

Panorama de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
en América Latina



Coordinadores
Juan Pablo Mugnolo
Oscar Zavala Gamboa



PANORAMA DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
EN AMÉRICA LATINA

PANORAMA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Coordinadores

Juan Pablo Mugnolo
Oscar Zavala Gamboa



EDITADO POR

FACULTAD DE DERECHO

— UNAM —

Editor: Rosalío López Durán

Asesor Editorial: Alberto J. Montero

Asistente editorial: Claudio Vázquez Pacheco

Corrección: Verónica Cortés Méndez y Hector Pérez Guido

Maquetación: Gpe. Angélica Carrera Dorantes

Érika Espinosa Morúa

Guadalupe Juárez Quezada

Rosalío López Durán

Michelle Sánchez Cabello

Primera edición: noviembre de 2014

© D. R. Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D. F.

FACULTAD DE DERECHO

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de su legítimo titular de derechos

ISBN: 978-607-02-6052-0

Impreso y hecho en México

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. José Narro Robles

RECTOR

Dr. Eduardo Bárzana García

SECRETARIO GENERAL

FACULTAD DE DERECHO

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

DIRECTORA

Lic. Miguel Ángel Rafael Vázquez Robles

SECRETARIO GENERAL

CONSEJO GENERAL EDITORIAL DE LA

FACULTAD DE DERECHO

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

Dr. Eduardo Luis Feher Trenchiner

Lic. Leonardo Vargas Sepúlveda

Dr. Russell Cerón Grajales

Dr. Rosalío López Durán

Lic. Alberto J. Montero

ÍNDICE

Derecho comparado del trabajo: deliberaciones latinoamericanas	X1
<i>Patricia Kurczyn Villalobos</i>	
La sección de jóvenes juristas en la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	XV
<i>Adrián Goldin</i>	
Introducción	XIX
<i>Juan Pablo Mugnolo</i>	
<i>Oscar Zavala Gamboa</i>	
Argentina	1
Brasil	21
Chile	35
Colombia.	45
Costa Rica	59
México	71
Perú.	87
Uruguay	105
Venezuela	117

DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO: DELIBERACIONES LATINOAMERICANAS

Uno de los efectos de la globalización del derecho, es el desarrollo del método comparatista y a la vez, uno de los factores de progreso radica en el fomento a la aplicación del derecho comparado que, ahora aplicado a través de la investigación de jóvenes estudiosos, implica un formato innovador. Ciertamente es que, la comparación de los sistemas jurídicos no constituye un nuevo descubrimiento, pues de antemano se conoce que comparar derecho laboral o de seguridad social viene en práctica desde hace décadas. No es por tanto un hallazgo en sí; hoy en día cualquier investigación contempla la comparación; los cotejos y las diferencias que se dan en los códigos o en el derecho positivo, sirven para obtener los resultados de experiencias –tanto positivas como negativas– en otros lugares o en otros tiempos, lo que permite o no, su recepción. Es de esperarse, que el derecho comparado, así como la utilización del método comparado se vigorice con motivo de la ágil fluidez informativa que hoy se propicia.

Este método, permite mostrar similitudes y diferencias y justificar sus resultados, pero en realidad va más allá con el alcance de una función de mayor utilidad, que consiste en aprender si los resultados en otros países, o en otros tiempos, pueden ofrecer instrumentos que promuevan la justicia.

Globalización jurídica, no es sinónimo de uniformidad normativa y tampoco deben hacerse copias sistemáticas legales en aras de simplificar el manejo y el desarrollo de las relaciones internacionales en una área del derecho.

El derecho comparado, es un instrumento jurídico para la globalización y no cabe duda de que, a su vez, ésta es una promotora natural del desarrollo del primero. Dicho así, podrían entenderse, uno y otra, como una mancuerna de utilidad que facilita la regulación de aquellas relaciones que se transforman continuamente, como ocurre en el espacio laboral, y que una de las razones de esos cambios es el resultado de la extensa e intensa comunicación de la tecnología de la información.

En efecto, el avance en la tecnología, en la proliferación e intensificación de los intercambios comerciales y financieros y en consecuencia el incremento del comercio internacional, la migración corporativa, la de

capitales y de personas, han impulsado la expansividad de las formas de contratación laboral, de captación de mano de obra, de reclutamiento de la misma, de su capacitación que a la vez han difundido distintas formas y estrategias para establecer modalidades en las condiciones de trabajo e incluso para rescindir las relaciones laborales. Las empresas transnacionales, como se sabe, generan sus propios métodos de trabajo e intentan llevarlos a las distintas regiones en que se establecen, aun estando regidas por legislaciones diferentes. Cómo bien se sabe, tal transportación obedece a las facilidades que buscan para su desarrollo, para su crecimiento corporativo y por supuesto para ganar mercados e incrementar sus utilidades y es con ese sentido que navegan por estudios económicos -incluidos los financieros-, sociales, -incluidos los culturales- y jurídicos -incluidos los fiscales, regulatorios, ambientales, laborales, de seguridad social y otros más- en busca del mejor contexto para llevar a cabo sus proyectos y ambiciones con el mejor éxito posible.

Para atender tales influencias, para admitir las innovaciones o para adecuarlas, o bien contrarrestarlas si así conviene, la globalización de los sistemas legales no parece ser la solución ideal ni la más sencilla. Uniformar leyes no es la respuesta accesible dadas las condiciones y características de las sociedades que deben mantener su idiosincrasia y el apego a sus principios jurídicos, políticos, económicos y sociales, que deben atender su propia rectoría nacional, su sistema de gobernanza e imprescindiblemente el respeto a su soberanía. El derecho comparado, en cambio, parece ser la respuesta adecuada a la armonía que debe prevalecer para facilitar las relaciones internacionales en cualquier área del derecho, sin perjuicio de la globalización misma, si por ello se comprende un entendimiento basado en condiciones justas y proporcionales que lleve implícito todo acuerdo internacional que los Estados acepten y asuman voluntariamente; lo que facilita la conducción de buenas relaciones en cualquier caso y en todo sentido. En estos proyectos, o en estos objetivos es en donde el derecho comparado fija una de sus principales utilidades.

Por otra parte, el derecho en general tiene principios universales que se reflejan en todo documento internacional que se suscriba. La justicia es y debe ser sustentada y practicada por igual en cualquier rincón del planeta; sin embargo, como es evidente, hay prácticas nacionales distintas en otras ramas del derecho, -uno de los ejemplos más drásticos es de la pena de muerte vigente en países como Estados Unidos de Norteamérica- como puede haber mayor o menor respeto por los derechos laborales, como ocurre con la libertad sindical, aun bajo el tenor indiscutible de que los derechos de las personas, los derechos humanos principalmente, no

pueden delimitarse, disminuirse, condicionarse o postergarse bajo ningún pretexto y, por ende, que los derechos de trabajo digno y decente son, simplemente, irrenunciables e indivisibles. Así, es como se aprecia que la normatividad laboral y de seguridad social debe reflejar un sentido más delicado o más sensible respecto de la vulnerabilidad de las personas o de las sociedades y que las que forman los trabajadores, cualesquiera que fueran su oficio, lugar, función o tiempo, son ejemplo invariable. En este ámbito, la OIT ha hecho un trabajo peculiar porque a través de los convenios que ha adoptado e impulsado para su ratificación y cumplimiento, junto con las recomendaciones y los distintos programas que promueve entre todos los países afiliados, induce a la uniformidad en el respeto a los derechos laborales en general.

La uniformidad del derecho laboral sería, o es, una quimera, no así la igualdad de sus principios que es universal, sentido por el que se debe avanzar y en donde la aportación del derecho comparado resulta de enorme valor. La exitosa operación de este método queda en manos de los estudiosos, de los aplicadores del derecho, de los practicantes y de los investigadores en general, que acaso sean los conductores ideales. Por ello, el trabajo embrionario que despliegan los jóvenes de distintas naciones, que entusiastamente acuden a este primer llamado de capacitación profesional en el ámbito del derecho laboral tiene un valor sin igual. Este esfuerzo, que nace desde la presidencia de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS) arrojará resultados de suma importancia, tanto en el cultivo de los derechos del trabajo y de la seguridad social, como en la defensa de los derechos laborales y de manera principal en la formación de investigadores que se mantendrán vinculados y lograrán resultados de amplias dimensiones para el desarrollo del derecho laboral y, por supuesto, para beneficio de los derechos sociales en general.

Vaya una felicitación para los jóvenes que solidariamente se unieron en este esfuerzo, en lo particular a los coordinadores de esta obra que ahora se presenta. Expreso mis mejores votos por que continúen engrandeciéndose en aras del derecho laboral y de la seguridad social y contribuyendo al desarrollo y fortalecimiento de los mismos y agradezco el honor de hacer su orgullosa presentación.

Patricia Kurczyn Villalobos

LA SECCIÓN DE JÓVENES JURISTAS EN LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los Estatutos de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS), establecen desde los orígenes mismos de la Sociedad que la promoción del estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social entre los jóvenes juristas es uno de sus cometidos; el Informe del grupo de trabajo que dirigiera Jean-Michel Servais (<http://islssl.org/es/inicio/documentos>) volvió sobre ese objetivo y lo hizo propio.

Comprometidos con tan significativo mandato, cuando asumimos la conducción de la SIDTSS, nos propusimos tornarlo realidad mediante la creación de una sección juvenil. La amplia y difusa extensión de la categoría objeto de este emprendimiento –los jóvenes juristas de las sociedades nacionales que integran la SIDTSS– hacía evidente que ese objetivo no sería de sencilla realización: habría que interrogarse acerca de cuál sería su ámbito personal, cómo se definirían sus alcances y sus límites, qué estrategias se pondrían en práctica para alentar a los jóvenes juristas a participar en su concepción y en sus actividades, entre muchas otras cuestiones a considerar y resolver.

Ante la total ausencia de precedentes en la historia institucional de la Sociedad, nos pareció que sería conveniente abordar el proyecto por etapas y en una operatoria de la máxima informalidad, con el propósito de generar alguna experiencia que pudiese luego proyectarse hacia una configuración final que tuviera los alcances más amplios e incluyentes.

Emprendimos pues un lanzamiento apenas parcial, creando los que llamamos “embriones” regionales, cuya más limitada implantación geográfica, pensamos, facilitaría su convocatoria y organización, haría más accesibles los contactos y los encuentros, y posibilitaría la elaboración de trabajos compartidos. Estaba implícito, que una vez que esos “embriones” alcanzaran un cierto grado de desarrollo, habríamos de inducirlos a su fusión en una única entidad que se completaría mediante la incorporación de los jóvenes de otras regiones hasta dotar a la sección de los jóvenes juristas de la ambicionada dimensión “universal”.

La por entonces muy inminente realización del IX Congreso Regional Americano, convocado en la ciudad de Guayaquil, sugirió la conveniencia de comenzar la tarea creando un “embrión” latinoamericano que pudiera hacer de aquel congreso una instancia eficaz de encuentro e intercambio. Designado con la máxima informalidad y, consecuentemente, de modo estrictamente provisorio su primer coordinador -Juan Pablo Mugnolo, joven estudioso argentino- estableció los contactos iniciales con juristas latinoamericanos de su generación, quienes formularon en conjunto su proyecto inicial: se trataba de producir documentos y debatir acerca del grado de desarrollo de las instituciones de protección del trabajo en el último decenio en la región, denotado en las economías de muchos de los países latinoamericanos por sus altas tasas de crecimiento. Se tratarían de identificar algunas líneas de tendencia de la evolución de sus derechos laborales y sociales y, en la medida de lo posible, establecer relaciones entre esas tendencias y el devenir de esas economías en crecimiento. Fueron los propios jóvenes los que acordaron un esquema temático básico y una metodología común para hacer posible el análisis comparado.

Tras la informal puesta en marcha de las actividades del “embrión” latinoamericano y durante el curso de sus primeras tareas, creímos llegado el tiempo de su institucionalización, por medio de la presencia activa de las asociaciones nacionales; a ellas les pedimos entonces la conformación de una sección nacional o comité de jóvenes o cuanto menos la institución de sus representantes juveniles para interactuar con las restantes representaciones e integrar la sección en el nivel internacional. Vale la pena señalar, que hasta la fecha en que se escriben estas líneas ya han constituido secciones nacionales de jóvenes juristas las asociaciones de Argentina, Chile, Costa Rica, Perú y Uruguay, en tanto otras, han designado sus representantes.

Conforme lo previsto, en el IX Congreso Regional Americano de Guayaquil, se llevó a cabo con éxito notable el primer encuentro del “embrión” latinoamericano. El encuentro atrajo una gran asistencia y una alta participación que se expresó en la presentación de 9 informes nacionales que se distinguieron por su rigor y calidad. Precisamente por ello, esta Sociedad Internacional aceptó el generoso ofrecimiento de la Universidad Nacional Autónoma de México para realizar esta edición conjunta, que hoy nos honramos en presentar.

Vale la pena señalar aún, que luego del Congreso de Guayaquil, los integrantes del “embrión” latinoamericano de la Sección de Jóvenes Juristas, retomaron de inmediato la tarea institucional y científica: haciendo evidente su compromiso y entusiasmo; pusieron en marcha la producción

de un trabajo de elaboración doctrinaria comparada en torno del tema de “La relación de trabajo”, que constituye el objeto del Seminario de Isla Margarita; se proponen poner ese estudio a disposición de los organizadores y participantes en ese Seminario para servirles como insumo de lectura preparatoria.

Resta decir que, a su vez, el “embrión” europeo también en gestación, coordinado por el tesorero de esta Sociedad, Prof. Stefano Bellomo, se ha propuesto replicar aquel encuentro y su consiguiente producción científica en el próximo Congreso Regional Europeo, que se celebrará en Dublín, Irlanda entre el 17 y el 19 de septiembre de 2014. Su coordinador, su grupo de trabajo y numerosas asociaciones nacionales europeas están trabajando ya muy activamente en ese emprendimiento.

Adrián Goldin
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

La historia del trabajo es la historia del hombre. No podemos concebir que el hombre haya vivido en algún momento sin realizar algún trabajo. Lo que ha cambiado, es el valor tan diferente que se le ha dado al trabajo a través de la historia, según el momento y las circunstancias en que éste se ha desarrollado.¹

Al referirnos a los orígenes del derecho del trabajo, debemos partir de la idea de que esta disciplina jurídica es considerada dentro de las de reciente creación y aunque el trabajo siempre ha existido en la vida del hombre, las normas que regulan esta actividad surgen realmente con la aparición del Estado moderno.

Podemos encontrar en la Roma clásica algunos antecedentes históricos, como la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios) y la *locatio conductio operisfaciendi* (ejecución de un trabajo), que implicaban la obligación de una parte de prestar o realizar un servicio, y para la otra, de pagar la remuneración correspondiente. En esa época, se consideraban como trabajo, sólo los servicios de orden inferior, pues las profesiones libres (servicios profesionales), daban origen al pago de honorarios.

Las situaciones que se presentaban en esa época, donde los abusos de quien recibía el trabajo eran la regla, son sin lugar a dudas, el origen de la necesidad de un derecho del trabajo de naturaleza protectora; sin embargo, no podemos señalar que esos antecedentes se consideren parte de la historia de esta disciplina, pues en ese contexto social las relaciones, más que laborales, eran de esclavitud y la fuerza de trabajo formaba parte de la propiedad privada de un individuo, que no era el operario; por lo tanto, no existía una relación trabajador-empleador, fundamental para determinar la existencia de una relación de trabajo.

La evolución histórica del trabajo, no siempre ha estado ligada a la historia del derecho del trabajo. Antes de la Revolución Industrial, ya existían las condiciones sociales que hicieran pensar en la necesidad del nacimiento de esta disciplina jurídica. La explotación del trabajo humano se ha dado en muchos momentos de la historia, bajo diferentes modalidades, y con diversos nombres.²

¹ BUEN LOZANO, Néstor de, *Derecho del Trabajo*. Tomo I., 13ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 21.

² Cfr. REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel

Esos abusos y la necesidad de regularlos se ven reflejados en la obra del maestro Mario de la Cueva, quien señala que: “La historia del derecho del trabajo es uno de los episodios más dramáticos de la lucha de clases, por su profundo sentido de reivindicación de los valores humanos, tal vez el más hondo de todos, porque es la lucha por la liberación y dignificación del trabajo, lo que es tanto como decir, la liberación y dignificación del hombre en su integridad, pues si bien el espíritu humano encerrado en las cárceles de la dictadura puede ser libre, no lo es plenamente, porque su libertad es puramente interna, pero no puede el hombre hacer uso de ella ni volcarla en bien de él mismo, de su familia, de su pueblo y de la humanidad.”³

El derecho del trabajo, es una disciplina jurídica que ha sido objeto de mayores y notorios cambios, donde incluso encontramos factores que parecen poner en entredicho su naturaleza misma y hacen pensar en una reestructuración de esta disciplina para cumplir con sus finalidades previamente encomendadas. En esta nueva etapa, el derecho del trabajo se enfrenta a esta noción de flexibilidad, que ha surgido a raíz de la apertura comercial que trajo el neoliberalismo (lo que significó la caída del Keynesianismo) y los tratados comerciales que se han realizado; los cuales parecieran considerar al derecho del trabajo y al derecho de la seguridad social, como dos obstáculos a la libre competencia económica y como un lastre en un modelo económico como el actual. Parece ser, que el cumplimiento de los derechos de los trabajadores no se considera como parte de una inversión, sino como un gasto de las empresas que puede ser eliminado o reducido. Así, el término “flexibilidad” ha aparecido como el concepto idóneo para referirse a los cambios en la regulación jurídica del trabajo, “necesarios” para adecuarse a las transformaciones de una economía global que pasa por momentos complicados. Es un término que se incorporó al lenguaje jurídico-laboral, y que se relaciona directamente con la tendencia evolutiva que ha seguido el derecho laboral,⁴ aunque la pregunta sigue siendo hacia dónde debe dirigirse tal evolución.

No obstante, para hablar de una reestructuración, debemos considerar las necesidades de cada Estado en lo particular, sin olvidar los principios

Ángel Porrúa, México, 2006, p. 103.

³ CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, Tomo I, 22ª ed., Porrúa, México, 2009, p. 12.

⁴ Cfr. REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Derecho del trabajo, panorama y tendencias*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, p. 143.

establecidos en los instrumentos internacionales y la doctrina; pues la omisión de dichos elementos puede traducirse en reformas laborales tan criticadas por atentar contra los derechos de los trabajadores, como es el caso de algunos países europeos, donde evidentemente los reclamos no se han hecho esperar y la sociedad ha expresado su descontento, ante medidas que por sí solas no justifican su necesidad.

En una adecuada armonía y control, la flexibilidad laboral ha permitido a las empresas competir, manteniendo la existencia de las fuentes de trabajo, y permitiendo el acceso a un empleo a ciertos sectores de la población, que en otro tiempo se encontraban excluidos o ni siquiera considerados. Debemos ver a la flexibilidad laboral, no como un enemigo, pero tampoco debemos caer en el extremo de justificarla cuando ésta ha implicado o implica la precarización del trabajo. Una flexibilidad regulada, siempre será bienvenida en un mundo globalizado como el nuestro; incluso, podemos seguir el razonamiento del profesor Jean-Claude Javillier, sobre la *considerable importancia* de la flexibilidad en el derecho del trabajo.⁵

Las nuevas relaciones laborales –en el ámbito individual y colectivo– han nacido y seguirán naciendo. El derecho del trabajo, no debe perder su autonomía, ni mucho menos desaparecer ante esos escenarios complejos, que al principio no se imaginaban su existencia. Esta rama jurídica, debe atender su carácter expansivo y comenzar la regulación de esas nuevas relaciones laborales que han generado modalidades de contratación del trabajo muy divergentes de las ya existentes.

El derecho del trabajo parece, al menos en América Latina, haberse quedado muy atrás en el tratamiento de los adelantos de la sociedad. Mientras que sólo algunas legislaciones se han preocupado por regular nuevos factores en rubros como riesgos de trabajo, empleo y tecnología, modos de producción, acceso al empleo, etcétera; y lo peor, es que la existencia de estas novedades ha flexibilizado de forma negativa a las relaciones laborales, sin contar con la seguridad apropiada que requieren los trabajadores. Asimismo, estas tendencias del derecho laboral dependen de región a región, y en muchos casos, de país a país.⁶ Lo importante, es establecer criterios uniformes de protección a los trabajadores que se vean reflejados en los ordenamientos y permitan salvaguardar los derechos mediante la exigibilidad que se tenga de éstos.

⁵ JAVILLIER, Jean-Claude, *Droit du travail*, 6a ed., LGDJ, París, Francia, 1998, p. 66.

⁶ Cfr., Mangarelli, Cristina, “Tendencias del derecho del trabajo”, *Gaceta Laboral*, Vol. 15, No. 1, Venezuela, 2009, pp. 87-100.

Siguiendo este orden de ideas, el presente trabajo es producto de un esfuerzo intelectual realizado por la Sección de Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDTSS) en el llamado *embrión latinoamericano*. En el mismo, se ofrece un panorama de legislación y derecho comparados en el ámbito laboral y de la seguridad social.

Todos estos esfuerzos, forman parte del futuro del derecho laboral que no debe olvidar su función, por lo que tiene la obligación de adecuarse a la necesidad de protección de los trabajadores, y más importante todavía, dejar de justificar o “regular” figuras contractuales que ponen a los trabajadores en situaciones claramente desventajosas. Estas condiciones, son resultado de la crisis económica en que el mundo se vio involucrado en los últimos años y cuyos efectos siguen manifestándose en todos los sectores, particularmente en los mercados de trabajo.

Los cambios en la economía, aunados a la aplicación y desarrollo de nuevas tecnologías, han significado una verdadera mutación en las relaciones y procedimientos laborales, encontrándonos con figuras “atípicas” que se han traducido, en la mayoría de los casos, como una precarización de las relaciones de trabajo, en perjuicio de los trabajadores, tanto en sus derechos sustantivos como adjetivos.

De lo anterior, se advierte y recalca la importancia de estudiar las bases del derecho del trabajo, con el fin de no olvidar su razón de ser, y siempre recordar que la mayoría de las prestaciones actuales de los trabajadores se deben a conquistas sociales que buscaban equilibrar las relaciones entre trabajadores y empleadores. En ese sentido, ningún cambio para adaptarse a la modernidad debe atentar contra los derechos de los trabajadores, ya que más que solucionando un problema, estaríamos generando un mal mayor.

Destacado el marco conceptual, corresponde solamente señalar que el análisis que aquí se propuso, intentó analizar el desarrollo del derecho del trabajo, su mayor o menor abarcabilidad, su más o menos intensa acción tutelar durante un período que, con sus matices, se caracterizó por mantener importantes tasas de crecimiento económico en América Latina. El lector, podrá llegar a sus propias conclusiones respecto de la real influencia -o no- del mentado crecimiento económico a tasas considerables sobre la ampliación de derechos sociales en la región. Todo un desafío.

Es así, como agradecemos la oportunidad que nos brindan la SIDTSS y la Universidad Nacional Autónoma de México, en el desarrollo de esta investigación, esperando que las inquietudes hasta aquí expresadas contribuyan en el fortalecimiento del derecho del trabajo y de la seguridad social

en el continente y que sirvan como un aliciente –no como ejemplo- para que en las distintas regiones que orgullosamente tienen representación de esta sociedad, desarrollen un panorama sobre sus sistemas de derecho social, que permitan su análisis y discusión en el foro.

Juan Pablo Mugnolo
Oscar Zavala Gamboa

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: ARGENTINA*

I. INTRODUCCIÓN: DESCRIPCIÓN DEL CONTEXTO

Este apartado procura ser una descripción lo más amplia, interdisciplinaria, realista y breve posible de nuestra situación en el período bajo análisis y desde múltiples perspectivas: económica, política, jurídica y cultural; organizado en tres ejes: a) La vigencia del Estado Constitucional de Derecho y Antropocéntrico; b) La evolución del pensamiento jurídico; y c) El contexto político, social y económico en la Argentina.

1. Vigencia del Estado Constitucional de Derecho y Antropocéntrico

Una etapa superadora del denominado Estado Social de Derecho: una época de múltiples transformaciones jurídicas y políticas de la que es posible relevar varias características, donde destaca la consolidación universal de los textos de las Constituciones Nacionales como norma jurídica y su aplicación “horizontal”; el debilitamiento crítico de la noción de soberanía estatal a manos de una creciente internacionalidad y la consecuente pérdida de autonomía decisional de los Estados Nacionales.¹ El orden normativo internacional sobre los Derechos Humanos conforma una estructura de valores que funciona como un patrón axiológico imperativo que se complementa con un patrón ético-político conformado por los principios

* Coordinadores: Beatriz Calvimonte, Diego Marcelo Ledesma Iturbide, Juan Pablo Mugnolo, Gabriel Tosto. Participantes: Oscar Eduardo Benítez, Sebastián Coppoleta, Francisco Costa, María de Los Ángeles Ferrario, Lucila Franzosi, Cristina Andrea Graglia, María Soledad Martínez, Laura Nieves, Carolina Noferi, Mauro Leonardo Pucheta, Dante Puppo, Santiago Oliva Pinto, Pablo Salpeter, Darío Scabuzzo, Marcos Uicich, Juan Francisco Venturino, Verónica Vidal, Martín Zangrandi.

¹ En este mismo, sentido, se fortalece la acción de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adaptada a la nueva época mediante las dinámicas nociones de “trabajo decente” y “diálogo social”.

democráticos de participación y defensa del pluralismo y de la diversidad social.

2. La evolución del pensamiento jurídico

La evolución en materia jurídica se refleja en una vigente y pregonada entronización de la autonomía privada como fuente de las obligaciones. Un escenario que debe considerarse complementado y vigorizado, además, con el auge de los instrumentos para la limitación de la responsabilidad patrimonial de las personas, de todas ellas, las físicas y las de existencia ideal. En el específico ámbito de nuestra disciplina, esta realidad jurídica conjuga perfectamente con una instaurada “era” de la descentralización productiva. Se advierte, por otra parte, una tendencia a destacar otras áreas de trabajo antes ignoradas tales como la significación e importancia económica y social del denominado “trabajo reproductivo” o “trabajo de cuidado”. Prestaciones usualmente realizadas sin contraprestación remuneratoria y/o sin registro formal.

3. El contexto político, social y económico en la Argentina

Desde el año 2003 a la fecha, la época del denominado gobierno “kirchnerista” se ha propiciado, en materia económica, una política de reindustrialización nacional y, a tal fin, se ha restringido la importación de productos elaborados entre otras medidas proteccionistas de la denominada “industria nacional”. También se ha dispuesto un significativo aumento del gasto público en procurar atender necesidades sociales elementales. Otra política central, en materia específicamente económica, ha sido la política de desendeudamiento respecto de los organismos financieros internacionales; de reestatización de empresas emblemáticas como la petrolera YPF o Aerolíneas Argentinas; la eliminación del régimen previsional privado de capitalización individual; y la reforma a la carta orgánica del Banco Central de la República Argentina (BCRA). La denominada década “kirchnerista” se caracterizó también por plantear una paulatina y creciente disputa del poder político real a los titulares del poder político “no estatal”, con el propósito deliberado de excluir de su ejercicio a los sectores no institucionalizados de la política, una opción que, por supuesto, no resultó en absoluto inocua en consecuencias sociales y que continúa profundizándose hoy día.

II. EL PAPEL DEL ESTADO(EN GENERAL)²

1. Acciones de promoción y defensa del empleo

En la Argentina, a partir del año 2003, el empleo fue colocado en el centro de las políticas públicas, orientando estas últimas hacia la promoción del trabajo decente. Como medida de mayor trascendencia, entre otras, se puso en marcha el Plan Integral para la Promoción del Empleo “Más y Mejor Trabajo”,³ con el que se buscó promover la inserción laboral de trabajadores desocupados.

En el mismo sentido, la ley n° 24.557 (2004) de Ordenamiento Laboral dispuso regulaciones específicas tendientes al fomento de empleo mediante un régimen de reducción de los aportes patronales.⁴

Es evidente que la cantidad de programas y legislación específica dedicada a la creación, promoción y mantenimiento del empleo, demuestra una constante preocupación del estado argentino en esta materia.

2. Política general en materia de relaciones de trabajo

La ley n° 25.877 (2004) marcó el inicio de un cambio radical en materia de regulación de las relaciones de trabajo productivo. En efecto, contra la tendencia “neoliberal” flexibilizadora, la norma en cuestión vino, a grandes rasgos, a iniciar el camino del restablecimiento de los parámetros de

² El propósito en este punto es analizar el rol del estado legislador y ejecutor, un apartado que se estructura en seis subtítulos: a) “Acciones de promoción y defensa del empleo”: donde se hace mención y señalamiento de las distintas medidas concretas llevadas a cabo con tal finalidad; b) “Política general en materia de relaciones de trabajo”, que pretende ser un análisis en torno a los aspectos u objetivos generales de la reglamentación en materia de Relaciones de Trabajo y de reconocer el “perfil” de vínculo asalariado que se procura y se favorece; c) “Innovaciones legislativas en materia de condiciones de trabajo”, que comprende tanto las relevadas del régimen general como de las actividades reguladas de modo especial o estatutario; d) “La situación del Servicio de Inspección”, donde se analiza el devenir de la función en el tramo; e) “Políticas sobre colectivos vulnerables”, especialmente orientado al análisis de situación del trabajador adolescente, de la trabajadora mujer y de los trabajadores con discapacidad; y f) “Reformas procedimentales”, que tiene que ver con todas las novedades vinculadas a las herramientas procesales disponibles por los asalariados para hacer efectiva la tutela de los derechos que se les reconocen.

³ Res. MTEySS. N° 256/2003

⁴ Artículo 16 de la ley n° 26.476 (2008); decreto PEN n° 125/2013.

protección, digamos, históricos o tradicionales. Así es que se retoma la idea de promover relaciones estables y a jornada completa y se promueve la discusión y fijación de los básicos salariales en negociación colectiva.

3. Innovaciones legislativas en materia de condiciones de trabajo

Entre las innovaciones más trascendentes, destaca la sanción del Estatuto de Trabajadores de Casas Particulares por ley n° 26.844 (2013), disposición que representa un cambio total, en tanto conforma un régimen normativo igualitario respecto del destinado al resto de los trabajadores del sector privado; y del Estatuto de Trabajo Agrario por ley n° 26.727 (2011), que promueve una relación de complementación entre la norma estatutaria y la general (Ley de Contrato de Trabajo).

También se relevan modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo en pos de castigar económicamente al empleador deudor en beneficio del trabajador acreedor y el fortalecimiento de la garantía de irrenunciabilidad de derechos, haciéndola extensiva, ahora también, respecto a obligaciones cuya fuente normativa es el contrato individual.

En relación al régimen de jornada de trabajo se precisó que sólo quienes se desempeñen como directores y gerentes se hallan excluidos de los límites de la jornada máxima, cuando antes se refería, en general, a los empleos de dirección o vigilancia.

Existen, asimismo, innovaciones en materia de régimen de días feriados

4. La situación del servicio de inspección laboral

En los 90, bajo el manto ideológico “neoliberal”, se procuró una descentralización de la inspección sin articulación interjurisdiccional, una maniobra que resultó devastadora. La ley n° 25.877 (2004) importó la consolidación de la recuperación por parte del Estado Nacional de las competencias centrales en materia de inspección. Este período se caracteriza, en general, por un indudable fortalecimiento de la actividad, comprendida ahora como una tarea esencialmente educativa y cuyo objetivo fundamental es procurar integrar a los trabajadores al Sistema de la Seguridad Social.

Los objetivos centrales del servicio de inspección en el período fueron: a) la lucha contra el trabajo no registrado; b) la fiscalización de las cooperativas de trabajo; y c) el trabajo infantil y adolescente. Destacan las gestiones realizadas contra el trabajo infantil y la trata de personas a través de los denominados “operativos de rescate”.

5. Políticas sobre colectivos vulnerables

Estuvo centrada en la protección del adolescente, de la mujer y de las personas con discapacidad.

De los adolescentes: mediante la sanción de la ley n° 26.061 (2005) de Protección Integral de Los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que abandona la mirada y el rol paternalista de otrora, y lo reemplaza por uno dirigido a la realización completa e integral del individuo, tanto a nivel individual como social y en igualdad de oportunidades. Destaca la elevación de la edad mínima dispuesta por la ley n° 26.390 (2008) de 15 a 16 años.

De la mujer, mediante la ley n° 26.485 (2009) de Protección Integral a las Mujeres, que prevé, frente a los supuestos de violencia de los que pueden ser víctimas, una serie de acciones que pone en cabeza distintas reparticiones estatales e innova especialmente en las herramientas procesales disponibles para contrarrestar el flagelo. Resulta un aporte en la materia la sanción de la ley n° 25.239 (2005) y de la ley n° 26.844 (2013), normas destinadas a la registración y regulación del Régimen Especial de Contrato de Trabajo para el Personal de Casas Particulares, en tanto actividad normalmente desarrollada por mujeres. En el ámbito de la vida sindical, se incorpora el instituto del cupo sindical femenino (cfr. art. 18 ley n° 23.551).

De las personas con discapacidad: se releva especialmente la sanción de la ley n° 26.816 (2013) que aprobó el Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con Discapacidad; un sistema que se ocupa de brindar estímulo y apoyo financiero para este tipo de emprendimientos y, además, de brindar cobertura especial de la seguridad social para este colectivo de trabajadores, considerando sus propias características y necesidades.

6. Reformas procedimentales

Contra el ejercicio abusivo del poder empresarial de variar unilateralmente las condiciones del trabajo, la ley n° 26.088 (2006) modifica el art. 66 de la LCT y restituye una herramienta procesal prevista en la LCT, en su redacción original: la posibilidad de demandar judicialmente el restablecimiento de la condición ilícitamente alterada.

Para los supuestos de duda, la ley n° 26.428 (2008) modifica el artículo 9 de la LCT y restituye el alcance amplio de la presunción iuris tantum a favor del trabajador en caso de duda, abarcando ahora a aquella que pueda suscitarse en torno a la apreciación de la prueba.

Por último, se crea mediante ley n° 26.853 (2013), la Cámara Federal y Nacional de Casación del Trabajo y la Seguridad Social, y se promueve

la derogación del régimen de fallos “plenarios” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (CNAT). El tema es vasto y los efectos sensibles de una reforma tan reciente, en la realidad de los procesos judiciales, son, por el momento, inciertos y sus consecuencias permanecen insondables.

III. POLÍTICAS DE PARTICIPACIÓN COLECTIVA

1. Funcionamiento de las asociaciones gremiales

A. El “modelo sindical argentino”: Un modelo en crisis

Las características que revisten los sindicatos en la argentina son las siguientes: a) Reglamentario, en tanto sometidas a específica regulación desde su nacimiento, desarrollo y extinción; b) Asociativo, basado en la profesionalidad; c) De unidad, en la representación de los intereses colectivos; d) Concentrado, mediante el otorgamiento Estatal de la Personería Gremial, sistema esencialmente controvertido por recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); e) Piramidal, es decir, de dirección cupular; f) con Amplitud de fines sindicales, abarcando cuestiones relacionadas a la calidad de vida de los trabajadores, realización personal, salud y bienestar; g) de Representación unificada en los lugares de trabajo, en la práctica, para ser delegado se debe estar afiliado a la entidad sindical que posea Personería Gremial (un extremo también cuestionado por la CSJN); h) de Protagonismo Político, es normal que las autoridades sindicales integren de la estructura de los partidos políticos; i) de Alta sindicación, el más alto de Latinoamérica.

Libertad sindical en la Argentina: Limitaciones al derecho de huelga y actos discriminatorios antisindicales. (Un estudio a partir de las denuncias presentadas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT).

