidar da efectiva (e não apenas aparente) conformidade constitucional da legislação a elaborar.

5. Por seu turno, o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* desenvolve e concretiza o essencial das medidas indicadas, e acrescenta-lhes outras que acentuam o impacto geral da operação na legislação do trabalho. Fá-lo, no entanto, sob a capa de formulações "sociais"[11], seguramente destinadas a dar alguma satisfação à única central sindical – a União Geral de Trabalhadores (UGT) – que subscreveu o acordo. Ao mesmo tempo, essas formulações tornam claro que a concordância da UGT foi, ou *pretendeu ser*, mais do que a expressão de um verdadeiro consenso (na verdade, inexistente), um gesto de travagem e contenção face um projecto mais amplamente nocivo para os interesses dos trabalhadores[12].

De qualquer modo, a relevância do *Compromisso* liga-se ao facto de que ele constitui – mais do que o texto do *Memorando* — a verdadeira pauta orientadora (e, ao mesmo tempo, legitimadora) daquilo que veio a ser a reforma laboral de 2012[13]. Com efeito, ele aborda as seguintes matérias:

---

[9] Supõe-se que a referência diz respeito às comissões de trabalhadores, mas isso não é indiscutível: poderia estar implícita a criação de um outro modelo, mais "europeu", de representação unitária dos trabalhadores da empresa.

[10] Com efeito, na parte relativa ao "mercado de trabalho", está incluído o seguinte parágrafo: "Serão implementadas reformas na legislação do trabalho e de segurança social após consultas aos parceiros sociais, tendo em consideração as possíveis implicações constitucionais e respeitando as Directivas da UE e as normas fundamentais do trabalho (core labour standards)" (sublinhado nosso).

[11] Leia-se, por exemplo, o intróito do capítulo IV, intitulado "Legislação laboral, subsídio de desemprego e relações de trabalho". Aí se encontram expressas preocupações como a de "procurar salvaguardar as categorias de trabalhadores mais vulneráveis e com maior dificuldade de acesso ao mercado de trabalho" e se sublinha que "a reforma laboral deve ser executada na sequência da consulta aos Parceiros Sociais, cuja participação importa incrementar". Ao longo da parte propriamente "normativa" do Compromisso, encontram-se também vários temperos verbais (e basicamente inconsequentes) desse tipo para a crueza das medidas projectadas.

[12] Não pode também ser ignorado o facto de na UGT convergirem as influências dos dois principais partidos responsáveis pelo Memorando e protagonistas políticos da crise que se arrastou a partir de 2008.

[13] Assinale-se, também, que o Compromisso reflecte, em parte, o conteúdo do Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego, assinado em 22 de Março de 2011 pelas mesmas entidades (embora o Governo tivesse diferente base partidária). Esse Acordo é acessível em <www.ces.pt>.

a) *Organização do tempo de trabalho*, prevendo-se: o banco de horas por acordo individual, o banco de horas "grupal", a redução para metade das remunerações por trabalho suplementar e a eliminação do descanso compensatório correspondente.

b) *Feriados e férias*, estabelecendo-se a redução dos feriados em três a quatro; admitindo-se o encerramento do estabelecimento ou empresa, para "pontes", contando como férias; e retomando-se a regra de que as faltas injustificadas contíguas a dias de descanso ou feriados implicam o desconto destes dias no salário; quanto às férias, eliminação da majoração por assiduidade.

c) *Redução ou suspensão de actividade em situação de crise empresarial*, preconizando-se o encurtamento do processo, a imposição de certos requisitos às empresas e a atribuição de acréscimos da compensação retributiva no caso de o trabalhador frequentar adequada formação durante a inactividade.

d) *Despedimento*, manifestamente o alvo central e estratégico de toda a manobra (como se calcularia, face aos antecedentes), prevendo-se: relativamente ao despedimento por *extinção de posto de trabalho*, a eliminação do critério da (menor) antiguidade na escolha do trabalhador a despedir e do ónus, incidente sobre o empregador, de tentar ocupação substitutiva para o trabalhador em risco de ser despedido; quanto ao despedimento por *inadaptação*, a admissão dele mesmo quando não tenha havido modificações no posto de trabalho (ou seja, em situações de menor capacidade ou rendimento do trabalhador) e a eliminação, também, do ónus de ocupação substitutiva.

e) *Compensações por cessação do contrato*, estabelecendo-se, com carácter imperativo, uma redução do seu valor, a eliminação do limite mínimo e a fixação de um limite máximo (12 meses de retribuição mensal e diuturnidades); e prevendo-se[14] a criação de um "fundo de compensação do trabalho" ou de um mecanismo equivalente, para suportar, parcialmente, o pagamento das compensações[15].

f) *Outros contratos:* alargamento da duração admitida para os contratos de muito curta duração e admissibilidade do uso da comissão de serviço para novas funções de chefia.

g) *Promoção da mediação e da arbitragem laborais*, surgindo como mera declaração de intenções.

---

[14] Ideia proveniente do mencionado Acordo Tripartido de Março de 2011.

[15] Este "fundo" aparece referido no Memorando como meio de financiamento parcial do "custo dos despedimentos para novas contratações", sugerindo, assim, que se trataria de medida facilitadora do refrescamento do pessoal das empresas, sem redução do nível do emprego. Por outro lado, o Memorando remete expressamente para os termos (bastante detalhados) em que o "fundo" foi desenhado no Acordo Tripartido. Aí, ele surge como garantia parcial dos créditos dos trabalhadores e instrumento de aligeiramento do impacto na tesouraria das empresas da cessação de contratos por razão objectiva, nomeadamente nos despedimentos colectivos – impacto esse que pode conduzir ao retardamento de medidas de viabilização da empresa e à sua perda definitiva.

h) *Centro de Relações Laborais*, ideia antiga (mais de década e meia) e nunca concretizada: prevê-se a elaboração e discussão de um projecto de diploma legal que até agora não apareceu.

i) *Fiscalização das condições de trabalho*, prevendo-se a eliminação ou dispensa de várias comunicações e pedidos de autorização à inspecção do trabalho.

Se deixarmos de lado as alíneas g) e h), manifestamente despidas de verdadeiros propósitos de concretização – como já tinham sido em acordos de concertação anteriores —, encontramos, claramente, no *Compromisso* o *lay-out* da Lei 23/2012. Poderia, porventura, dizer-se que este diploma legal constituiu um mero instrumento de "transposição" das orientações constantes do *Compromisso*, mas a realidade conhecida aponta em sentido contrário: o *Compromisso* foi um simples instrumento de "legitimação" de uma reforma legislativa que, como o próprio Governo advertiu, ocorreria – nesses termos ou, porventura, em moldes agravados – com ou sem ele.

6. A política legislativa que se condensa nos documentados examinados visava, declaradamente, tirar partido da regulação das relações de trabalho para obter vantagens no domínio da competitividade das empresas e da economia, assim se potenciando a capacidade de criação de emprego. Nesse sentido, são notórios certos objectivos tácticos:

a) *Reduzir os custos do trabalho*, por várias vias: diminuir a remuneração do trabalho suplementar (instrumento tradicional de flexibilidade usado pelos nossos empregadores), aumentar o tempo de trabalho (encurtando as férias, eliminando feriados, afastando descansos compensatórios do trabalho suplementar, neutralizando hipóteses de "pontes"), reduzir e "plafonar" as compensações por cessação do contrato de trabalho;

b) *Ampliar o poder de decisão dos empregadores:* encerramento para férias, modo de compensação do trabalho suplementar, alteração unilateral de horários acordados, bancos de horas por acordo individual, facilitação da suspensão e redução de actividade em situação de crise empresarial, ampliação da justa causa por inadaptação, etc.;

c) *Neutralizar produtos da contratação colectiva anterior*: imperatividade dos novos regimes em vários domínios, declaração de "nulidade" (!) de cláusulas de convenções pré-vigentes.

Este desenho táctico traduz a adesão formal à ideia de que o desenvolvimento da nossa economia se faz pela via dos baixos salários e dos longos tempos de trabalho. Exprime, por outro lado, a convicção de que o dinamismo da economia se desenvolve, essencialmente, ou mesmo exclusivamente, através de regimes amigáveis para os detentores de capital, empregadores e gestores, sendo irrelevantes os factores de motivação, participação, envolvimento e bem-estar das pessoas que vivem do trabalho assalariado. O trabalho é reduzido à qualidade de factor de produção indutor de custos, é exclusivamente esse o papel social que a economia lhe reconhece, e esta premissa contém implícito o destino reservado ao Direito do Trabalho, tal como se desenvolveu e praticou na segunda metade do século passado.

§ 2. A GRANDE OFENSIVA DE 2012

7. Em síntese, as modificações introduzidas pela Lei 23/2012 no anterior *statu quo* normativo diziam respeito a quatro áreas temáticas: tempo de trabalho, relações das empresas com a administração estadual do trabalho (inspecção), cessação do contrato de trabalho e contratação colectiva.

O segundo desses temas – relacionado com os meios de *controlo da legalidade* – merece, desde já, uma breve referência. A Lei 23/2012 reduziu as exigências de informação ou comunicação das empresas à inspecção do trabalho (nomeadamente mapas de horário de trabalho e isenções de horário acordadas)[16], com base em juízos de utilidade/eficiência e sob o signo da "desburocratização" das relações de trabalho. O baixo grau de efectividade da legislação laboral portuguesa, agravado pela multiplicação dos expedientes que se destinam a contornar as suas exigências, tornam estas alterações legislativas, no mínimo, particularmente discutíveis. Poderá dizer-se, com razão, que o cumprimento das anteriores exigências burocráticas, implicando tempo e trabalho por parte das empresas, redundava, sobretudo, na acumulação de papel nos serviços da administração do trabalho, incapacitados de exercer verdadeira verificação sobre a regularidade das situações assim documentadas. Mas, ainda assim, o controlo possível teria suportes que, com a modificação da lei, deixou de ter. Trata-se de uma desburocratização pouco significativa, com diminuta expressão no quotidiano das empresas, mas com efeitos seguros no enfraquecimento dos meios de fiscalização da legalidade laboral.

Quanto às alterações incidentes no domínio da *contratação colectiva*, teremos que as deixar para outra oportunidade: a complexidade das questões teóricas que estas novas soluções suscitam é desproporcionada em face da escassa relevância prática que delas se pode esperar.

8. No tocante ao *tempo de trabalho*, isto é, à dimensão quantitativa da prestação contratualmente devida pelo trabalhador e às coordenadas segundo as quais essa prestação se situa no dia, na semana, no ano de vida das pessoas, ressalta das alterações legislativas em causa um significativo acréscimo de *unilateralidade*, no sentido da atribuição de faculdades de decisão ao empregador – quer uma unilateralidade "disfarçada" por acordos individuais[17], relativamente à instituição de bancos de horas[18], quer uma unilateralidade explícita, no caso das paragens de trabalho, consideradas tempo de férias, em dias úteis ladeados por descansos e feriados (as chamadas "pontes")[19]. Essa característica estende-se ainda a outros pontos do regime do tempo de trabalho, como a escolha da

---

[16] Acrescente-se o regime de deferimento tácito dos pedidos de redução ou exclusão do intervalo de descanso (art. 213º/4).

[17] Não se pode, evidentemente, excluir que os acordos individuais instituidores de bancos de horas correspondam, em certos casos, a interesses de ambas as partes. No entanto, a razão de ser da figura não está – longe disso – na conciliação vida/trabalho, mas sim no incremento da liberdade de gestão de tempos por parte dos empregadores. Note-se, para mais, que o acordo pode ser presumido (art. 208º-A/2).

[18] Matéria tratada no art. 208º-A da proposta de lei, com extensão à figura do "banco de horas grupal", desenhada no nº 2 do art. 208º-B.

[19] A solução foi introduzida no nº 2 do art. 242º, em adenda à possibilidade, que já se admitia, de encerramento por cinco dias úteis no Natal.

forma de compensação do trabalho normal em dia feriado (art. 269º/2). Não deixaremos sobre tudo isso mais do que algumas breves notas.

O significado do *acréscimo de unilateralidade* é particularmente notório pelo que respeita ao "banco de horas". Trata-se de um expediente dotado de um potencial elevado de perturbação da vida pessoal e familiar do trabalhador[20], além do facto de redundar na conversão de horas suplementares em horas normais, isto é, em perda de rendimento para o mesmo trabalhador. O banco de horas instituído por convenção colectiva, nos moldes já anteriormente vigentes (art. 208º), poderia permitir a formação de equilíbrios negociais que se traduzissem em alguma forma de compensação para aquelas desvantagens. As novas possibilidades abertas aos empregadores[21] vão, certamente, constituir factores inibitórios para a contratação colectiva nesse domínio. O estabelecimento do banco de horas por acordo individual (porventura tácito) ou pela via "referendária" que o legislador designa por "grupal" cria condições novas para a difusão de uma prática de organização do trabalho que, quase três anos após a sua disponibilização (pelo Código de 2009), constituía ainda uma raridade no mundo do trabalho português.

9. Ainda no domínio do tempo de trabalho, é forçoso salientar as novas soluções tendentes ao *embaratecimento do trabalho suplementar*[22]. Na verdade, as taxas de acréscimo da remuneração desse trabalho, em qualquer das modalidades possíveis, foram reduzidas para metade (art. 268º), o mesmo se verificando no tocante ao trabalho normal prestado em dia feriado (art. 269º/2). Ao mesmo tempo, foi sumariamente eliminado o direito a descanso compensatório, salvo nos casos de trabalho em dia de descanso semanal obrigatório ou que seja impeditivo do gozo integral do descanso diário (art. 229º/3 e 4). Quanto ao trabalho normal em feriado, o empregador passou a poder escolher entre descanso compensatório (de metade do tempo de trabalho prestado) ou remuneração com acréscimo reduzido a 50% (art. 269º/2).

Sabe-se como, na realidade laboral portuguesa, o trabalho suplementar se desvirtuou totalmente (como recurso excepcional), tornando-se uma fonte essencial de rendimento para muitos trabalhadores, e, em contrapartida, para os empregadores, o grande instrumento de flexibilidade na organização do tempo de trabalho. Como efeito colateral, a banalização do trabalho suplementar pode, naturalmente, funcionar como obstáculo à criação de emprego.

Com o novo regime legal, tudo parece apontar para um considerável aumento do recurso a trabalho fora do horário, seja por objectiva necessidade das empresas, seja no interesse económico dos trabalhadores. Estes deverão prestar mais horas para sofrerem menor redução de rendimento. As empresas verão nisto um incentivo para se dispensarem de ensaiar outras formas de

---

[20] Não falta, por isso, quem sustente que o banco de horas por acordo individual – sabendo-se o que significam acordos individuais no decurso das relações de trabalho, em contexto de forte desemprego – conflitua com a exigência constitucional de "organização do trabalho (...) de modo a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar" (art. 59º/1-b) da Constituição).

[21] Com os novos arts. 208º-A e 208º-B do Código do Trabalho.

[22] Essas soluções têm as suas raízes no Memorando de Entendimento, mas a redução a metade só foi definida no Compromisso de Janeiro de 2012.

adaptabilidade temporal, mantendo o apego ao trabalho suplementar como meio de ajustamento. E, se assim for, as novas normas jogarão, inevitavelmente, em sentido oposto ao da abertura de novos postos de trabalho.

10. A convicção do legislador era, manifestamente, inabalável. Com tal cimento foi erguida uma autêntica barreira de protecção em torno de várias alterações (desfavoráveis aos trabalhadores), nomeadamente as relativas às consequências da prestação de trabalho suplementar (remuneração[23] e descanso compensatório) – mas exclusivamente contra *a contratação colectiva anterior*, produto de correlações de poder contratual favoráveis, ou menos desfavoráveis, aos sindicatos. Na verdade, o art. 268º/3 mantém a derrogabilidade (por convenções *futuras*) das regras sobre as consequências do trabalho suplementar. Por outras palavras: o legislador quis destruir os benefícios anteriormente consagrados, apostando na "nova" negociação colectiva – com sindicatos debilitados e desemprego galopante – para a fixação de condições mais "convenientes". Encontrar-se-á aposta idêntica a propósito das compensações por despedimento.

Contudo, a referida barreira de protecção contra o "passado" foi construída de modo tecnicamente discutível. O art. 7º da Lei 23/2012 declarou "nulas" as cláusulas das convenções colectivas, *anteriormente celebradas*, que "prevejam montantes superiores" aos da nova lei no tocante a compensações por despedimento e caducidade, ou que (simplesmente) "disponham sobre" o descanso compensatório por trabalho suplementar prestado em dia útil, em dia de descanso complementar ou em feriado[24]. Que pode significar esta "nulidade"? Sem nenhuma precisão de regime em sentido diverso, ela traduzir-se-ia na inutilização de *toda a eficácia* produzida por essas cláusulas – o que parece não corresponder à vontade do legislador.

Por outro lado, e de modo igualmente heterodoxo, a lei assumiu uma postura *modeladora* do conteúdo das convenções colectivas celebradas antes da sua entrada em vigor, no sentido de forçar esse conteúdo a ajustar-se ao teor das normas modificadas[25]. Declarou-se, assim, a *suspensão,* por dois anos, das cláusulas (de convenções colectivas e contratos individuais) não coincidentes[26] com o novo regime legal em matéria de consequências do trabalho suplementar, e ameaçou-se com a *redução* do seu conteúdo no caso de não serem, durante o período de suspensão, ajustadas ao teor da lei (nº 5 do art. citado).

---

[23] A forte redução do acréscimo retributivo para o trabalho suplementar suscitou, no decurso do processo legislativo, a interessante questão de saber que impacto teria essa alteração nas retribuições especiais por isenção de horário de trabalho, uma vez que estas são calculadas na base de certo número de horas de trabalho suplementar. A resposta que parece mais correcta é a de que os novos dados só relevarão para as isenções estabelecidas após a entrada em vigor da 23/2012, ou seja, a partir de 1 de Agosto deste ano.

[24] Trata-se dos nºs 1 e 2 do artigo citado no texto. A segunda dessas disposições ameaça também com "nulidade" os contratos de trabalho em vigor que regulem o descanso compensatório.

[25] Referem-se os nºs 3 a 5 do mesmo art. 7º, respeitantes às cláusulas das convenções colectivas posteriores a 2003 que estabelecem períodos de férias superiores ao mínimo legal, e às que que disponham sobre acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos agora estabelecidos e sobre a retribuição do trabalho normal em dia feriado, ou descanso compensatório da mesma prestação.

[26] Curiosamente, no que respeita a remunerações por trabalho suplementar, a lei suspende apenas as cláusulas que estabeleçam acréscimos superiores aos que ficam a constar do Código (nº 4/a)).

Trata-se de soluções só compreensíveis no quadro da concepção *regulamentária* que continua a prevalecer no regime das convenções colectivas de trabalho[27] e na articulação delas com outras fontes de direito. Nessa perspectiva, que se acentua com as modificações legislativas recentes, a convenção colectiva não é, essencialmente, o produto de uma negociação e, por conseguinte, um *acordo* – é um *regulamento* (negociado) que tem com a lei a mesma relação que os restantes regulamentos (não negociados). Os tipos de intervenção que o art. 7º da Lei 23/2012 formalizou eram – como viria a reconhecer o Tribunal Constitucional – claramente incompatíveis com o conteúdo essencial do "direito de contratação colectiva" reconhecido no art. 56º/3 da Constituição, e que é a expressão normativa da *autonomia colectiva* – uma das peças do travejamento dogmático do direito colectivo do trabalho.

11. A reforma laboral de 2012 obedeceu, por outro lado, a uma lógica de *redução de períodos de não-trabalho* ou, por outras palavras, à convicção de que uma melhoria da produtividade se obtém, primacialmente, pelo alongamento dos tempos de trabalho[28].

Nessa lógica inseriu-se a eliminação do regime de *majoração do período de férias* em função da assiduidade do trabalhador, criado pelo Código de 2003 e mantido na revisão de 2009 (art. 238º). A eficácia desse regime no plano do combate ao absentismo não estava plenamente demonstrada, mas alguma terá sido. A circunstância de a majoração ser atribuída em função do número de faltas justificadas, e de as ausências ou interrupções de trabalho exceptuadas serem em número muito limitado, permitiria ver nela um incentivo forte à assiduidade. É certo que a aplicação do regime de majoração suscitava alguns problemas[29], mas parece claro que ele seria merecedor de teste mais alongado.

Deve incorporar-se no mesmo quadro a "nova"[30] penalização das *faltas injustificadas*: desconto do salário respeitante aos dias de descanso ou feriados contíguos ao período de falta[31]. Quis-se atacar certas práticas oportunísticas de extensão de períodos de descanso e lazer através de faltas. No entanto, o enquadramento sancionatório das faltas injustificadas (relevância disciplinar, com iminência do despedimento, e desconto na retribuição) era já suficientemente severo. De resto, no conjunto do absentismo, as faltas injustificadas estão longe de constituir o principal problema.

O facto de o absentismo português – um dos mais elevados da União Europeia – ser, na quase totalidade, integrado por faltas *justificadas* (doenças profissionais e não profissionais[32], e "outras causas", ultrapassam 95% do total)

---

[27] E que é muito visível na persistência da categoria corporativa dos "instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho" (IRCT).

[28] Recordar-se-á que chegou a ser apresentada uma proposta de lei consagrando um aumento de meia hora no período normal de trabalho diário, ou de duas horas e meia no período normal semanal. Essa proposta foi retirada na sequência da assinatura do Compromisso de janeiro de 2012.

[29] Nomeadamente o de saber se os dias de majoração se adicionavam ao período mínimo de férias (de 22 dias úteis) ou ao período efectivo que resultasse do regime aplicável em cada empresa – e que era, nalguns casos, bastante superior.

[30] Ou não tão nova como isso: a regra já esteve em vigor, desde 1971, e foi abandonada mais tarde.

[31] A solução é introduzida com um novo nº 3 do art. 256º.

[32] Notar-se-á que o art. 238º/4, agora revogado, incluía claramente as faltas por doença no âmbito daquelas que poderiam privar o trabalhador da majoração das férias.

sugere que o *mix* da proposta de lei – eliminação de um incentivo à diminuição das faltas justificadas e agravamento da penalização das injustificadas – falha o alvo, mesmo se ele se reduz, como parece, a fazer as pessoas trabalhar mais tempo pelo mesmo dinheiro.

Esta última ideia está também ligada à eliminação de quatro *feriados obrigatórios*, dois religiosos e dois civis: o dia do Corpo de Deus, 5 de Outubro, 1 de Novembro e 1 de Dezembro (nova redacção dada ao art. 234º/1). Esta medida não representa, de imediato, economia para as empresas, uma vez que os feriados são remunerados; mas significa mais trabalho pelo mesmo dinheiro, e, conjugada com a nova regra sobre o trabalho normal em dia feriado (art. 269º/2), já mencionada, acaba por se traduzir em redução significativa do custo dos feriados obrigatórios para as empresas.

12. A dimensão económica das relações de trabalho exprime-se não só no valor e na estrutura das retribuições, mas também nos custos associados à cessação do contrato, nomeadamente quando se trata de mecanismos em que a lei é regularmente observada, isto é, na caducidade e no despedimento por causa objectiva (individual ou colectiva). A Lei 23/2012 definiu um conjunto de parâmetros destinados a limitar o montante das *compensações pela cessação do contrato de trabalho*: redução do factor de cálculo de um mês para vinte dias por ano de serviço, sendo o salário diário 1/30 do mensal[33]; eliminação do mínimo de três meses e imposição do tecto de 12 meses de retribuição[34]; limitação da base de cálculo a 20 vezes a retribuição mínima garantida, de onde resulta que a compensação máxima admitida é de 240 vezes este último valor[35].

A protecção de expectativas legítimas (e não, propriamente, "direitos adquiridos") dos trabalhadores cujos contratos são anteriores a esta lei é, nalguma medida, assegurada pela instituição de um *processo de cálculo misto* – aplicável a esses trabalhadores – compreendendo uma parte da compensação fixada segundo o processo anterior e outra parte de acordo com o regime que agora se estabeleceu (art. 6º da Lei 23/2012).

Uma segunda anotação que importa fazer é que se tratava apenas de formas *lícitas* de cessação do contrato, nomeadamente de despedimentos realizados com plena observância dos requisitos legais de forma e de fundo. As consequências económicas do despedimento ilícito mantiveram-se integralmente.