Se han formulado reclamos ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT cuestionando: a) el llamado a Conciliación Obligatoria y la Declaración de Ilegalidad: se exige la intervención de un órgano imparcial e independiente; b) La declaración de servicio esencial a la actividad en la cual se declara la huelga: se exige la participación de representantes de empleadores y trabajadores;⁵ c) la existencia de denuncias penales y descuentos salariales a los trabajadores, delegados y dirigentes que participan

⁵ El Decreto 272/06 ha puesto en vigencia a la “Comisión de Garantías” prevista por ley 25.877 para estos casos.

de las huelgas. Las recomendaciones del Comité se orientan al respecto de lo dispuesto en los Convenios 87 y 98 de la OIT.

Los casos de cuestionamiento ante el CLS de actos considerados de discriminación antisindical fueron de despido de delegados, de sanciones y cesantías, de intromisiones en la “actividad sindical” y de violencia sindical (entre sindicatos o con el Estado). En sus respuestas el Comité, destaca la gravedad de encontrarse en riesgo la vida de los sujetos involucrados.

El análisis realizado permite establecer las herramientas con las que cuenta el colectivo de los trabajadores para el ejercicio y la defensa del derecho de libertad sindical, y vislumbrar dónde aún queda pendiente el aseguramiento del pleno ejercicio de la libertad sindical en todas sus implicancias.

B. Conflicto laboral colectivo

La evolución de conflictividad laboral entre el 2003 y 2013 muestra, en general, una tendencia sostenida de reposicionamiento de las organizaciones sindicales, con particular presencia en los niveles de base, impulsando fuertes reivindicaciones contra estrategias empresarias de tercerización. Se constata, así, que la acción sindical ha ganado terreno frente a la protesta social (que caracterizó a la década de 1990). Se revela también la presencia de políticas de estado tendientes a otorgar un marco de institucionalización a la acción gremial, no obstante las dificultades derivadas de las falencias de nuestro “modelo sindical” en relación al pleno ejercicio de la libertad sindical.

En cuanto al procedimiento de conciliación obligatoria para la resolución de los conflictos de interés, el período permite relevar inconvenientes en materia de huelga en servicios esenciales, tanto en relación con la definición en sí de los servicios afectados como tales, como respecto a la cuestión de cuales sean los servicios mínimos que deban necesariamente satisfacerse. Asimismo, se cuestiona que la autoridad de aplicación limite la apertura del procedimiento tan sólo a los sindicatos con Personería Gremial. Otro dato relevante en la materia de resolución de conflictos es la ampliación de competencia de las denominadas “comisiones paritarias”, ahora, con la atribución de tratar y resolver conflictos de interés, individuales y pluriindividuales.⁶

⁶ Innovación que revela una tendencia hacia la consagración de la autocomposición de conflictos por sobre la heterocompositiva con intervención Estatal.

Por último, las características del sistema sindical argentino han propiciado la multiplicación de los conflictos intersindicales de encuadramiento sindical y convencional.

2. Ejercicio de la negociación colectiva

La ley 25.877 introdujo importantes reformas en materia de régimen negociación colectiva, a la vez que amplió su aplicación, abarcando ahora a los trabajadores del sector público provincial y municipal.

A. Los sujetos negociadores

Referente a la determinación de la representación de la parte empleadora, se habilita una intervención no reglada del Ministerio de Trabajo en supuestos determinados, en perjuicio de la autonomía colectiva. Respecto a la representación de los trabajadores, en el específico ámbito de la negociación colectiva de ámbito de la empresa, se modifica mediante el aumento del tope máximo de delegados de personal de 3 a 4.

B. Dotación de eficacia de los convenios colectivos de trabajo

Se elimina el requisito de la homologación de los convenios de empresa y se mantiene sólo para los que rebasen tal nivel, como condición de validez.⁷

C. La administración de las convenciones colectivas

La norma prevé la constitución de “comisiones paritarias” para diversas funciones: a) interpretar con alcance general la convención colectiva; b) intervenir en controversias o conflictos de carácter individual o pluriindividual por la aplicación de normas convencionales, o al suscitarse un conflicto colectivo de intereses; y c) para clasificar o reclasificar nuevas tareas.⁸

D. Vigencia temporal de los convenios colectivos de trabajo

Se mantiene el principio de “ultraactividad” respecto a todas las cláusulas convencionales, incorporando expresamente la posibilidad de que las par-

⁷ La norma alude a que las cláusulas no “afecten al interés general”, expresión que por su amplitud y por hallarse sujeto a apreciación administrativa resulta una intervención que puede resultar violatoria de la autonomía colectiva.

⁸ El resultado de los acuerdos quedará incorporado al convenio.

tes puedan establecer diferentes plazos de vigencia de cada una de aquellas.

E. Procedimiento de la negociación colectiva

Se deja de lado el principio mediante el cual las partes podían acordar la preservación del ámbito funcional o territorial del convenio anterior, o bien su modificación, reintroduciendo solapadamente el principio de conservación de la unidad de negociación anterior. Respecto de los diferendos que se susciten en el curso de las negociaciones, se prevé someter la cuestión conflictiva a un servicio de mediación, conciliación y arbitraje que funcionará en el ámbito del Ministerio de Trabajo.

3. Rasgos genéricos y explicativos de la estructura de la negociación colectiva

A. Tipología negocial predominante

Existen algunas señales que afirman una estructura negocial relativamente centralizada y una escasa diversificación de niveles producto de dicha homogeneización en un tipo negocial prioritario.

B. Sujeto negocial sindical y acción negocial

Predomina la participación de organizaciones sindicales cuyo campo de acción prioriza el ámbito territorial nacional y de actividad.⁹

C. Contenidos de la negociación colectiva

La negociación colectiva en la última década ha sido básicamente salarial, respondiendo a dos factores que la estimularon:

a) La devaluación del 40% de la moneda tras la crisis del 2001, lo que conllevó la necesidad de recuperar salarios de manera generalizada, vía negociación colectiva; b) La inflación que hace más de seis años supera, anualmente, los dos dígitos y que actúa como patrón de negociación que los sindicatos (o el sindicato testigo) toma como referencia y luego se

⁹ Observamos que en el 53% de las negociaciones homologadas participó exclusivamente el sindicato de la actividad o la Federación, en tanto en el 27% de los casos participa un sindicato local, de oficio o empresa.

producen negociaciones imitativas.¹⁰ La existencia de un impuesto a las ganancias, que se aplica a partir de determinado monto salarial, interfiere conflictivamente en la negociación.

Los contenidos, en definitiva, son una deuda del sistema de negociación colectiva en la Argentina; y aun en un contexto económico que luce diferente, comparado con la década pasada, los contenidos paradigmáticos en materia de flexibilidad laboral siguen siendo mantenidos y renegotiados.

4. Otros mecanismos de diálogo social (distintos de la negociación colectiva)

En Argentina, durante la última década, el diálogo social se manifestó de diversas formas potenciando la cooperación entre partes. En este sentido, el período fue testimonio de una clara intención por parte del gobierno de poner en acción este complejo proceso virtuoso que ha sido significativamente más intenso que en décadas anteriores. Legislativamente, se reglamentaron instituciones que lo estimularon a través de la activa presencia del estado, incentivando la labor dispositiva y concreta de diversos órganos tripartitos. Sin embargo, esto no se vio reflejado con la misma intensidad en la práctica dado que, en general, se puede afirmar que los espacios de Diálogo Social son insuficientes y deberían abarcar los problemas actuales que aquejan al mundo del trabajo.¹¹

¹⁰ Fundamentalmente, mediante cláusulas de aumento anual a realizarse de manera escalonada y en un contexto institucional donde el organismo nacional de estadísticas ha dejado de gozar de credibilidad para todos los actores negociales. Si bien la negociación salarial se encontró en general por encima de la tasa de inflación, ello es posible sea visto como una especie de traspaso de la renta en beneficio del sector asalariado, pero también como una acción de ajuste de la economía vía inflación, en el cual la participación de la clase trabajadora en la riqueza suma cero.

¹¹ Me refiero a la precariedad laboral, el fenómeno de la no registración laboral, el fraude, la promoción de la formación profesional y, en general, todos aquellos problemas irresueltos por un sindicalismo débil incapaz de impedir el deterioro de la calidad de empleo.

*A. El diálogo en la determinación del Salario Mínimo, Vital y Móvil*¹²

El monto del smvm lo determina el Consejo Nacional de Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil. Por primera vez en la historia de Argentina, se corrobora su funcionamiento sin interrupciones durante diez años. En dicho período, el haber mínimo aumentó un 1338%.¹³ Debe tenerse en cuenta que los beneficios de los aumentos no benefician a los trabajadores no registrados, siendo ésta la gran deuda pendiente, fundamentalmente, considerando su gran número.¹⁴

IV. LA ACCIÓN JURISPRUDENCIAL

La modificación de la integración de la Corte Suprema de Justicia (2003-2004) y su jurisprudencia ha tenido una influencia notable en los tribunales inferiores, sin perjuicio de existir diferentes criterios jurisprudenciales en algunas regiones.

1. Relación de dependencia¹⁵

A. Presunción de existencia de contrato de trabajo

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) contiene una presunción que genera que la carga de la prueba recaiga sobre la parte contraria a la que presta servicios. La redacción de esta norma ha generado la existencia de una postura restringida y una postura amplia.¹⁶ Se advierte una tendencia jurisprudencial mayo-

¹² El Salario Mínimo Vital y Móvil (smvm) es el resultado consensuado de una reunión en la que participan, en teoría, todos los sectores para establecer el salario mínimo de aquellos trabajadores “no incluidos” en ningún Convenio Colectivo de Trabajo, quedando excluidos los trabajadores que se desempeñan en tareas rurales y en servicio doméstico, para los que existen mecanismos especiales.

¹³ Impacta en la materia un desatado proceso inflacionario, que es ya tradicional en nuestro país, como deficiencias de confiabilidad en los indicadores destinados a medirla.

¹⁴ Se estima que el promedio nacional de trabajadores no registrados se mantiene en un 34% calculado sobre el total de la población económicamente activa.

¹⁵ La dependencia ha sido el elemento clave para definir la existencia o no del contrato de trabajo. La doctrina y la jurisprudencia indican que es necesario que la dependencia del trabajador sea jurídica, técnica y económica.

¹⁶ La primera exige que se pruebe, además de la existencia de la prestación de servicios, que la misma haya sido llevada a cabo bajo una relación de dependencia; para la segun-

ritaria que tiende hacia ésta última;¹⁷ también que algunos pronunciamientos señalan como necesario considerar la calificación profesional del trabajador para dirimir la cuestión. Existe coincidencia en que el elemento dirimente está dado por la intensidad de los hechos que caracterizan a la subordinación y la participación activa que el trabajador pueda tener o no en la organización.

2. Solidaridad

Solidaridad en el caso de la contratación o subcontratación (art. 30 LCT)

El artículo 30 de la lct regula la responsabilidad solidaria del principal, en el supuesto de la contratación y subcontratación de lo que se considera la actividad normal y específica propia del establecimiento. El conflicto se encuentra en la determinación de tal extremo. La Corte Suprema de la Justicia, desde el fallo “Rodríguez”,¹⁸ ha adoptado una postura estricta que ha mantenido desde entonces. Esta jurisprudencia ha influenciado sin duda alguna a la jurisprudencia de los tribunales a lo largo del país. No obstante ello, se puede vislumbrar en ciertas regiones la adopción de una postura más amplia.

A. Empresas subordinadas o relacionadas (art. 31 LCT)

Esta norma regula el supuesto de responsabilidad solidaria de los denominados grupos de empresas, entre las empresas controlantes y subordinadas. Se trata de un supuesto de actualidad, dado el proceso de globalización creciente, pero no es de gran aplicación, puesto que exige que hayan existido medidas fraudulentas o una conducción temeraria.

Responsabilidad Solidaria de los Socios y Directivos de las Personas Jurídicas (Art. 54, 59 y 174 LSC)

La aplicación de la normativa societaria, con el objeto de sancionar al socio y/o directivo de las personas jurídicas por incumplimiento de la normativa laboral, es relativamente reciente, y la jurisprudencia ha sido y es bastante reticente en cuanto a su reconocimiento. A nivel provincial encontramos una evolución dispar.¹⁹

da, en cambio, basta lo primero para hacer plenamente operativa la presunción legal.

¹⁷ Jurisprudencia presente en las regiones Centro, Cuyo, NEA, Patagonia y, sobre todo, en la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

¹⁸ CSJN, 15/4/1993, “Rodríguez, Juan Ramón c/Cía. Embotelladora Argentina S.A. y otro”, Fallos 316:713.

¹⁹ En esta cuestión, la Corte Suprema desde mediados del año 2000 ha rechazado numerosos recursos “extraordinarios” y de “queja”, dejando así firme sentencias que recon-

3. Acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios

En el sistema argentino existe la posibilidad de zanjar los conflictos laborales mediante acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios homologados en sede judicial y/o administrativa (cfr. art. 15 LCT). Los acuerdos así celebrados tienen fuerza de cosa juzgada y, por lo tanto, inhiben todo reclamo ulterior. Sin embargo, en función del principio de irrenunciabilidad (cfr. art. 12 LCT), se discute dicha última afirmación. La jurisprudencia, en general, es harto restrictiva en cuanto a la admisibilidad de revisar estos acuerdos, en particular, los tribunales de la región centro. Sin embargo, existen casos particulares en los cuales, atento a la flagrante afectación de los derechos del trabajador, el juez decide intervenir.²⁰

4. Ley sobre riesgos del trabajo²¹

A. Acceso a la vía civil

En un primer término, la jurisprudencia suprema negó que el art. 39 inc. 1 lrt fuera inconstitucional en abstracto, debiendo procederse a un análisis casuístico.²² Sin embargo, un par de años más tarde, en un fallo emblemático,²³ la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de dicha norma. A nivel provincial, la influencia de la jurisprudencia suprema ha sido clave

ocian esta responsabilidad solidaria. Ello no implica de modo alguno que haya admitido explícitamente la responsabilidad solidaria de los socios y directivos de las personas jurídicas, sin embargo, puede ser considerado como un avance, toda vez que la Corte es consciente de que los fallos que quedan firmes reconocen tal responsabilidad.

²⁰ Las regiones de Cuyo y el NEA son más bien flexibles en cuanto a la posibilidad de revisión de los acuerdos homologados.

²¹ La Ley 24.557 estableció un sistema de riesgos del trabajo novedoso, al incluir en la relación trabajador-empleador a un nuevo sujeto, las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART), como encargadas del pago de las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo (LRT). Asimismo, esta ley excluyó la posibilidad de acceder a la vía civil al trabajador, salvo para el caso de dolo del empleador, lo que en la práctica se trataba de un supuesto excepcionalísimo.

²² CSJN, 1/2/2002, "Gorosito, Juan Ramón c/Riva S.A. y otro s/accidente art. 1113 C.C. – daños y perjuicios", Fallos 325:11.

²³ CSJN, 21/9/2004, "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley 9688", Fallos 327:3753.

en el cambio de las opiniones jurisprudenciales provinciales a favor de la posibilidad del acceso a la vía civil.

B. Responsabilidad de las ART

Otra cuestión de interés para la jurisprudencia y la doctrina argentina es la de determinar si las ART, en su carácter de operadoras del sistema y siendo responsables conjuntamente con el empleador de la prevención de los riesgos del trabajo, podrían ser consideradas responsables ante los siniestros sufridos por los trabajadores. En este sentido, la jurisprudencia ha tenido una evolución similar tanto a nivel nacional como provincial y se ha pasado de una negación al reconocimiento de responsabilidad extra-sistémica incluso más allá de lo establecido por el contrato de seguro, en algunos casos.

Esta evolución llega a su punto cúlmine con el reconocimiento de la responsabilidad extra-sistémica de las ART.²⁴

5. Discriminación laboral

Esta temática forma parte de uno de los aspectos que más ha evolucionado en esta última década. La ley que regula y castiga la discriminación es la n° 23.592 (1988), y su aplicación en el ámbito del derecho del trabajo es reciente. El fallo “Álvarez”²⁵ de la Corte Suprema de la Nación es revelador del valor de este principio, al reconocer que se encuentra en la cima de la pirámide jurídica. La jurisprudencia ha fundamentado su aplicación en el trabajador y su dignidad como persona que no puede ser menoscabada por encontrarse en la empresa. Se reconoce una inversión de la carga de la prueba. De esta forma se ha expresado la jurisprudencia provincial al resolver que, una vez aportado un indicio razonable de la existencia del acto discriminatorio, debe aplicarse la teoría de la carga de las pruebas dinámicas. Por último, la jurisprudencia y la doctrina fueron reticentes a la posible declaración de nulidad del despido y su posterior reinstalación. Sin embargo, la Corte Suprema de la Nación en el caso ya mencionado “Álvarez”, reconoce a ésta como una posibilidad válida. Es dable destacar que la reinstalación es una posibilidad de la cual goza el trabajador, no una obligación.

²⁴ A nivel provincial, la jurisprudencia ha visto una evolución similar con matices, más restrictivo en Córdoba y más amplios en la Región Patagónica, en el NEA y en la región de Cuyo.

²⁵ CSJN, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud SA.,” Fallos 333:2306.

6. Cuestiones sindicales

El sistema sindical argentino consagra un sistema de unicidad promocional y la jurisprudencia reciente de la CSJN está produciendo un cambio radical del sistema sindical argentino, puesto que en diversas decisiones lo ha cuestionado severamente.

A. Activista de hecho o dirigente gremial sin protección

Pese a que ha habido una evolución jurisprudencial tendiente a reconocer facultades y derechos a los activistas de hechos y/o a aquellos dirigentes gremiales que carecen de protección, la jurisprudencia sigue siendo restrictiva.

B. Asociación sindical simplemente inscripta

El modelo sindical argentino está sufriendo una modificación mayor con motivo de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de la Nación. El Tribunal en el fallo “ATE”²⁶ declaró la inconstitucionalidad del art. 41 inc. a de la Ley 23.551, atacando a la unidad sindical impuesta a nivel de elección de delegados gremiales. En su fallo en el caso “Rossi” declaró la inconstitucionalidad del art. 52 de la Ley 23.551, en tanto limita injustificadamente la protección a los representantes sindicales de las asociaciones sindicales con personería gremial. Y, por último, en el fallo “ATE II”²⁷ el Tribunal declara la inconstitucionalidad del art. 31 inc.a) de la Ley 23.551 y reconoce que tanto las asociaciones sindicales con personería gremial como las simplemente inscriptas pueden representar los intereses colectivos de los trabajadores.