Uma terceira observação diz respeito à *relação que se estabelece entre este regime legal e a contratação colectiva*. O art. 339º do Código, que admite derrogações, por via convencional colectiva, ao regime respeitante aos "critérios de definição de indemnizações" e aos "valores" destas – expressões que se julga abrangerem latamente todos os efeitos económicos dos despedimentos

---

[33] Este elemento do processo de cálculo constitui um desvio à regra geral estabelecida no art. 271º do Código, a qual não foi alterada.

[34] Deve recordar-se que a compensação não tinha qualquer limite legal.

[35] Mantém-se a técnica, adoptada no Código, de tomar como base a compensação por despedimento colectivo (art. 366º) e estender a sua aplicação aos casos de caducidade (arts. 344º, 345º e 347º), despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 372º) e despedimento por inadaptação (art. 379º).

– mantém-se em vigor, não foi tocado pela Lei 23/2012. Assim, nada parece impedir que, por convenções futuras, sejam definidos outros processos de cálculo e eliminados limites, em sentido mais ou menos favorável aos trabalhadores. Mas, por outro lado, o art. 7º/1-*a)* da Lei 23/2012 declarava "nulas" as cláusulas de convenções *anteriores* que regulassem a matéria em sentido mais favorável aos trabalhadores. De novo, pois, ressaltavam o desígnio de neutralização forçada dos regimes convencionais anteriores, se favoráveis aos trabalhadores, e a aposta numa contratação colectiva futura, em contexto favorável aos interesses das empresas. Mas aquele desígnio foi frustrado, como se verá, pelo Tribunal Constitucional.

13. Ainda em conexão com o tema anterior, a Lei 23/2012 introduz no Código, em vários pontos[36], referências a um "fundo de compensação do trabalho" (ou "mecanismo equivalente") destinado a suportar, em parte, o custo das compensações de despedimento. A ideia vem de longe e parece inspirada pelo facto de, muitas vezes, despedimentos "necessários" (do ponto de vista da viabilidade das empresas) serem inviabilizados ou retardados por falta de "tesouraria" para as compensações.

O compromisso da criação e entrada em funcionamento desse "fundo" tem sido protelado: pelo *Acordo Tripartido* de Março de 2011, aprazou-se o seu lançamento para esse mesmo ano; o *Memorando de Entendimento* obrigava o Governo a incluir, na nova legislação sobre compensações que deveria ser proposta no 3º trimestre de 2011, "a aplicação do fundo acordado"; finalmente, o *Compromisso* de Janeiro de 2012 exige que o fundo esteja a funcionar em Novembro deste ano. Na verdade, só em 2013, como se verá adiante, foram criadas condições regulamentares para que tal projecto possa concretizar-se.

14. Resta examinar as alterações propostas para o regime do *despedimento individual não disciplinar* – a temática que constitui o baricentro das pressões a que a lei laboral portuguesa tem estado sujeita, há décadas, sob invocação da sua insuportável rigidez.

Num país acerca do qual corre a mensagem de que "não é possível despedir trabalhadores", ocorre todos os meses – e, em 2012/2013, com especial dinamismo — um estranho fenómeno de eliminação de efectivos das empresas, aos milhares ou dezenas de milhares, muito para além do que a estatística dos despedimentos colectivos permite avaliar[37]. É claro que, em muitos casos, essa destruição de emprego foi e é determinada pela desaparição das próprias empresas[38]. Mas, em muitos outros, não foi assim. E não se tratou também da expulsão de trabalhadores por motivos disciplinares – uma realidade seguramente residual no mercado de trabalho.

---

[36] Arts. 127º, 177º, 192º, 366º. [37] Tomando apenas os anos mais recentes, em que se acentuou fortemente a destruição de emprego, os números da Direcção-Geral do Emprego e Relações de Trabalho (DGERT) são eloquentes: em 2010, perderam o emprego por despedimento colectivo 3.462 trabalhadores (mais 73 aceitaram a cessação do contrato por mútuo acordo); em 2011, foram despedidos por essa via 6.526 trabalhadores (224 fizeram acordos); e, no primeiro semestre de 2012, foram 4.191 os abrangidos por despedimentos colectivos (mais 42 fizeram acordos). Comparem-se esses números com os dos que passaram ao desemprego nesse período – sem perder de vista que o regime português do despedimento colectivo é dos mais liberais da Europa.

[38] Em todo o caso, o encerramento definitivo das empresas, se realizado de acordo com a lei, implicaria, como se sabe, a observância do processo de despedimento colectivo (art. 346º/3).

A destruição de emprego continua a produzir-se, em grande parte, por meios aparentemente não enquadrados pela lei. O caso está por estudar, mas valeria a pena analisá-lo a fundo, no plano factual[39], sempre que se encare um projecto de alteração dos pressupostos do despedimento individual. Não se procedendo assim, o legislador será fatalmente conduzido pela fé cega em correlações teóricas à espera de confirmação (como a de que a redução da protecção do emprego gera mais emprego e reduz a "segmentação" do mercado de trabalho) ou, simplesmente, pela crença ideológica de que a prosperidade só se alcança com um poder empresarial forte, mais horas de trabalho, salários baixos e trabalhadores submissos[40].

Vale a pena, nessa perspectiva, considerar os ajustamentos que a Lei 23/2012 introduziu nas condições em que os despedimentos individuais *não disciplinares* podem ser realizados. As modalidades contempladas são, como se sabe, o despedimento por *extinção do posto de trabalho* e o despedimento por *inadaptação superveniente do trabalhador.*

15. Quanto ao *despedimento por extinção do posto de trabalho*, há que considerar várias importantes modificações de regime.

A primeira diz respeito à *escolha do trabalhador a despedir*, quando existe "uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico" (art. 368º). Só muito raramente, com efeito, é possível identificar ou situar de modo diferenciado um posto de trabalho a extinguir. Para isso, é, em regra, necessário que se trate de funções singularizadas na estrutura da empresa e individualmente atribuídas a certa pessoa (telefonista, recepcionista, chefe de um certo departamento ou secção...). Não sendo esse o caso – ou seja, verificando-se a hipótese descrita no art. 368º –, a identificação do posto de trabalho extinto *supõe* a escolha de um trabalhador cujo contrato cessará.

Anteriormente, o Código impunha (nesse mesmo art. 368º) uma ordem de precedência que, se observada, conduzia ao afastamento do trabalhador com menor antiguidade no posto de trabalho, na categoria ou na empresa[41]. A nova redacção dada ao art. 368º/2 pela Lei 23/2012 foi em sentido bem diferente. Como se advertia na exposição de motivos da proposta de lei, "transfere para o empregador a responsabilidade pela definição de um critério" que deve ser "relevante e não discriminatório".

A protecção dos trabalhadores mais antigos constitui uma resposta ao problema da redução da sua empregabilidade e releva, pois, de uma atendível preocupação de ordem social. Mas, por outro lado, numa perspectiva económica e organizacional – a única merecedora da ponderação do "actual" legislador do trabalho –, entende-se que, em muitos casos, a extinção de um posto de trabalho

---

[39] Como é evidente, falta informação estatística credível sobre as vias jurídicas de perda de emprego por parte de muitos dos que, em número de centenas de milhares, recorrem aos Centros de Emprego e se candidatam ao respectivo subsídio. Na verdade, mesmo as formas jurídicas declaradas ocultam realidades muito diversas.

[40] É verdade que algumas experiências ditatoriais, na Europa e na América Latina, oferecem apoio a tal convicção...

[41] Saliente-se o facto de essa ordem de precedência não ser atendível no âmbito do regime do despedimento colectivo.

é uma medida de sentido *quantitativo*, traduzindo-se numa "redução de pessoal" apontada (presumivelmente) a um aumento de eficiência. Um empregador que se conduza por critérios racionais não deixará de salvaguardar a permanência dos mais antigos que representem para a empresa benefícios de experiência, de perícia e de identificação cultural.

Acresce que os critérios "relevantes e não discriminatórios" adoptados pelo empregador estariam sujeitos a explicitação e até a "prova" (não se percebendo em que poderia esta consistir), sempre que houvesse oposição por parte da estrutura representativa dos trabalhadores, ou do próprio trabalhador designado para sair da empresa (art. 371º/2-*c)*). Estes poderiam sustentar que se tratava de uma sanção abusiva disfarçada, ou de um acto discriminatório (porventura em função da idade...), tendo o empregador que demonstrar a natureza e a consistência dos motivos "de mercado, estruturais ou tecnológicos" que explicavam o despedimento *daquele* concreto trabalhador. Tudo visto, não parecia que esta modalidade passasse a oferecer aos empregadores maiores garantias de segurança do que até aqui.

Entretanto, é inegável que a alteração de regime feita em 2012 redundava em forte aproximação ao paradigma regulatório do despedimento colectivo[42]. Também no despedimento por extinção do posto de trabalho se pretendeu reconduzir a justificação ao plano da *razoabilidade* e *adequação*, num quadro de pura conveniência da empresa – ficando de fora, apenas, o puro arbítrio e a discriminação. Uma segunda preocupação subjacente ao anterior regime legal – a da *objectivação* do motivo do despedimento – ficava assim em aberto. E, como se verá adiante, este aspecto era susceptível de levantar a questão da conformidade constitucional.

16. Uma segunda alteração referiu-se ao *ónus de ocupação substitutiva*, o qual foi, simplesmente, erradicado do regime de qualquer das duas modalidades de despedimento individual não disciplinar.

No regime legal anterior à reforma de 2012, o empregador, para que pudesse invocar justa causa de despedimento, tinha que realizar diligências (as quais podiam, naturalmente, ser infrutíferas) no sentido de facultar ao trabalhador em risco de despedimento um outro posto de trabalho compatível com a sua "categoria" (art. 367º/4) ou "qualificação profissional" (art. 376º/1-c)) do trabalhador[43]. O referido ónus implicava fazer tentativas sérias e razoáveis de recolocação, e *não* criar empregos artificiais.

Esta exigência legal correlacionava-se, estreitamente, com a determinação da justa causa de despedimento, entendida (por definição da própria lei, que não se alterou) como situação de "impossibilidade prática da subsistência da

---

[42] De resto, um argumento muito repetido é que, sendo fácil despedir um conjunto de trabalhadores, não se entende que seja tão difícil despedir um só... Na verdade, a diferenciação do despedimento colectivo relativamente ao individual está longe de ser quantitativa; o debate, na Assembleia Constituinte, em torno do art. 53º tornou evidente essa diversidade de natureza.

[43] As referências à "categoria" e à "qualificação" não são, a nosso ver, limitativas do campo das possibilidades de ocupação alternativa. Bastará que o trabalhador aceite um outro posto de trabalho, ainda que com remuneração inferior – preferindo-o ao desemprego —, para que o desígnio da lei se tenha por realizado.

relação de trabalho" – ou seja, de *inexigibilidade da conservação do contrato* pelo empregador.

Tal correlação era abertamente declarada pela lei, no tocante ao despedimento por extinção do posto de trabalho: depois de, no art. 368º/1-b), se exigir a referida "impossibilidade prática", esclarecia-se, na formulação originária do nº 4 do mesmo artigo, que ela existia quando o empregador não dispusesse de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador.

Relativamente ao despedimento por inadaptação, a geometria era outra, mas ia dar no mesmo: exigia-se, no art. 374º, que certas constatações de facto, relativas ao desempenho do trabalhador, revelassem a mesma "impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho"; e, no art. 375º, eram alinhadas as condições que era preciso preencher para que tal hipótese se pudesse ter por verificada – uma das quais era que não existisse na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador.

Por outras palavras: a concepção legal da justa causa de despedimento, assente na ideia de *inexigibilidade*, supunha a verificação da inviabilidade prática da recolocação do trabalhador. A lógica da lei era cristalina: não podia considerar-se "praticamente impossível" a subsistência da relação de trabalho quando existisse, na empresa, uma vaga compatível com as qualificações do trabalhador – não havendo, por outro lado, razões disciplinares contra ele.

Aí se estabelecia com clareza o nexo de conformidade entre a lei e a Constituição. Na verdade, a noção de justa causa suposta pelo art. 53º da Constituição – que expressamente *proíbe* os despedimentos sem justa causa – corresponde, como é entendimento hoje pacífico da jurisprudência, à concepção do despedimento individual como *ultima ratio*, como último recurso, em situações que não deixam ao empregador alternativa conservatória do contrato.

Ora a redacção do art. 368º, introduzida pela Lei 23/2012, procedia à eliminação do ónus de ocupação substitutiva – o que redundava na legitimação do despedimento sem que houvesse "impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho". A crise de constitucionalidade estava à vista, e viria a confirmar-se mais tarde.

17. Finalmente, há que aludir à remodelação do regime do *despedimento por inadaptação superveniente*.

Na sua configuração originária, a "inadaptação", revelada por determinados sintomas que a própria lei cuida de descrever[44], pressupunha a introdução de "modificações no posto de trabalho resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou de equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia" (art. 375º).

[44] Veja-se o art. 374º/1 do Código do Trabalho: redução continuada de produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho, riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros.

A nova formulação imposta pela Lei 23/2012 introduz, em paralelo, a noção de "inadaptação sem modificação do posto de trabalho", ou seja, estende a possibilidade de despedimento aos casos de "modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador" de que resultem efeitos negativos, e a que seja razoável atribuir "carácter definitivo" (art. 375º/2-*a)*).

É evidente o propósito de reintroduzir a possibilidade de despedimento por *inaptidão* do trabalhador, resultante, nomeadamente, da redução de aptidões físicas ou psíquicas ou mesmo do grau de diligência colocado na prestação de trabalho. Está-se, por outro lado, fora do âmbito disciplinar[45] – embora a inexistência de culpa do trabalhador não conste da caracterização da hipótese considerada. Tratar-se-á de casos em que o trabalhador, sem culpa, ou com um grau inferior de culpa, manifeste uma redução ou mesmo cessação das aptidões físicas, psíquicas ou técnicas que levaram à sua contratação e serviram de suporte à sua prestação de trabalho até certo momento. Tal situação surgirá com especial frequência nas chamadas "profissões de desgaste", mas pode ocorrer em qualquer actividade. A ausência de culpa exclui a justa causa disciplinar, e a inaptidão pode não ser consequência de qualquer modificação técnica ou organizacional.

Por outro lado, a hipótese considerada é a de não ser imputável ao empregador a situação de inaptidão verificada. Não é difícil conceber casos em que um forte aumento da pressão exercida sobre o trabalhador no sentido de obter dele um maior rendimento, ou mesmo procedimentos reconduzíveis à noção de assédio, se mostrem capazes de produzir reduções na normal capacidade para o trabalho e até mesmo perturbações psicossociais porventura merecedoras de consideração semelhante à da doença profissional. Estão também, naturalmente, fora do âmbito da hipótese que se tem em vista as consequências de acidentes de trabalho e de doenças profissionais.

18. De tudo isto resulta que a nova configuração da "inadaptação" é razoavelmente equívoca, situando-se a meio caminho entre o despedimento por motivo objectivo e o despedimento disciplinar. O próprio regime processual associado foi, iniludivelmente, delineado por imitação do procedimento disciplinar para despedimento. O empregador "aprecia" a actividade prestada, dá ao trabalhador ordem para a "corrigir", comunica-lhe a "intenção de proceder ao despedimento", ao que o trabalhador pode reagir juntando documentos e solicitando "diligências probatórias", etc..

Independentemente de outras ponderações de política legislativa, não parece que o alargamento da "inadaptação" aos casos de inaptidão superveniente, sem culpa do trabalhador, ofereça dificuldades do ponto de vista constitucional. O sistema jurídico-laboral português não comporta uma visão "retributiva" da justa causa – uma visão que suporia a limitação da justa causa às situações de indisciplina –, mas sim uma concepção mais ampla, susceptível de abarcar situações não culposas. O despedimento individual surge, no art. 328º/1, como um "castigo", mas não se esgota aí o seu domínio de funcionalidade jurídica.

[45] Como é sabido, a falta de diligência e as "reduções anormais de produtividade", se atribuíveis a culpa do trabalhador, constituem infracção disciplinar que pode fornecer justa causa para despedimento (art. 351º).

como evidencia o facto de a lei, sem censura constitucional, prever e regular "justas causas objectivas".

De resto, a inadaptação, como justa causa de despedimento configurada anteriormente pelo Código, contemplava já todos os elementos indiciários da inaptidão – nomeadamente a "redução continuada de produtividade ou de qualidade" (art. 374º/1-a)) –, acrescentando-lhes apenas a exigência de "modificações no posto de trabalho" (art. 375º/1-a)). Esta exigência poderia encarar-se como um instrumento de "desculpabilização" da alteração de comportamento profissional do trabalhador (só a modificação, imputável ao empregador, explicaria as deficiências surgidas na prestação de trabalho), mas, ainda nesse caso, a verdadeira *causa* do despedimento seria sempre o *irrecuperável* cumprimento defeituoso da função pelo trabalhador.

16. Não se via, pois – e o Tribunal Constitucional viria a confirmá-lo –, obstáculo decisivo ao acolhimento, pela lei laboral, deste tipo de "justa causa", desde que se mantivesse dentro dos varais da inexigibilidade, isto é, do despedimento sem alternativa. A inaptidão do trabalhador – fossem quais fossem as circunstâncias em que ela se revelasse – só seria concebível como justa causa se a partir dela se gerasse uma situação de *inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho* – ou seja, uma situação em que não fosse possível encontrar alternativa razoável de ocupação do trabalhador pelo mesmo empregador.

Ora, mais uma vez, foi esse traço fundamental que a Lei 23/2012 pretendeu apagar, reconduzindo o despedimento por inadaptação a uma espécie de sucedâneo do despedimento disciplinar, como meio de exclusão de um trabalhador cujo rendimento esteja abaixo do exigido, sem as dificuldades de prova que a exigência de culpa comportaria, e dispensando-se qualquer diligência no sentido da ocupação substitutiva. Damos por reproduzidas aqui as observações que atrás se fizeram acerca da mesma solução no regime do despedimento por extinção do posto de trabalho.

§ 3. Um primeiro balanço

17. Perante a publicação da grande reforma de 2012, seria lícito considerar completo o ciclo das alterações ao Código do Trabalho, fundadas em compromissos assumidos no âmbito do *Memorando de Entendimento* de 2011 ou, simplesmente, na viragem ideológica que a acção governativa revelou por essa mesma altura.

A codificação das normas de trabalho, considerada por muitos, ao longo do tempo, como indesejável (além de demasiado difícil) por introduzir um factor de imobilismo numa legislação que se quer adaptável, já tinha, entretanto, manifestado clara compatibilidade com toda a sorte de ajustamentos e até inflexões político-jurídicas. E a verdade é que a codificação não perdeu textura com a reforma de 2012, apesar do carácter penetrante que esta assumiu.

De facto, com a Lei 23/2012, operou-se não só um conjunto de modificações pontuais ao Código mas, sobretudo, uma *inversão da política legislativa* em matéria laboral: acentuação da individualização das condições de trabalho,

derrogabilidade de regimes de protecção anteriormente imperativos, redução de diversos benefícios económicos (acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar, compensações por cessação do contrato de trabalho e de tempos de descanso), facilitação de despedimentos por motivo não disciplinar, anulação dos regimes convencionais anteriores que fossem mais favoráveis aos trabalhadores.

A situação de "emergência financeira" declarada em 2011 e a evolução desfavorável do mercado de trabalho – a taxa de desemprego subiu rapidamente aos dois dígitos e situava-se, em meados de 2013, acima dos 17% — forneceram um quadro favorável a essa profunda mudança de orientação do ordenamento legal. Instalava-se assim no centro do palco o "novo" legislador do trabalho, com a missão de produzir um "direito do trabalho regressivo".

Como se observou atrás, o Código do Trabalho não perdeu textura, mas mudou claramente de substância. Não se desmembrou como corpo normativo, mas os seus alicerces dogmáticos deslocaram-se de modo notório. A magnitude dessa manobra legislativa seria de molde a gerar a expectativa de que um período de estabilidade normativa iria seguir-se. No entanto, não foi isso que ocorreu.

18. Duas ordens de razões convergiram no sentido de manter vivo o fluxo de alterações legislativas nesse domínio.

A primeira resultou de conveniências atinentes ao próprio desenvolvimento da reforma pretendida[46]: por um lado, a de atenuar ou gradualizar o efeito traumático de algumas das alterações contempladas no *Memorando* e/ou no *Compromisso*, em especial as referentes à radical modificação dos factores de cálculo das compensações por cessação do contrato de trabalho[47]; por outro, a de conceber e estruturar um instrumento de aligeiramento dos encargos patronais em caso de cessação de contratos (e também de garantia do recebimento das compensações pelos trabalhadores), já várias vezes referido em documentos programáticos anteriores: o "fundo de compensação do trabalho ou mecanismo equivalente"[48]; enfim, a conveniência de prolongar no tempo a aplicação de algumas medidas "de emergência", como a permissão da renovação extraordinária de contratos a termo ou a suspensão dos regimes convencionais mais favoráveis, nomeadamente em matéria de acréscimos remuneratórios por trabalho suplementar.

---

[46] Haverá que atribuir um lugar à parte à Lei 47/2012, de 29 de Agosto, que, entre outras matérias, alterou as normas do Código do Trabalho respeitantes às condições de admissão de jovens ao emprego.

[47] Iniciado esse processo com a Lei 53/2011, de 14 de Outubro, referente apenas aos contratos de trabalho futuros (relativamente a esses, a compensação passava a ser de 20 dias de retribuição base mis diuturnidades por mês de antiguidade, com o limite de 12 meses, ele foi continuado pela Lei 23/2012, que estendeu a regra a todos os contratos, e concluído (ao menos por agora) pela Lei 69/2013, de 30 de Agosto, que reduziu de 20 para 12 dias o primeiro factor de cálculo.

[48] Como atrás se assinalou no texto, a ideia aparece referida, e até algo pormenorizada, no Acordo Tripartido celebrado, no âmbito da concertação social, em Março de 2011, e ao qual são feitas referências directas no Memorando de Entendimento elaborado pouco depois. Também o Compromisso celebrado em Janeiro de 2012 retomou o tema. Finalmente, a Lei 70/2013, de 30 de Agosto, estabeleceu os regimes, não de um, mas de dois fundos: o "fundo de compensação do trabalho" e o "fundo de garantia de compensação do trabalho". Estas designações são de tal modo enigmáticas que a natureza de tais figuras só pode ser descortinada através da leitura do diploma.

A segunda ordem de explicações para a continuidade do fluxo legislativo encontra-se no facto de o Tribunal Constitucional ter, já em 2013, mais de um ano após a publicação da Lei 23/2012, emitido um acórdão[49] em que se declarou a inconstitucionalidade de algumas das normas contidas nessa lei, impondo a repristinação dos textos anteriores ou a correcção dos novos.

Essa importante decisão teve, em todo o caso, um impacto reduzido na globalidade da reforma legislativa empreendida a partir de 2011. Desde logo, e ao contrário da versão mais corrente segundo a qual o Tribunal Constitucional teria assumido um papel obstrutivo da política legislativa em execução, o acórdão assenta num conjunto de pressupostos e de referenciais decisórios que patenteia clara homogeneidade com o pensamento do legislador[50]. Surpreendentemente, o quadro de "emergência financeira" e os "compromissos" assumidos para a superar – incluindo os objectivos de "aumento da produtividade e da competitividade da economia"[51] – surgem investidos de materialidade constitucional e, o que não é de menor importância, elevados a uma prioridade geral e sistemática sobre os direitos e garantias dos trabalhadores explicitamente consagrados na Lei Fundamental. Só os derradeiros pilares do Estado de Direito – a igualdade e a protecção da confiança – são tomados em conta, no referido acórdão, como imperativos insuperáveis na escolha dos meios de combate à "crise". Depois, a verdade é que só uma parte muito reduzida das alterações legislativas constantes da Lei 23/2012 mereceu a censura do Tribunal Constitucional. Neste ponto, a decisão serviu também para evidenciar como são infundadas as críticas dirigidas à Constituição portuguesa, por nela se querer ver obstáculos intransponíveis à "flexibilização laboral". Como se disse, a reforma de 2012 representou uma autêntica inversão de marcha na evolução do sistema regulador das relações de trabalho. Perante ela, um Tribunal Constitucional suspeito de "activismo judiciário" e de procurar a "judicialização da política" produziu uma decisão claramente "mínima", que pouca influência teve na nova configuração do ordenamento laboral.

Mesmo assim, porém, ela determinou a necessidade de legislação correctiva.

§ 4. A CORRECÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADES

19. Pela sua importância e dimensão, vale a pena considerar, primeiramente, as novas medidas legislativas destinadas a dar execução à decisão do Tribunal Constitucional.

---

[49] Acórdão TC nº 602/2013, de 20 de Setembro, acessível em www.dgsi.pt. A designação de "acórdão" é tradicional, em Portugal, para as decisões judiciais adoptadas por órgãos colegiais, como é o caso dos tribunais de segunda instância (Tribunais de Relação) e de terceira (Supremo Tribunal de Justiça). O termo provém de "acordam", que significa "põem-se de acordo" (os juízes) sobre certa decisão.

[50] Veja-se uma breve demonstração no nosso O Tribunal Constitucional perante a "reforma laboral" de 2012, JURISMAT, nº 4, 2014, pp. 149 segs..

[51] A dado passo do acórdão, na fundamentação de uma das decisões de conformidade constitucional – sobre a suspensão de cláusulas das convenções colectivas referentes ao trabalho suplementar — , lê-se o seguinte: "também se mostra adequada, necessária e equilibrada em vista da salvaguarda de interesses constitucionalmente relevantes como o cumprimento das metas e compromissos assumidos internacionalmente no quadro do MoU e a própria competitividade da economia nacional"(itálico nosso).

Recorde-se que essa decisão compreendia a declaração de inconstitucionalidade de algumas alterações aos regimes das duas modalidades de despedimento individual não disciplinar: o despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação superveniente do trabalhador. Tratava-se, em suma, daquilo que qualificámos como "uma incursão experimental num domínio vedado"[52], uma de várias operações do mesmo tipo empreendidas desde os anos oitenta, consistentes em tentativas mais ou menos imaginativas de superar os obstáculos constitucionais à liberdade de despedir. A frustração de tais tentativas quase nunca foi total: se os aspectos mais salientes e ostensivos têm sido erradicados por rotundas declarações de inconstitucionalidade, sempre ficou um resíduo mais ou menos importante – por vezes, estrategicamente *muito* importante – que se traduz num avanço significativo daquela prerrogativa patronal[53]. Tal foi, mais uma vez, o saldo da "incursão" tentada com a Lei 23/2012.

Tanto no respeitante ao despedimento por extinção do posto de trabalho como quanto ao despedimento por inadaptação, o legislador de 2012 pretendeu – como atrás assinalámos – eliminar o ónus de *repêchage* (tentativa de oferecer ao trabalhador ocupação alternativa) que o regime legal dessas modalidades sempre impôs ao empregador[54]. Entendendo, de modo unânime, que tais alterações vulneravam a exigência constitucional de justa causa de despedimento, o Tribunal Constitucional não teve dúvidas em considerá-las inconstitucionais, por violação do disposto no art. 53º da Lei Fundamental.

A repristinação automática dos textos alterados (arts. 368º/4 e 375º/1-d)) decorreria, como é sabido, da mera aplicação do disposto no art. 282º/1 da Constituição. No entanto, a Lei 27/2014, de 8 de Maio, veio tornar incontroverso esse retorno aos textos anteriores, convertendo a repristinação em nova alteração ao enunciado das referidas disposições, no teor que lhes tinha conferido a Lei 23/2012.

Cremos que, sob a aparência de uma operação de simples ajustamento de textos, normativamente neutral, existe algo mais, um "resíduo" útil na perspectiva da estratégia de aligeiramento do regime dos despedimentos. O ponto diz respeito ao despedimento por inadaptação do trabalhador.

---

[52] Cfr. o nosso O Tribunal Constitucional perante a "reforma laboral" de 2012 cit., p. 156.

[53] Esclareça-se que alguns desses avanços eram indispensáveis, dado o carácter disfuncional (ou até mesmo contraproducente) que as normas repressivas do despedimento assumiam, na fórmula que estabilizada em 1976. Era, nomeadamente, forçoso admitir – sem vulneração do critério constitucional da justa causa de despedimento – hipóteses de resolução do contrato de trabalho pelo empregador com fundamentos não disciplinares, o que só foi possível, após forte controvérsia constitucional e política, com o Decreto-lei 64-A/89, de 27 de Fevereiro.

[54] A formulação correspondente a essa vinculação não é igual para as duas modalidades. Quanto à primeira (extinção do posto de trabalho), o art. 368º/4 dispõe: "uma vez extinto o posto de trabalho, considera-se que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador" – é, pois, directamente evidenciada a inerência dessa condição à verificação de justa causa. Já para a segunda modalidade (inadaptação do trabalhador), a fórmula legal, constante do art. 375º/1-d), surge, aparentemente, desligada dessa verificação: o despedimento "só pode ter lugar" desde que (entre outras condições cumulativamente exigidas) "não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador". O resultado, porém, é exactamente o mesmo, pois o conjunto das condições requeridas pelo art. 375º/1 não é mais do que o pressuposto da verificação da justa causa de despedimento. Há, no entanto, um "resíduo", como adiante se notará.

Já referimos que, na sua versão anterior à reforma laboral de 2012, o Código do Trabalho previa e regulava somente a possibilidade de despedimento por "inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho" (art. 373º) numa situação particular: a de terem sido "introduzidas modificações no posto de trabalho" (art. 375º/1-*a*)). A resolução do contrato pelo empregador era justificada pela irremediável incapacidade de ajustamento do trabalhador ao posto de trabalho *modificado*. Para que tal justificação se tornasse irrefragável, a lei formulava exigências adicionais, uma das quais era (e é) a da tentativa de recolocação do trabalhador (*repêchage*), aludida na al. d) desse mesmo artigo. A tentativa de eliminação desta alínea (pela Lei 23/2012) foi, como se disse, frustrada pelo Tribunal Constitucional, e a Lei 27/2014 encarregou-se de a repor formalmente.

No entanto, a Lei 23/2012 "criou", como é também sabido, uma outra modalidade de "inadaptação superveniente": a que se manifeste, *sem modificação do posto de trabalho*, pela "modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador" (art. 375º/2-*a*)), isto é, pela redução da qualidade e/ou do rendimento da prestação de trabalho, *sem culpa* de nenhuma das partes. Reentrou assim no sistema a possibilidade do despedimento individual por *perda de aptidões* do trabalhador, que estava excluída desde 1976.

Esta modalidade apareceu, na Lei 23/2012, subordinada a um conjunto de requisitos (elencados no art. 375º/2), *entre os quais se não contava o ónus da tentativa de recolocação*. A reposição dessa exigência, pela Lei 27/2014, para cumprimento da decisão do Tribunal Constitucional, diz apenas respeito à modalidade de despedimento por inadaptação *que já existia* e sobre cujo regime a Lei 23/2012 tinha agido de modo considerado inconstitucional, eliminando o referido ónus. A omissão dele no (novo) regime da inadaptação sem modificação do posto de trabalho – isto é, por perda de aptidões do trabalhado – surge assim como uma *aquisição* da "reforma laboral" deixada incólume pelo escrutínio constitucional.

É certo que se trata de uma aquisição muito modesta e precária. O regime da nova modalidade está ainda coberto pela exigência geral de impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho[55] e mantém-se, assim, dentro do perímetro de legitimidade reconhecido pela Constituição no art. 53º. A verificação dessa impossibilidade prática deverá, mesmo no silêncio da lei (um silêncio que, em todo o caso, sugere contextualmente uma linha de actuação), passar frequentemente pela procura e eventual oferta de ocupação alternativa, ainda que em nível hierárquico e remuneratório inferior[56], quanto mais não seja por razões prudenciais. Poucas serão as situações em que a inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho por perda de aptidões do trabalhador seja imediatamente apreensível, verificável e demonstrável. Aquisição modesta, pois. Mas também precária, dado que a assimetria entre os dois regimes de inadaptação, neste ponto específico, é de tal modo notória e difícil de explicar

[55] Na verdade, o nº 2 do art. 375º, em que surgem os requisitos dessa nova modalidade, refere-se à "situação referida no º 1 do artigo anterior", que é caracterizada por essa "impossibilidade prática".

[56] Cremos, com efeito, que a "compatibilidade" com a categoria do trabalhador deve ser entendida em termos muito amplos, tendo em conta a provável prevalência do interesse na manutenção do emprego.

que os riscos judiciais associados – inclusivamente no plano da fiscalização concreta de constitucionalidade (arts. 204º e 280º da Constituição) – não podem deixar de considerar-se elevados.

20. Outra inconstitucionalidade denunciada pelo acórdão 602/2013 dizia respeito ao *critério de escolha do trabalhador a despedir*, em caso de extinção de um posto de trabalho pertencente uma pluralidade com conteúdo funcional idêntico.

No regime anterior do Código, essa escolha era condicionada por um critério "social" de prioridades legalmente imposto (art. 368º/2) – um critério manifestamente inspirado na protecção dos menos empregáveis (mais velhos ou mais antigos)[57]. Naturalmente controverso, esse condicionamento tinha por si, pelo menos, o facto de justificar uma ingerência legal, por representar uma limitação à livre decisão do empregador, face ao sentido mais provável que essa decisão tomaria. De qualquer modo, o sentido *fundamental* da norma derivava de preocupações de tutela de pessoas em situação vulnerável, e não, propriamente, duma exigência abstracta de "objectividade" da escolha, isto é, de prevenção do arbítrio ou da discriminação, que sempre seria alcançável por outros meios e trajectos jurídicos.

A Lei 23/2012 atingiu, nesse ponto, o *climax* da afirmação ideológica: pretendeu substituir o critério *legal* de prioridades pelo critério *do empregador*, sob o enigmático condicionamento de que se tratasse de "critérios relevantes e não discriminatórios face aos objectivos subjacentes à extinção do posto de trabalho". Apesar da abundância das questões de interpretação que este trecho poderia suscitar, o que era relevante era, afinal, o omitido: a lei prescindia de qualquer cuidado relativamente à escolha em causa, nomeadamente pelo que respeita à posição dos despedidos face às oportunidades de trabalho. A posição do legislador face à questão passava a ser de *neutralidade* – uma neutralidade que, neste domínio, não o é realmente, pois redunda na atribuição de prevalência ao interesse e à vontade de um dos contraentes.

O Tribunal Constitucional, como se assinalou, viu neste regime uma incompatibilidade com a Constituição, mas partindo de um pressuposto – o de que o critério legal visava essencialmente a "objectivação" da escolha, exigida pela noção de justa causa – que, com a vénia devida, julgamos menos certeiro, pelas razões indicadas. O facto de a fórmula introduzida pela Lei 23/2012 ser um conjunto de conceitos vagos e indeterminados – o que parece incontestável – seria incompatível com uma noção de justa causa isenta de todo o subjectivismo por parte de quem a invoque. O Tribunal não se mostrou, pois, particularmente sensível – e pode bem perguntar-se se existiria fundamento constitucional suficientemente sólido para que outra fosse a sua postura – às preocupações sociais que, de ordinário, servem de fundamento às intervenções do legislador do trabalho neste campo.

Face ao carácter discutível do critério de escolha anteriormente fixado no Código, sobretudo no quadro de uma política legislativa manifestamente votada

[57] De notar o facto surpreendente da inexistência de qualquer constrangimento legal da escolha dos trabalhadores a despedir, em caso de despedimento colectivo.

à recuperação dos espaços do poder patronal na empresa e ao favorecimento dos interesses da gestão da empresa, entende-se bem que a mera repristinação do normativo anterior não fosse considerada solução satisfatória. Assim, a Lei 27/2014 lançou uma nova redacção do art. 368º/2, em que se estabeleceu uma "ordem de critérios relevantes e não discriminatórios" a observar na escolha do trabalhador a despedir, na hipótese que temos vindo a considerar (extinção de um posto de trabalho dentro de um conjunto de postos funcionalmente idênticos). Seguindo a vereda sinalizada pelo Tribunal Constitucional, a nova norma enuncia uma ordem de prioridades para o despedimento que, manifestamente, procura interpretar com a maior aproximação possível os critérios que seriam mais provavelmente adoptados por um empregador médio, à luz das normais conveniências de gestão da empresa: deverá escolhido o trabalhador com pior avaliação de desempenho, ou menos habilitado ou qualificado, ou mais custoso, ou com menor experiência na função, ou, enfim, com menor antiguidade na empresa[58]. A finalidade assumida – por indicação do acórdão – é a de garantir a "objectividade" da escolha, obstando a que o empregador despeça por capricho, mera antipatia ou mesmo encapotada discriminação. Como se disse, esse objectivo seria alcançável por outros meios jurídicos. Mas de toda a evolução resultou um efeito "residual" útil, na perspectiva da inversão de política legislativa em curso: a erradicação de um qualquer critério "social" de escolha do trabalhador a despedir, que constituía a única verdadeira e convincente razão de uma intervenção do legislador neste ponto.

E com este resultado se completou o pequeno quadro de alterações legislativas introduzidas pela Lei 27/2014, em cumprimento da decisão do Tribunal Constitucional.

§ 5. As renovações extraordinárias de contratos a termo

21. Por duas vezes – até ao momento em que redigimos estas notas –, foi legalmente estabelecido um regime de renovação extraordinária dos contratos de trabalho a termo certo. Foram pois mantidos – como regras – os limites que o Código do Trabalho estabelece quanto ao número de renovações e à duração total dos vínculos a termo: três renovações, o que significa quatro períodos; três anos de duração total, para os casos gerais, e dois anos ou 18 meses, para os casos particulares de início de actividade e de candidato ao primeiro emprego ou desempregado de longa duração, respectivamente (art. 148º/1 do Código do Trabalho).

Os regimes de renovação extraordinária foram fixados pelas Leis 3/2012, de 10 de Janeiro, e 76/2013, de 7 de Novembro[59]. A sua inspiração é muito

[58] A propósito desta ordem de prioridades, gerou-se um curioso, embora inteiramente estéril, esforço hermenêutico em torno das expressões utilizadas pelo legislador. Na perspectiva em que situamos a nossa análise, o que é interessante e significativo é o facto de, previsivelmente, em muitos casos, a escolha vir a ser feita em termos correspondentes aos do critério antigo (menor experiência, menor antiguidade).

[59] O diploma de 2012 visava os contratos que atingissem os limites legais até 30 de Junho de 2013, e admitia duas renovações adicionais, com a duração total de 18 meses. O de 2013, por seu turno, tomou como alvos os contratos que, até 7 de Novembro de 2015, atingissem os limites legais gerais (não tendo havido renovações extraordinárias) ou os da Lei 3/2012 (tendo sido extraordinariamente renovados), e admite mais duas renovações, com a duração máxima de 12 meses.

semelhante à do longínquo Decreto-lei 781/76, de 28 de Outubro, medida de emergência adoptada num quadro de congelamento do emprego, através da qual já se confiou então, por conseguinte, à contratação a prazo o papel de válvula de segurança para disfunções do mercado de trabalho[60]. Agora, o legislador procura, através do alongamento da duração dos contratos transitórios – em todo o caso, um alongamento não automático, mas dependente da vontade dos contraentes e envolvendo, por conseguinte, o acordo de renovação a que alude o art. 149º/2 –, refrear a hemorragia de empregos que diversos factores conjunturais, incluindo a nova legislação sobre despedimentos e suas compensações, iriam necessariamente desencadear. Acreditou-se que a possibilidade de manter, por mais tempo, postos de trabalho como precários – apesar de, porventura, lhes corresponderem características de permanência – poderia amortecer a destruição de empregos. Afigura-se muito difícil apurar em que medida essa convicção foi confirmada ou infirmada pelos factos. Em todo o caso, o mais recente dos diplomas referidos – a Lei 76/2013 – prevê a elaboração, no quadro da Comissão Permanente de Concertação Social, de um "relatório intercalar" sobre o impacto do regime de renovação extraordinária, após um ano de vigência desse mesmo diploma, ou seja, em Novembro de 2014.

22. Em simultâneo com a actuação desses regimes de renovação extraordinária de contratos a termo resolutivo, desenvolvia-se um outro processo, a que faremos referência um pouco adiante: o da modificação dos factores de cálculo das compensações por cessação do contrato de trabalho, no sentido da sua progressiva redução. Esse processo iniciara-se, por imperativo do *Memorando*, antes mesmo da reforma de 2012[61], e visava, além do mais, a uniformização do processo de cálculo para contratos a termo e sem termo[62], pretendendo acautelar os "direitos adquiridos"[63].

Explica-se deste modo o facto de os regimes de renovação extraordinária conterem, no que toca ao cálculo das compensações por caducidade, disposições de carácter transitório, aliás de teor diferente[64], que, por sua vez, remetem para outras, particularmente intrincadas, como as que constam do art. 6º da Lei 69/2013, de 30 de Agosto.

---

[60] No caso, o próprio legislador, no preâmbulo do diploma, se explicava com clareza: "Tendo ainda em conta que a contratação a prazo, desde que rodeada das necessárias cautelas, pode propiciar, a breve trecho, um significativo aumento da oferta de emprego, susceptível de posterior estabilização...".

[61] Referimo-nos à Lei 53/2011, de 14 de Outubro, que estabeleceu "um novo sistema de compensação em diversas modalidades de cessação do contrato de trabalho, aplicável apenas aos novos contratos de trabalho". Esse "novo sistema" consistiu, fundamentalmente, na substituição da base de cálculo de um mês por 20 dias de retribuição e diuturnidades, a multiplicar pelo número de anos completos de antiguidade, e pela fixação de um limite máximo (12 meses de retribuição mais diuturnidades) onde antes só existia um mínimo (três meses) que também foi eliminado. Note-se que o Memorando impunha a redução da base de cálculo para 10 dias.

[62] Na versão anterior do Código, os arts. 344º e 345º estabeleciam um regime específico de compensação em caso de caducidade do contrato a termo certo ou incerto: "três ou dois dias de retribuição base e diuturnidades por cada mês de duração do contrato, consoante esta não exceda ou seja superior a seis meses, respectivamente".

[63] Ponto 4.4.ii) do Memorando.

[64] Art. 4º da Lei 3/2012; art. 4º da Lei 76/2013.

§ 6. A REDUÇÃO DAS COMPENSAÇÕES POR CESSAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E OS FUNDOS DE COMPENSAÇÃO E GARANTIA

23. Uma boa parte das medidas incidentes na "regulação do mercado de trabalho" era dirigida, como lugar próprio sublinhámos, à redução dos custos dos despedimentos e, mais amplamente, da eliminação de postos de trabalho. Os documentos programáticos que enquadraram a "reforma laboral", com natural saliência para o *Memorando*, assentavam claramente – embora não declaradamente – na convicção de que a regeneração económica do país teria que envolver um forte *turnover* da mão-de-obra, com provável destruição de um grande número de empregos excedentários ou subqualificados. No mesmo sentido, pensava-se – embora em nenhum lugar se dissesse abertamente – que a baixa produtividade do trabalho em Portugal teria o seu remédio no aumento das cargas de trabalho sem acréscimo dos salários. Era o chamado "ajustamento" – um dos eufemismos que a gestão da "crise" produziu às dúzias. E uma das vias desse aumento de cargas sem custos – para além das formas de adaptabilidade dos tempos de trabalho, da redução de tempos de repouso e da drástica diminuição de compensações por trabalho extra – consistiria em se confiar os mesmos volumes de produção a menos trabalhadores. A manobra deparava, no entanto, com obstáculos, não só derivados das dificuldades legais de despedir – uma "anomalia" com que houve que lidar, dado a sua protecção constitucional – mas também dos custos que o pagamento das compensações respectivas implicava.

Tudo isso se reflectiu em medidas constantes do *Memorando* e dos acordos de concertação social firmados antes e depois dele. Já se viu como foi tentada, com a Lei 23/2012, a facilitação dos despedimentos individuais por causa não disciplinar, e como foi reduzido (embora não nulo) o sucesso dessa tentativa.

Pelo lado dos custos da extinção de contratos, o *Memorando* continha (no seu ponto 4.4) um programa de acção gradual tendente, em simultâneo, à forte diminuição desses custos e à uniformização do seu processo de cálculo para qualquer tipo de vínculo laboral.

24. O processo foi iniciado, como atrás se disse, com a *Lei 53/2011*, de 14 de Outubro, aplicável somente aos contratos (a termo ou sem termo) celebrados a partir de 1 de Novembro daquele ano[65]. O factor básico de cálculo passava, nesses casos, de 30 para 20 dias, fixando-se ainda o limite máximo de 12 meses de retribuição e diuturnidades e pondo-se de lado o limite mínimo anteriormente vigente.

O segundo momento da concretização do programa de embaratecimento dos despedimentos situou-se na entrada em vigor da *Lei 23/2012*, que cuidou de estender a todos os contratos aquele mesmo regime, embora procurando – através de um complexo sistema de normas transitórias (art. 6º) – ressalvar

[65] Para o efeito, o diploma introduziu um artigo próprio no Código do Trabalho – o art. 366º-A –, mantendo em vigor, para os contratos anteriormente celebrados, o art. 366º, na sua forma originária. O carácter evidentemente pouco durável dessa duplicidade de regimes teria porventura aconselhado outra solução técnica.

aquilo que, aliás impropriamente, se rotulou no Memorando de "direitos adquiridos": um contrato celebrado antes de 1 de Novembro de 2011 e extinto após a entrada em vigor desta nova Lei daria lugar ao cálculo de uma compensação com duas partes: uma baseada no tempo de vigência anterior à Lei 23/2012, e definida pela fórmula antiga; outra, baseada no tempo restante, e calculada pela nova fórmula.

A manobra concluiu-se com a *Lei 69/2013*, de 30 de Agosto, que impôs nova redução do factor básico de cálculo: passou de 20 a 12 dias por ano.

25. Em consequência desta evolução legislativa, do intento de aplicação imediata de cada um dos sucessivos regimes e da preocupação de salvaguarda dos chamados "direitos adquiridos", o modo de cálculo das compensações passou a ser determinado pela "antiguidade" dos contratos e pela sucessão das diferentes bases do mesmo cálculo.

Relativamente aos *anteriores a 1 de Novembro de 2011*, e que não foram, portanto, atingidos pela Lei 53/2011, haveria que calcular parcelas correspondentes à vigência de cada um dos diplomas sobre o assunto: quanto ao período anterior a 31/10/2012, uma parcela calculado de acordo com o regime antigo (um mês por ano); quanto ao período de 1/11/2012 até 30/09/2013, outra parcela, calculada de acordo com as regras da Lei 23/2012 (20 dias por ano); quanto ao período posterior a 1/10/2013, uma subparcela referente aos primeiros 3 anos, à razão de 18 dias por ano, e outra a partir daí, na base de 12 dias por ano[66].

Para os contratos celebrados *entre 1 de Novembro de 2011 e 30 de Setembro de 2013*, aplica-se (por efeito da Lei 53/2011) a regra de 20 dias por ano relativamente ao período em que vigorem até esta última data; quanto ao tempo de vigência posterior a essa data (ou seja, a partir de 1/10/2013), calculam-se as duas subparcelas acima mencionadas: uma referente aos primeiros 3 anos (18 dias por ano) e outra daí em diante (12 dias por ano).

Finalmente, há que considerar os contratos celebrados *depois de 30 de Setembro de 2013*. Eles ficam directa e inteiramente submetidos ao regime da Lei 69/2013: toda a compensação pela sua cessação será calculada na base de 12 dias por ano.

De resto, a redução das compensações não é apenas determinada pela diminuição progressiva – em todo o caso, muito acentuada – do factor básico de cálculo que consiste no número de dias de retribuição mais diuturnidades a multiplicar pelo número de anos completos de antiguidade do trabalhador. Logo com a Lei 53/2011 se definiu um conjunto de parâmetros condicionantes do resultado desse cálculo, e os diplomas posteriores (Leis 23/2012 e 69/2013) limitaram-se a reproduzi-lo: o valor da retribuição base mais diuturnidades não pode exceder 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida (ou seja, actualmente, 9.700 euros); o valor da compensação não pode superar 12 vezes

[66] Manteve-se a regra de que, "em caso de fracção de ano, a compensação é calculada proporcionalmente" (art. 366º/2 do Código).

a retribuição base mais diuturnidades; o valor diário a considerar é o resultante da divisão da retribuição base e diuturnidades por 30[67].