7. Palabras conclusivas

La acción jurisprudencial, fundamentalmente de la CSJN, observa un viraje profundo, en sentido de una comprensión antropocéntrica del derecho en general y del derecho del trabajo en particular; una postura que privilegia el respeto a la dignidad humana frente al éxito económico, abrazando los principios del denominado “Estado Constitucional de Derecho y Antropocéntrico”, lo que se evidencia en sus resoluciones, donde las normas

²⁶ CSJN, 11/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”, Fallos 331:2499.

²⁷ CSJN, 18/6/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado c/Municipalidad de Salta s/acción de inconstitucionalidad”, Sitio web de la CSJN, <http://www.csjn.gov.ar/>.

internacionales ocupan un rol privilegiado y decisivo en la solución de la controversia; una vocación que nuestro máximo tribunal de justicia ha ejercido valiéndose de un decidido activismo judicial y alcanzando, mediante sus sentencias, determinar significativamente el contenido dogmático del Derecho Laboral y de la Seguridad Social vigente en nuestro país, las que asimismo ejercen una inocultable y determinante influencia sobre los distintos tribunales jurisdiccionales y demás operadores del sistema judicial argentino.

V. SEGURIDAD SOCIAL

1. Cobertura de la Seguridad Social al trabajador y su familia frente a contingencias del tipo biológicas (vejez, invalidez y muerte) y socioeconómicas (cargas de familia y desempleo)

Tema/Contingencia: vejez, invalidez y muerte

En el período destaca la adopción de normativa que permite completar años de servicios exigidos para alcanzar cualquier prestación previsional mediante “declaración jurada” y la regularización de deuda por moratoria; también, la adopción de un sistema legal de reajuste automático de los haberes previsionales.

Importante en la materia es la jurisprudencia de la CSJN, con pronunciamientos trascendentes en material procesal: “Izcovich”,²⁸ en materia de movilidad en las prestaciones: “Badaro”;²⁹ y el reconocimiento de naturaleza remuneratoria a ciertas prestaciones denominadas “no remunerativas” o “beneficios sociales”: los fallos “Pérez”,³⁰ “González”³¹ y “Díaz”.³²

Tema/Contingencia: Cargas de Familia

El período denota un énfasis en la creación de asignaciones denominadas “no contributivas”, es decir, que tiene como sujeto destinatario a personas

²⁸ CSJN, 29/3/2005, “Izcovich, Mabel c/ANSES s/reajustes varios”, Fallos 328:566.

²⁹ CSJN, 26/11/2007, “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSES s/reajustes varios”, Fallos 330:4866.

³⁰ CSJN, 1/9/2009, “Pérez, Aníbal c/Disco S.A.”, Fallos, 332:2043.

³¹ CSJN, 19/05/2010, “Gonzalez, Martín y otro c/Polimat S.A.”, Fallos, 333:699

³² CSJN, 4/6/2013, “Díaz, Paulo c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/Despido”.

sin actividad laboral dependiente, con situaciones laborales precarias, con tendencia a la inclusión en la economía formal, como lo es el trabajo en casas particulares o el llamado monotributo social.

Tema/Contingencia: Desempleo

Destaca la sanción de normativa que beneficia a los trabajadores agrarios, en tanto duplica la prestación económica del subsidio por desempleo; se lanza el programa “Jefes y Jefas de Hogar”, que consiste en un ingreso mínimo garantizado para familias sin trabajo; y el establecimiento, durante un tiempo determinado, de la jubilación anticipada para desempleados.

Comentario conclusivo

La Seguridad Social, en general y en el período 1990 – 2000, podía asimilarse al paradigma sinalagmático de cotización-prestación, equivalente al seguro obligatorio de Bismark, casi como sostener que el pago de la cotización genera el derecho a la prestación, como si el pago fuera causa de una obligación, poner el carro delante del caballo.

Como consecuencia de una década marcada por lineamientos de contenido económico, más que social, devino la crisis económica y social del año 2001, que luego, desde el año 2002, con políticas de inclusión social, generó un cambio en la tendencia política del país. Así, la década 2001 - 2010, abre el universo subjetivo que solo incluía al trabajador dependiente registrado, que rota a una aplicación universal.

Podría decirse que una persona que no trabaja dentro de la población económicamente activa (PEA), no dejaría de ser trabajador, sino que se comprende como “el trabajador que no trabaja sigue siendo trabajador”, y tiene las mismas necesidades que el trabajador que trabaja; así también, el que trabaja en ámbitos que quedaban excluidos, como el servicio doméstico, el trabajo agrario o el cuentapropismo (trabajador que trabaja para sí mismo). Estos cambios han importando un cambio de paradigma tendiente a la inclusión social.

A esta tendencia se está incorporando la calidad del trabajo en cuanto a las condiciones del mismo, teniéndose énfasis en la detección de trabajo forzoso (en especial, advertidos en el ámbito textil y agrario; así como el trabajo esclavo y trata de personas), con sanciones penales.³³

³³ Desde una perspectiva macroeconómica, cabe destacar que el aumento de la inclusión social no ha afectado el presupuesto de la seguridad social, que al momento de instaurarse el sistema mixto (capitalización y reparto), junto a las rebajas en las contribuciones patronales, implicaban aprox. 1/3 de aportes y contribuciones, 1/3 de

2. Cobertura de la Seguridad Social ante contingencias que afecten la salud del trabajador y su familia

La salud del trabajador en la legislación argentina podría considerarse regulada por tres sistemas positivos distintos: la Ley de Contrato de Trabajo (ley n° 20.744), la Ley de Obra Sociales (leyes n° 23.660 y n° 23.661) y la Ley de Riesgos del Trabajo (ley n° 24.557).³⁴

Cuando el bien jurídico tutelado no es afectado por el sistema productivo: el llamado Régimen de Enfermedades Inculpables

No se registran modificaciones significativas en lo que respecta a las prestaciones que las obras sociales deben brindar para los trabajadores dependientes en particular, más allá de modificaciones al plan médico obligatorio que éstas deben brindar, no para los trabajadores en particular, sino para sus beneficiarios en general.³⁵

En lo que respecta al trabajador como un factor en el sistema de producción, la carga económica se encuentra en cabeza del empleador, y su regulación se enmarca en la ley n° 20.744. En este punto no se observan modificaciones sustanciales en el sistema desde la sanción de la ley, más allá de criterios jurisprudenciales que a nuestro entender complementan la legislación.

impuestos con asignación específica para seguridad social (no aplican para las contingencias de riesgos del trabajo y enfermedad), y 1/3 de ATN, siendo que desde aproximadamente fin de la década pasada no ha sido necesaria la intervención de los ATN, por alcanzar la recaudación para cubrir el pago de las prestaciones, generándose inclusive un fondo anticíclico llamado Fondo de Garantía de Sustentabilidad.

³⁴ Las dos primeras normas regulan la afectación de la salud del trabajador por factores ajenos a la prestación de servicios, abarcando las consecuencias sobre el sistema productivo y el derecho a prestaciones médicas que éste tiene, respectivamente; mientras que la tercer norma regula un segundo supuesto, cuando la afectación de la salud del trabajador es consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional contraída en ocasión de la prestación del servicio del dependiente.

³⁵ No puede soslayarse que el sistema de obras sociales no es el único que en la actualidad se ocupa de la salud del trabajador, sino que las empresas de medicina prepaga, si bien conforman un sistema con otras características, a partir de la posibilidad de derivación de aportes, han pasado a ocupar un lugar de preponderancia en los últimos tiempos. Por ejemplo, la Ley de Fertilización Asistida (ley n° 26.862), sancionada el 5 de junio de 2013.

*Cuando el bien jurídico tutelado es afectado por el sistema productivo.
Régimen para los accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales*

Ambas perspectivas del sistema, el derecho a la salud y los aspectos económicos del contrato de trabajo, se encuentran regulados por la ley n° 24.557, con las importantes modificaciones que en ella efectuó la ley n° 26.773 (2012), que regula tanto las prestaciones médicas, como las prestaciones dinerarias a las que tiene derecho el dependiente, estando las mismas a cargo de la Aseguradoras de Riesgos de Trabajo, sujetos de derecho privado, fiscalizadas por un ente público estatal, como lo es la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

Merece destacarse que las principales modificaciones que sufrió el sistema creado por la ley n° 24.557 (1995) en la última década no fueron consecuencia de una reforma legislativa, sino como consecuencia de la actuación del poder judicial y fundamentalmente de la CSJN.

Si bien el poder ejecutivo, en coordinación con el Ministerio de Trabajo, a poco de conocerse las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, comenzó a trabajar en la elaboración de un nuevo proyecto de reforma integral de la ley n° 24.557 (1995), recién en ese año llegaría la primer acción legislativa concreta a través del Decreto n° 1694/09.³⁶ La reforma estructural del sistema recién llegaría en el año 2012, con la sanción de la ley n° 26.773, que deroga distintos institutos del sistema y regula nuevamente puntos que habían sido modificados por la Jurisprudencia, aunque de forma muy cuestionada por la doctrina.³⁷

³⁶ Norma que disponía un incremento de las prestaciones dinerarias, la eliminación de los topes máximos y estableciendo topes mínimos, la regulación del pago de las prestaciones dinerarias, la creación de un registro de prestadores médicos, y el otorgamiento a los empleadores de la posibilidad de celebrar un seguro por responsabilidad civil, entre otras medidas.

³⁷ Entre las reformas más importantes, podemos observar el retorno a la opción excluyente; la introducción de una prestación adicional de pago único nueva; la fijación de un nuevo plazo para el pago de las prestaciones; la competencia de los jueces civiles para entender en las acciones con fundamento en la normativa civil; la inclusión de un índice de ajuste (RIPTE), así como nuevas pautas para la fijación del valor del seguro.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: BRASIL*

I. INFORME SOBRE EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN BRASIL

1. Panorama general

A. La CLT

En Brasil, el derecho del trabajo empezó a tomar una forma consistente con la llegada al poder de Getúlio Vargas, en la primera mitad del siglo pasado. Fue bajo su gobierno que se publicó, en el año de 1943, la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), un texto legal que reunió una serie de normas laborales, hasta entonces dispersas, en orden de conferirles un carácter sistematizado o una forma orgánica. La CLT tiene vigencia obligatoria en la integralidad del territorio de la nación, es decir, posee la naturaleza de norma federal o nacional, vinculando a todos y a cada uno de los Estados de la federación brasileña.

La Consolidación de las Leyes del Trabajo es, así, la espina dorsal, la columna vertebral, del derecho del trabajo de Brasil. Cumple, en el ordenamiento positivo brasileño, el mismo rol fundamental que la Ley de Contrato de Trabajo desempeña en la República Argentina.

B. La Constitución de 1988

Desde 1934, el derecho del trabajo estuvo previsto en las sucesivas Constituciones de la República Brasileña. Pero nunca con tanta fuerza o intensidad como la que se hace presente en la Constitución Federal en vigor.

La actual Constitución de Brasil fue promulgada el 5 de octubre de 1988, es decir, llegó al final de la década inmediatamente anterior a la “ola”

* Coordinadores: Manoel Carlos Toledo Filho, Fábio Túlio Barroso, Ana Maria Aparecida de Freitas.

de flexibilización que contaminó a nuestro continente en los años 90 de aquel siglo.

En lo que concierne al derecho individual del trabajo, el artículo a mencionar es el artículo 7º, que, por su importancia en el panorama jurídico brasileño, puede ser considerado como correspondiente al artículo 14-Bis de la Constitución Nacional Argentina. En ese artículo hay previsiones relativas, entre otras, al salario mínimo, a las vacaciones anuales, al preaviso, a los límites diario y semanal de la jornada de trabajo, a las licencias por maternidad y por paternidad, a la responsabilidad del empleador en los accidentes de trabajo, a la protección del trabajo de los menores de dieciocho años y a los plazos de prescripción.

2. Los desafíos

A nuestro juicio, los desafíos actuales en el plano del derecho individual del trabajo de Brasil son fundamentalmente dos.

El primer desafío es hacer que se conviertan en realidad algunas de las disposiciones del artículo 7º de la Constitución Nacional. Estamos hablando de aquellos derechos que fueron establecidos, sujetos a la publicación de una legislación posterior y complementaria para su completa realización, destacando de manera particular el derecho relativo a una garantía general contra los despidos arbitrarios o sin justo motivo, es decir, una garantía de permanencia en el empleo que sea extensiva a toda la clase trabajadora.

Ese derecho, que integra el contenido del primer apartado del artículo 7º de la Constitución, hasta hoy no ha sido objeto de una ley reguladora. Lo que hay son leyes que establecen garantías de empleo para algunas situaciones específicas, como el caso de las empleadas embarazadas, de los obreros accidentados, de los dirigentes gremiales o de los trabajadores que sean víctimas de alguna forma de discriminación.

El segundo desafío tiene relación con el tormentoso tema de la intermediación de la mano de obra asalariada, es decir, con la tercerización de los servicios subordinados, fenómeno que, como sabemos, en estos tiempos de globalización se ha esparcido como una verdadera plaga o hierba mala en la rutina cotidiana empresarial de nuestros países, lo que incluso determinó que, en el pasado reciente, Chile, Perú y Uruguay hayan promulgado leyes pensadas directamente para la regulación de ese tipo de situación.

La legislación brasileña, sin embargo, no regula el asunto de una manera explícita o específica. El trato de la materia queda, así, en las manos de la jurisdicción. Y aun cuando se pueda vislumbrar alguna evolución

en las últimas decisiones de los tribunales, que parecen estar poco a poco convenciéndose de la necesidad de implementar un sistema de igualdad sustancial de derechos entre los obreros contratados por terceros y los empleados de la empresa beneficiada, eso todavía es poco para hacer frente a los grandes inconvenientes que esa modalidad de trabajo provoca y que trascienden las fronteras del derecho individual.

La ausencia de certeza sobre quién es el verdadero empleador debilita la noción de categoría profesional y, como corolario, al sindicato obrero (dimensión colectiva); la proliferación de tomadores del servicio, sean ellos supuestos o reales, confunde a los procesos judiciales, que con frecuencia origina litisconsorcios pasivos integrados por demandados que lanzan unos sobre los otros la responsabilidad por el pago de los rubros debidos al trabajador (dimensión procesal).

De modo que hay que superar esa omisión en el ordenamiento brasileño con la imposición de aquellas medidas que en la doctrina¹ son generalmente consideradas como genuinas vacunas o auténticos antidotos en contra de la tercerización: la igualdad material de derechos, entre los trabajadores contratados directamente y los trabajadores contratados mediante intermediarios, y la responsabilidad solidaria e integral de todas las empresas involucradas en el proceso de intermediación.

II. EL DERECHO SINDICAL EN BRASIL EVOLUCIÓN Y CONTRADICCIONES

El derecho sindical en Brasil posee una cultural injerencia del estado en su concepción y regulación.² Las fases que sucedieron desde el final del siglo XIX hasta hoy en día no apartaron la concepción de un modelo sui generis, que toma en cuenta el paradigma de libertad sindical del convenio no. 87 de la OIT, que el país no ha ratificado.

Se puede delimitar que el sindicalismo de Brasil ha pasado necesariamente por tres fases y, actualmente, está en un proceso o en el límite entre la tercera y la cuarta fase, toda vez que, por las características posmodernas de las sociedades actuales, aún no ha tenido fin la tercera fase, cuando al mismo tiempo ya se ha empezado la cuarta.³

¹ Consúltese, en ese particular, las obras del Prof. Alejandro Castello, de Uruguay.

² Barroso, Fábio Túlio. *Neocorporativismo e concertação social. análise político-jurídica das atuais relações de trabalho no Brasil*, Recife, EDUFPE, 2010, p. 35.

³ En especial, se puede ver las fases del sindicalismo de Brasil en: Barroso, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2010, p. 58 y ss.

La primera fase se inicia con el fin del período de utilización de la mano de obra esclava, en 1888, cuando fue abolido el sistema de trabajo de esta naturaleza en el país. Para sustituir la mano de obra en las haciendas de café y de leche en la región sureste, sobretodo, llegaron miles de inmigrantes europeos, ya con una cultura industrial e ideológica. En este primer período, se manifestó principalmente la ideología anarquista, aunque fuertes, también, fueron los movimientos de comunistas.⁴ Como el país no estaba industrializado, los naturales conflictos se dieron en el campo, inicialmente, con la perspectiva de regulación del sindicalismo rural por medio del decreto no. 979 de 1903. Esta primera fase se denominó de anarcosindicalismo.

Con la llegada al poder de Getúlio Vargas, en 1930, la primera fase del sindicalismo cerró, dando lugar a la ratificación de la disciplina laboral, sobre todo por la gran industrialización del país a partir de entonces. Luego, fueron creadas condiciones materiales para que hubiera su regulación.

Sin embargo, esta fase conocida como de corporativismo sindical, o intervencionismo estatal, limitó sobremanera la libertad sindical. Con la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), en 1943, las entidades sindicales pasaron a tener funciones públicas delegadas, con el deber de colaborar con el poder público, además de la limitación cualitativa, por medio de los sindicatos por categorías, cuantitativa y territorial, toda vez que la forma de organización estuvo definida por unicidad sindical. De igual forma, se impuso que los afiliados y no afiliados a los sindicatos hicieran el pago de una contribución obligatoria, con naturaleza tributaria, para el coste del sistema confederativo, que incluye los sindicatos, las federaciones y las confederaciones. Toda la constitución y normas de funcionamiento de las entidades sindicales estuvieron bajo las directrices legales y el control del estado, con poca o casi ninguna autonomía de los estatutos de las entidades sindicales. El estado negaba la contienda de clases en una nítida condición del corporativismo y establecía una vida burocrática para las entidades sindicales.⁵

Ya en 1983, en la década final del sindicalismo corporativo brasileño, nació la primera central sindical, asociación civil fuera del sistema sindical corporativo y confederativo, como una respuesta autónoma del sindicalismo del sector profesional al sindicalismo de estado.