26. A avaliação do impacto da alteração do processo de cálculo das compensações pode ser ilustrada com um exemplo. Se imaginarmos um contrato celebrado em 1 de Fevereiro de 2009 e extinto no âmbito de um despedimento colectivo em 30 de Junho de 2014 — ou seja, um contrato dos mais "poupados" pela evolução legislativa descrita, uma vez que beneficiaria na máxima medida da gradualização da redução —, sendo de 1000 euros o valor da retribuição mais diuturnidades, a compensação calculada de acordo com o regime antigo (um mês por ano) totalizaria 5.416,6 euros; seguindo os novos parâmetros, seria de 4.811 euros – ou seja, teria uma quebra de cerca de 11%.

Se, porém, admitirmos a hipótese de um contrato iniciado em 1 de Dezembro de 2011 e extinto em 30 de Junho de 2014, com o mesmo valor de base, o resultado será bem diferente. Pelo processo primitivo, a compensação atingiria 2.533,3 euros; com as novas regras, seria de 1672 euros – ou seja, 34% menos. Os despedimentos tornaram-se, na verdade, bem mais económicos.

27. Uma segunda vertente da revisão do sistema de compensações por despedimento consistiu na regulamentação, pela Lei 70/2013, de 30 de Agosto, de um "fundo de compensação do trabalho" (FCT), de um "mecanismo equivalente" (ME) e de um "fundo de garantia de compensação do trabalho" (FGCT). Estas expressões inteiramente destituídas de significado reflectem, de algum modo, as hesitações e dúvidas conceptuais que, pelo menos desde o *Acordo Tripartido* de 2011, se espraiaram em torno de uma ideia bastante concreta: a de baixar o coeficiente de responsabilidade dos empregadores pela efectivação das compensações devidas aos trabalhadores em caso de despedimento não disciplinar. Ainda em fase de total indecisão quanto à fisionomia que deveria ser assumida por tais mecanismos, já a Lei 53/2011 manejava a noção de um "fundo de compensação do trabalho" inexistente, ao qual os empregadores deveriam obrigatoriamente aderir... Na realidade, o regime legal dos "fundos" declara aplicar-se apenas aos novos contratos de trabalho (celebrados após a sua entrada em vigor, isto é, depois de 31 de Agosto de 2013) (art. 2º/2). A enorme maioria dos contratos existentes fica, pois, à margem desse regime.

O FCT e o FGCT são "fundos autónomos", dotados de personalidade jurídica, sem qualquer relação com a Segurança Social. Os empregadores são obrigados a inscreverem-se, e a fazerem entregas mensais, que são inscritas em contas individualizadas de cada trabalhador, salvo se preferirem o chamado "mecanismo equivalente" – do tipo seguro, ou outro —, que tem que oferecer garantia idêntica da efectivação das compensações. O FCT tem a finalidade de "amortecer" o encargo da compensação para o empregador: depois de a pagar, este pode pedir ao FCT o reembolso do saldo da conta respeitante ao trabalhador em causa (art. 34º da Lei 70/2013). Por seu turno, o FGCT é accionável pelo trabalhador despedido, para garantir o valor de metade da compensação devida.

[67] Recorde-se que o processo de cálculo da retribuição horária definido no art. 271º do Código resulta em que a retribuição diária é o produto da divisão da retribuição mensal pelo número de dias de trabalho (22, em regra).

Isto significa que, se o empregador tiver pago metade ou mais dessa compensação, o Fundo nada pagará[68].

É sabido que, em muitos casos, os despedimentos pretendidos não se concretizam por falta de recursos para o pagamento das compensações legais. Dentro da perspectiva atrás apontada, segundo a qual importa facilitar o "ajustamento" da economia e das empresas, em nome da produtividade e da competitividade, o sistema dos "fundos", conjugado com a drástica redução das compensações – os "fundos" irão actuar já somente perante contratos sujeitos ao regime de cálculo de compensações na base de 12 dias por ano – , visa claramente atenuar ou mesmo superar aquela dificuldade, viabilizando a concretização de despedimentos que, de outro modo, talvez se mantivessem em suspenso. Trata-se, sempre e de qualquer modo, de acentuar a dinâmica do mercado de trabalho. Os factos têm, no entanto, posto em evidência uma consideração teimosamente ignorada na concepção das políticas de emprego: a dinâmica do mercado de trabalho só é benigna e proveitosa se estiver directamente conexionada à dinâmica da economia, sendo dela expressão e corolário. A "criação" dessa dinâmica por estímulos legais de qualquer natureza só pode gerar desequilíbrios nefastos. Na verdade, a destruição de postos de trabalho, facilitada de tantas maneiras, não tem sido acompanhada da criação de outros – porque esta criação depende de uma economia viva, capitalizada e a crescer...

§ 7. O PROCEDIMENTO DE COMBATE AO TRABALHO FALSAMENTE AUTÓNOMO

28. Se é verdade que as medidas legislativas examinadas até agora podem considerar-se de sentido "regressivo" em relação à vocação originária e à razão de ser do ordenamento juslaboral, mostra-se forçoso assinalar um desvio a esse padrão: o regime contido na *Lei 63/2013*, de 27 de Agosto, que instituiu um procedimento destinado a despistar casos de trabalho falsamente autónomo e a viabilizar o formal reconhecimento da existência de contrato de trabalho nesses casos. Não se trata de uma alteração ao Código do Trabalho[69], mas sim ao regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de Segurança Social (Lei 107/2009, de 14 de Setembro) e ao próprio Código do Processo do Trabalho.

Vinha de longe – pelo menos desde os acordos de concertação social firmados em 1996 – o propósito, nunca concretizado, de combater o fenómeno de fuga à lei laboral através de um processo de certificação formal da existência de contrato de trabalho, em muitas situações em que – nomeadamente pelo uso dos chamados "recibos verdes" – se procura criar aparências de trabalho independente. É indiscutível que a publicação da Lei 63/2013 marca um momento

[68] O regime legal não é claro. No entanto, admitindo que estamos a interpretá-lo correctamente, arrisquemos um exemplo. Se a compensação legalmente devida a um trabalhador for de 1000, e o empregador só lhe tiver pago 300, aquele pode requerer ao FGCT o pagamento de 200; se o empregador tiver avançado com 600, o Fundo nada terá que suportar; mas se o empregador nada pagar, o FGCT terá que entregar ao trabalhador 500.

[69] De notar, porém, que o Código previne essas situações, no art. 12º, conferindo-lhes relevância contra-ordenacional agravada.

relevante no combate a tais práticas, visando contribuir para a redução do enorme défice de efectividade de que enferma a legislação laboral portuguesa.

29. O procedimento estabelecido por esse diploma culmina numa acção judicial de tipo específico – a "acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho" – que passou a estar regulada nos arts. 186º-K a 186º-R do Código de Processo do Trabalho. A iniciativa da acção pertence ao Ministério Público, com base em participação da Autoridade para as Condições de Trabalho (ACT). Para se chegar a esse ponto, é necessário que um inspector do trabalho "verifique a existência de indícios de uma situação de prestação de actividade, aparentemente autónoma, em condições análogas ao contrato de trabalho" e que, notificado o empregador para regularizar a situação, este não proceda em conformidade[70] (novo art. 15º-A da Lei 107/2009, já citada).

A decisão final do tribunal pode ser – ou não — no sentido do reconhecimento da existência de contrato de trabalho, devendo ainda, neste caso, "fixar a data do início da relação laboral" (art. 186º-O do Código do Processo do Trabalho). Trata-se, pois, de uma sentença que pode ser, em parte, declarativa e, noutra parte, constitutiva – quando da prova produzida não resulte a data em que a relação contratual se tenha realmente iniciado. Dessa decisão cabe recurso de apelação, para a Relação, com efeito devolutivo.

Como é sabido, grande parte dos litígios laborais levantam como questão-chave a da qualificação da relação contratual. Estabelecida esta, com as conhecidas dificuldades –resultantes do facto de existir a famosa "zona cinzenta" entre as duas qualificações alternativas, e agravadas pelas manobras simulatórias dos contraentes –, as concretas pretensões controvertidas rapidamente obtêm resposta positiva ou negativa. Acresce que, também em regra, essa questão-chave se suscita *a posteriori*, isto é, depois de terminadas as relações contratuais, o que em nada facilita o seu esclarecimento. O novo procedimento – nas suas fases administrativa e judicial – manifesta a particularidade muito relevante de ocorrer, tipicamente, na pendência da relação contratual, a partir de uma intervenção inspectiva incidente sobre factos e situações actuais, o que, só por si, aumenta consideravelmente a sua eficiência potencial. Por outro lado, constitui um meio preventivo da multiplicação e do alongamento dos litígios em que é suscitada a aplicação da legislação do trabalho..

§ 8. Duas notas finais

30. O panorama legislativo que se procurou desenhar neste texto diz, obviamente, respeito apenas ao regime das relações individuais de trabalho[71]. Nesse domínio, porém, nem tudo foi mencionado. Salientámos, antes do mais,

[70] A lei parece, com efeito, não admitir outra hipótese, nomeadamente a de o empregador convencer a ACT de que se trata de verdadeiro trabalho autónomo. Para que o procedimento seja arquivado (e, por conseguinte, não haja lugar a participação ao Ministério Público), é preciso que o empregador apresente o contrato de trabalho ou documento com significado equivalente.

[71] No domínio do Direito Colectivo, haveria ainda que referir a Lei 55/2014, de 25 de Agosto, que, por um lado, estreitou os requisitos temporais da caducidade das convenções colectivas (ainda em obediência ao Memorando de 2011) e, por outro, regulou a suspensão temporária da vigência das convenções em casos de dificuldade das empresas. Infelizmente, o estado em que se encontra a contratação colectiva em Portugal acaba por remeter a um nível de menor relevância imediata essa alteração legislativa.

as medidas de concretização de compromissos de legislar assumidos no quadro do *Memorando* de 2011 ou da concertação social, e referimos, ainda, uma importante inovação que, isolada no meio de intervenções socialmente regressivas, parece susceptível de melhorar a efectividade do que resta dos regimes de protecção dos trabalhadores como contraentes débeis.

No entanto, houve algo mais. Foi, nomeadamente, publicada a *Lei 47/2012*, de 29 de Agosto, com o propósito de ajustar as condições do acesso de menores ao trabalho em função do regime de escolaridade obrigatória definido pela Lei 85/2009, de 27 de Agosto.

E, sobretudo, tem que salientar-se a *Lei 48-A/2014*, de 31 de Julho[72], que prorrogou, até 31 de Dezembro de 2014, a suspensão das disposições das convenções colectivas e as cláusulas dos contratos de trabalho que estabeleçam "acréscimos de pagamento de trabalho suplementar superiores aos estabelecidos pelo Código do Trabalho" ou que prevejam "retribuição do trabalho normal prestado em dia feriado, ou descanso compensatório por essa mesma prestação, em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia"[73]. Esta medida legislativa deve ser devidamente contextualizada.

Ela visa alongar no tempo a aplicação de uma norma da Lei 23/2012 que sobreviveu ao controlo de constitucionalidade – aliás, a única norma que ficou de pé, de entre as que constituíam o art. 7º daquele diploma. Esse artigo pretendeu criar uma situação de "tábua rasa" em relação à contratação colectiva anterior sobre benefícios que a mesma lei quis reduzir ou eliminar. Assim, declarou "nulas" as cláusulas das convenções colectivas e dos contratos individuais pré-vigentes que regessem certas matérias em sentido mais favorável do que o que se queria impor, e declarou "suspensas" por dois anos (isto é, até ao fim de Julho de 2014) outras cláusulas sobre outras matérias (as que referimos acima), preconizando o seu ajustamento aos padrões legais, sob pena de redução por força da lei. O Tribunal Constitucional, sem grande surpresa, considerou a "anulação" de cláusulas incompatível com o direito de contratação colectiva, e, em conformidade com a sua usual perspectiva de máxima tolerância relativamente à política legislativa em actuação, julgou constitucionalmente admissível a "suspensão", justamente pelo seu carácter excepcional e temporário. A Lei 48-A/2014 veio prorrogar por alguns meses essa suspensão, resultando, ao mesmo tempo, claro que o não ajustamento das cláusulas suspensas ao padrão legal não poderá dar lugar à sua redução *ope legis*.

[72] Mereceria talvez alguma reflexão o facto de quase toda a legislação do trabalho, desde 2011, ter sido publicada em pleno Verão (Julho/Agosto), ou na sua proximidade.

[73] Trechos provenientes das alíneas a) e b) do nº 4 do art. 7º da Lei 23/2012.

Novedades legislativas laborales en República Dominicana

Rafael ALBURQUERQUE

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

El Código Trujillo de Trabajo de 1951 tuvo una vigencia de cuarenta y un años, pues fue el 16 de junio de 1992 cuando se publicó en un periódico de circulación nacional la Ley 16-92 que puso fin a su imperio. De esos cuarenta y un años, sólo diez pertenecieron a la dictadura, la cual se derrumbó el 30 de mayo de 1961 cuando fue ajusticiado el Tirano; los treinta y un años restantes transcurrieron bajo gobiernos en que pudieron organizarse y funcionar sindicatos de trabajadores, pero la debilidad del movimiento sindical, caracterizada por un número reducido de afiliados y por un fraccionamiento en varias organizaciones, resultado, según explicación de los estudiosos del tema, de una clase obrera incipiente formada por campesinos emigrados a las ciudades y bajos pequeños burgueses en los que predominaban el individualismo y el afán de ascenso social, impidió lograr que el Congreso Nacional aprobara modificaciones al instrumento legal que regulaba las relaciones del mercado del trabajo. Desde luego, los líderes sindicales clamaron con persistencia por la modificación al Código Trujillo de Trabajo, e incluso, uno de sus dirigentes introdujo al Congreso Nacional un proyecto en este sentido[1], pero la resistencia de los poderes públicos y del empresariado obstruyó la adopción de un nuevo ordenamiento.

No fue hasta 1985 cuando los trabajadores lograron que bajo los auspicios de la Conferencia del Episcopado y la mediación de Monseñor Agripino Núñez Collado, Rector de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, se iniciara un proceso de diálogo tripartito para tratar de modificar la legislación del trabajo y el régimen de la seguridad social. Tres especialistas extranjeros[2] coadyuvaron en la tarea, pero sólo se alcanzó a examinar los dos primeros puntos de una larga agenda[3], que vino a completarse tres años después, el 26 de mayo de 1988, cuando finalmente se acordó revisar los artículos del Código de Trabajo relacionados con la terminación unilateral del contrato de trabajo. Desgraciadamente, el tiempo avanzó sin que lo acordado se pusiera en práctica. Años más tarde, en medio de una crisis profunda de escasez de gasolina, apagones prolongados y carestía de los productos alimenticios, se anunció la

[1] Henry Molina, diputado y dirigente de la Confederación Autónoma de Sindicatos Cristianos (CASC).

[2] Juan Antonio Sagardoy, español; Néstor de Buen, mexicano; y Emilio Morgado Valenzuela, chileno y funcionario de la OIT. Adriano Miguel Tejada, Ramón García Gómez y el autor de este trabajo intervinieron como especialistas nacionales.

[3] Sobre el salario y la seguridad social.

realización de una huelga general para el 8 de septiembre de 1990, pero dos días antes, en presencia del Presidente de la República y ante las cámaras de televisión, se logró un acuerdo tripartito en el cual una vez más los poderes públicos se comprometían, entre otros aspectos, a la tan esperada reforma laboral.

Un mes después, el 9 de octubre de 1990, el Poder Ejecutivo designó una comisión de juristas encargada de modificar aquellos artículos del Código de Trabajo criticados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[4]; en menos de tres meses, el 10 de enero de 1991, se entregaba la propuesta, pero los comisionados habían sobrepasado su mandato, pues proponían una reforma general e integral al Código de Trabajo vigente.

La respuesta negativa del empresariado no se hizo esperar. Su resistencia fue pugnaz, y se trazó como estrategia discutir exclusivamente aquellas normas legales que habían sido objetadas por la OIT, pero en los hechos ni siquiera hubo diálogo para revisar estas normas. En busca de romper la inercia, la Secretaría de Estado de Trabajo, con los auspicios y presencia de altos funcionarios de la OIT, convocó a los interlocutores sociales para reunirse en Jarabacoa, los días 23, 24 y 25 de mayo de 1991, en un esfuerzo para desbloquear la parálisis. La concertación no prosperó y las partes sólo volvieron a encontrarse los días 4 y 25 de noviembre, cuando finalmente adoptaron la decisión de convocar a sus técnicos para que estudiaran cuatro anteproyectos de reforma parcial que había preparado la OIT, como una alternativa para tratar de superar el estancamiento. En una primera cita, el 11 de diciembre, los delegados del sector empresarial no concurrieron y lo mismo sucedió una semana después.

Mientras discurrían las tentativas de concertación, el Poder Ejecutivo sometió el proyecto de reforma al Congreso Nacional el 26 de octubre de 1991, más como un mensaje dirigido al empresariado para que depusiera su actitud y se aviniera a un eventual acuerdo que en busca de aprobación. Nada varió. El sector empresarial se mantuvo imperturbable, por lo que el año cerró con nota pesimista y signos ominosos de que sería imposible vencer la resistencia de los hombres de empresa.

Empero, súbitamente y para sorpresa de los empresarios, el proyecto de reforma fue aprobado en dos lecturas consecutivas en el mes de febrero, con modificaciones muy favorables para los trabajadores que fueron presentadas por los diputados. Agotada la legislatura sin que el Senado aprobara el proyecto, la Cámara de diputados lo introdujo de nuevo y lo aprobó en primera lectura el día 7 de abril de 1992. La voluntad política del Gobierno era manifiesta: se debía reformar el Código de Trabajo, hubiera o no concertación. Por supuesto, los empresarios lo entendieron y en sesiones consecutivas los días 22, 24, 27, 28 y 29 de abril, los actores sociales, con la mediación de Monseñor Agripino Núñez Collado, lograron consenso sobre 650 de los 740 artículos del proyecto. El resto de los textos se aprobó en sesiones celebradas el 9 y 10 de mayo. El

[4] La comisión estuvo integrada por los doctores Lupo Hernández Rueda, Milton Ray Guevara y el autor de este trabajo.

25 de mayo el Congreso Nacional convertía en ley lo acordado entre las partes y el Gobierno, y el 29 se promulgaba el nuevo Código de Trabajo y se publicaba íntegro el 16 de junio en un periódico de circulación nacional[5].

El Código de Trabajo de 1992 fortaleció los derechos de los trabajadores: aumentó el plazo del preaviso, el importe del auxilio de cesantía, la retribución de las horas extras de trabajo y de la prestación de servicios en los días de fiesta legal; fijó una compensación para el trabajo nocturno, mejoró el salario de vacaciones, otorgó a los trabajadores pagados a destajo el salario de Navidad y acrecentó el monto de la participación individual en los beneficios de la empresa. La nueva legislación consagró derechos ignorados en el país, como el fuero sindical y la prohibición del desahucio y el despido durante el embarazo y hasta tres y seis meses después del parto y dispuso el funcionamiento de tribunales especializados, integrados por jueces togados y representantes de los empleadores y trabajadores para conocer bajo un procedimiento especial los conflictos de trabajo.

Lo curioso y, a la vez interesante, de este nuevo canon es que su aprobación coincide con el auge de la corriente neoliberal que postula la flexibilidad en las normas que regulan el mercado de trabajo. Mientras en otros países de América Latina se modificaban a la baja las leyes de trabajo, se disminuían derechos de los asalariados y se aligeraba la carga económica de los empresarios, en la República Dominicana se emprendía un sendero contrario: se reforzaban los derechos de los trabajadores. La explicación de esta anomalía se encuentra en las condicionantes emergidas del contorno internacional: la OIT reiteradamente había llamado la atención en el sentido de que diversas normas de la legislación dominicana contradecían los convenios internacionales y en 1990 su Comisión de Expertos llegó a declarar que el país se encontraba en una falta continua de aplicación de las normas internacionales en su derecho interno y en su aplicación práctica. Ante tal situación, las organizaciones de trabajadores reclamaban el cese de las prerrogativas que concedía la Iniciativa para la Cuenca de El Caribe y el Sistema General de Preferencias Arancelarias y pedían a sus afiliados abstenerse de visitar al país como turistas. Una economía basada en las empresas de zonas francas de exportación y en el turismo colapsaría de cumplirse tales amenazas, por lo que el gobierno de turno estuvo compelido a reaccionar e impulsar una legislación de trabajo que armonizara con los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En pleno imperio del neoliberalismo, de la tendencia predominante de la flexibilidad laboral, se aprobaba un Código que reforzaba y ampliaba la protección del trabajo asalariado.

Ese Código cumplirá el próximo mes de mayo veintitrés años de vigencia. Durante la última década del siglo XX algunos de sus artículos sufrieron cambios, todos para mejorar la suerte del trabajador: en 1997, el período anual de vacaciones pasó de dos semanas calendarios a catorce días laborables; en ese mismo año, se dispuso que el salario de Navidad estuviera exento de pago del impuesto sobre la renta aunque la suma pagada excediera al importe de

[5] Gaceta Oficial No. 9836, de fecha 31 de mayo de 1992. A pesar de su fecha, la Gaceta circuló después de la publicación en el diario El Caribe del 16 de junio de 1992.

cinco salarios mínimos de ley; y en 1998 se reconoció que la compensación por vacaciones no disfrutadas debía ser pagada cual que fuere la causa de la terminación del contrato de trabajo, incluso si éste terminase por despido justificado.

En los quince años de este siglo XXI no se han producido variaciones, pero desde el pasado año se ha iniciado un proceso de revisión a la legislación del trabajo impulsada por el sector empresarial. El gobierno respondió a la presión con la constitución de una Comisión encargada de preparar un proyecto de reforma, aunque el Presidente de la República se cuidó en declarar que sólo de lograrse el consenso entre los actores sociales procedería a someter al Congreso Nacional una reforma al Código de Trabajo de 1992. La Comisión presentó sus recomendaciones, con acuerdos y disensos, y desde el pasado año se desarrolla un diálogo tripartito en el que intervienen representantes del Gobierno, de los empresarios y los trabajadores.

I. **La finalidad del empresariado**. Lo que se propone es una reversión de los derechos ya reconocidos a los trabajadores, una contrarreforma laboral. El sector aduce que su propuesta sólo regirá para el porvenir, que no tendrá efectos retroactivos y, en tal virtud, no afectará derechos adquiridos; pero, los trabajadores que se contraten a partir de la vigencia de la reforma, siempre que ésta se apruebe, gozarán de derechos inferiores a los que tuvieron sus compañeros contratados bajo el imperio del Código de Trabajo de 1992. Una nueva clase de obreros y empleados con derechos disminuidos: asalariados del siglo XXI con derechos inferiores a los que tuvieron sus antecesores del siglo XX.

No es factible, se arguye, mantener una legislación que obstaculiza el desarrollo empresarial y, por ende, la generación de empleo. No se pretende, según el razonamiento de los empleadores, derogar el Código de 1992, sino el de adecuarlo a los nuevos tiempos, pues cuando dicha norma legal se aprobó no se conocía el fenómeno de la globalización ni se había iniciado el desarrollo impresionante de la tecnología. Por consiguiente, si el país pretende generar empleos es indispensable flexibilizar la legislación del trabajo, reclaman los empresarios. Es la tradicional disyuntiva del neoliberalismo: o derecho al trabajo o derecho del trabajo, la cual ha sido desmentida en la práctica, pues los ejemplos de flexibilidad abundan sin que hasta ahora se haya demostrado que conduzcan a la generación de empleos.

Cuando se le demuestra al empresariado con las estadísticas del Banco Central que el Código de Trabajo no ha impedido la generación de empleos y que ha sido el crecimiento económico el factor predominante en el desempeño del índice de la desocupación, su discurso se orienta hacia el grave problema de la informalidad, que ciertamente ha aumentado en los últimos años; la desregulación, por tanto, es necesaria, advierten, si se quiere intentar la creación de empleos decentes, sujetos a la legislación del trabajo y con la debida protección social. El argumento fue rebatido por las propias autoridades del sistema financiero que produjeron un estudio para comprobar que en el sector no estructurado de la economía los trabajadores por cuenta propia en sentido general tienen mayores ingresos y trabajan menos tiempo que los asalariados. Por lo demás, las estadísticas muestran que la formalidad comenzó a declinar

con grave intensidad a partir de la entrada en vigencia del tratado de libre comercio con los Estados Unidos y Centroamérica, evidencia de que la manufactura nacional no estaba debidamente preparado para enfrentar la apertura comercial.

Desde luego, nadie puede negar que la legislación laboral imponga cargas económicas a las empresas, pero lo que nadie puede afirmar, salvo que se tenga una visión extremadamente limitada, es que la flexibilidad y la desregulación laboral conduzcan a la generación de empleos de calidad. Un antiguo funcionario de la OIT y brillante juslaboralista ha escrito que "hasta el momento ninguno de los estudios que se han realizado sobre el impacto de la reglamentación del trabajo y sobre los costos de producción han podido demostrar en forma concluyente que las medidas de flexibilización han sido susceptibles de crear empleos"[6]. El argumento de que la reglamentación del trabajo pueda constituir un freno a la "creación de empleos, limitar el espíritu emprendedor y obligar a miles de negocios a vivir en la informalidad"[7], despierta serias dudas, en razón de que aun en la hipótesis de que el costo laboral o el nivel de protección fuesen rebajados, nada garantiza que los empleadores crearán más empleos de los que realmente necesitan. Joseph E. Stiglitz, ha escrito que "las medidas destinadas a mejorar el mercado de trabajo no conducirán a más contrataciones a menos que exista una demanda para los bienes que producen las empresas. Asimismo, debilitar a los sindicatos y la protección al empleo muy bien podría traer consigo una disminución de los salarios, una demanda menor, y más paro"[8]. En efecto, el empleo crece porque hay más demanda de bienes y servicios y disminuye si se reduce esta demanda.

No obstante estos razonamientos, el empresariado ha mantenido sus planteamientos y ha demandado una reforma liberalizadora de las normas de trabajo conducente fundamentalmente a la reducción de costos laborales, que comprende las cargas que representa la terminación del contrato de trabajo; los gastos que impone la contratación del trabajador; y las retribuciones que se le impone durante la ejecución del contrato.

A. **Los costos laborales de la terminación del contrato**. Paradójicamente, la terminación del vínculo contractual debe ser analizada en primer lugar porque a nuestro juicio el objetivo primordial y sustancial de la iniciativa empresarial se encamina hacia la desaparición o limitación del denominado "auxilio de cesantía". Esta ha constituido un verdadero dolor de cabeza para los empresarios desde que en 1992 el nuevo Código incrementó su monto. El empresariado se quejó de que el auxilio de cesantía le generaba un pasivo laboral en sus registros contables, que el Estado se negaba a deducir del impuesto sobre la renta, lo que contribuía a una virtual descapitalización de su negocio que dificultaba el acceso al crédito bancario. Las protestas empresariales llegaron a su clímax al promulgarse en el 2001 el nuevo sistema de seguridad social (Ley 87-01), que

---

[6] BRONSTEIN, Arturo, Reforma Laboral en América Latina: evolución y tendencias recientes, en la obra colectiva La reforma laboral en América Latina, Tipográfica Horizonte, Barquisimeto, 1995, p. 246. Nótese que la obra es de los años 90, cuando estaba en boga el neoliberalismo.

[7] Palabras de Manuel Diez, Presidente en esos momentos del Consejo Nacional de la Empresa Privada (CONEP) en la reunión de presentación de la propuesta del sector empresarial a la Comisión para la Reforma del Código de Trabajo, 10 de diciembre de 2013.

[8] Stiglitz, Joseph E., El Precio de la Desigualdad, México, Taurus, 2012, p. 19.

aumentaba las cotizaciones del empleador, lo que motivó que se incluyera en el artículo 50 de la Ley un párrafo transitorio en el cual se disponía que en un plazo de dieciocho meses, a partir de su aprobación, se dictarían las normas complementarias que regularían todo lo concerniente a la cesantía laboral con el consenso del gobierno, empleadores y trabajadores. El mandato legal aún no se ha cumplido y los empresarios de zonas francas, como una forma de aligerar los costos que le representaba la cesantía, instauraron el uso de desahuciar anualmente a todo su personal, al cual le pagaban antes de terminar el año la cesantía correspondiente a once meses de trabajo y en la primera quincena del nuevo año volvían a contratarlo. La Suprema Corte de Justicia, en funciones de Corte de Casación, condenó la práctica y consideró que se trataba de un desahucio simulado, por lo que el contrato se mantenía vigente y las sumas pagadas debían catalogarse como un anticipo al monto a pagar por concepto de cesantía al momento de producirse real y efectivamente la extinción del vínculo contractual[9]. Años más tarde, y en circunstancias adversas para el sector textil de zonas francas, los empresarios lograron la promulgación de la Ley 187-07 del 6 de agosto de 2007, por la cual se dispuso que las sumas recibidas y aceptadas cada año por los trabajadores hasta el 1 de enero de 2005 se consideraran como saldo definitivo y liberatorio y los contratos extinguidos de pleno derecho. La norma fue considerada como conforme a la Constitución por decisión de la Suprema Corte de Justicia de fecha 13 de agosto de 2008[10]. La reforma que ahora se propone intenta minimizar hasta donde sea posible el fardo de la cesantía.

Actualmente el empleador que ejerce el desahucio debe pagar un auxilio de cesantía equivalente a seis días de salario ordinario, a partir de tres meses continuos de trabajo; trece días, luego de seis; veintiún días por cada año de servicio prestado, después de un año; y veintitrés por cada año de servicio si sobrepasa los cinco años de trabajo continuo (Art. 80). La propuesta empresarial reduce el monto de la cesantía a trece días de salario ordinario, a partir de seis meses de trabajo continuo; y luego de un año de servicios ininterrumpidos, se pagarían veintitrés días de salario ordinario por cada año de servicio prestado, pero el cálculo de la suma a pagar no debería exceder un tiempo de tres años. Por consiguiente, un trabajador con veinte años de trabajo en una empresa sólo recibiría como cesantía 69 días de salario, cuando en el presente habría que pagarle el equivalente a 230 días de salario ordinario. En adición, el empresariado sugiere que el salario base para el cálculo no sobrepase cuatro salarios cotizables de la seguridad social, actualmente fijado en RD$8,645.00, de modo que el cálculo para la determinación del monto a pagar deberá efectuarse sobre una suma tope de RD$34,580.00, no obstante que el trabajador esté devengando un salario superior a esta última cifra.

Conjuntamente con la reducción del importe de la cesantía, el empresariado propone que el plazo del preaviso siga igual suerte. Este aviso previo que debe darse en la terminación unilateral de un contrato de trabajo por tiempo indefinido, está fijado en siete días cuando el contrato ha alcanzado tres meses y no ha

[9] Cas.3ª 7 marzo 2001, B.J. 1084, p. 638; Cas.3ª 26 marzo 2003, B.J. 1108, p. 836.

[10] Boletín Judicial 1173, p. 9.

excedido de seis; en catorce días cuando el vínculo llega a los seis meses y no pasa de un año; y en veintiocho días cuando la relación laboral cumple uno o más años. De no respetarse este plazo, se deberá pagar los salarios ordinarios que se hubieran devengado en el mismo. El empresariado propone que dicho plazo sea de un mínimo de siete días de anticipación después de un trabajo continuo no menor de seis meses y de catorce días luego de un año de trabajo continuo.

De igual modo, se pretende la reducción del monto de la asistencia económica que actualmente se abona en caso de la extinción del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes: hoy en día se pagan cinco días de salario después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis; diez días después de un trabajo continuo no menor de seis meses ni mayor de un año; y quince días por cada año de servicio prestado después de un año de trabajo continuo. Los empresarios aspiran a que los quince días de salario ordinarios que se pagan por cada año de trabajo después de un año de servicios, no sobrepasen un total de tres años, sea cual fuere el tiempo de antigüedad del trabajador.

B. **Los costos laborales de la contratación.** En su afán de reducir costos, los empresarios proponen que pase de tres a seis meses lo que ellos llaman el "*período de prueba*". A tales fines solicitan fusionar el artículo 27 del Código de Trabajo con el 26 para utilizar el texto vacante en la consagración de este instituto.

Pero acontece que el período de prueba no existe en la legislación dominicana, aunque en la práctica empleadores y trabajadores suelen llamar así a los tres primeros meses del contrato de trabajo. En puridad de derecho, se trata realmente de un "*período de carencia*", durante el cual el contrato puede ser extinguido por el ejercicio del desahucio sin necesidad de observar el plazo del preaviso ni el empleador pagar el auxilio de cesantía. En otras palabras, los derechos al preaviso y al auxilio de cesantía nacen cuando culmina este lapso.

¿Cuál es, pues, la intención del empresariado? Podría aceptarse que su propuesta se circunscribe a extender de tres a seis meses el período de carencia, para permitir el desahucio del trabajador durante los primeros seis meses de trabajo, sin que sea necesario incurrir en el costo que representa el pago del preaviso y el auxilio de cesantía. Desde luego, un tiempo excesivamente largo para conocer la competencia y aptitud profesional del trabajador en lo concerniente a la tarea para la cual fue contratado. La aceptación de esta propuesta conduciría a graves abusos en la práctica, pues en ese interregno el trabajador aceptará pasivamente cualquier atropello con tal de lograr que se le fije y se le incluya en la planilla. Por otra parte, nadie desconoce el uso muy extendido de rotar a los obreros cada tres meses para evitar que adquieran su derecho a prestaciones laborales, de modo que una extensión del plazo aumentará la indefensión del trabajador. La extensión del plazo es un despropósito, particularmente si se piensa que el mismo se fijaba en tres meses en el Código Trujillo de Trabajo de 1951[11]. De aceptarse la reforma retrotraeríamos más allá de sesenta años.

[11] Véanse los artículos 69 y 72 del Código de Trabajo de 1951.

Ahora bien, ¿por qué habla el empresariado de "*período de prueba*"? Una simple confusión con el período de carencia o en realidad persigue la consagración de un instituto que no existe en la legislación dominicana. Si es esta última la intención, tal vez se entienda que el contrato de trabajo sólo se forma a partir de la conclusión de este plazo, razón por la cual los derechos laborales del trabajador sólo nacerían a la terminación de este período. Si es ésta la interpretación que se le busca dar a esta reforma, la antigüedad del trabajador sólo comenzaría a computarse al cabo de los seis meses de servicio en la empresa. Las vacaciones, por ejemplo, que se adquieren al cumplirse un año de servicios en la empresa, sólo vendrían a disfrutarse después de dieciocho meses de trabajo. En adición, si el plazo de los seis primeros meses no está cubierto por la legislación laboral, al asalariado se le podrá pagar un salario inferior al mínimo de ley, la mujer embarazada podrá ser desahuciada y lo mismo acontecería con un trabajador miembro de una junta directiva o una comisión gestora de un sindicato. ¿Es ésta la pretensión del empresariado? No lo podemos afirmar, pero no cabe la menor duda de que el sector persigue aliviar la carga laboral en los primeros seis meses de la contratación y por esta razón sugiere que tanto la cesantía como la asistencia económica sólo se paguen a partir de los seis meses de la existencia del vínculo contractual.

b) La voluntad de reducir costos también se observa en la propuesta de retornar al contrato de aprendizaje previsto en el Código Trujillo de 1951. ¿Cuáles serán los derechos laborales del aprendiz durante el año que dura su aprendizaje? Al empleador se le obliga a ofrecer instrucción, proporcionar habitación y alimentación y preferir al alumno para contratarlo, una vez concluida la enseñanza. Es todo. Al aprendiz se le sitúa fuera de la órbita de la legislación del trabajo. Pero, lo que es peor, se le puede cesar en su contrato por decisión unilateral de su maestro en los primeros seis meses del aprendizaje, sin responsabilidad alguna, en una involución que se retrotrae más allá de 1951, pues en la legislación de Trujillo el despido sólo era admitido si se comprobaba que el aprendiz adolecía de capacidad manifiesta para el arte, profesión u oficio de que se trate.

La reforma de 1992 sometió el aprendizaje a la regulación del Instituto de Formación Técnico Profesional (INFOTEP), con el objetivo de que este organismo autónomo del Estado, bajo gobierno tripartito, dedicado a la formación técnico profesional, en todas sus manifestaciones, pudiera ejercer un control sobre un contrato que en la práctica se había constituido en un mecanismo de evasión a la legislación del trabajo. Con el viejo aprendizaje los empleadores eludían la aplicación de las normas protectoras del Código de Trabajo y, naturalmente, abarataban sus costos, sin que se observara un interés por formar trabajadores de manera sistemática y metódica. Los redactores del Código de 1992 conocían por su experiencia de especialistas los numerosos casos de personas que prestaban sus servicios bajo el disfraz de un contrato de aprendizaje: sin derecho alguno y con un salario igual al cincuenta por ciento del salario mínimo de ley. Una práctica que ni siquiera pudo ser combatida por la exigencia legal de que el contrato de aprendizaje se sometiera a la aprobación previa de las autoridades administrativas de trabajo.

Con su propuesta los empresarios pretenden volver más atrás de 1951, pues lo que se propone no es sólo pagar el cincuenta por ciento del salario mínimo

de ley durante un año sino que además no se someta el aprendizaje a la previa aprobación del Ministerio de Trabajo, porque, según afirma el empresariado, tal aprobación restaría flexibilidad y fluidez a la contratación y la sujetaría a una burocracia innecesaria. No existiría, por tanto, la lista de oficios y ocupaciones calificadas que requieren aprendizaje[12] y se le daría libertad a la empresa para contratar los aprendices que considerara convenientes para sus fines, con la consiguiente reducción de costos, pues se estaría pagando tan sólo la mitad del salario mínimo. El aprendiz sería un trabajador disminuido en sus derechos, con salario inferior al mínimo de ley y expuesto a ser desahuciado en cualquier momento dentro de los primeros seis meses de trabajo.

C. **Los costos laborales durante la ejecución del contrato.** a) Los empresarios pretenden retroceder más de cincuenta años y volver a fijar en cuarenta y ocho horas a la semana el límite de la jornada de trabajo. Esta fue reducida de cuarenta y ocho a cuarenta y cuatro horas semanales, sin pérdida de salario, mediante Ley 5360, del 18 de mayo de 1960. Conforme a la propuesta se trabajarían ocho horas por día durante seis días a la semana, y este aumento se produciría sin incremento de salario. Para justificar su recomendación, los empresarios se apoyan en el Convenio 1 de la OIT, por el que se fijan las horas de trabajo en las empresas industriales, y en las legislaciones de los países de Centroamérica, con excepción de El Salvador, que consagran una jornada similar.

En su informe Panorama Social de América Latina 2013, la Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) muestra que República Dominicana se encuentra entre los países con jornada laboral más larga. Mientras en Europa, afirma la CEPAL, se trabaja un promedio de treinta y siete horas semanales, en el país y la mayoría de los países del Continente la jornada laboral promedio en la práctica es de cuarenta y dos horas por semana. Sólo Argentina, Honduras, Perú y Venezuela estaban bajo el límite de las cuarenta horas semanales. El documento de la CEPAL señala que la duración de la jornada es un elemento clave de la calidad del empleo y un indicador de trabajo decente, utilizado por la OIT[13]. Proponer en pleno siglo XXI el retorno a las cuarenta y ocho horas de trabajo a la semana pone en entredicho la afirmación del empresariado de que su proyecto de reforma se orienta a la generación de empleo de calidad y a la reducción de la informalidad. Todo lo contrario, prolongar las horas de trabajo reduce el bienestar de las personas y puede ocasionar enfermedades y su extensión guarda estrecha relación con los altos niveles de informalidad existentes en Latinoamérica[14].

No sólo aspiran los empresarios que la jornada normal se extienda a cuarenta y ocho horas semanales, también solicitan que la prolongación de la jornada para hacer frente a aumentos extraordinarios de trabajo se incremente de un tope de ochenta horas trimestrales a ciento noventa y cinco. En España el límite anual de horas extraordinarias es de 120, de aceptarse la sugerencia empresarial el límite en el país sería de 780 en el año. Obviamente, agotador y hasta inhumano. Pero eso no es todo. El empresariado pretende que cuando los trabajos se

[12] Esta lista es hoy aprobada por el INFOTEP y luego refrendada y publicada por el Ministerio de Trabajo.

[13] Listín Diario, 9 de diciembre 2013, p. 4D.

[14] Ibídem, nota anterior.

efectúen por equipos, la duración del trabajo pueda sobrepasar las ocho horas al día y las cuarenta y ocho horas por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado en un período de tres semanas, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho horas por semana, y que calculado en un período de cuatro semanas, no exceda las ciento noventa y dos horas, sin que en esta última eventualidad se establezca ni un tope diario ni un límite semanal, lo que podría conducir a que en un día se trabajen dieciocho horas, por ejemplo, o que en una semana se excedan las cuarenta y ocho horas. Asimismo, se propone que por acuerdo entre el empleador y sus trabajadores, que en la práctica equivale a decir por decisión unilateral del jefe de la empresa, se pueda establecer la modalidad de la jornada cuatro por cuatro, con cuatro días de trabajo y cuatro de descanso, siempre que no se exceda de doce horas diarias ni de cuarenta y ocho horas a la semana. La conclusión es obvia: se pretende extender el límite de la jornada ordinaria y el de la extraordinaria, y se autoriza al empleador en acuerdo con su personal a establecer modalidades en la ejecución de la jornada, sin intervención alguna de las autoridades del trabajo.

Hoy en día, compete al Ministerio de Trabajo autorizar la distribución de las horas de trabajo por un período mayor de una semana, pero está sujeto a límites que resguardan la salud y la dignidad del trabajador, ya que la duración media del trabajo, calculado sobre el número de semanas consideradas, no debe exceder de cuarenta y cuatro horas por semana y de diez horas al día. El proyecto mantiene esta competencia aunque permite que la medición se efectúe sobre la base de cincuenta y dos semanas y que en ningún caso exceda de cuarenta y ocho horas por semana.

La tendencia hacia un mayor trabajo que se observa en el proyecto también surge cuando se trata de empresas de funcionamiento continuo. En éstas la jornada podrá prolongarse hasta alcanzar cincuenta horas a la semana, o sea, seis más que la normal de cuarenta y cuatro, pero la propuesta la lleva a cincuenta y seis, ocho horas más que las cuarenta y ocho de la semana que sugiere. De igual modo, a los trabajadores que ejecutan labores de naturaleza intermitente, se les extiende la jornada de diez a doce horas al día. Asimismo, en caso de que se establezca una jornada corrida de trabajo, la misma podrá extenderse por doce horas al día y cuarenta y ocho horas a la semana, en lugar del límite fijado en la legislación de 1992: diez horas al día en las actividades comerciales y nueve en las industriales, sin exceder en ambos casos de cuarenta y cuatro horas semanales.

La propuesta es tan irritante y abusiva que el tiempo requerido para la alimentación no se computa dentro de la jornada, a menos que el trabajador tenga que continuar prestando servicios, aun sea parcialmente, en el mismo lugar donde realiza su labor (Art. 151 del proyecto). En otras palabras, el dependiente tendrá que almorzar y al mismo tiempo operar su máquina, con la consiguiente exposición a un accidente, para que se le compute como hora de trabajo. Si el trabajador cesa en sus labores, pero almuerza dentro del recinto de la empresa o en sus proximidades, ese tiempo no es parte de la jornada. En los hechos, el dependiente estará nueve horas dentro del local de la empresa y el tiempo semanal en que permanecerá bajo la disposición de su empleador será de cincuenta y cuatro horas a la semana. Sencillamente, extenuante.

Totalmente incompresible es la proposición expresada por los empresarios de que no se pague como hora extra el tiempo durante el cual el trabajador esté a disposición de su empleador; el tiempo que permanezca inactivo por causas ajenas a su voluntad; y el tiempo requerido para su alimentación dentro de la jornada. En el Código de Trabajo de 1992 la jornada de trabajo es definida como todo el tiempo que el trabajador no puede utilizar libremente, por estar a la disposición exclusiva de su empleador. Con la propuesta empresarial parecería que se intenta considerar a la jornada como tiempo de trabajo real y efectivo. Por tanto, el lapso que el asalariado utiliza para cambiarse de ropa al llegar e irse de la empresa, transitar en el local de la fábrica hasta arribar al lugar en donde ejecutará su labor, limpiar las maquinarias, etcétera, no se estaría computando como jornada de trabajo. Si los trabajos se paralizan porque aconteció un evento cualquiera extraño a la persona del operario o porque se suspendió el fluido eléctrico, esas horas no formarían parte de la jornada de trabajo. Habría que extenderla hasta agotar las ocho diarias con trabajo real y efectivo y dejar fuera del cálculo las horas en que no se ejecutó la labor aunque se estuvo a la disposición del jefe de la empresa. Una interpretación de tal naturaleza dejaría al trabajador sin tiempo libre para su persona.

La apetencia por la reducción de los costos lleva al empresariado a proponer una nueva forma de calcular las horas extras de trabajo. El sector sugiere que la retribución de las horas extraordinarias se pague mensualmente, a partir de las horas que excedan la jornada semanal de cuarenta y ocho horas, calculándose dicho límite semanal a partir del período conformado por las cuatro semanas que precedan al pago. Si el período trabajado es mayor de una semana y menor a cuatro, la retribución se calculará a partir del conjunto de semanas que preceden al pago, siempre que haya excedido el límite semanal. Con esta nueva redacción del texto de ley se pretende desconocer el límite diario fijado por la legislación vigente; por tanto, el trabajador que preste servicios por más de ocho horas al día no tendrá derecho a la retribución extraordinaria, a menos que su jornada sobrepase el límite semanal. Una nueva forma de ahorrar costos mediante la liberación del pago de las horas extras que sobrepasan el límite diario de la jornada ordinaria.

II. **Los resultados del diálogo tripartito**. Una vez terminada la labor de la Comisión de juristas y economistas designada por el Gobierno, a la cual correspondió presentar un proyecto de reforma, se convocó a un diálogo tripartito con la mediación del Rector de la Universidad Intec (Instituto Tecnológico). El proyecto presentado llegó a acuerdos en determinados puntos, pero tuvo que consignar numerosos aspectos en los cuales no pudo lograrse un consenso.

Iniciado el diálogo el pasado año los actores sociales y el Gobierno acordaron abordar los puntos menos conflictivos de la reforma y reservarse para el final aquellos más controversiales.

Las primeras reuniones se dedicaron a examinar los actuales Principios del Código de Trabajo y hubo consenso de mantenerlos inalterables, con la excepción del que se consagra al procedimiento laboral, para incluir en el mismo, a proposición de los empresarios, la enunciación de sus características, y el que prohíbe la discriminación, para incluir un párrafo sugerido por los trabajadores,

que finalmente se decidió remitirlo al cuerpo del Código, para impedir que en las ofertas de empleo se mencionen el sexo, la edad, la apariencia física o la situación personal o de familia del candidato buscado.

En posteriores sesiones se abordaron las regulaciones concernientes al trabajo doméstico y al trabajo del campo. Respecto al primero se acordó aplazar su conocimiento, no obstante el país haber ratificado el Convenio de la OIT sobre la materia; en cuanto al segundo, no hubo mayores discrepancias, pues se mantuvo la redacción de 1996, pero se pospuso el conocimiento de la sugerencia de los trabajadores de sujetar el trabajo de campo a la misma jornada que se reconoce al resto de los trabajadores.

Más adelante los trabajadores consiguieron que la regulación sobre la formación profesional y el contrato de aprendizaje no se variara, como pretendían los empresarios; permanecieran sin cambios las disposiciones que reglamentan al trabajo a domicilio; y se mejorara, para adaptarlos a los nuevos tiempos, las normas concernientes al trabajo de personas con discapacidad.

En los temas concernientes a los vendedores y viajantes de comercio, a la protección de la maternidad, al pago del salario por transferencia electrónica, al salario mínimo, a la participación en los beneficios de la empresa, y a la jornada de trabajo, se produjeron largas discusiones que obligaron al mediador a aplazar su conocimiento.

Un tiempo excesivamente largo se agotó en la discusión del procedimiento laboral. Los empresarios insistieron en la necesidad de volver a la conciliación previa administrativa existente hasta 1992. Los trabajadores se opusieron radicalmente. Finalmente se mantuvo la conciliación judicial, a cargo del juez, pero se introdujeron reformas para mejorarla y tratar de minimizar los problemas que la afectan en la actualidad. En ese orden de ideas se estuvo de acuerdo en crear en el Ministerio de Trabajo un centro de formación de conciliadores, quienes actuarían en sustitución de los actuales vocales en la fase de conciliación previa al juicio de primera instancia; se prohibiría durante el intento de conciliación alegar costas y honorarios del procedimiento; y se otorga al juez el poder de ordenar la continuación del juicio e iniciar el conocimiento del fondo del litigio, libre de toda costa de procedimiento, en caso de que aprecie que uno de los abogados trata de impedir la conciliación.