⁴ Sobre las prácticas de los trabajadores en sus perspectivas ideológicas y políticas, véase: Sferra, Giuseppina. *Anarquismo e Anarcossindicalismo*, São Paulo, Ática, 1987.

⁵ Véase: Martins, Heloísa Helena Teixeira de Souza, *O Estado e a burocratização do sindicalismo no Brasil*, São Paulo, Hucitec, 1989.

Con la Constitución de 1988, se presenta una nueva fase del sindicalismo brasileño, la autonomía sindical. A partir de entonces, se ve una verdadera constitucionalización de la materia sindical, con las líneas generales presentes en el artículo 8º de la carta magna, además de que los artículos 9º al 11º tienen materias propias de la disciplina colectiva del trabajo.

La principal norma que representa autonomía sindical es la del artículo 8º, I, que determina que no es posible la exigencia legal para fundación de entidad sindical ni tampoco la interferencia o la intervención del estado en la organización sindical.

Estas dos manifestaciones constitucionales de autonomía han dado una nueva característica al sindicalismo brasileño, sin que haya tenido cualquier cambio del estatuto normativo laboral (CLT) con la nueva constitución. Varios artículos que trataban de la organización interna y la constitución de las entidades sindicales bajo normas heterónomas han sido sencillamente rechazadas por la Constitución. Esto, en la práctica, ha desarrollado una inicial inseguridad jurídica, puesto que no se tenía, hasta aquél momento, una cultura de autonomía en los movimientos sindicales del país.

Las contradicciones del nuevo sistema sindical, en que se ha verificado un cierto vacío normativo, ha sido delimitado por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF), que es el tribunal constitucional del país y por medio del Tribunal Superior do Trabalho (TST), la instancia laboral especializada y más alta de Brasil.

De esta manera, temas como la autonomía para convocación de asambleas, límite de directivos con garantías en el empleo y la forma de su despido, entre otros, han sido delimitados por los juzgados.

Sin embargo, algunos de los institutos del período del sindicalismo corporativo han sido mantenidos, como la contribución sindical compulsoria y la unicidad sindical para el sistema confederativo, que establecen un interminable debate entre los juristas sobre la cuestión formal y la práctica, toda vez que la manutención de las entidades sindicales profesionales por contribuciones espontáneas podrá servir como una implosión de la capacidad de organización del sindicalismo obrero, aunque varios desvíos de comportamientos también sirven para denunciar la situación. En el mismo sentido, la propuesta de establecer la pluralidad es defendida y repudiada a la vez por la doctrina especializada; defendida por ser la situación más técnica, por la propia naturaleza de las entidades sindicales asociativas. Pero puede que solape la capacidad mínima de organización sindical, ya presente culturalmente en el país, y, por otra parte, también, podrá facilitar la intervención del sector económico en la actividad sindical de los trabajadores.

La cuarta fase del sindicalismo brasileño, el corporativismo sindical, compagina a la vez algunas de sus normas y el mismo período de aplicación de su política jurídica del periodo anterior. O sea, es actual. Se añade a esto, la simbiosis contradictoria entre el sistema confederativo de organización por unicidad sindical, que pasa a ser el elemento constitutivo de la pluralidad sindical, que ha sido la forma determinada por ley para la organización de las centrales sindicales.

Este actual momento del sindicalismo brasileño sufre también la influencia del neocorporativismo como política pública de control de las actividades de las entidades sindicales, que se ha implementado por las instancias de concertación social. Esto, especialmente, tras el reconocimiento formal de las centrales como entidades sindicales, por la ley no. 11.648 de 2008, donde quedan claras las funciones neo corporativas y de concertación de estos sujetos.⁶

Antes de la formalización de las centrales como entidades sindicales en el 2008, el gobierno federal ha convocado una amplia instancia de concertación, el fórum nacional del trabajo, en el 2003, para legitimar sus propuestas de reforma laboral. Además de los representantes del propio staff gubernamental, fueron invitados los representantes de los trabajadores y del sector económico. Los sujetos no tenían la libertad de proponer nada, su papel era legitimar la propuesta oficial o sencillamente salir de la discusión.

De este fórum se desprendió una propuesta de ley que hasta el día de hoy no ha sido ratificada. No obstante, en 2008 fue publicada la ley no. 11.648, que reconoce las centrales sindicales como entidades de representación general y nacional de los trabajadores, las cuales se constituyen por las demás entidades sindicales a ellas asociadas: los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, que, por otra parte, constituyen el sistema confederativo y se organiza por unicidad.

Por increíble que parezca, las entidades sindicales que se asocian a las centrales son las que hacen parte del sistema confederativo de organización por unicidad sindical. Por otra parte, la ley no exige que las centrales se organicen por unicidad, creándose de esta forma una insólita situación para el sistema sindical brasileño, donde las entidades que se organizan por pluralidad, que son las centrales, dependen de las entidades que se organizan por la unicidad sindical para que puedan existir.

Por fin, como la política neocorporativa posee como característica el aspecto colaboracionista entre los sectores de la sociedad del trabajo, se

⁶ Barroso, Fábio Túlio. *Estudos Sobre o Direito Sindical*, Recife, EDUFPE, 2010, p. 83 y ss.

observa que la ley que ha reconocido las centrales como entidades sindicales, le exige una serie de condiciones para su constitución, en completa disonancia con el contenido autónomo del artículo 8º de la carta magna, además de contemplar las centrales con el porcentaje de un 10% del total de la recaudación con la contribución sindical. Por otra parte, determina que estas entidades coordinen las actividades de las demás asociaciones sindicales que hacen parte del sistema confederativo, con un verdadero control de jerarquía de las entidades de cúpula, las centrales, sobre las demás organizaciones de esta naturaleza. Por lo tanto, si hay afectio societatis entre las entidades de la cima de la organización sindical con el estado y con el poder económico, entonces la capacidad de reivindicación de las entidades de la base queda resquebrajada o, igualmente, limitada.

Se hace patente la contradicción y complejidad del sistema sindical brasileño que lo identifica como sui generis o propio. Un régimen sindical donde se puede verificar tanto la autonomía formal para las entidades del sistema confederativo, que se organiza por unicidad, como el control del estado para las entidades que tienen la organización por pluralidad.

III. EL PROCESO LABORAL BRASILEÑO

1. Estructura de la justicia laboral brasileña

La Justicia del Trabajo brasileña tiene carácter nacional o federal. Es decir, sus instituciones poseen el mismo contenido en todo el territorio de la nación. Su presupuesto se programa también a nivel nacional. Las carreras de los jueces y de los empleados judiciales, si bien puedan estar sujetas a algunas variaciones de un lugar a otro de la Federación, tienen una estructura central común. Los jueces son admitidos mediante concurso público de pruebas y oposición. El cargo inicial en la carrera judicial es el cargo de “Juez Substituto” al cual se siguen, en orden jerárquico, los cargos de “Juez Titular”, “Desembargador” y “Ministro”.

Así como ocurre con la estructura administrativa judicial, el proceso laboral es previsto con naturaleza nacional. Eso significa que existe un mismo procedimiento para todo el territorio de la nación, lo que no impide, como es intuitivo, las naturales variaciones de interpretación entre los diversos órganos integrantes del sistema. Las reglas del procedimiento están, fundamentalmente, previstas en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (la Ley de Contrato de Trabajo de Brasil).

La competencia material de la Justicia Laboral está definida en el art. 114 de la Constitución Federal brasileña. La regla general es que los jueces

del trabajo examinen las controversias derivadas de relaciones de trabajo, especialmente entre empleados y empleadores. Pero la Justicia del Trabajo también analiza conflictos: a) entre sindicatos, especialmente los relativos a la representación sindical; b) concernientes al ejercicio del derecho de huelga; c) relativos a las penalidades aplicadas por los órganos de inspección del trabajo; d) vinculados a cobranza de las contribuciones debidas para el sistema de la seguridad social.

Los órganos judiciales laborales brasileños están divididos en tres niveles o categorías.

En la base del sistema están las llamadas Varas do Trabalho. Las Varas son juzgados unipersonales, que intentan la conciliación, reciben las pruebas documental y testimonial, y dictan sentencias tanto de fondo como de carácter meramente procesal. Sus decisiones pueden ser impugnadas a través del llamado “recurso ordinario”, que corresponde al recurso de apelación de los sistemas de procedimiento escrito.

Según datos estadísticos consolidados hasta 31/12/2012,⁷ existen, en Brasil, 1454 Varas, en las cuales trabajan 2805 magistrados (los jueces substitutes y los jueces titulares) y 22697 empleados judiciales (servidores).

En un grado intermediario se sitúan los Tribunais Regionais do Trabalho, órganos colegiados, cuyos magistrados integrantes poseen el título de desembargador. Su tamaño depende de la dimensión socioeconómica del espacio geográfico que corresponda a su jurisdicción (la Región), que normalmente –pero no siempre– coincide con un Estado (Provincia) de la Federación brasileña. Hay 24 TRT en el territorio de la República brasileña. En líneas generales, su misión es resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de las Varas do Trabalho, es decir, las apelaciones entabladas en contra a las sentencias dictadas por los órganos de primer grado.

El último nivel de la Justicia Laboral es ocupado por el Tribunal Superior del Trabajo (TST), que tiene su asiento en la ciudad de Brasilia. Sus magistrados tienen la denominación de “Ministros”. El TST está compuesto por 27 ministros y tiene como tarea principal examinar el llamado “recurso de revista”, una apelación de naturaleza extraordinaria, muy similar al “recurso de casación” de los ordenamientos de lengua hispánica.

En lo que se refiere a la dimensión de la actuación de los órganos judiciales laborales brasileños, los datos pesquisados por el TST indican que, en el año de 2012, las Varas del Trabajo recibieron 2 239 671 nuevas demandas,

⁷ Tribunal Superior do Trabalho - TST: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/1ef6418b-13fa-404f-9e3a-0e894aa21358>>.

es decir, un promedio de 1540 nuevos procesos por cada Vara del Trabajo. Hubo cerca de 43% de conciliaciones obtenidas en el total de casos apreciados.

En cuanto al tiempo de duración de los procesos, los promedios son:

En las Varas del Trabajo:⁸ 176 días (5.8 meses)

En los trt:⁹ 131 días (4.3 meses)

En el tst:¹⁰ 462 días (15.4 meses)

En la fase de ejecución: 631 días (21 meses)

Eso significa que un proceso en que no exista recurso para el TRT será completamente resuelto en 807 días (26.9 meses); con recurso para el TRT, el tiempo integral será de 938 días (31.2 meses); con recurso para el TST, será de 1400 días (46.6 meses).

En conclusión, cabe registrar que, de las sentencias proferidas por las Varas del Trabajo en 2012, un promedio de 71% fueron impugnadas mediante recurso ordinario; por otro lado, de los fallos proferidos por los Tribunales Regionales, un promedio de 46% fueron impugnados mediante recurso para el Tribunal Superior del Trabajo.

2. Análisis particular: el embargo electrónico de dinero (penhora on line)

A. La figura del embargo on line – concepto

El embargo on line consiste en una herramienta que permite el rastreo y el bloqueo de activos financieros del ejecutado mediante la utilización de la red mundial de computadores. Para su completa realización, depende de la existencia de un proceso judicial en el cual el magistrado expresamente determinado tenga esa modalidad de constricción.

Es innegable que el embargo on line transformó para bien la realidad de la ejecución de las sentencias laborales en Brasil. Para comprobar este acierto, basta mencionar que, según datos divulgados por el Consejo Na-

⁸ Tribunal Superior do Trabalho - TST: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/8cbe727c-9aae-4a61-af3d-a2ddc2aff4fc>>.

⁹ Tribunal Superior do Trabalho - TST: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/df5c584-e6d5-43e6-95ec-b11c08e884e8>>.

¹⁰ Tribunal Superior do Trabalho-TST: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/365b32ff-b294-4703-810a-c7d011f45f92>>.

cional de Justicia (CNJ), en el año de 2010, la Justicia del Trabajo efectuó, por ese mecanismo, el bloqueo de 6.2 mil millones de reales (es decir, más de 3 mil millones de dólares americanos). La cantidad indicada demuestra, más allá de cualquier duda, el grado de efectividad que la herramienta en cuestión agregó a la rutina judicial brasileña.

B. Embargo on line y extensión de la responsabilidad patrimonial

El embargo on line depende, para su plena consecución, de la identificación completa de los deudores legalmente obligados al cumplimiento del contenido del título en ejecución. Así, es necesario que el sistema tenga maleabilidad suficiente para permitir que, con esa herramienta, se pueda alcanzar no solo al ejecutado formal, es decir, a la persona física o jurídica que conste nominalmente en la sentencia, sino también a sus sucesores, a los integrantes de su grupo empresarial, así como a sus socios o ex socios, incluso procediendo, siempre y cuando sea necesario, al levantamiento del velo corporativo.

En Brasil, esa posibilidad está prevista tanto en el plan del derecho material como en las normas procesales. Así es que, en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), el apartado segundo del artículo 2° establece que las empresas integrantes de un mismo grupo económico son solidariamente responsables por los rubros y derechos relativos a todos y a cada uno de los empleados de las empresas del grupo. Los artículos 10° y 448° esclarecen que el cambio en la estructura jurídica o en la propiedad de la empresa para nada afectará los derechos o los contratos de trabajo de sus empleados. Ya en la legislación subsidiaria, el Código de Defensa del Consumidor (CDC) y el Código Civil (CC) permiten el levantamiento del velo corporativo empresarial, en las situaciones descritas en sus artículos 28 y 50, respectivamente. Por fin, el Código de Proceso Civil (CPC), en su artículo 592°, II, autoriza el embargo de los bienes de los socios de la persona jurídica. Además, a todas esas disposiciones se deben sumar los amplios poderes de dirección del proceso atribuidos al juez del trabajo por el artículo 765° de la CLT.

Ese doble frente de actuación, que se forma por la extensión teórica de la responsabilidad patrimonial, adicionada a una práctica eficiente de embargo de los bienes de los deudores, es de fundamental importancia para la eficiencia global del sistema y, como corolario, para el propio prestigio del contenido de las decisiones judiciales, cuya ejecución se pretenda implementar.

C. La Seguridad Social y el Sistema de Riesgos Laborales de Brasil

El sistema jurídico de Brasil establece, en el artículo 194 de su constitución, que la Seguridad Social comprende un conjunto integrado de acciones, con iniciativa de los poderes públicos y de la sociedad, con la finalidad de asegurar los derechos a la salud, a la previsión y a la asistencia social.

Estos tres derechos sociales están contemplados en la Carta Magna y forman parte de las denominadas cláusulas pétreas, con jerarquía de normas fundamentales, con la imposibilidad de alteración por medio de enmiendas a la Constitución,¹¹ salvo que haya una nueva asamblea constituyente.

Por otra parte, la previsión social¹² pasa a ser un conjunto de derechos relativos a la seguridad social con significado más allá de la sencilla concepción del Welfare State, sin “asumir características socializantes”.¹³

Esto significa que, en un estado demócrata de derecho social, como quiere ser Brasil, se ha tenido la necesidad de que la Seguridad Social se integre como parte del capítulo que trata sobre los derechos sociales, dentro del contenido del artículo 6º de la Constitución y, además, pertenece a los derechos fundamentales con naturaleza de cláusula pétrea, con la garantía de no regresión social.

Por ser la prevención social un derecho humano de segunda generación, que brinda protección normativa a cada uno de sus beneficiarios en condiciones mínimas de igualdad,¹⁴ los riesgos sociales son asumidos por todos y pertenecen a toda la sociedad, por lo que exige que los derechos sociales se lleven a cabo en actuaciones concretas y positivas del poder público, las cuales demandan recursos financieros para su ejecución.¹⁵

¹¹ Art. 60, § 4º, IV de la Constitución de la República: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ... IV – os direitos e garantias individuais.”

¹² No hay termino que traduzca la expresión “Previdência social” del portugués al español. Será utilizado, por semejante que es el termino previsión social. Para traducción podría ser utilizado el termino Seguridad Social, pero en Brasil no es utilizado con la misma finalidad, pues configura expresión propia del derecho nacional.

¹³ Silva, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 187.

¹⁴ Ibrahim, Fábio Zambitte, *Curso de Direito Previdenciário*, 14ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2009, p. 79.

¹⁵ Ibrahim, Fábio Zambitte., *Op. Cit.*, nota 1, p. 80.

Además, es evidente que estos derechos sociales no se sostienen por casualidad. Hay necesidad que toda la sociedad participe, con la contribución de todos, para que el sistema de previsión pueda reunir condiciones de asistencia a empleados, desempleados, autónomos, PYMES, los empleadores, sin hacer distinciones, de acuerdo con las previsiones legales y peculiares.

Sin embargo, no es difícil imaginar que la tutela del estado es la que mantiene la seguridad social, considerada en sus tres ramas de acción: salud, previsión y asistencia social. Deberá ser financiada por toda la sociedad y no solamente por el estado, según previsiones de los artículos 194 e 195 de la Carta de 1988.¹⁶

Esto es debido a la prohibición de creación de gasto carente de fuente de financiación, según la previsión del artículo 195, § 5º de la Constitución de la República.

La estadística del Ministerio de Previdencia Social indica que en agosto de 2013 han sido concedidos 417.7 mil beneficios, con el valor de \$465.8 millones de reales. Por otra parte, la recaudación líquida, en el mismo período, apenas para las contribuciones previsionales, ha sido de \$24.9 mil millones de reales. Además, el coste con los beneficios del régimen general de la previsión social ha sido de \$30.6 mil millones de reales.¹⁷ Son números que demuestran el costo de la manutención de la seguridad social en el país.

En este orden de ideas, se observa la imposibilidad de adjudicar al estado el ser el responsable único de los costos de mantenimiento del sistema de seguridad social, como ya se había establecido, en este sentido, desde el inicio del siglo XIX en Brasil.

No hay duda de que la tutela de derechos laborales y de seguridad social puede ser considerada como uno de los ejes jurídicos principales de

¹⁶ Artículos 194 e 195 de la Constitución de la República: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, sendo financiada “por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (...) a) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada (...) incidentes sobre (...) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou faturamento; c) o lucro, II do trabalhador e dos demais segurados (...); III – sobre a receita de concurso de prognósticos; IV – do importador de bens ou serviços do exterior (...)”