Al iniciarse el nuevo año se pusieron sobre el tapete los temas más conflictivos, sin que se pudiera avanzar en las negociaciones. Con fines de romper el estancamiento, el mediador propuso que los actores sociales informaran los temas que consideraban cruciales para lograr la concertación. Los empresarios circunscribieron su propuesta a la reducción de los costos del auxilio de cesantía, a la flexibilidad de la jornada de trabajo y a una regulación especial en beneficio de los micro y pequeños empresarios. Los trabajadores, por su parte, reclamaron el reforzamiento de los derechos colectivos de trabajo, especialmente lo relativo a la formación del sindicato, a la negociación colectiva y a la duración de la huelga, así como la modificación para mejorarlas de algunas disposiciones del Código de 1992. Entre estas últimas cabe citar: la reducción de la jornada semanal a cuarenta horas, la extensión del descanso semanal a cuarenta y ocho horas, la fijación de las siete de la tarde para el inicio de la

jornada nocturna, que la suspensión del contrato de trabajo cese tan pronto el trabajador arrestado obtenga su libertad provisional, la eliminación del requisito del fraude para la solidaridad de las empresas que forman un conjunto económico, sancionar con las penas del abuso de confianza al empleador que haya retenido la propina y no la distribuya entre sus trabajadores, eliminación de la exención concedida a las empresas de zonas francas en el pago de la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa y el reconocimiento de ciertos derechos laborales en beneficio del trabajador autónomo económicamente dependiente.

Luego de haberse intercambiado la lista de los temas, el mediador convocó a una reunión donde los actores motivaron sus propuestas, pero con posterioridad a la misma el diálogo ha sido pospuesto indefinidamente. A estas alturas del diálogo, el interés primordial del empresariado se centra en lograr una reducción de los costos del auxilio de cesantía; tal parece que prefiere abandonar la totalidad de sus propuestas con tal de conseguir una reducción en el monto del auxilio de cesantía. Su aspiración es el establecimiento de un tope de cinco salarios cotizables de la seguridad social en el cálculo de su determinación y que el importe a pagar por cada año de servicio no exceda la barrera de tres, importando poco la antigüedad del trabajador. Hasta el momento existe una drástica oposición de los trabajadores.

El Gobierno ha tratado afanosamente de encontrar una solución intermedia y en estos meses ha sostenido frecuentes encuentros por separado con los actores sociales. Hasta ahora ha presentado diversos planes para la reformulación del modelo a seguir, incitando a adoptar sistemas parecidos a los que actualmente existen en Chile, Colombia o Perú, pero todo parece indicar que se trata de institutos que demandan de una intervención económica del Estado y por el momento no existen fondos disponibles en el presupuesto nacional. Por otra parte, los empresarios no estarían muy inclinados a que se les imponga el pago de una cotización mensual para engrosar un fondo de cesantía cuando en estos momentos el abono de la misma es algo eventual que sólo tiene lugar en caso de desahucio, despido injustificado o dimisión justificada del trabajador.

Los trabajadores, por su parte, declaran que ya no es tiempo para la modificación del Código de Trabajo de 1992 y que habrá que esperar que transcurran las elecciones generales de mayo del año 2016 para emprender de nuevo el diálogo tripartito.

Mientras tanto, el Código de Trabajo de 1992 continúa en vigencia. Los años del siglo XXI siguen transcurriendo sin que se haya producido una sola modificación a uno de sus artículos.

Santo Domingo, 30 de marzo de 2015

Las reformas de la legislación laboral en el Siglo XXI*

Óscar HERNÁNDEZ-ÁLVAREZ

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Lisandro Alvarado, Barquisimeto. Venezuela. Profesor invitado en varias universidades. Individuo de Número de la Academia Venezolana de Ciencias Políticas y Sociales y del Instituto Venezolano de Derecho Social. Miembro correspondiente de la Academia de Ciencias de la República Dominicana. Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En 1998 las elecciones presidenciales son ganadas por el Teniente Coronel (r) Hugo Chávez Frías lo cual comportó una derrota de los grupos políticos tradicionales que habían venido conduciendo los destinos del país desde 1958, año en que fue derrocada la dictadura militar de Marcos Pérez Jiménez. En 1999 Chávez convoca una Asamblea Nacional Constituyente que disuelve el Congreso de la República y aprueba una nueva Constitución que rige a partir del año 2000. Ello marca el inicio de una etapa de cambios políticos que ha tenido importantes reflejos en la legislación laboral. Como característica general de esta nueva legislación emergente podemos señalar la de apartarse totalmente de las tendencias neoliberales que han influenciado otras legislaciones latinoamericanas y de aumentar el nivel de garantismo de la normativa laboral venezolana, que en algunas aspectos alcanza grados de gran rigidez.

Entre las principales expresiones de esta nueva legislación nos referiremos a las siguientes:

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

En Gaceta Oficial Nº 5.423 de fecha 24-03-2000 se publicó la Nueva Constitución, cuyos aspectos laborales más relevantes podemos resumir así:

1.1. Tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos

Se establece la jerarquía supraconstitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Venezuela, y su aplicación inmediata y directa tanto por parte de los Tribunales, como por los demás órganos del Poder Público.

1.2. El derecho al trabajo y el deber de trabajar

El artículo 87 de la Constitución refunde en un solo texto el contenido de los

* En el presente artículo trataremos de la evolución de la legislación del trabajo propiamente dicha. Dado el espacio disponible, la legislación sobre seguridad social queda pendiente para otro volumen

artículos 54 y 84 del texto constitucional de 1961, estableciendo el derecho al trabajo y el deber de trabajar.

1.3. La protección al trabajo

Se proclama que el trabajo como un hecho social que goza de la protección del Estado.

1.4. Los principios del Derecho del Trabajo

Se enuncian los siguientes principios del Derecho del Trabajo, a los cuales nos referiremos a continuación:

a) principio de la igualdad.

b) principio de la intangibilidad y de la progresividad de los derechos y beneficios laborales.

c) el principio de la primacía de la realidad.

d) principio de la irrenunciabilidad.

e) principio de la aplicación de la norma más favorable.

f) nulidad de los actos del patrono contrarios a la Constitución.

g) principio de la no discriminación arbitraria en el empleo.

1.5. Protección al menor trabajador

Se establece la obligación del Estado de proteger al menor contra cualquier explotación económica y social y prohíbe el trabajo de los adolescentes en labores que puedan afectar su desarrollo integral.

1.6. La jornada de trabajo

Reafirma la duración máxima de la jornada diurna en 8 horas por día y 40 horas por semana, pero reduce la duración de la jornada nocturna a 35 horas por semana. Se mantiene la previsión de que la Ley promueva la progresiva disminución de la jornada.

1.7. Regulación del trabajo extraordinario

Dispone que ningún patrono podrá obligar a los trabajadores o trabajadoras a laborar horas extraordinarias.

1.8. Derecho al descanso

Se consagra el derecho al descanso semanal remunerado y a las vacaciones igualmente remuneradas, en las mismas condiciones en las que son remuneradas las jornadas durante las cuales ha habido prestación efectiva del servicio.

1.9. Salario

Se establece el principio de la suficiencia del salario y se reafirma el derecho del trabajador a participar en los beneficios obtenidos por la empresa. Asimismo se consagra la inembargabilidad total del salario y se garantiza a los trabajadores un salario mínimo vital. Se establece la exigibilidad inmediata del salario y de las prestaciones sociales, así como que las mismas son deudas de valor cuya expresión monetaria debe ser indexada en caso de retardo en el pago.

1.10. El derecho a prestaciones sociales

La Constitución consagra el derecho a las prestaciones sociales, que en el léxico laboral venezolano hace referencia fundamentalmente a la prestación de antigüedad que compensa el tiempo de servicio del trabajador y a otros beneficios laborales que se pagan al trabajador en la liquidación que le corresponde en el momento de terminación de la relación laboral. Una disposición transitoria cuarta, ordena que la Ley Orgánica del Trabajo sea reformada para que las prestaciones sociales sean calculadas de conformidad con el último salario.

1.11. Estabilidad laboral

Se dispone que la Ley garantizará la estabilidad en el trabajo y que limitará toda forma de despido injustificado. Se establece que serán nulos los despidos contrarios a la Constitución.

1.12. Responsabilidad en caso de simulación o fraude

Se dispone que el Estado debe establecer, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos que incurran en simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.

1.13. Derechos colectivos

Se consagra el derecho a la sindicalización, pero dispone que el Consejo Nacional Electoral, ente encargado de las elecciones públicas, también tendrá la función de organizar las elecciones de sindicatos y gremios profesionales, lo cual ha sido considerado como contrario a la libertad sindical por los órganos de control de la OIT.

Se consagra el derecho a la negociación colectiva, estableciendo el carácter normativo de la convención colectiva, pero prohibiéndose la inclusión en las mismas de las cláusulas sindicales.

Se mantiene el derecho a la huelga, eliminándose la anterior prohibición constitucional de su ejercicio en los servicios públicos.

2. Salarios mínimos

No obstante que la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento prevén un

mecanismo de consulta tripartita para la fijación de los salarios mínimos, en los últimos dieciséis años éstos han venido siendo fijados unilateralmente por sucesivos Decretos Presidenciales. Dado los altos niveles de inflación que registra la economía venezolana (oficialmente el 6X % para 2014, extraoficialmente se alegan índices superiores, pues las cifras oficiales se elaboran sobre la base de los precios regulados por el Gobierno, mientras buena parte del consumo nacional se realiza con base en los precios del mercado paralelo) se realizan varios aumentos anuales de salarios mínimos. Aun cuando tales Decretos se refieren únicamente a los salarios mínimos, en general favorecen un ajuste del resto de los salarios.

3. Inamovilidad

A finales del año 2001 el Presidente de la República promulgó un Decreto estableciendo una inamovilidad temporal con ocasión de un proceso de reestructuración sindical convocado por el Gobierno. El 28-04- de 2002 mediante Decreto número 1752 se acordó una inamovilidad "provisional" que abarcaba a todos los trabajadores dependientes del país, excluyendo los trabajadores de dirección y de confianza, los contratados temporalmente, aquellos que tuviesen menos de ***tres meses*** de servicios para su empleador y aquellos que ganasen más de una cantidad equivalente a ***4,4 salarios mínimos*** de la fecha. Los Decretos de inamovilidad han venido sucediéndose, siempre con carácter *"provisional"*. El ámbito de los trabajadores beneficiados por la inamovilidad se ha venido extendiendo, al punto de que en la actualidad sólo son excluidos los trabajadores de dirección y que tengan menos de un mes de servicio. Puede decirse que el régimen "provisional" de inamovilidad, que ya dura casi trece años, ha sustituido en la práctica el régimen de estabilidad previsto por la Ley.

El Decreto de inamovilidad vigente, publicado en Gaceta Oficial Nº 6168 de fecha 2 de enero de 2015, prevé que los trabajadores amparados por el mismo no pueden ser despedidos, desmejorados o trasladados sin causa justa calificada por el Inspector del trabajo. Da derecho a los trabajadores afectados por un despido, desmejora o traslado a dirigirse al Inspector del trabajo reclamando su reenganche y el pago de los salarios caídos y demás beneficios dejados de percibir. El Inspector, abrirá un procedimiento. Si al iniciarse el mismo el Inspector constata la relación laboral y la inamovilidad alegada, procederá al inmediato reenganche. Si el Inspector no pudiese apreciar la existencia de la relación laboral y la inamovilidad alegadas, abrirá el proceso a pruebas y, vistas las mismas y los alegatos de las partes decidirá, sin o con lugar el reenganche. La orden de reenganche, o reposición a las condiciones normales del trabajador, será acompañada con la orden de pagar no sólo "los salarios caídos", sino todos los beneficios laborales que el trabajador haya dejado de percibir durante el procedimiento. A partir de 2012 la ejecución de la decisión del Inspector se hará conforme al procedimiento sumario y limitativo del derecho de defensa del empleador que establece el artículo 425 del Decreto Ejecutivo que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y que comentamos en el punto 12 del presente artículo.

La extensión de la inamovilidad a casi todo el universo de los trabajadores

dependientes, ha determinado que Venezuela tenga uno de los sistemas laborales más rígidos del planeta.

4. Alimentación para los trabajadores

En 2004 se promulgó la Ley de Alimentación Para los Trabajadores, reglamentada en 2006 y modificada en Gaceta Oficial Nº 39.666 del 4 mayo de 2011. Las reformas legislativas fueron extendiendo el beneficio de alimentación, anteriormente limitado a empresas con determinados grupo de trabajadores y a trabajadores por debajo de dos salarios mínimos de ingreso. En la última Ley, todos los trabajadores que devenguen hasta tres salarios mínimos tienen derecho a que los empleadores, independientemente del número de trabajadores que ocupen, les suministren una comida balanceada durante la jornada de trabajo. La nueva legislación que la obligación de suministrar la comida no se pierde cuando el trabajador está en reposo o cuando no cumple su jornada de trabajo por causa que no le es imputable. El beneficio de alimentación no debe computarse como salario. La Ley establece diversas mediante las cuales el empleador puede cumplir con su obligación de alimentación. Las más frecuentes son la instalación de comedores empresariales y el otorgamiento de unos vales denominados cesta tickets, que son emitidos por un valor expresado en porcentajes de unidades tributarias y que ha sido objeto de ajustes destinados a mejorarlos, los cuales, teóricamente, sólo pueden ser destinados a la adquisición de alimentos.

5. Trabajo de minusválidos

En Gaceta Nº 38.598 de fecha 5 de enero de 2007 se promulga la Ley Para Personas con Discapacidad, cuyo artículo 27 dice:"Las instituciones nacionales, estadales, municipales y parroquiales, así como las empresas públicas, privadas o mixtas, deberán incorporar a sus planteles de trabajo no menos de un cinco por ciento (5%) de personas con discapacidad permanente de su nómina total, sean ellos ejecutivos, empleados u obreros.

No podrá oponerse argumentación alguna que discrimine, condicione o pretenda impedir el empleo de personas con discapacidad.

Los cargos que se asignen a personas con discapacidad no deben impedir su desempeño, presentar obstáculos para su acceso al trabajo, ni exceder de la capacidad para desempeñarlo. Los trabajadores con discapacidad, no están obligados a ejecutar tareas que resulten riesgosas por el tipo de discapacidad que tengan". Esta Ley además de duplicar el porcentaje de trabajadores discapacitados (2%) previsto en una Ley anterior, porcentaje que había tenido poca aplicación práctica, establece un régimen sancionatorio más severo.

6. Ley Orgánica Procesal del Trabajo

Mediante Gaceta Oficial Nº 37.504 del 13 de agosto de 2002 se promulgó la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. El viejo proceso laboral venezolano era ejemplo de un sistema ineficiente de administración de justicia. Los progresos que se habían logrado en materia de sistematización de la legislación sustantiva

laboral (muy especialmente con la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, en 1990, de su reforma en 1997 y de su Reglamento General en enero de 1999), no habían tenido un equivalente en la legislación adjetiva, la cual, por el contrario, había venido experimentando una dispersión que dificultaba el cumplimiento de los objetivos propios del proceso laboral, el cual estaba sujeto a diversas fuentes no bien articuladas entre sí.

A la dispersión de las fuentes normativas, se unía el exagerado formalismo, la desesperante tardanza en dictar decisiones y la no infrecuente falta de idoneidad de los jueces y del personal auxiliar. Nuestro proceso laboral estaba concebido para que el abogado corriera y el juez descansara; para que el trabajador sufriera la angustia de la inefable demora judicial y el empleador, cuando perdía, asumiese los excesivos costos de la justicia retardada. El juez era un espectador lejano que, en la mayoría de los casos, sólo venía a involucrarse efectivamente en el juicio cuando al expediente le tocaba el turno de la decisión. Se trataba de una especie de ruleta rusa, en cuya resolución final la justicia no solía ser el factor preponderante.

La Constitución de 1999 ordenó al legislador ordinario la aprobación de "una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantice el funcionamiento de una jurisdicción laboral autónoma y especializada y la protección del trabajador o trabajadora en los términos previstos en esta Constitución y en las leyes. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la equidad y rectoría del juez o jueza en el proceso".

Con base en el mandato Constitucional los magistrados de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia elaboraron el anteproyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el cual fue sancionado por la Asamblea Nacional y promulgado el 13 de agosto de 2002.

Entre los aspectos más relevantes de la nueva Ley podemos señalar los siguientes:

6.1. Principios generales del nuevo proceso labaoral venezolano

La Ley desarrolla un modelo procesal inspirado por los principios de uniformidad, brevedad, oralidad, publicidad, gratuidad, celeridad, inmediatez, concentración, prioridad de la realidad de los hechos y equidad.

6.2. Gratuidad

Se desarrolla el precepto constitucional de la gratuidad de la justicia, especificándose que los registradores y notarios no podrán cobrar tasas, aranceles, ni exigir pago alguno en los casos de otorgamiento de poderes y registro de demandas laborales, que el juez puede ordenar que la experticia sea practicada por funcionarios públicos, cuando la parte o las partes no dispongan de medios económicos para su realización y que si el arbitraje es solicitado por el trabajador y éste no pudiere pagar los honorarios fijados, serán pagados por el Estado.

6.3. El juez como director del proceso

Se establece que el juez es el rector del proceso, que está obligado a impulsarlo personalmente y está dotado de facultades para lograr la búsqueda de la verdad más allá de las actuaciones de las partes, a petición de parte o de oficio.

6.4. Inmediación

Para poder pronunciar la sentencia el juez debe presenciar el debate y la evacuación de las pruebas de las cuales obtiene su convencimiento. Si por alguna razón el juez que presenció la audiencia no puede decidir, deberá repetirse la misma para que un nuevo juez lo haga.

6.5. Unificación de procedimientos

Se establece un procedimiento único aplicable a todos los conflictos judiciales laborales.

6.6. Oralidad y reducción del formalismo

La nueva Ley reduce el excesivo formalismo escrito que caracterizaba el viejo proceso. Aun cuando establece un juicio oral, una serie de actos procesales continúan teniendo forma escrita.

6.7. Acumulación de demandas

Tradicionalmente, los tribunales laborales venezolanos admitían la posibilidad de que varios trabajadores demandaran 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. Este tipo de acumulación, denominada impropia porque se encontraba fuera de la concepción ortodoxa de la acumulación en el juicio civil, fue considerada improcedente por una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual, por una parte, afectó el curso normal de juicios en los cuales los trabajadores habían hecho una acumulación reiteradamente permitida durante décadas por los tribunales venezolanos y por la otra, creaba grandes dificultades a los propios tribunales, los cuales experimentarían una gran congestión al multiplicar toda su actividad por tener que dar cauce separado a decenas y centenares de reclamaciones que anteriormente eran objeto de una sola tramitación. Con la finalidad de resolver este problema la LOPT estableció: "Dos o más personas pueden litigar en un mismo proceso judicial del trabajo en forma conjunta, sea activa o pasivamente, siempre que sus pretensiones sean conexas por su causa u objeto o cuando la sentencia a dictar con respecto a una de ellas, pudiera afectar a la otra".

6.8. Notificación del demandado

Uno de los grandes obstáculos del viejo proceso estaba constituido por la

citación del demandado. Por ello la ley se esforzó en simplificar las formalidades de la citación, la cual sustituye por una notificación hecha mediante un cartel que debe ser fijado en la puerta de la empresa y consignado en su secretaría u oficina de correspondencia, si la hubiere. El cartel emplaza al demandado para que asista al tribunal en la hora y fecha fijada para la Audiencia Preliminar, y la consecuencia de su inasistencia es la de que se le tenga por confeso, eliminándose la institución del defensor de oficio. Estas disposiciones, al eliminar el tortuoso itinerario de citación previsto en el viejo ordenamiento, facilitan una comparecencia más pronta del demandado. No contento con este logro, el legislador planteó la posibilidad de hacer más expedito aun el trámite de notificación y dispuso que el Tribunal podrá practicar la notificación del demandado por los medios electrónicos de que disponga, siempre y cuando éstos le pertenezcan.

6.9. Proceso por audiencias y reestructuración de la primera instancia

Se establece un proceso por audiencias. La primera instancia se divide en dos audiencias, ambas orales. La primera es la audiencia preliminar, en cuya instalación ambas partes deben promover pruebas y someter el caso a una gestión conciliatoria que preside el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, que no es el que decide la causa. Esta circunstancia le da al juez mayor libertad para esforzarse en lograr que las partes lleguen a un acuerdo y en función de esta meta puede prolongar la audiencia preliminar, la cual, en todo caso, no puede durar más de cuatro meses. Los resultados de esta etapa conciliatoria han sido muy positivos y la mayoría de los casos se solucionan mediante una transacción obtenida en esta etapa. El Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución realiza un despacho saneador destinado a depurar el proceso de los vicios que pudiese tener. Este despacho se ejerce en dos oportunidades, al inicio del proceso, antes de ordenar la notificación del demandado y cuando concluye sin éxito la gestión conciliatoria. Si no hay observaciones hechas por el juez mediante el Despacho saneador o atendidas que hayan sido éstas, el demandado debe contestar la demanda y la causa pasa al Juez de Primera Instancia de Juicio, que debe pronunciarse sobre las pruebas y fijar la fecha de la audiencia de juicio, en la cual las partes deben hacer sus alegatos, evacuar y controlar las pruebas. Concluida la audiencia, el juez debe pronunciar su fallo dentro del lapso de una hora, bajo sanción de destitución si no lo hace. Se permite que en casos especiales, debidamente justificados, el juez pueda diferir el fallo. El fallo oral será emitido en escrito a los cinco días siguientes y es apelable en ambos efectos ante el Juez Superior del Trabajo, quien fijará la oportunidad de la audiencia oral de segunda instancia.

6.10. Oportunidad para la promoción de pruebas

Como se ha visto, la promoción de pruebas debe hacerse en la audiencia preliminar, no pudiéndose promover pruebas en otra oportunidad. Por otra parte, la contestación de la demanda debe realizarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se diere por concluida la audiencia preliminar sin haber llegado a la conciliación o al arbitraje.

Esta disposición es particularmente inadecuada, por cuanto rompe el equilibrio procesal entre las partes. De un lado, cuando el actor concurre a la audiencia preliminar, no sabe cuáles son las defensas que va a oponerle la parte demandada –la cual, como hemos visto, va a contestar la demanda dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de la audiencia preliminar– y, por tanto, no está en capacidad de diseñar, en ese momento, una adecuada estrategia probatoria. Por otra parte, se crea un privilegio procesal para el demandado, que generalmente es el patrono, el cual, por ser el proceso público, puede enterarse de las pruebas del actor con anterioridad a la oportunidad que tiene para contestar la demanda, pudiendo diseñar una contestación en función de las pruebas presentadas por el actor, lo cual constituye una ventaja contraria al principio protectorio propio del proceso laboral.

6.11. Inasistencia de las partes a las audiencias

La Ley establece un régimen sancionatorio muy severo para el caso de inasistencia de las partes a las audiencias. Si el actor no comparece a la audiencia preliminar se entenderá que desistió del procedimiento y para poder intentar nuevamente la demanda deberá esperar noventa días. Si el actor no comparece a la audiencia de juicio se entenderá que desistió de la acción, de modo que no podrá intentar nuevamente la demanda. Si el demandado no comparece a la audiencia preliminar o a alguna de sus prolongaciones, se entenderá que existe admisión de los hechos demandados y el juez procederá a sentenciar en este sentido. Sin embargo, la jurisprudencia del tribunal supremo ha moderado la sanción, estableciendo que si la inasistencia ocurre en una de las prolongaciones de la audiencia preliminar y si en la instalación de ella el demandado promovió pruebas, tendrá derecho a que las mismas sean consideradas por el juez de juicio y, en caso de que tales pruebas sean admitidas, éste debe proceder a su evacuación. Si la inasistencia del demandado ocurre en la audiencia de juicio, se tendrán como admitidos los hechos, aun cuando haya contestado la demanda y rechazado los mismos.

Esta forma de sancionar la inasistencia de las partes es especialmente severa. En la generalidad de los sistemas procesales, la contumacia o incomparecencia del demandado se sanciona con la confesión ficta, que es una presunción de que los hechos afirmados en la demanda son ciertos. En la generalidad de los sistemas esta presunción no es absoluta. Por una parte, se tienen como ciertos los hechos de la demanda en tanto ellos no sean contrarios a la ley. Por la otra, el contumaz confeso, si bien no puede alegar hechos o defensas nuevas en contra del libelo de la demanda, sí puede hacer la contraprueba de los hechos contenidos en el mismo, es decir, tiene la oportunidad de desvirtuar la presunción establecida en su contra, probando la falsedad de los hechos comprendidos en la misma. Estas reglas sobre la confesión ficta, que han sido reconocidas tradicionalmente por nuestra legislación procesal, son dejadas a un lado por la nueva ley procesal laboral.