¹⁷ Ministério da Previdência Social: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/28_131001-134313-892.pdf>.

protección a los derechos humanos. Eso se ratifica, incluso, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ha revelado como medio de universalización de los derechos fundamentales, tanto en el ámbito del derecho del trabajo como en el Derecho Previsional.¹⁸

Esto último se verifica en el derecho laboral, con la igualdad de salario para igual trabajo, con el derecho al ocio, descansos, jornadas compatibles con las actividades profesionales, vacaciones, etc. En medida correspondiente, se puede verificar que en el derecho Previsional, el trabajador tendrá beneficios relacionados al desempleo, la invalidez, vejez, enfermedad, etc.

Las dos ramas del derecho (trabajo y previsional) se relacionan desde el mismo proceso de intervención del estado en el mercado laboral, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX en Europa Occidental,¹⁹ tras la revolución industrial, que exigió la reglamentación de estas materias por un proceso variado de causaciones.

En la actualidad, la legislación previsional se basa en normas relacionadas a su forma de financiación, por medio de la ley no. 8.212 de 1991²⁰ y las normas que tratan de los beneficios, presentes en la ley n° 8.213, de 1991,²¹ ambas con regulación por el Decreto no. 3.048, de 1999,²² Actualmente, en Brasil, se cuenta con diez beneficios, no todos con financiación para los trabajadores, además de que la seguridad social involucra a la salud y la asistencia social.

El artículo 18 del Decreto no. 3.048/99 determina que, en el régimen general previsional, los beneficios y servicios son la jubilación por invalidez, jubilación especial, asistencia enfermedad, salario familia, salario maternidad y asistencia de accidentes para los asegurados. Para sus dependientes, los beneficios son la pensión por muerte y asistencia de

¹⁸ DELGADO, Gabriela Neves, “Princípios Internacionais do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário”, Revista LTr, São Paulo, año 74, num. 03, marzo de 2010, pp. 337-342.

¹⁹ Delgado, Maurício Godinho, Curso de Direito do Trabalho, 9ª ed., São Paulo: LTr, 2010, p. 75.

²⁰ Ley no. 8.212, de 24 de julio de 1991, Proporciona a la organización de la Seguridad Social, que establece Plan de financiación y otros asuntos.

²¹ Ley no. 8.213, de 24 de julio de 1991, Proporciona a los planes de beneficios de Seguro Social y demás disposiciones.

²² Decreto no. 3.048, de 6 de mayo de 1999, Aprueba el Reglamento de la Seguridad Social, y otras medidas.

confinamiento. Por otra parte, tanto para los asegurados como para los dependientes, hay el servicio social de rehabilitación profesional para las situaciones de incapacidad laboral, con vistas a ejercer otras actividades, por lo que sus limitaciones físicas no son obstáculos para trabajar.

Sin lugar a dudas, por lo tanto, este marco jurídico que apoya el mantenimiento de la Seguridad Social para satisfacer todas las demandas de la población en materia de salud, seguridad social y bienestar, puede ser considerado como uno de los principales pilares de la protección legal, en homenaje a la Declaración Universal de Derechos Humanos, tal como se revela por medio de la realización de los derechos fundamentales.²³

²³ Delgado, Gabriela Neves, op. cit., nota 1, pp. 337-342.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: CHILE*

I. INTRODUCCIÓN

1. Contexto político, económico y social

Para contextualizar los comentarios que siguen sobre la evolución de la regulación heterónoma del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en Chile, en la última década (2000-2013), ténganse presente antes unas breves consideraciones sobre los aspectos políticos, sociales y económicos más relevantes.

Durante el período referido, nuestro país ha sido gobernado, primero, por representantes de la Concertación de Partidos por la Democracia, coalición de centro-izquierda que asumió el poder tras el término de la dictadura militar. Concretamente, fueron Presidentes de la República, en el periodo antedicho, D. Ricardo Lagos (2000-2006) y Dña. Michelle Bachelet (2006-2010). Desde 2010, el Presidente es D. Sebastián Piñera, apoyado por la Alianza por Chile, coalición política de centro-derecha (2010-2014). Téngase presente, además, que actualmente se desarrolla la campaña presidencial de cara a las elecciones de 17 de noviembre próximo; entre los nueve candidatos inscritos, aparecen encabezando las encuestas Dña. Michelle Bachelet, quien postula nuevamente a la presidencia, ahora apoyada por un conglomerado político más amplio, que reúne a partidos desde la centro-izquierda hasta el Partido Comunista (Nueva Mayoría), y Dña. Evelyn Matthei, de la Alianza por Chile, que se postula como la candidata de continuidad del actual gobierno.

En materia económica, según ha informado el Banco Central, la economía del país creció en un 4,3% en los primeros seis meses de 2013, ratificando así una tasa de crecimiento relativamente estable. Las cifras son lideradas por los sectores de la minería y el comercio.¹ Téngase a la vista, también,

* Coordinador: Rodrigo Palomo Vélez.

¹ Véase en: <<http://www.bcentral.cl/estadisticas-economicas/index.htm>>.

que el tejido empresarial está fuertemente concentrado en micro y pequeñas empresas (87%), es decir, que no superan los 50 trabajadores.²

El panorama social, por otro lado, ha estado marcado, sobre todo en los últimos años, por el aumento de las movilizaciones en reivindicación de diversos derechos. El caso más emblemático es el de las movilizaciones estudiantiles que reclaman por una educación pública, gratuita y de calidad.

En esta breve contextualización conviene tener presente también algunos indicadores laborales. El ingreso mínimo mensual alcanza actualmente los \$210,000 (US\$ 415) y el ingreso per cápita anual asciende a los US\$ 16,300. Con todo, más de la mitad de los trabajadores en Chile tienen remuneraciones mensuales que no superan los \$516,000 (US\$ 1.000). Por su parte, la tasa de desempleo fue de 5.7% a nivel nacional, en el trimestre móvil junio-agosto 2013.³

En materia de relaciones colectivas de trabajo, las cifras oficiales indican que solo el 7.8% de las empresas tiene sindicato activo, concentrándose la presencia de estos en las grandes empresas. La negociación colectiva también tiene un alcance limitado entre los trabajadores; en efecto, los trabajadores cubiertos por instrumentos colectivos apenas rozan el 10% de aquellos regidos por el Código del Trabajo.⁴

2. El modelo normativo laboral vigente

La mayoría de la doctrina iuslaboralista chilena está en que actualmente subsiste el modelo normativo laboral impuesto por el Régimen Militar hacia fines de los setenta, conocido como Plan Laboral. La instauración de este modelo se insertó en un proyecto de cambio radical a diversas áreas de la institucionalidad económica y social del país, proceso que se denominó “Modernizaciones”, y que incorporó, además del área laboral, la educación, la salud y el régimen previsional en el campo de la Seguridad Social, entre otras.

Las características básicas del Plan Laboral fueron, por una parte, su carácter flexibilizador y desregulador del Derecho Individual del Trabajo, ya sea al dejar de regular diversos aspectos de las relaciones individuales

² Encuesta Laboral del Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo (ENC-LA), 2011, P. 18, disponible en <<http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/w3-article-101347.html>>.

³ Véase en: <http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/familias/laborales.php>.

⁴ ENCLA 2011, P. 226 y ss.

de trabajo (ej. despidos colectivos), o al flexibilizar otras, mediante técnicas de disminución de beneficios, o la disminución de sanciones ante su incumplimiento.

De otro lado, se rigidizó el Derecho Colectivo del Trabajo, interviniendo el espacio de la autonomía colectiva a fin de limitar el poder de la organización laboral. Para ello se reguló con gran detalle cada una de las instituciones jurídico-laborales, estableciendo, además, limitaciones y prohibiciones respecto de las organizaciones sindicales, de la negociación colectiva y de la huelga.⁵

Tras el regreso a la democracia, en 1990, se han planteado diversos intentos de modificación al modelo normativo del Plan Laboral. Los gobiernos de la Concertación impulsaron varias reformas laborales; un primer grupo de reformas en los primeros años del nuevo sistema democrático (entre 1990 y 1993) y otra reforma relevante en 2001, operada por la Ley 19.759, conocida como Segunda Reforma Laboral, que modificó diversos aspectos del modelo normativo, tanto respecto del ámbito general del Derecho del Trabajo, como del Derecho Individual y del Derecho Colectivo. Además de estas reformas, se han aprobado otras importantes, como la Ley de Subcontratación y la Reforma Procesal Laboral.

Con ellas, sin embargo, no se han modificado las orientaciones básicas del Plan Laboral, si bien han incidido, con distinta intensidad, en la regulación de las relaciones de trabajo.

II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

1. Derecho de las Relaciones Individuales del Trabajo

Desde el 2000 a la fecha, se han aprobado varias reformas legales que han incidido en el Derecho Individual del Trabajo.

Respecto de las condiciones de trabajo, cabe subrayar tres reformas. En primer término, la Ley 19.759/2001 disminuyó la jornada laboral semanal máxima, de 48 a 45 horas, modificación que entró en vigor en 2005, y que significó rebajar el máximo que había sido establecido por las primeras leyes sociales de nuestro país, en 1924. Se trata de una modificación relevante, si se considera que la amplia mayoría de los trabajadores (85,5%⁶) están afectos a la jornada ordinaria máxima de trabajo.

⁵ Al respecto, véase Rojas Miño, Irene. “Los desafíos actuales del Derecho del Trabajo en Chile”, Revista *Ius et Praxis*, Chile, N° 1, 2006, , p. 235 y ss.

⁶ ENCLA 2011, P. 184.

En segundo término, se destaca la Ley 20.348/2009, que consagró el principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres que presten un mismo trabajo. Habida cuenta la creciente tasa de ocupación laboral femenina (36,7%),⁷ se trata de una sentida reivindicación, cuya eficacia sin embargo está en observación.⁸

En tercer lugar, vale mencionar la Ley 20.545/2011, que modificó las normas sobre protección a la maternidad/paternidad, incorporando el permiso postnatal parental. De este modo, la regla general es que en la actualidad el descanso tras el parto sea de 6 meses, sumando -aunque con regímenes jurídicos diversos- las 12 semanas de postnatal y las 12 semanas de postnatal parental.

Por otra parte, en la última década se han dictado leyes con el objeto de proteger a determinados colectivos de trabajadores. En este sentido ha de mencionarse la Ley 19.889/2003, que reguló las condiciones de trabajo y contratación de los trabajadores de artes y espectáculos, y la Ley 20.178/2007, que reguló la relación laboral de los deportistas profesionales y los trabajadores que desempeñan actividades conexas. En ambos casos, se trata de nuevos contratos especiales de trabajo.

En materia de protección de derechos fundamentales de los trabajadores también han operado reformas que merecen mención en este informe. Destacan, en esta materia, las leyes 20.005/2005 y 20.607/2012, que tipifican y sancionan el acoso sexual y el acoso laboral o mobbing, respectivamente.

En lo referido al acceso al empleo, es menester citar la Ley 20.189/2007, que pretendió mejorar el modelo de protección frente al trabajo infantil en lo relativo a la admisión al empleo de los menores de edad y al cumplimiento de la obligación escolar.⁹

Por último, y aun cuando no se trata de un fenómeno que afecte sólo a las relaciones individuales de trabajo, cabe referirse a los cambios legislativos ocurridos en materia de efectos laborales de la externalización productiva. Por cierto, el fenómeno de la subcontratación de bienes y servicios no es reciente como práctica laboral en Chile. Por el contrario, se

⁷ ENCLA 2011, P. 33.

⁸ Mucho tardó en aprobarse esta ley, teniendo presente que el Convenio 100 OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, había sido ratificado por Chile en 1971.

⁹ Al respecto, véase Palomo Vélez, Rodrigo, “Implicancias de las normas sobre contratación laboral infantil en el acceso a la educación”, *Revista Laboral Chilena*, enero 2008, p. 62 y ss.

trata de un fenómeno extendido en la realidad productiva nacional, en todas las ramas de actividad y a lo largo de todo el país, siendo utilizada por empresas de todos los tamaños. Según datos oficiales, poco más de un tercio de las empresas utiliza la subcontratación (37,8%). La utilización del suministro de trabajo, sin embargo, aparece -al menos en los datos oficiales- como un fenómeno marginal: las empresas que declaran utilizar trabajadores suministrados por otras empresas, y que laboran en forma transitoria en sus dependencias y bajo sus órdenes y dirección, no alcanzan al 4%.¹⁰

La subcontratación y el suministro de trabajadores fueron objeto de regulación por la Ley 20.123/2006. Respecto de la subcontratación, modificó la regulación legal anterior, definiendo y estableciendo los elementos de configuración de estos supuestos; estableciendo un régimen de responsabilidad solidaria entre las empresas, que cumpliéndose determinadas exigencias (ejercicio de derechos de información y retención) pasa a ser subsidiaria; y estableciendo una obligación directa de la empresa principal en materia de higiene y seguridad.

Respecto del suministro de trabajadores, lo reguló por primera vez. Se trata ciertamente de una admisión condicionada, en cuanto el suministro debe ser gestionado por empresas de servicios transitorios, y efectuarse en conformidad con las diversas exigencias legales.

A lo anterior, debe agregarse la regulación -indirecta- de la cesión ilegal de trabajadores. En efecto, la citada Ley reconoció expresamente que los supuestos que no respetan el marco normativo de la subcontratación y el suministro son un ilícito contractual, y entre sus efectos jurídicos, agregó a la configuración de una infracción laboral la imputación de la relación laboral a la empresa principal o usuaria, según el caso.

La Ley 20.123, no obstante, ha dejado importantes temas pendientes. Por un lado, no incorporó instrumentos jurídicos que permitan garantizar la igualdad de condiciones laborales entre trabajadores subcontratados o suministrados y trabajadores de la empresa principal o usuaria; particularmente sensible es la igualdad salarial. Tampoco incorporó medidas que garanticen los derechos colectivos de los trabajadores subcontratados o suministrados; por el contrario, les hace aplicables las reglas generales, lo que abiertamente disminuye su posibilidad de ejercicio.¹¹

¹⁰ ENCLA 2011, p. 97 y ss.

¹¹ Al respecto, véase Rojas Miño, Irene, *Subcontratación laboral, suministro de trabajo y cesión ilegal de trabajadores*, Chile, ed. AbeledoPerrot, 2011.

2. Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo

Es en el Derecho Colectivo del Trabajo donde se evidencia más claramente la mantención hasta nuestros días del modelo normativo impuesto por el Plan Laboral. En efecto, las reformas legales que se han sucedido desde el 2000 (y las de la década anterior)¹² no han alterado la esencia de dicho Plan en materia colectiva. Por el contrario, persiste una fuerte regulación heterónoma, que lejos de ser promocional, restringe y controla el ejercicio de los derechos colectivos.

Un antecedente relevante es que hasta fines de la década de los noventa, el Estado de Chile no había ratificado los Convenios de la OIT sobre Libertad Sindical (Convenios 87 y 98). Los mismos fueron aprobados por el Congreso recién en 1998, ratificados por el Presidente Eduardo Frei en 1999 y entraron en vigencia en febrero de 2000. El desajuste entre la normativa interna y los derechos y compromisos adquiridos desde el Derecho Internacional del Trabajo se hizo patente. No obstante, se generó cierta controversia entre los autores respecto de la forma de aplicación de estos Convenios como parte del sistema normativo que deben utilizar nuestros tribunales en la resolución de casos concretos; específicamente, la discrepancia se planteó sobre si eran aplicables directamente o exigían una adecuación legal del marco normativo.¹³ La jurisprudencia, en un primer momento, acogió la primera tesis,¹⁴ pero luego ha ido relegando la aplicación de los Convenios a la categoría de argumentos de refuerzo.

En cualquier caso, la ratificación de los Convenios sobre Libertad Sindical de la OIT fue determinante en las reformas al Derecho Colectivo que introdujo la denominada “Segunda Reforma Laboral”, de 2001, que incorporó modificaciones en seis aspectos de la regulación legal de las relaciones colectivas de trabajo: estructura sindical, reconocimiento de

¹² Dentro del primer grupo de reformas laborales de la Concertación se aprobó la Ley 19.049/1991, que reconoció el derecho a constituir centrales sindicales, y la Ley 19.069/1991, que suprimió ciertas prohibiciones del Plan Laboral en materia de organizaciones sindicales y negociación colectiva.

¹³ Sobre la discusión en la doctrina chilena, véanse, por todos: Rojas Miño, Irene, “Las contradicciones entre el modelo normativo de negociación colectiva y el principio de libertad sindical”, en aa.vv. Anuario de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social N° 1/2000, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chile, 2000, Pp. 119 a 131. Thayer Arteaga, William, Sindicato y empresa ante la ley chilena y la OIT, Chile, ed. LexisNexis, 2006.

¹⁴ En este sentido, debe relevarse el aporte de D. Patricio Novoa en la Corte Suprema.

autonomía de las organizaciones sindicales, tutela judicial de la libertad sindical, incorporación de un nuevo procedimiento de negociación colectiva, periodo de vigencia máxima de los instrumentos colectivos y exigencias para la procedencia del reemplazo de trabajadores huelguistas.¹⁵

Con todo, aunque pueden reconocerse avances a partir de las reformas antedichas, persiste el modelo laboral proveniente de la dictadura. Las mejoras en la dimensión orgánica de la representación de los trabajadores han mostrado ser más nominales que reales, toda vez que no vinieron acompañadas de un potenciamiento de su dimensión funcional. Es decir, no ha mejorado sustancialmente la situación normativa de la negociación colectiva ni se ha avanzado hacia el reconocimiento efectivo del derecho de huelga.¹⁶

3. Derecho procesal del trabajo

En el Derecho Procesal del Trabajo ha habido novedades en la última década. Para comprender el alcance de las reformas en esta materia, conviene recordar que el D.L. 3648/1981 eliminó la judicatura laboral especializada, restableciéndose solo parcialmente –en algunas comunas del país– en 1986 (Ley 18.510). De vuelta a la democracia, sin embargo, operó un proceso de perfeccionamiento y modernización del sistema procesal chileno, iniciado por la reforma procesal penal y secundado por la reforma a la justicia de familia.

En 2001, se constituyó el Foro para la Reforma Procesal Laboral, convocado por los Ministerios del Trabajo y de Justicia. El diagnóstico fue claro: la justicia laboral consolidaba la precariedad en el acceso a la justicia; había sólo 20 tribunales especializados en el país (11 de ellos en la Región Metropolitana), los procedimientos eran lentos y poco eficaces, había un déficit de protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores, y faltaban instrumentos para la efectividad de la cobranza laboral y previsional.

La Reforma Procesal Laboral, de implementación gradual en el país desde 2008 (Ley 20.164/2007), buscó revertir el mal diagnóstico a través de los siguientes instrumentos: creación de nuevos juzgados del trabajo y aumento de jueces especializados; creación de tribunales de cobranza laboral y previsional; racionalización de la estructura orgánica de los

¹⁵ Sobre la incidencia de la Segunda Reforma Laboral en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, véase Rojas Miño, Irene, “Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, N° 2, 2007, p. 195 y ss.

¹⁶ Para un estudio sobre la situación actual del Derecho Colectivo en Chile, véase Toledo Corsi, César, *Tutela de la Libertad Sindical*, Chile, ed. AbeledoPerrot, 2013.

tribunales que se crearon; nuevos procedimientos orales, concentrados y basados en los principios de intermediación y actuación judicial de oficio; y procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales (Leyes 20.022/2005, 20.023/2005 y 20.087/2006).

Ciertamente, el panorama actual es mejor que el anterior a la reforma, aun cuando su implementación ha ido dejando a la vista algunas cuestiones que requieren ajuste. En este sentido, uno de los principales temas pendientes es la necesidad de especialización en los tribunales superiores.

4. Derecho de la Seguridad Social

Según se indicó, el proceso de modernizaciones llevado a cabo durante la dictadura también afectó al Derecho de la Seguridad Social, y la regulación impuesta en aquella época sigue en buena medida vigente.

No obstante, en el periodo en referencia destacan tres reformas: la ley de seguro de desempleo, el Plan AUGE/GES en materia de salud y la reforma previsional.¹⁷

El seguro de desempleo, creado mediante la Ley 19.728, vigente desde 2002, y modificado en 2009, otorga prestaciones (renta sustitutiva) frente a esta contingencia a los trabajadores dependientes regidos por el Código del Trabajo que iniciaron o reiniciaron actividades laborales con posterioridad a la entrada en vigencia de Ley. De este modo, es una mejora respecto de la protección mínima que establece el DFL 150/1981 (subsidio de cesantía).

Por otra parte, la estructura de la protección de la salud en Chile contempla dos regímenes, con diferencias sustanciales entre ellos: uno público (Fondo Nacional de Salud, FONASA) y otro privado (Instituciones de Salud Previsional, ISAPRES). Una de las reformas más importantes de la última década en salud fue la Ley 19.966/2004, que estableció el Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas de Salud (Plan AUGE-GES). Se trata de un complejo mecanismo, transversal a los sistemas público y privado, que permite al Estado otorgar prestaciones específicas en ámbitos prioritarios para las personas y la salud pública nacional. Al efecto, la Ley ha establecido garantías de acceso, calidad, oportunidad y protección financiera respecto de una serie de patologías definidas por decreto supremo (actualmente 80).¹⁸

¹⁷ En materia de riesgos del trabajo, la Ley 16.744/1968 ha mantenido su vigencia, con modificaciones que no la han alterado sustancialmente.

¹⁸ Palomo Vélez, Rodrigo, “Apuntes breves sobre el Derecho de la Seguridad Social en Chile. Protección frente a las enfermedades y accidentes comunes”, *Revista Laboral Chilena*, Noviembre de 2012, p. 68.

Por último, vale una sucinta mención a los cambios que ha tenido el régimen previsional, contenido originalmente en el DL 3.500/1980. La Reforma Previsional de 2008, operada por la ley 20.255, introdujo un pilar solidario en el sistema de pensiones vigente en nuestro país. Uno de los objetivos primordiales de esta reforma fue mejorar la cobertura subjetiva y la suficiencia de las pensiones de vejez e invalidez, mediante el otorgamiento de prestaciones no contributivas. Estas prestaciones son fundamentalmente dos: las pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez, previstas para personas sin derecho a pensionarse por el pilar contributivo (capitalización individual), y los aportes previsionales solidarios de vejez e invalidez, para personas con derecho a pensiones del pilar contributivo, pero de baja cuantía.¹⁹

III. CONCLUSIONES

Como ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos, el modelo chileno de regulación de las relaciones laborales es predominantemente heterónomo, tanto en materia individual como colectiva.²⁰

En las líneas anteriores se ha insistido en que el modelo impuesto por el Plan Laboral persiste en nuestro país, pese a las reformas ocurridas en los Gobiernos de la Concertación y de la Alianza, las que no han alterado la esencia de las orientaciones básicas de aquel modelo. Se hace necesario, por tanto, democratizar en serio la regulación de las relaciones de trabajo, siendo más evidente esta necesidad en las relaciones colectivas, de modo de adecuarlas a las exigencias de la Libertad Sindical.

En materia de Derecho Individual, por su parte, el modelo chileno sigue aceptando altas dosis de flexibilidad laboral de entrada (por ejemplo, la contratación temporal no exige causa)²¹ y de salida (existe un sistema causado de terminación de contrato, pero que en la práctica depende de la capacidad económica del empleador para poder pagar indemnizaciones (no hay protección frente al despido colectivo). A ello se suman las demandas de mayor flexibilidad interna. Éstas pueden discutirse, atendidas las características

¹⁹ Véase Cifuentes Lillo, Hugo (Coord.), *Reforma Previsional*, Chile, ed. LexisNexis, 2008.

²⁰ Un interesante trabajo sobre los caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina, véase Ermida Uriarte, Óscar, "Caracteres, tendencias y perspectivas del Derecho del Trabajo en América Latina y en Europa", *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, Chile, Vol. I, N° 1, 2013, pp. 37 a 43.

²¹ Con todo, el contrato indefinido es la forma predominante bajo la cual las empresas privadas en Chile emplean a su personal. Según datos oficiales, el 75,5% de los trabajadores labora bajo esta forma de relación contractual. ENCLA 2011, p. 69.

actuales del mercado de trabajo, pero siempre que en paralelo se entreguen las necesarias facultades reguladoras a la autonomía colectiva.

En definitiva, en el caso chileno bien se aplica aquello que advertía el Prof. Alfredo Villavicencio en la conferencia inaugural de las XX Jornadas Chilenas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de mayo de este año: “En materia laboral, el Estado tiene una lógica invertida: donde debiese intervenir se abstiene o flexibiliza, y donde no debiese, sí lo hace.”²²

A ello hay que agregar la brecha importante que existe entre el Derecho y la realidad (inflación legislativa vs grado de eficacia). Por un lado, se plantean índices considerables de informalidad laboral, y por otro, escasa eficacia de las normas laborales, por las dificultades que tiene la fiscalización por Inspecciones del Trabajo, la escasa incidencia de la fiscalización por sindicatos, la escasa judicialización de conflictos, sobre todo mientras rige la relación laboral, y por ciertas tesis jurisprudenciales en las que parece olvidarse la existencia del Derecho del Trabajo (Ej. aplicación en el ámbito laboral de la teoría de los actos propios).

Ante este escenario, de más sombras que luces, se han presentado diversas propuestas de nuevas reformas laborales, con distintos sellos; es el caso, por ejemplo, de las propuestas de la Escuela de Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez (Agosto 2011)²³ y de la Fundación Sol (Abril 2013).²⁴

Los candidatos presidenciales, en cambio, no tienen entre sus principales ejes programáticos una reforma estructural al modelo laboral, aunque sí han presentado algunas propuestas específicas en sus programas. En Seguridad Social, el panorama no es muy distinto. Si bien se han planteado reformas a varios de los regímenes de seguridad social contributiva, subsiste el modelo de salud y previsión impuesto por la dictadura, que ha demostrado estar al debe, sobre todo, en materia de solidaridad, cobertura subjetiva y suficiencia de las prestaciones. Las propuestas de campaña tampoco plantean cambiar ese modelo.²⁵

²² Villavicencio, Alfredo, “La intervención del sindicato por la ley en América Latina: los planos orgánico y tutelar”, Conferencia inaugural de las XX Jornadas Chilenas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Talca, Talca, 9 de mayo de 2013. Inédito.

²³ Disponible en <www.uai.cl>.

²⁴ Disponible en <www.fundacionsol.cl>.

²⁵ Respecto de las propuestas de las dos candidatas presidenciales mejor posicionadas en las encuestas, véase el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet en <<http://michelbachelet.cl/>> y el Programa de Gobierno de Evelyn Matthei en <http://programa.evelyn2014.cl/>>.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: COLOMBIA*

I. INTRODUCCIÓN

En materia laboral, durante los últimos diez (10) años se observa lo siguiente:

Durante casi todo el decenio analizado, tenemos una proliferación de los contratos de prestación de servicios, por ejemplo, en el sector público por cada cien (100) trabajadores de planta se tienen 216 por prestación de servicios.

Adicionalmente, la intermediación laboral se ha impuesto en muchos sectores, entonces, figuras como las cooperativas de trabajo y las sociedades por acciones simplificadas (sas) han sido muy utilizadas por los empleadores con la finalidad de reducir costos en las nóminas, no realizar contratos de trabajo y evitar la creación de sindicatos.¹

Sin embargo, a partir del año 2011 el Ministerio del Trabajo ha buscado promover la vinculación laboral y la disminución de la intermediación laboral.

De otro lado, en materia de seguridad social tenemos:

El porcentaje de la población que tiene acceso a los servicios de asistencia médica es mayor que el de la población con acceso a prestaciones en efectivo. Sin embargo, casi un tercio no tiene acceso a ningún servicio de salud o establecimiento sanitario en absoluto.

En materia de pensiones, las tasas de cobertura más altas se concentran en los trabajadores de la economía formal, principalmente de la función pública y de las grandes empresas, lo cual deja a la mayoría de las personas de edad expuestas al riesgo de la inseguridad de los ingresos o la pobreza. Por ejemplo, sólo el 26 por ciento (26%) de los trabajadores disfruta de una cobertura efectiva.

Finalmente, en cuanto a la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, está limitada a quienes trabajan en la economía

* Coordinador: Ricardo BARONA BETANCOURT.

¹ Véase en: <<http://www.mintrabajo.gov.co/noticia23.html>>.

formal, por ello, la cobertura real es baja, pues sólo se declara e indemniza una parte de los accidentes. En la economía informal, las condiciones y la seguridad en el trabajo son deficientes y la protección de las víctimas, inexistente.²

II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

1. Derecho de las relaciones individuales del trabajo

En Colombia, se observan las siguientes formas de contratación o vinculación laboral:

En primer lugar, tenemos el trabajador particular o aquella persona vinculada con una entidad privada por medio de un contrato de trabajo o aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.³ A los trabajadores particulares, se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo, el Contrato de Trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo, la Convención Colectiva y el Pacto Colectivo.

En segundo lugar, podemos mencionar a los empleados públicos o quienes laboran en ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos y empresas sociales del Estado, salvo quienes desempeñan funciones de obra o construcción, que serán trabajadores oficiales; o quienes trabajan en empresas industriales y comerciales del Estado, de acuerdo con la precisión hecha en el estatuto interno, sobre cuáles actividades de dirección y confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. La nota principal, es que el régimen del servicio o de relación de trabajo, está previamente determinado en la ley y, por lo tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario entre a discutir las condiciones de empleo, ni fijar alcances laborales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que la regulan.

En tercer lugar, nos encontramos con los trabajadores oficiales, o quienes laboran en empresas industriales y comerciales del Estado, salvo quienes ejercen funciones de dirección, confianza o manejo que serán Empleados Públicos. Igualmente, son trabajadores oficiales, por excep-

² Véase en: *World Social Security Report 2010/11: Providing coverage in times of crisis and beyond* - ISBN 978-92-2-123268-1.

³ Artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo.

ción, quienes laboran en ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, unidades administrativas especiales, establecimientos públicos y empresas sociales del Estado, en funciones de obra o construcción.⁴ Los trabajadores oficiales, se rigen por los siguientes estatutos especiales: La Ley 6 de 1945, ley 64 de 1946, el Decreto Reglamentario 2127 de 1945, el Decreto Reglamentario 797 de 1949, Decreto Ley 3135 de 1968, el Decreto Ley 1045 de 1978,⁵ o por la Convención Colectiva o el Pacto Colectivo.

En cuarto lugar, existen personas vinculadas por Empresas de Servicios Temporales o aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador. Los trabajadores vinculados a las empresas de servicios temporales son de dos (2) categorías: Trabajadores de planta y trabajadores en misión. Los trabajadores de planta, son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales. Trabajadores en misión, son aquéllos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos. A los trabajadores en misión se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral. Así como lo establecido la Ley 50 de 1990.⁶

En quinto lugar, están los Contratos de Prestación de Servicios que son permitidos, siempre y cuando no se presente el principio de primacía de la realidad. Por tal razón, revisemos la protección del principio de la referencia, así:

En el sector privado, el Código Sustantivo del Trabajo establece que el contrato de trabajo requiere la concurrencia de tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador; y c) Un salario como retribución del servicio. Pero, una vez reunidos los tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no

⁴ YOUNES MORENO, Diego. *Derecho Administrativo Laboral*, 8ª. Ed., Bogotá, Temis, 1998, p. 23.

⁵ VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá, Legis, 2000, t. I, p.p. 168 y 230.

⁶ Artículos 72 al 77 de la Ley 50 de 1990.

deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Igualmente, el artículo 24 del mencionado estatuto consagra que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Entonces, el principio de primacía de la realidad sobre la forma de las relaciones laborales, permite inferir la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren los requisitos esenciales de éste y ello es así independientemente de la forma jurídica de que se haya revestido la relación de trabajo.

En el sector público, el artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968, indicó que para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones. Sin duda, esta prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, la norma anterior conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado, de tipo excepcional, y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. Es evidente, que la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, es una medida adecuada y necesaria, por cuanto. de esta manera. se impide que los nominadores desconozcan el concurso de méritos como regla general de ingreso a la función pública; evadan la responsabilidad prestacional y desconozcan las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, tales como el derecho a la igualdad de oportunidades, a la remuneración mínima vital y móvil, a la estabilidad laboral, a la irrenunciabilidad de derechos ciertos y a la aplicación del principio de favorabilidad, entre otros.⁷

En sexto lugar, tenemos la contratación por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado u organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales, que simultáneamente son gestoras; contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el de-

⁷ Sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. JOSÉ IGNACIO PRETELT CHALJUB.

sarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.⁸ Sin embargo, en la actualidad tienen las siguientes prohibiciones:

A) El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes, no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado, que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.⁹

B) El personal misional permanente de las instituciones públicas prestadoras de salud, no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.¹⁰

C) Las instituciones o empresas públicas y/o privadas no podrán contratar procesos o actividades misionales permanentes con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado.¹¹

Finalmente, tenemos el teletrabajo como un instrumento para la generación de empleo. El artículo 2 de la ley 1221 de 2008, define el teletrabajo como una forma de organización laboral

que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – tic para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.

En sentido similar, el artículo 2 del decreto 884 de 2012, define el teletrabajo como una forma de organización laboral, que se efectúa en el marco de un contrato de trabajo o de una relación laboral dependiente, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación —TIC— para el contacto entre el trabajador y empleador sin requerirse la presencia físi-

⁸ Artículo 3 del decreto 4588 de 2006.

⁹ Artículo 63 de la ley 1429 de 2010.

¹⁰ Artículo 103 de la ley 1438 de 2011.

¹¹ Artículo 2 del decreto 2025 de 2011.

ca del trabajador en un sitio específico de trabajo. A su vez, la mencionada ley precisa que el teletrabajador es la “Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios”. Es decir, es la persona que en el marco de la relación laboral dependiente, utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador, en cualquiera de las formas definidas por la ley.¹² Esta misma disposición, regula el ejercicio del teletrabajo a través de tres modalidades: a) Los autónomos: son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo, se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones. b) Los móviles: son trabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuya herramienta de trabajo son las tecnologías de la información y la comunicación en dispositivos móviles. c) Los suplementarios: son aquellos que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo en una oficina.¹³

2. Derecho de las relaciones colectivas de trabajo

En Colombia, se observan los siguientes aspectos relevantes en materia de derecho colectivo del trabajo:

En primer lugar, tenemos el Contrato Colectivo Sindical, que se puede definir como un acuerdo de voluntades, de naturaleza colectiva laboral, solemne, nominado y principal, cuya celebración y ejecución puede darse entre uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos de empleadores, para la prestación de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo. Es decir, en Colombia está permitido que los sindicatos contraten la prestación de servicios o la ejecución de obras con empleadores por medio de sus afiliados.

Hasta hace unos años, esta figura no tenía trascendencia en el mundo del derecho sindical, porque las cifras eran las siguientes: en el año 2002, estábamos en ocho (08) contratos sindicales registrados en el Ministerio

¹² Artículo 2 del decreto 884 de 2012.

¹³ Sentencia C-351 del 19 de junio de 2013 de la Corte Constitucional, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT.

del Trabajo. Pero, en la actualidad las cifras están desbordando todos los cálculos, así: en el mes de abril de 2010 se habían depositado ciento sesenta y ocho (168) contratos sindicales, precisados de la siguiente manera: noventa y ocho (98) en el Cauca; veintiséis (26) en Antioquia, dos (2) en Atlántico; catorce (14) en el Valle del Cauca; ocho (8) en el Amazonas; seis (6) en el Tolima, cuatro (4) en Arauca, tres (3) en el Meta, tres (3) en Santander, dos (2) en Apartadó; uno (1) en Boyacá y uno (1) en Huila. Finalmente, soó en el año 2012 se suscribieron setecientos veintitrés (723) contratos colectivos sindicales, donde el setenta y cinco por ciento (75%) se habían pactado en el sector público y el veinticinco por ciento (25%) restante en el sector privado, y los renglones de la economía con mayor incidencia fueron la salud y la electricidad.¹⁴

En conclusión, en Colombia estamos observando que algunos sindicatos, por medio de la figura del contrato colectivo sindical le están suministrando la mano de obra a los empleadores al igual que las empresas de servicios temporales, las sociedades por acciones simplificadas, las cooperativas de trabajo asociado, las bolsas de empleo y los intermediarios. Por tal razón, se hace necesario analizar si el contrato colectivo sindical es una expresión del derecho de asociación sindical o una forma de tercerización.