La severidad del régimen de incomparecencias previsto por la nueva ley procesal no se limita a la imposibilidad de desvirtuar la presunción, sino que se expresa, además, en la pluralidad de oportunidades procesales en que la misma

puede presentarse, siempre con el mismo gravísimo alcance que hemos señalado.

6.12. Lealtad procesal

Se establece 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. Se dispone que el juez puede extraer de la conducta de las partes elementos de convicción. 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.

6.13. Costas

Se dispone que la parte totalmente vencida se condenará en costas, estableciendo expresamente la excepción de que las mismas no proceden contra los trabajadores que devenguen menos de tres salarios mínimos. Por otra parte, se establece que las costas proceden contra los estados, los municipios, institutos autónomos, empresas del Estado y personas morales de carácter público.

6.14. Medios alternativos

La LOPT otorga un tratamiento especial a los medios alternativos de solución de conflictos, prácticamente ignorados por la normativa anterior. En la práctica, la mediación y la conciliación han tenido gran éxito, no así el arbitraje que viene careciendo de aplicación.

Pienso que el hecho de que los árbitros sean escogidos al azar, en lugar de ser designados por las partes de la lista nacional de árbitros, puede ser un factor desestimulante del uso del arbitraje, pues normalmente las partes querrán saber en manos de quién van a colocar la solución de sus conflictos.

6.15. Casación

La Ley establece que contra las decisiones de los Tribunales Superiores del trabajo podrá ejercerse el recurso de Casación en aquellos juicios cuya cuantía exceda de tres mil unidades tributarias, lo cual constituye un mínimo considerablemente más alto que el establecido por la legislación anterior. La enumeración de los vicios que dan lugar a la procedencia del recurso de casación es más restringida que la anterior. El nuevo diseño de la casación social es mucho menos formalista que el viejo. Se establece la casación de oficio, de modo que la Sala Social puede casar una sentencia por vicios no denunciados y se elimina la casación por reenvío, de modo que si la Sala casa una sentencia, deberá entrar a sentenciar el fondo de la misma. Se dispone que los jueces de instancia deberán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. En consecuencia de esta disposición, la Sala Social podrá, a través de los

recursos de casación y de control de la legalidad, que referiremos más adelante, dejar sin efectos aquellos fallos que se aparten de su "reiterada doctrina jurisprudencial".

Al establecer el carácter vinculante de las decisiones de la Sala Social, la Ley se limitó la independencia de los jueces de instancia, apartándose de la tradición venezolana que restringía tal carácter al caso concreto que se decidía, de manera tal que la función unificadora de la Casación se fundamentaba en el respeto que las decisiones del más Alto Tribunal inspiraban a los jueces de instancia, que normalmente procuraban acoger sus criterios, pero sin que les estuviera prohibida, como ahora ocurre, una disidencia razonada. Es de observar que, a lo largo de décadas, el ejercicio de este derecho a la disidencia razonada, permitió que la jurisprudencia de instancia introdujera criterios innovadores, cuya reiteración en ese nivel y su acogida por la doctrina, dio lugar a que la casación abandonara ciertas concepciones tradicionales y adoptara importantes cambios en su doctrina. Por eso, no fue de extrañar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarara la inconstitucionalidad del artículo que establecía tal carácter vinculante de manera generalizada.

6.16. Control de la legalidad

La LOPT crea un nuevo recurso denominado control de la legalidad, el cual permite a la Sala Social conocer de fallos no recurribles en casación a fin de verificar que no violenten o amenacen violentar normas de orden público laboral y que no se aparten de la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala. La importancia de este recurso radica en que abre la posibilidad de control por parte de nuestro más alto tribunal, la cual está normalmente reducida a un porcentaje no muy amplio de los juicios laborales, ya que, por una parte, los juicios de estabilidad, no tienen recurso de casación y en relación a los otros juicios, la casación sólo se permite para aquellos juicios cuyo interés principal exceda las tres mil unidades tributarias.

La admisibilidad del recurso de control de la legalidad parece ser muy discrecional de la Sala Social, la cual no está obligada a motivar la inadmisión del mismo, salvo en aquellos casos en que se sancione al recurrente que actúe maliciosamente, en los cuales si se requiere motivación.

7. Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo y su Reglamento

En Gaceta Oficial Nº 38.236 del 26 de julio de 2005 se promulgó la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT) que reforma la anterior de 1985. Entre los aspectos más relevantes de esta Ley podemos mencionar los siguientes:

1. Regula el régimen prestacional de seguridad y salud en el trabajo dentro del marco del sistema de seguridad social.
2. Regula detalladamente las competencias y funciones de los distintos entes y personas que interactúan en el régimen prestacional, estableciendo

dos directrices fundamentales: la participación y la actuación coordinada de los distintos entes participantes, entre los cuales da tratamiento preferente al Instituto Nacional de Prevención Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).

3. Tiene como objetivo fundamental la promoción del trabajo seguro y saludable.
4. Incorpora el uso del tiempo libre y del descanso como factores de seguridad y salud en el trabajo.
5. Da relevancia al concepto de ergonomía.
6. Hace una regulación detallada de los deberes y derechos de empleadores y trabajadores en relación a la seguridad y salud en el trabajo.
7. Define de manera amplia las enfermedades y accidentes profesionales.
8. Establece una detallada regulación de las discapacidades profesionales y de las prestaciones dinerarias a que dan lugar.
9. Regula la responsabilidad del empleador en caso de accidentes o enfermedades ocupacionales causadas por violaciones que éste cometa contra la normativa de la materia.
10. Establece un complejo régimen de financiamiento a cargo del empleador y en función del nivel de riesgo de la empresa.
11. Establece un severo régimen sancionatorio.

En enero de 2007 se promulgó el Reglamento Parcial de LOPCYMAT, entre cuyos aspectos más relevantes podemos mencionar los siguientes:

1. Restringe la posibilidad de celebrar transacciones en materia de higiene y seguridad ocupacional, por cuanto exige que las mismas no pueden ser válidamente realizadas por cantidades inferiores a las que determine el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL).
2. Regula detalladamente los servicios de seguridad y salud, los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud, reforzando su papel y estableciendo obligaciones y controles.
3. Define en forma muy amplia el concepto de medio ambiente de trabajo, el cual comprende:
   a) lugares, locales o sitios, cerrados o al aire libre, donde se presten los servicios.
   b) situaciones de orden socio-cultural, organización del trabajo y de infraestructura física que de forma inmediata rodean la relación con el trabajo.
   c) espacios aéreos, acuáticos y terrestres situados alrededor.
4. Define de manera igualmente amplia el concepto de condiciones de trabajo, el cual comprende:

a) condiciones generales y especiales bajo las cuales se ejecutan las tareas.

b) aspectos organizativos y funcionales, métodos, sistemas o procedimientos empleados en la ejecución de las tareas, servicios sociales prestados a los trabajadores.

5. Define lo que son condiciones inseguras e insalubres en el trabajo, comprendiendo todas aquellas que:

a) no garanticen todos los elementos del saneamiento básico.

b) no asegure protección a la maternidad, a los adolescentes y a las personas necesitadas de protección especial

c) no asegure auxilio inmediato y atención médica en caso de lesiones o daños a la salud.

d) no cumpla con los límites máximos de la jornada de trabajo o no asegure el disfrute de descansos y vacaciones.

e) no cumpla con las obligaciones en materia de información, formación y capacitación en seguridad y salud.

e) no cumpla con los informes, observaciones o mandamientos emitidos por las autoridades competentes.

6) Establece la obligación de presentar una serie de informes sobre distintos aspectos relacionados con la materia en formatos preparados por el INPSASEL. Entre otras cosas establece la obligación de informar de los accidentes de trabajo dentro de los sesenta minutos siguientes a su ocurrencia.

7) Crea un sistema de registro y acreditaciones para las personas y entidades que realicen labores relacionadas con la materia.

8) Establece que en los créditos oficiales se deberá fijar un porcentaje para inversiones en materia de prevención y salud.

9) Refuerza la protección de la maternidad.

10) Otorga plazos perentorios para la constitución de los servicios y comités de salud y seguridad, para la elaboración del Programa de Seguridad y Salud y para la acreditación y registro de entidades y profesionales que presten servicios en la materia.

8. Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 2006

Mediante Decreto Nº 4.447 del 25 de abril de 2006, publicado en la Gaceta Oficial Nº 38.426 de fecha 28 de abril de 2006, el Ejecutivo Nacional reformó parcialmente el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo de 1999. El Reglamento de 2006, ratifica la derogatoria del antiguo Reglamento de 1973, pero, al contrario de lo que ocurrió con el Reglamento de 1999. No hizo ninguna salvedad, de manera que no se encuentran vigentes los artículos del Reglamento

de 1973 relativos a regímenes especiales de trabajo y a riesgos profesionales, los cuales no habían sido derogados por el Reglamento de 1999. Sin embargo, el reglamentista de 2006 tampoco reguló estas materias, de manera que las mismas se quedaron sin reglamentación.

El Reglamento de 2006 no incorpora muchas novedades. Su importancia está más en las normas que deroga que en las que crea. En efecto y en línea con la tendencia de la que hemos denominado "legislación emergente", el nuevo reglamento deja sin vigencia importantes disposiciones del Reglamento de 1999 que fueron consideradas como "flexibilizadoras". Entre las disposiciones derogadas podemos mencionar las siguientes: a) las relativas a las Empresas de Trabajo Temporal, declarando que éstas eran simples intermediarios, de manera tal que entre las o los trabajadores provistos por las ETT y las empresas usuarias existe una relación laboral directa, que genera para la usuaria las obligaciones propias de un empleador y para la ETT una responsabilidad solidaria; b) la regulación sobre contratos de jóvenes en formación; c) se restringen los alcances de la regulación del período de prueba; d) se limitan las posibilidades de prorrogar los contratos por tiempo determinado; e) se suprimió el artículo 108 del Reglamento de 1999 que establecía en forma ejemplificativa quiénes se consideraban trabajadores que desempeñaban funciones que por su naturaleza no estaban sometidos a jornada; f) se eliminan el mutuo acuerdo de las partes y la sanción disciplinaria como causales de suspensión de la relación de trabajo; g) elimina la definición de determinadas percepciones que el trabajador recibe pero que no forman parte de su salario; h) se sustituye la Comisión Tripartita para la discusión del salario mínimo por una mesa de Diálogo Social y se suprimieron las normas relativas a la integración y al procedimiento para la convocatoria y funcionamiento de esa Comisión Tripartita; i) rigidiza las anteriores disposiciones reglamentarias sobre el trabajo en empresas con oscilaciones de temporada y sobre jornada flexible; j) se elimina la posibilidad de que el empleador compensara deudas con el trabajador con cargo al fideicomiso de sus prestaciones sociales.

Por otra parte, un buen número de las nuevas disposiciones reglamentarias tienen una finalidad meramente coyuntural. En este sentido Meza y Navarro[1], apuntan que muchas de sus normas están dirigidas principalmente a lo siguiente: a) adecuar el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo a la nueva numeración de su articulado debido a los cambios introducidos por esta reforma; b) incorporar la mención expresa al género femenino en muchos casos ("...trabajador o trabajadora..."; "...patrono o patrona..."; "...Inspector o Inspectora del Trabajo..." etc.; c) suprimir todas las referencias al vocablo "empleador", siendo sustituida por las de "patrono o patrona"; d) incorporar disposiciones contenidas en la Constitución vigente que fue aprobada con posterioridad al Reglamento de 1999, y adecuar las normas reglamentarias a dicha Constitución; e) adecuar el nuevo Reglamento a las disposiciones de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT) de 2005 ; f) adecuar el nuevo Reglamento a la terminología de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y

[1] Marlon Meza Salas y Sara L. Navarro Pestana: La Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (Análisis comparativo entre el Reglamento de 1999 y su Reforma de 2006) en Comentarios a La Ley Orgánica del Trabajo, Jurídicas Rincón, Barquisimeto, 2007.

del Adolescente; g) sustituir los nombres de algunos entes públicos por el órgano competente en la actualidad.

Entre las novedades que incorpora el nuevo Reglamento podemos mencionar las siguientes:

8.1. Domingo trabajado

Establece que el día domingo trabajado debe pagarse con un cincuenta por ciento de recargo sobre el salario ordinario, con lo cual zanja una vieja disputa jurisprudencial y doctrinaria.

8.2. Vacaciones

Establece que el pago de las vacaciones y del bono vacacional debe hacerse con base en el salario normal devengado por el trabajador en el mes de labores inmediatamente al día en que disfrute efectivamente la vacación (si la relación de trabajo se encuentra vigente) o con base en el último salario devengado (si la relación de trabajo hubiese finalizado), incluyendo en este caso el pago de los días feriados y de descanso semanal obligatorio que le hubieren correspondido, de haber disfrutado efectivamente las vacaciones, lo cual constituye un cambio de la regulación establecida en la LOT, según la cual el pago debe hacerse con base en el salario del día en que nació el derecho a la vacación.

8.3. Maternidad

Se establece que los Ministerios del Trabajo y Salud mediante Resolución conjunta podrán extender la duración del período de lactancia (por un tiempo mayor a 6 meses).

8.4. Despidos masivos

Incorpora algunas regulaciones adicionales sobre el procedimiento para la suspensión de los despidos masivos que había introducido el RLOT de 1999, y establece que en caso de ordenarse la suspensión de los despidos masivos, los trabajadores reincorporados tendrán derecho al pago de los salarios caídos y a los demás beneficios que les correspondan y que hayan dejado de percibir desde el despido hasta la fecha de su reinstalación (Art. 44). En opinión de Meza y Navarro[2] esta norma excede el espíritu, razón y propósito de la ley reglamentada, pues la LOT sólo permite la "suspensión" de los despidos masivos, no su "anulación", en cuyo caso sí tendría justificación que se acuerde el pago de salarios caídos y otros beneficios dejados de percibir a los trabajadores despedidos. Entre las posibles soluciones en caso de despidos masivos se incluye la suspensión colectiva de labores por un plazo no mayor de 60 días con el objeto de superar la crisis y el inicio de un proceso de recapitalización y reactivación de la empresa, con la participación asociativa de los trabajadores

[2] Ibídem.

bajo formas cogestionarias o autogestionarias, en cuyo caso el Estado brindará una protección especial mediante ciertas medidas y facilidades especiales.

8.5. Examen de declaraciones de impuesto sobre la renta

Se faculta a los Inspectores del Trabajo para solicitar a la Administración Tributaria el examen de las declaraciones de impuesto sobre la renta de una empresa a los fines de verificar los beneficios obtenidos por ésta en uno o más ejercicios anuales a los fines de determinar la participación de los trabajadores en las utilidades de dicha empresa. Bajo el Reglamento de 1999 y conforme al artículo 181 de la Ley Orgánica del Trabajo, ello solo podía ser solicitado por los trabajadores y las organizaciones sindicales.

8.6. Registro Nacional de Empresas y Establecimientos

Se establece que la organización y funcionamiento del Registro Nacional de Empresas y Establecimientos que había sido recientemente creado por el Ejecutivo Nacional será realizada a través de resoluciones especiales dictadas al efecto por el Ministerio del Trabajo.

8.7. Solvencias laborales

Se regula el otorgamiento, vigencia, control y revocatoria de las solvencias laborales de los patronos que habían sido recientemente creadas por el Ejecutivo Nacional y que consisten en una certificación emanada del Ministerio del Trabajo, mediante la cual se deja constancia de que un determinado patrono no tiene reclamaciones pendientes ante ese Despacho. El Reglamento contiene una lista de los asuntos para los cuales se exigirá obligatoriamente la presentación de la solvencia laboral.

8.8. Sanciones

Se establece que cuando el funcionario del trabajo constate que existen incumplimientos relativos al sustento, a la jornada de trabajo, o a la salud o vida del trabajador, el Inspector del Trabajo calculará el monto de la respectiva sanción multiplicando la cantidad indicada en la Ley por el número de trabajadores afectados.

8.9. Directores laborales

Se adecuan las normas reglamentarias a lo dispuesto por el Decreto de la Asamblea Constituyente que cesó a los Directores Laborales, se regula la forma de designar los dos Directores Laborales en las directivas de las empresas públicas mediante votación universal, directa y secreta.

8.10. Colegios profesionales

Se excluye a los colegios profesionales de la lista de sujetos de derecho

colectivo y de las personas autorizadas para negociación colectiva y de la comisión negociadora de convenciones colectivas en el sector público, en sentido contrario a lo establecido por el artículo 405 de la LOT.

8.11. Referéndum sinical

Se le da al sindicato la facultad, que anteriormente sólo le correspondía al empleador, de solicitar un referéndum a fin de determinar cuál es la organización sindical más representativa y que tendrá derecho a administrar la convención colectiva. Sin embargo, se exige que tal referéndum sólo podrá ser acordado una vez transcurrida la mitad de la vigencia de la convención colectiva, y se establece que la organización sindical que resulte ser la más representativa gozará de tal condición hasta el término de la convención.

8.12. Elecciones sindicales

Se ratifica el derecho de las organizaciones sindicales a efectuar sus procesos electorales sin más limitaciones que las establecidas en sus estatutos y en la ley, pero estableciendo expresamente que los miembros de las juntas directivas cuyo período para el cual fueron electos se encuentre vencido, no podrán realizar, celebrar o representar a la organización sindical en actos jurídicos que excedan la simple administración.

8.13. Transferencia de trabajadores

Se prohíbe la transferencia de los trabajadores cuando estén ejerciendo sus derechos a la organización sindical o a la negociación colectiva.

8.14. Medidas preventivas en procedimientos administrativos

Se amplían las facultades de los Inspectores del Trabajo para decretar medidas preventivas en los procedimientos administrativos previstos en la LOT, y dentro de los procedimientos de solicitud de reenganche y pago de salarios caídos y de calificación de faltas para despedir autoriza expresamente al Inspector para decretar: (i) la prestación de servicios por parte del trabajador en un cargo distinto, o la separación del trabajador por el tiempo que dure el procedimiento, en forma y condiciones similares a las que ya preveía el RLOT de 1999; y (ii) la reincorporación del trabajador o la restitución de la situación jurídica infringida, por el tiempo que dure el procedimiento y con restablecimiento pleno del pago del salario, cuando un trabajador que goce de inamovilidad haya sido despedido, trasladado o desmejorado o sea víctima de cualquier medida de discriminación antisindical, y exista el temor fundado de que se ocasionen daños a dicho trabajador, a su familia o a la organización sindical. El desacato a la medida preventiva dictada acarreará una multa que oscila entre 1/8 de salario mínimo y 1 salario mínimo, sin perjuicio de la valoración de dicha conducta en la providencia definitiva.

8.15. Prórroga de convenciones colectivas

Se establece que las partes podrán prorrogar la duración de la convención

colectiva por un límite que no excederá de la mitad del período para el cual fue pactada.

9. Personas con discapacidad

En la Gaceta Oficial 38.598 de fecha 5 de enero de 2007 fue publicada la Ley para personas con discapacidad, que tiene por objeto garantizar el desarrollo 'integral de las personas con discapacidad de manera plena y autónoma, prohibiendo el trato discriminatorio a las personas con discapacidad y estableciendo sus derechos y garantías'. La Ley establece que el Gobierno debe formular políticas sobre formación para el trabajo, empleo, inserción y reinserción laboral, readaptación profesional y reorientación ocupacional para personas con discapacidad. Dispone que los órganos y entes de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, así como las empresas públicas, privadas o mixtas, deberán incorporar a sus planteles de trabajo no menos de un cinco por ciento (5%) de personas con discapacidad permanente, de su nómina total. Contiene disposiciones que protegen a las personas discapacitadas en materia de accesibilidad, transitabilidad, vivienda, transporte, comunicaciones, establece beneficios fiscales y favorece la participación ciudadana de los discapacitados. La Ley crea un Sistema Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad. Por último se establece de un régimen sancionatorio para los casos de incumplimiento de la Ley.

10. Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad

En la Gaceta Oficial Nº 38.773 del 20 de Septiembre de 2007 se dicta el Decreto Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que establece los mecanismos de desarrollo de políticas para la protección integral a las familias, la maternidad y la paternidad, estableciendo programas de apoyo familiar a quienes se encuentren comprendidos en las circunstancias de vulnerabilidad previstas por El Decreto Ley. El Decreto Ley prevé programas de protección a la maternidad y a la paternidad, a las familias de los pueblos y las comunidades indígenas, programas de educación, capacitación, alimentación, cultura, turismo, recreación, deportes, vivienda. Establece normas y procedimientos sobre el reconocimiento de la paternidad y registro de la filiación.

En materia laboral, el artículo 8 establece que el padre, cualquiera que sea su estado civil, gozará de inamovilidad laboral durante un año después del nacimiento de su hijo o a partir de la sentencia de adopción de niños menores de tres años. Asimismo, el artículo 9 establece que el padre disfrutará de una licencia de paternidad remunerada de quince días continuos a partir del nacimiento de su hijo o de la sentencia que le conceda en adopción un niño menor de tres años. Esta licencia podrá ser aumentada por catorce días más en caso de complicaciones graves de salud de la madre. Si se tratase de partos múltiples la licencia será de 21 días continuos. Cuando fallezca la madre, el padre del niño tendrá derecho a la licencia post natal que hubiera correspondido a ésta. La licencia de paternidad debe computarse a los efectos de determinar la antigüedad del trabajador y será sufragada por la seguridad social.

11. Trabajadores residenciales

En la Gaceta Oficial nº 39.677 de 19 de mayo de 2011 se dicta El Decreto Ley Especial para la Dignificación de Trabajadores y Trabajadoras Residenciales que regula a los trabajadores que tienen a su cargo la limpieza y aseo de áreas comunes de un inmueble destinado a viviendas multifamiliares y oficinas. Este Decreto Ley tiene una gran carga ideológica y parte de considerar los trabajos de conserjería, que es la denominación que tradicionalmente se daba al trabajo de limpieza y atención en general a edificios residenciales o de comercio y que ahora se prohíbe por considerarse peyorativa, como una forma moderna de esclavitud, a la cual se pretende rescatar mediante este instrumento legal. En dicho Decreto Ley se establece que el patrono será la comunidad de residentes, representada por la junta de condominio y no la empresa que preste servicios de administración del condominio. Se dispone que la obligación de mantener en buen estado de limpieza, tradicionalmente a cargo del conserje, es ahora responsabilidad de los habitantes que integran la comunidad. Se establece que la junta de condominio es responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos del inmueble, olvidando que los mismos no son prestados por la junta, sino por entes públicos o concesionarios a cargo de ellos. Limita a la limpieza y al aseo las labores que corresponden a los trabajadores sujetos al Decreto Ley, excluyendo otras actividades tradicionalmente a cargo de los conserjes. Señala que el inmueble ocupado temporalmente por el trabajador residencial es su vivienda familiar y tiene el derecho de usarlo, sin pagar ningún tipo de canon de arrendamiento. Tiene así mismo el derecho de usar las áreas comunes del edificio. En caso de terminación de la relación de trabajo por cualquier causa, se le concede al trabajador residencial un plazo mínimo de tres meses para la desocupación del inmueble, contado a partir de la fecha del pago total de los derechos que le corresponden. Durante ese plazo, el trabajador residencial cuya relación terminó seguirá ocupando el inmueble, pero no prestará ningún servicio, debiendo la junta de condominio contratar otro trabajador residencial. El Decreto Ley establece políticas públicas y organismos estatales para la atención de los trabajadores residenciales. Por lo demás, el Decreto Ley es ampliamente reiterativo de que los trabajadores sujetos a ellas gozan de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan a los ciudadanos en general y a los trabajadores en particular.

12. Decreto Ley que promulga la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

En Gaceta Oficial Nº 6.076 Extraordinario de fecha 7 de Mayo de 2012 se publicó el Decreto Ley que promulgó la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

12.1. La prestación de antigüedad

En Venezuela, desde la Ley del Trabajo de 1936, ha existido un sistema de compensación del tiempo de servicios del trabajador conocido generalmente con la denominación de "prestaciones sociales" o prestación de antigüedad. La

misma consiste en el pago de una cantidad de dinero, calculada en función de determinado número de días de salario por cada año de servicios, a la finalización de la relación de trabajo. Las modalidades para el cálculo y pago de esta prestación, así como para el manejo de los fondos generados por ella, han variado en cada reforma hecha a la legislación laboral venezolana. Hasta la reforma legal de 1997, la antigüedad se calculaba con el salario que tuviese el trabajador en el momento de finalización de la relación de trabajo. Esta modalidad de cálculo fue pacíficamente aceptada durante décadas, mientras la economía venezolana presentaba baja inflación. Pero cuando los niveles de inflación se hicieron muy altos, los empleadores adujeron que el pago de la antigüedad al último salario les obligaba a recalcular constantemente sus pasivos laborales y resultaba excesivamente oneroso. Después de varios años de debate en torno a este tema, en 1997, el Gobierno Nacional y las principales organizaciones empresariales y de trabajadores llegaron a un acuerdo que determino la reforma de la Ley Orgánica del Trabajo a fin de establecer un nuevo sistema en el cual la prestación de antigüedad sería duplicada en su monto, pero calculada con el salario de cada mes. Como compensación al cambio de sistema la reforma legal concedió algunos beneficios a los trabajadores. Esta reforma tuvo la oposición de algunos sectores políticos que apoyaron la candidatura presidencial del Teniente Coronel Chávez Frías y que lograron que en la Constitución aprobada en 1999 se incluyera una Disposición Transitoria que ordenó que se reformase a la Ley del Trabajo, a fin de volver al viejo sistema de calcular la antigüedad con el último salario del trabajador. La Asamblea Nacional no cumplió con el mandato del constituyente y, doce años después, lo hizo el Presidente Chávez al aprobar el Decreto Ley que promulgó la nueva legislación, cuya motivación principal es el retorno al viejo sistema de antigüedad.

12.2 La prescripción

El período de prescripción de las acciones laborales, que en la Ley anterior era de un año contado a partir de la finalización de la relación de trabajo, se aumentó a diez años para las prestaciones sociales y a cinco años para los otros derechos laborales, siempre contados a partir de la fecha de terminación de la relación laboral y no de la fecha en que se causó el derecho. Se presenta una incongruencia puesto que las prestaciones sociales, que prescriben a los diez años, se calculan con base en el salario que prescribe a los cinco años.

12.3 El contrato de trabajo. Formalidades del contrato

Se establece que cuando esté probada la relación de trabajo y no exista contrato escrito, se presumen como ciertas, hasta prueba en contrario, todas las afirmaciones realizadas por el trabajador o trabajadora sobre su contenido, con lo cual se impone al empleador la carga de la prueba de desvirtuar las afirmaciones hechas en el libelo de la demanda por un trabajador suyo con quien no celebró un contrato escrito. Se aumentan las formalidades que debe contener el contrato de trabajo y se restringe la procedencia de los contratos temporales.

12.4. El régimen de estabilidad. Prestaciones dobles. Trabajadores de confianza. El período de prueba

Se reduce de tres meses a uno el período inicial durante el cual el trabajador no goza de la estabilidad prevista por la Ley. En consecuencia la duración máxima de período de prueba es de un mes. Los únicos trabajadores excluidos de la estabilidad laboral son los trabajadores de dirección, que son definidos restrictivamente por la Ley. Se elimina el régimen especial que la Ley anterior contemplaba para los trabajadores de confianza. Se mantiene de manera similar el procedimiento de estabilidad, pero se elimina la posibilidad de que el empleador evite la ejecución de la orden de reenganche pagando una indemnización, opción que sólo le corresponde al trabajador beneficiario de la orden de reenganche, quien puede elegir entre el cumplimiento de la misma o el pago de una indemnización. En este caso la indemnización a pagar por el empleador será equivalente al doble de las prestaciones sociales (denominación venezolana para la prestación por tiempo de servicio) que le correspondan. Se establecen normas muy severas para la ejecución forzosa de la decisión de reenganche, incluyendo embargo ejecutivo y pena de prisión de seis a quince meses si el empleador se niega a cumplir la orden judicial de reenganche y pago de salarios caídos. En la práctica el régimen de estabilidad que establece la Ley viene siendo sustituido por los más rígidos Decretos de Inamovilidad que el Poder Ejecutivo viene promulgando todos los años.

12.5. El régimen de inamovilidad

La LOTTT establece una enumeración ampliada de los supuestos de inamovilidad laboral por razones sindicales, de embarazo, paternidad, adopción, discapacidad de hijos y suspensión de la relación de trabajo artículos, los cuales podrán ser ampliados por el Ejecutivo Nacional. En esos casos el empleador no puede despedir al trabajador sino 'por causas justificadas' previamente establecidas por el Inspector del Trabajo.

La Ley establece las características del proceso de inamovilidad y determina que las resoluciones o providencias que se dicten en el mismo se ejecutarán efectivamente y no serán objeto de impugnación en vía jurisdiccional, sin previo cumplimiento del acto administrativo. En otras materias, como la tributaria, la obligación de cumplir un acto administrativo para poder impugnarlo ha sido declarada anticonstitucional.

El procedimiento de inamovilidad establecido en la Ley, el cual es aplicable no solamente a los supuestos de inamovilidad previstos en ella, sino también a la inamovilidad que se deriva de los Decretos que vienen siendo promulgados anualmente por el Poder Ejecutivo, es altamente limitativo del derecho constitucional del empleador a su defensa. El Inspector puede decretar la orden de reenganche, sin haber notificado del procedimiento al empleador, éste no ha accedido a prueba alguna, ni ha podido controlar las presentadas por el trabajador, ni presentar sus propias pruebas. Se le obliga, so pena de incurrir en una sanción pecuniaria o en una causal para la aplicación de una pena privativa de libertad, a dar cumplimiento a una orden la cual se ha gestado sin su más mínima

participación procedimental, es decir a sus espaldas. Se presume la culpabilidad del patrono en el despido por cuanto se le da curso al reenganche sin haberle escuchado. El muy limitado derecho de defensa que pudiera tener el patrono ante una solicitud de reenganche depende de una apreciación unilateral que toma el Inspector del Trabajo. En efecto, corresponde al Inspector el determinar si queda o no demostrada la procedencia del fuero o inamovilidad laboral, y si existe la presunción de la relación de trabajo alegada. En caso afirmativo el Inspector ordenará el reenganche y pago de salarios caídos, sin haber oído al patrono ni permitir que ejerza adecuadamente su derecho a la defensa. El funcionario puede proceder a ordenar de manera automática, el reenganche, restitución y sus efectos consecuenciales. Sólo, cuando durante el acto de ejecución de la orden de reenganche, *"no le fuese posible comprobar la existencia de la relación de trabajo alegada por el o los solicitantes"*, lo cual, como hemos dicho, constituye una apreciación discrecional del funcionario, abrirá una articulación probatoria sobre la condición de trabajador del solicitante. Pero por otra parte, se trata de un derecho a la defensa limitado a probar que el solicitante no es trabajador suyo, ya que de acuerdo a la letra de la Ley texto no podría discutirse un hecho diferente a la inexistencia de la relación de trabajo, como pudiera ser la existencia de un contrato a tiempo determinado ya vencido o para una obra determinada ya ejecutada o de demostrar algún otro elemento que haga decaer el procedimiento como lo sería la caducidad de la solicitud, o lo haga inadmisible como lo sería la renuncia del que fuera trabajador, el abandono del trabajo por parte de éste o que hubiese recibido la indemnización de despido prevista por la Ley, la cual impide el procedimiento. Es de señalar, que, no obstante el texto tan restrictivo de la Ley, en algunos casos los Inspectores del Trabajo han tramitado defensas distintas a la inexistencia de la relación de trabajo.

El derecho a la defensa del patrono es menguado, no sólo por lo limitado de los alegatos que se le permiten –inexistencia de la relación de trabajo– sino por las circunstancias en que se produce. Se trata de una defensa sumarial, vertiginosa, que debe ejercerse *in situ* y al instante mismo en que el funcionario se presenta al centro del trabajo para ejecutar el reenganche. En ese momento el patrono debe ofertar, promover o producir alguna prueba que convenza al funcionario de abrir una articulación probatoria en lugar de ejecutar el reenganche, lo cual puede resultar materialmente imposible, ya que puede ocurrir que el patrono o su representante que esté atendiendo al funcionario no tenga, en ese preciso instante, acceso a la información requerida. Además, y sobre la marcha de la estructuración de una defensa, el patrono deberá atender la orden de evacuación de cualquier prueba que el funcionario administrativo considere, la cual deberá evacuarse inmediatamente.

Por otra parte, si un patrono desea despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador, debe dirigirse al Inspector del Trabajo solicitando autorización para ello. El Inspector abrirá un procedimiento, "breve" en teoría, pero que en la práctica puede durar varios meses y con vistas a las pruebas y a los argumentos de las partes, emitirá o no su autorización.

En ninguno de los dos procedimientos, se concede apelación de la decisión del Inspector. Los interesados podrán recurrir ante los jueces laborales a fin de pedir la nulidad de esta decisión, basándose en que la misma adolezca de los

vicios capaces de determinar la nulidad de un acto administrativo. Como se ha dicho, el juez no podrá dar curso al juicio de nulidad si no consta previamente el cumplimiento de la orden de reenganche.

12.6. La jornada de trabajo. Régimen de las horas extras. Días de descanso y feriados

Se reduce la jornada de trabajo a cinco días o cuarenta horas a la semana, estableciéndose que el trabajador tendrá derecho a dos días de descanso continuos y remunerados por cada semana de labor. Se elimina la posibilidad de establecer horarios especiales o convenidos para los trabajadores de confianza y para aquellos que desempeñen funciones que por su naturaleza no estén sometidos a jornada. Se restringe el trabajo en horas extraordinarias y se dispone que en caso de trabajarse las mismas sin la autorización del Inspector del Trabajo deberán pagarse con un doble recargo. En caso de no existir en la empresa registro de horas extraordinarias o no llevarse de acuerdo a los requisitos exigibles, se presumirán ciertos, hasta prueba en contrario, los alegatos de los trabajadores sobre la prestación de servicios en horas extraordinarias, así como sobre la remuneración y beneficios sociales percibidos por ello.

Se crean cuatro nuevos días feriados: el lunes y martes de carnaval y el 24 y 31 de diciembre.

12.7. Vacaciones y bono vacacional

Se aumenta el bono vacacional (bonificación monetaria que debe ser pagada al trabajador cuando sale de vacaciones) de un mínimo de 7 a un mínimo de 15 días y de un máximo de 22 a un máximo de 30 días.

Cuando la relación de trabajo se termine sin que el trabajador disfrute de vacaciones, las mismas deberán serle pagadas al último salario (Art. 195).

Las semanas que contemplen seis días de trabajo deberán ser compensadas con un día adicional de vacaciones remunerado, pero sin incidencia en el bono vacacional (Art. 176).

12.8. El salario

Se elimina la posibilidad, establecida por la Ley anterior, de convenir que un porcentaje del salario del trabajador (salario con eficacia atípica) no sea tomado en cuenta para la base de cálculo de los beneficios laborales que se determinan con base en el salario.

El empleador debe otorgar un recibo de pago a sus trabajadores cada vez que les pague los beneficios laborales, indicando el monto del salario y, detalladamente, lo correspondiente a comisiones, primas, gratificaciones y otros beneficios especificados en la Ley. El incumplimiento de esta obligación hará presumir, salvo prueba en contrario, la certeza del salario alegado por el trabajador.

La mora en el pago del salario, las prestaciones sociales e indemnizaciones generan intereses calculados a la tasa activa determinada por el Banco. Central de Venezuela (BCV) tomando como referencia los seis bancos principales del país.

El empleador que pague un salario inferior al mínimo, además de ser sancionado, quedará obligado a pagar la respectiva diferencia y sus incidencias en el cálculo de los diversos beneficios laborales. Deberá pagar, además, los intereses que devengaría esa cantidad calculados a la tasa activa determinada por el BCV tomando como referencia los seis bancos principales del país.

12.9. Protección del salario

Los jueces laborales tendrán la competencia para la ejecución de los créditos laborales y no podrán actuar, ni tramitar el procedimiento de atraso o quiebra hasta que haya concluido el procedimiento de ejecución forzosa y se hayan satisfecho a plenitud todos los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.

Los créditos laborales gozarán de privilegio y preferencia absoluta sobre cualquier otra deuda del patrono, incluyendo créditos hipotecarios y prendarios.

El salario y demás créditos laborales son inembargables, salvo para garantizar las pensiones decretadas por un tribunal con competencia en protección de niños, niñas y adolescentes.

Las personas naturales en su carácter de patronos y los accionistas son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la relación laboral, a los efectos de facilitar el cumplimiento de las garantías salariales. Se podrá otorgar medida preventiva de embargo sobre bienes del patrono involucrado.

Esta disposición altera totalmente el derecho común de las sociedades.

12.10. Intervención en las empresas

La Ley prevé que, cuando por razones técnicas o económicas exista peligro de extinción de la fuente de trabajo o sean necesarias modificaciones en las condiciones de trabajo, el Ministerio del Trabajo podrá, de oficio o a petición de parte, intervenir la empresa a objeto de proteger el proceso social del trabajo, garantizando la actividad productiva y el derecho al trabajo.

El Ministerio instalará una instancia de protección de derechos con participación de los trabajadores, sus organizaciones sindicales y el patrono. El Reglamento regulará esta instancia.

Los trabajadores quedarán protegidos de inamovilidad laboral.

Si se acordaren modificaciones de las condiciones de la convención colectiva existente, las mismas permanecerán en ejecución durante un plazo no mayor del que falte para que se venza la misma.

La Ley establece que en los casos de cierre ilegal o fraudulento o paro patronal o desacato de una orden de reinicio de actividades, el Ministerio del Trabajo podrá ordenar la ocupación de una empresa cerrada y el reinicio de sus actividades.

Se creará una Junta Administradora con vigencia de hasta un año, la cual estará integrada por representantes de trabajadores y empleadores y, de ser necesario, del Ministerio del Trabajo.

12.11. La protección de la maternidad y de la paternidad

Se establece un descanso prenatal maternal de seis (6) semanas y postnatal de veinte (20) semanas (Art. 336) y un descanso maternal por adopción de 26 semanas. La Ley anterior preveía un descanso prenatal maternal de seis (6) a doce (12) semanas. Y un descanso por adopción de 10 semanas.

- Se establece licencia paternal de catorce (14) días continuos a partir del nacimiento del hijo o fecha de concedida la colocación familiar.
- La protección de inamovilidad del padre y de la madre inicia con el embarazo y dura hasta dos (2) años después del parto o colocación familiar de hijos menores de tres (3) años. En la LOT, la protección de inamovilidad de la madre era hasta un (1) año después del parto. La inamovilidad será permanente para el padre o la madre que tengan uno o más hijos con incapacidad.
- Se mejoran los beneficios relativos a la lactancia y a las guarderías.

12.12. La tercerización. Casos de procedencia y límites

A los efectos de la LOTTT se entiende por tercerización la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Se prohíben los siguientes supuestos de tercerización:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma.
2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante.
3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras.
4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil.
5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral (Art. 48).

En los casos anteriores los patronos o patronas cumplirán con los trabajadores y trabajadoras todas las obligaciones derivadas de la relación laboral conforme

a esta Ley y la Ley les concede un plazo para que incorporaren a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal a los trabajadores y trabajadoras tercerizados o tercerizadas, que gozarán de inamovilidad laboral hasta tanto sean incorporados efectivamente a la entidad de trabajo (Art. 48).

Es de señalar que la LOTTT no contiene un concepto autónomo de tercerización, sino que la asimila al fraude y como tal la prohíbe. Eso puede dar lugar a confusiones, pues al no establecer una regulación de la tercerización no fraudulenta se da pie para dificultades de interpretación y de aplicación. Por una parte, se corre el riesgo de que a esta última sean aplicadas normas textualmente destinadas para casos de fraude. Por otra parte, cabe preguntarse con qué lógica se puede conceder a empleadores fraudulentos un plazo de tres años para que dejen de cometer el fraude.

12.13. Los sindicatos

Se definen los casos de prácticas antisindicales y se establece un procedimiento sumario que permite que el Inspector del Trabajo, sin audiencia del empleador, ordene el cese de las mismas. Para recurrir judicialmente de esa decisión hay que cumplirla previamente.

Se amplía el objeto y las finalidades de las organizaciones sindicales, incluyendo actividades que van más allá de lo meramente profesional. Se crea el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales. Se amplían las causales por las cuales se podrá abstenerse de registrar un sindicato. Se prevén mecanismos alternativas para la toma de decisiones cuando las circunstancias dificulten la realización de una asamblea general en un determinado sindicato.

Se regula el derecho de los trabajadores afiliados en un sindicato a participar, ser consultado y decidir sobre los aspectos relevantes de la vida sindical, su derecho a elegir y ser elegido y a expresarse libremente. Se eliminan las restricciones para que los extranjeros sean directivos de los sindicatos.

Se regula de una manera más detallada que en la Ley anterior todo lo referente a los procesos de elecciones sindicales, en los cuales se asigna un importante papel al Consejo Nacional Electoral, (organismo estatal encargado de la celebración de las elecciones políticas). Se establecen severas limitaciones a las actividades de las juntas directivas cuyos períodos hayan vencido. En efecto, la LOTTT requiere que para llevar a cabo negociaciones colectivas, las organizaciones sindicales deben tener la "junta directiva dentro de su período estatutario". La participación del Consejo Nacional Electoral ha dificultado a muchos sindicatos el ejercicio de su derecho a la negociación colectiva, dando lugar a convenciones colectivas con varios años de vencidas sin que puedan haber sido renovadas, por falta de autoridad sindical competente. Al establecer que la obligación de negociar que corresponde al patrono no existirá si la junta directiva de la organización sindical no estuviese dentro de su período estatutario, se ha creado la figura de la "mora electoral", la cual ha dado lugar a un importante represamiento de las negociaciones colectivas.

Se eliminan las normas que regulan las cláusulas de preferencia para la

contratación de trabajadores postulados por el sindicato más representativo y la referente a la obligación patronal de retener cuotas sindicales.

Establece un procedimiento sumario para los casos de inamovilidad al cual se ha hecho referencia en el punto 12.5 del presente trabajo.

12.14. La convención colectiva

Sujeta la obligación patronal de negociar y celebrar una convención colectiva con el sindicato de mayor representatividad entre los trabajadores bajo su dependencia a la condición de que a su junta directiva no se le haya vencido su período estatutario.

Dispone que en las convenciones colectivas de trabajo se establecerá un procedimiento y un comité permanente para la evaluación y seguimiento de su aplicación.

Incorpora en su texto el régimen de la convención colectiva en el sector público, acogiendo con pocas modificaciones el régimen dispuesto en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual establece un control del poder Central sobre las negociaciones colectivas que se lleven a cabo en los distintos entes de la Administración centralizada y descentralizada.

Se establece que el Inspector del Trabajo debe verificar la conformidad de la convención colectiva acordada por las partes con las normas de orden público y que, en caso afirmativo, impartirá su homologación. La convención colectiva tendrá vigencia partir de la fecha de homologación. Con anterioridad la vigencia ocurría a partir del depósito de la convención. Una disposición igual se establece en relación a las convenciones colectivas acordadas mediante el procedimiento previsto para las negociaciones colectivas por ramas de actividad (la denominada Reunión Normativa Laboral). Se ha señalado que tales disposiciones dan lugar a una injerencia estatal contraria al convenio núm. 87 de la OIT.

12.15. La Administración del Trabajo

Amplía notablemente las funciones y facultades del ministerio respectivo y de las Inspectorías del Trabajo, extendiéndolas, entre otras áreas, a la atención de los trabajadores no dependientes, a las iniciativas de los consejos de trabajadores, a la autorización para la ocupación temporal por los trabajadores de empresas cerradas ilegalmente, a fijar los servicios mínimos indispensables y los servicios públicos esenciales en casos de huelga, tramitar reclamos de trabajadores y decidirlos cuando se trate de cuestiones de hecho, etc.

Se crean nuevas unidades dentro de la Administración del Trabajo como los Centros de Encuentros para la Educación, Sub-Inspectorías del Trabajo e Inspectorías de Ejecución. Estas últimas pueden ejecutar todos los actos administrativos firmes de las Inspectorías. Se refuerzan las funciones de los supervisores del trabajo y se les faculta para revocar la solvencia laboral, documento que es requerido para la realización de diversas gestiones y trámites con el Estado, entre ellas la celebración de contratos con entes públicos y la adquisición de divisas.

Se regula la competencia y funcionamiento del Registro Nacional de Organizaciones Sindicales.

12.16. Régimen sancionatorio. Los poderes de la Administración del Trabajo

Se amplían los supuestos en que proceden sanciones administrativas, tanto a los empleadores como a los funcionarios del trabajo. Se incrementa notablemente el monto de las multas y se establece la pena de arresto para algunos supuestos. Se establece la negativa o revocatoria de la solvencia general como sanción general por el incumplimiento de las obligaciones que impone la LOTTT.

13. Decreto Ley que promulga la Ley Especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

En la Gaceta Oficial Nº 39.945 de fecha 15 de junio de 2012 se promulgó el Decreto Ley Especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales. En el mismo se establece que, si así lo decide el trabajador, el patrono depositará la garantía de sus prestaciones sociales de éstas en las cuentas correspondientes al Programa "Fondo Nacional de Prestaciones Sociales" que, para tales fines, abrirán las instituciones financieras del sector bancario que integran la Banca Pública, a través de sus oficinas en todo el país. Este programa aún requiere de aplicación práctica.

14. Reglamento Parcial de la LOTTT sobre el tiempo de Trabajo

En la Gaceta Oficial Nº 41.157 de fecha 30-04-2013 se publicó el Reglamento Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las trabajadoras sobre el tiempo de trabajo.

El Reglamento define qué debe entenderse por jornada a tiempo parcial y establece el criterio de proporcionalidad para la determinación de los beneficios de los trabajadores que tengan ese tipo de jornada; limita los casos en que se puede prolongar la jornada de trabajo; define qué debe entenderse por trabajos preparatorios y qué por trabajos complementarios; regula el trabajo en empresas sometidas a oscilaciones de temporada, estableciendo los requisitos que permiten aumentar la duración de la jornada en tales empresas; regula el trabajo continuo y por turnos; establece las condiciones para pactar horarios especiales o convenidos en los supuestos permitidos por la Ley; regula los casos de interrupción colectiva del trabajo y los permisos para trabajar horas extraordinarias; permite fraccionar en dos partes iguales el tiempo para alimentación y descanso dentro de la jornada; regula el descanso semanal, estableciendo para las empresas con turnos continuos y permanentes un régimen más flexible que el previsto en la LOTTT; establece que cuando un trabajador trabaje en uno o dos de sus días de descanso tendrá derecho, según el caso, a uno o dos días de descanso compensatorio, con lo cual corrige lo que fue un error de copia en la LOTTT que limitaba los descansos compensatorios a un solo día; establece que cuando un día feriado coincide con otro día feriado

o con un día de descanso semanal, el trabajador sólo tendrá derecho a un día de descanso remunerado con el salario de un solo día, con lo cual se pone fin a una situación que permanentemente daba lugar a dudas y a reclamos; determina cuáles son los trabajos no susceptibles de interrupción por razones de interés público y por razones técnicas.

Barquisimeto, Febrero de 2015

Esta publicación
fue impresa en la Editorial Horizonte C.A.
en la ciudad de Barquisimeto, República Bolivariana de Venezuela

La Junta Directiva de la ACADEMIA IBEROAMERICANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, presenta como parte de su gestión, la tercera edición de su ANUARIO, correspondiente al año 2014, destinado tanto para sus Miembros de Número y Correspondientes, como para los estudiosos del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Iberoamérica.

Acogiendo una propuesta de nuestro vicepresidente. Antonio Martín Valverde, la Academia dispuso que en esta edición del Anuario se hiciese una reseña de las transformaciones que nuestras disciplinas han experimentado durante el siglo XXI en el ámbito iberoamericano. En esta edición recogemos reseñas de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador. El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Portugal, República Dominicana y Venezuela. Es nuestra intención que en el Anuario del 2015 se incorporen los países iberoamericanos que no pudieron estar presentes en esta ocasión y que de los otros países se haga una reseña de las modificaciones legislativas ocurridas con posterioridad a la edición del presente Anuario. Si podemos continuar esta tarea con constancia, con el transcurrir de los años, los Anuario de la Academia constituirán una colección de legislación iberoamericana muy útil para los estudios comparados.

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.

ISBN 978-980-12-8294-5