En segundo lugar, se puede mencionar la negociación colectiva de los empleados públicos, que fue reglamentada el 24 de mayo de 2012, así:

A) Puede ser realizada por todos los empleados públicos de todas las entidades y organismos del sector público, con excepción de los siguientes: a) Los empleados de alto nivel que ejerzan empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices. b) El personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

B). No se pueden negociar colectivamente los siguientes temas: a) Los asuntos que excedan el campo laboral, tales como: la estructura organizacional, las plantas de personal, las competencias de dirección, administración y fiscalización del Estado, los procedimientos administrativos, la carrera administrativa y el régimen disciplinario. b) En materia salarial podrá haber concertación. c) En materia prestacional, las entidades no tienen facultad de concertación.

C) Los empleados públicos, durante el término de la negociación colectiva, gozan de las garantías de fuero sindical y permiso sindical, de conformidad con las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

¹⁴ Cartilla del Contrato Sindical del Ministerio del Trabajo de abril de 2010. Boletín No. 7 de enero de 2013 del Ministerio del Trabajo.

D) La negociación colectiva, empieza con la presentación del pliego de solicitudes. Sin embargo, este pliego debe estar precedido por las siguientes condiciones: a) La Organización Sindical que agrupe empleados públicos deberá estar inscrita y vigente en el registro sindical del Ministerio del Trabajo. b) Las solicitudes deberán ser adoptadas por la Asamblea General de la correspondiente organización sindical. c) La entidad pública empleadora, tendrá en cuenta la obtención de la disponibilidad presupuestal en los eventos en que se genere gasto en asuntos susceptibles de negociación. d) Debe presentarse en el primer trimestre de cada año calendario.

E) La Negociación del pliego de solicitudes tiene las siguientes características: a) Puede adelantarse por la organización sindical o conjuntamente por varias de ellas, con una o varias entidades, sin que en ningún caso pueda existir más de una negociación por entidad. b) El número de representantes será igual para cada una de las partes. c) La entidad empleadora sólo podrá negociar en asuntos de su competencia.¹⁵

En tercer lugar, podemos mencionar la figura del Registro Sindical, así: El artículo 372 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado por artículo 6 de la ley 584 de 2000, indica lo siguiente:

Ningún sindicato puede actuar como tal, ni ejercer las funciones que la ley y sus respectivos estatutos le señalen, ni ejercitar los derechos que le correspondan, mientras no se haya inscrito el acta de constitución ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y sólo durante la vigencia de esta inscripción.

Pero, la Sentencia C-695 del 2008 de la Corte Constitucional, señaló: En este orden de ideas, la expresión “su reconocimiento jurídico [del sindicato] se producirá con la simple inscripción del acta de constitución”, contenida en el art. 39 de la constitución, debe interpretarse en armonía con el principio de publicidad, en el sentido de que dicho reconocimiento no consiste en el otorgamiento de personería jurídica al sindicato, ni tampoco en un acto declarativo de su existencia válida, por parte del Estado, sino en la oponibilidad o producción de los efectos jurídicos de dicha constitución respecto del Estado, como tercero que es, comprendidas todas sus entidades frente a los partícipes en la declaración de voluntad colectiva de constitución, o sea, frente a los fundadores del sindicato, y en relación con todos los demás terceros, entre ellos, en primer lugar, el empleador, a partir de la mencionada inscripción.

En conclusión, el registro sindical realizado por el ministerio del trabajo en materia de creación de sindicatos, modificación de estatutos y

¹⁵ Artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del decreto 1092 de 2012.

modificación total o parcial de la junta directiva sólo tiene funciones de publicidad, pero el ministerio de la referencia no está autorizado para realizar un control previo sobre la solicitud de inscripción.

Finalmente, analizaremos la representación sindical, así:

Actualmente en una misma empresa pueden coexistir dos o más sindicatos de base. La anterior afirmación se fundamenta en lo siguiente: a) El numeral 1 del Artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo (Subrogado por artículo 26 del decreto 2351 de 1965) señalaba: “En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir, subsistirá el que tenga mayor número de afiliados, el cual debe admitir al personal de los demás sin hacerles más gravosas sus condiciones de admisión”. b) La Sentencia C-567 del 2000 de la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma señalada anteriormente.

De forma similar, en una misma empresa puede coexistir un sindicato de base con uno gremial o de industria, pero cada uno de ellos ejercerá la representación legal. La anterior afirmación se fundamenta en lo siguiente: a) Los numerales 2 y 3 del artículo 357 del Código Sustantivo del Trabajo (subrogado por el artículo 26 del decreto 2351 de 1965) señalaban:

Cuando en una misma empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial o de industria, la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, corresponderá al sindicato que agrupe a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa. 3. Si ninguno de los sindicatos agrupan la mayoría de los trabajadores de la empresa, la representación corresponderá conjuntamente a todos ellos. El Gobierno reglamentará la forma y modalidades de esta representación.

b) la Sentencia C-063 del 2008 de la Corte Constitucional, declaró inexecutable la norma mencionada anteriormente.

3. Derecho procesal del trabajo

Las reformas realizadas en materia procesal, apuntan a diferentes objetivos: a) implementación de la oralidad y b) celeridad en los procesos. Sin embargo, con la implementación del Código General del Proceso, es bueno resaltar la influencia del mismo en materia laboral, así:

El artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social señala: “A falta de disposiciones especiales en el procedimiento de trabajo se aplicarán las normas análogas de este decreto, y, en su defecto, las del Código Judicial”. Entonces, podemos indicar que los aspectos del Código General del Proceso que se aplican en materia laboral, son los siguientes:

A) La seguridad social de los servidores públicos (empleados públicos), administrada por entidades públicas, pasa a la justicia contenciosa administrativa; pero, en controversias de empleados públicos con fondos privados de seguridad social es competente la justicia laboral.

B) Los contratos entre entidades de seguridad social pasan a la justicia civil.

C) La responsabilidad médica queda en materia civil.

D) En materia de notificaciones, el citatorio debe ser elaborado y tramitado por la parte. La Corte Constitucional dice que se debe emplazar a toda persona que no se notifique después de enviarse el aviso. La Corte Suprema de Justicia señala que con el sólo aviso se entiende como notificada y no hay necesidad de emplazar.

E) Se debe notificar a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, cuando la demandada sea una entidad pública.

F) En materia de nulidades, medidas cautelares y excepciones, se aplica el Código General del Proceso.

4. La seguridad social

En materia de pensión de vejez, los colombianos tienen las siguientes opciones:

A) El Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que otorga la pensión de vejez al afiliado que ha cumplido con los requisitos de edad y tiempo de cotización, así: a) edad: Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. Sin embargo, a partir del 1 de enero del año 2014, la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre. b) Semanas cotizadas: haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Sin embargo, a partir del 1 de enero del año 2005 el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 se ha incrementado en 25 cada año, hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.¹⁶

B) El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, otorga la pensión de vejez al afiliado que ha tenido un capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.¹⁷ Es decir, en este sistema lo importante es el capital ahorrado.

¹⁶ Artículo 33 de la ley 100 de 1993 (Modificado artículo 9 ley 797 de 2003).

¹⁷ Artículo 64 de la ley 100 de 1993.

C) El Régimen de Transición Pensional, que se aplica a aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema de Seguridad Social Integral (1 de abril de 1994 ó 30 de junio de 1995, para servidores públicos del orden departamental, municipal y distrital) tenían treinta y cinco (35) o más años de edad, si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados.¹⁸ Por tal razón, tienen derecho a que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez, sea el establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.¹⁹ Sin embargo, no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (22 de julio de 2005), a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014.²⁰

En materia de pensión de invalidez y sobrevivientes, tenemos las mismas reglas para el régimen de prima media con prestación definida y para el de ahorro individual con solidaridad.

De otro lado, se ha señalado en el Acto Legislativo 01 del 22 de julio de 2005, que adicionó varios incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución, lo siguiente: “a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”. En conclusión, las pensiones, no se pueden regular por medio de convenciones, pactos, laudos o actos jurídicos, lo cual se constituye en una clara violación al derecho de asociación sindical.

La ley 1562 del 11 de julio de 2012, establece diferentes cambios en materia de riesgos laborales, así:

A) Los afiliados en forma obligatoria son los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato de trabajo escrito o verbal y los servidores públicos; las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a un mes y con precisión de las

¹⁸ Artículo 36 de la ley 100 de 1993.

¹⁹ Acto Legislativo 01 de 2005.

²⁰ Artículo 64 de la ley 100 de 1993.

situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación; los vinculados a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado; los jubilados o pensionados, que se reincorporen a la fuerza laboral como trabajadores dependientes, vinculados mediante contrato de trabajo o como servidores públicos; los estudiantes, de todos los niveles académicos, de instituciones educativas públicas o privadas que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación, que para el efecto se expida dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley por parte de los Ministerios de Salud y Protección Social; los trabajadores independientes, que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo; los miembros de las agremiaciones o asociaciones, cuyos trabajos signifiquen fuente de ingreso para la institución.

B) Es accidente de trabajo, todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte. Es también accidente de trabajo, aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente, se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador. También se considerará como accidente de trabajo, el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical, aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical, siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función. De igual forma, se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria, cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

C) Es enfermedad laboral, la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El gobierno nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

Finalmente, en materia de salud nos encontramos con la Ley 1438 de 2011, la cual consagró diferentes cambios:

1. El principio de enfoque diferencial, reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia, para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ofrecerá especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.

2. Las prestaciones que reconoce el sistema, se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema, no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.

3. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas, promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.

4. Para acceder a la provisión de servicios por condiciones particulares, extraordinarios y que se requieren con necesidad, la prescripción del profesional de la salud tratante deberá someterse al Comité Técnico Científico de la Entidad Promotora de Salud, con autonomía de sus miembros, que se pronunciará sobre la insuficiencia de las prestaciones explícitas, la necesidad de la provisión de servicios extraordinarios, en un plazo no superior a dos (2) días calendario desde la solicitud del concepto.

5. Están prohibidos aquellos mecanismos de pago, de contratación de servicios, acuerdos o políticas internas que limiten el acceso al servicio de salud o que restrinjan su continuidad, oportunidad, calidad o que propicien la fragmentación en la atención de los usuarios.

6. A partir del 19 de enero de 2011, queda prohibido el cobro de cualquier tipo de multas a los cotizantes y beneficiarios de los regímenes contributivo y subsidiado, así como a la población vinculada, en lo establecido para citas médicas programadas, para lo cual el Ministerio de la Protección Social diseñará un mecanismo idóneo para su respectivo cumplimiento; esto es, ser sancionado pedagógicamente, mediante método de recursos de capacitación que deberán ser diseñados por las Entidades Promotoras de Salud para tal fin.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: COSTA RICA*

I. INTRODUCCIÓN

1. Contexto económico social

Históricamente, se ha dicho que la equidad e integración social de Costa Rica la han diferenciado en el contexto latinoamericano. Se le ha caracterizado por ostentar una amplia clase media, así como la relativa facilidad de acceso de los habitantes a los servicios de educación y salud, conquistas importantes en sí mismas y que han sido una condición favorable para el crecimiento económico y la estabilidad política.¹

Sin embargo, iniciando el año 2000 la economía costarricense fue sometida a duras pruebas, ya que se redujeron las exportaciones de Intel,² las de banano y café, y el precio de los hidrocarburos aumentó cerca de un 60%. El deterioro en los términos de intercambio fue de 11,8%, el más alto en una década. El déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos fue del 5,5% del PIB, el mayor en los últimos siete años. La entrada neta de capitales decreció en 387,6 millones de dólares respecto de 1999.³

* Coordinador: Gabriel Espinoza Carro.

¹ De acuerdo al X Informe del Estado de la Nación también se ha demostrado que las mejoras que el país consiguió en educación, salud y vivienda no necesariamente condujeron al logro de una sociedad más equitativa, y la disparidad de ingresos entre los distintos estratos de la población se acentuó. El coeficiente de Gini, que mide esa desigualdad, permaneció cercano a 0,375 desde 1990, con pequeñas fluctuaciones hasta 1997, pero a partir de ese año comenzó a incrementarse y en 1999 rebasó la barrera de 0,400, por encima de la cual se ha mantenido desde entonces.

² Se redujeron un 30%, y con ellas disminuyó ostensiblemente el crecimiento del PIB, de 8,4% a 1,7%

³ Programa Estado de la Nación, Séptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2001.

No obstante, también trajo consigo grandes cambios gestados desde los años 80 y 90, ya que la población creció casi 1,6 veces; hubo un descenso de la mortalidad y aumentó en el movimiento migratorio, por lo que la población urbana creció de un 50% a un 59%; casi se duplicó el número de viviendas, aunque persistió un porcentaje de éstas que carecía de servicios básicos,⁴ la gran mayoría de ellas en el área rural.⁵

Asimismo, la inversión social del Estado continuó con un ritmo de crecimiento estable para ubicarse en un 17,4% del PIB⁶ y existieron avances en el campo de atención a la salud, presentando condiciones similares a las de las naciones desarrolladas. Por ejemplo, la reducción de la tasa de mortalidad infantil a un histórico de 10,2 por mil nacidos vivos.⁷

En materia de educación, para el 2005 los hogares de todas las clases lograron que cada vez más sus hijos con edades de entre 12 y 18 años se mantuviesen en el sistema educativo. Empero, existieron marcadas diferencias de clase, y el mayor rezago corresponde a los hogares de las clases obreras agrícolas.⁸

El mejor momento para la economía, fue el 2006,⁹ aunque se ha considerado que entre el 2000 al 2008 hubo un crecimiento positivo en el que el PIB aumentó a un ritmo del 4.6% anual y entre los años 2003 y 2007 el promedio de crecimiento fue del 6.6%.¹⁰ En especial, las investigaciones destacan el papel que han jugado las empresas de zona franca, que en los

⁴ De acuerdo con el VII Informe del Estado de la Nación, un 38,7% de los hogares costarricenses mostraron algún tipo de pobreza, ya fuera por insuficiencia de ingresos o por incapacidad de satisfacer alguna de las necesidades básicas: educación, salud, vivienda o acceso a servicios como agua potable y alumbrado. En la zona rural, el 46,1% de los hogares se encontró en esa condición.

⁵ Programa Estado de la Nación, Séptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2001, p. 566.

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.*

⁸ Programa Estado de la Nación, Décimoquinto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2009.

Pese a ello, también hay una proporción nada despreciable de hogares, cuyos hijos están alcanzando niveles educativos superiores al promedio nacional

⁹ El pib alcanzó un crecimiento del 8.8%.

¹⁰ Flujos migratorios laborales intrarregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana, Informe de Costa Rica, Costa Rica, OIM, OIT, MTSS, CECC SICA, Red de Observatorio del Mercado Laboral, 2011.

últimos años han llegado a producir más del 50% de los bienes y servicios que se venden en el extranjero.¹¹

El país inició su decrecimiento productivo en el 2008 y alcanzó su peor momento en el 2009, cuando se experimentan los peores efectos de la crisis estadounidense, que terminó convirtiéndose en una crisis a nivel mundial y comenzaron a manifestarse señales sociales adversas, como consecuencia de los riesgos asociados a la fuerte desaceleración económica.¹²

El ingreso promedio de los hogares, se redujo en términos reales en -0,3%, con respecto al año anterior; en tanto, el ingreso de los ocupados apenas aumentó un 2,2% (muy por debajo del 9,3% de 2007). El salario mínimo real, luego de mostrar una leve mejoría en el 2007, volvió a caer. Aunado a esto, la inflación en el 2008 en Costa Rica fue de 13,9%, una cifra superior al 10,8% del año anterior y mayor que la meta propuesta del 8%.¹³ En ese año, uno de cada tres ocupados recibió menos del salario mínimo *minimorum*.¹⁴

La pobreza aumentó un punto porcentual en el 2008 con respecto al 2007, a 17,7%, y una situación similar se presentó con la pobreza extrema, cuya incidencia en los hogares ascendió a 3,5%, luego de la fuerte caída registrada en el 2007, cuando bajó a 3,3%.¹⁵

2. Contexto político

En el año 2002, tuvieron lugar las primeras elecciones de la década, proceso en el que se confirmaron tendencias que se habían manifestado en las elecciones de 1998, en cuanto al abstencionismo y la pérdida de hegemonía de los dos partidos tradicionales.¹⁶

Se desarrolló en dos rondas, debido en gran parte al vigoroso desempeño de un tercer partido que en la primera ronda obtuvo diez veces el caudal obtenido por el tercer partido en 1998 y cuyo lógico resultado fue una Asamblea Legislativa compuesta por 5 fracciones, ninguna de las cua-

¹¹ *Ibidem*, p. 28

¹² *Ibidem*, p. 25

¹³ *Ibidem*, p. 54.

¹⁴ *Ibidem*, p. 55.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ Programa Estado de la Nación, Octavo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2002.

les contó con mayoría, y con pocos alineamientos preestablecidos o predecibles.¹⁷

Coherente con lo anterior, las elecciones del 2006 consolidaron la desaparición del bipartidismo, que prevaleció en los últimos veinte años y dieron paso a un nuevo y frágil sistema multipartidista.¹⁸

El orden político se caracterizó por la combinación de factores de difícil acoplamiento, ya que por un lado el sistema de partidos adoptó un carácter pluripartidista, caracterizado por débiles vínculos con la ciudadanía: Un vasto segmento de la población, se declaró “sin partido” –el más alto en los últimos cuatro procesos electorales– disminuyendo nuevamente el nivel de participación.¹⁹ Por otro lado, la voluntad popular manifestada originó gobiernos divididos a nivel nacional y local, con escasos márgenes de maniobra política.²⁰

A diferencia de lo anterior, los resultados electorales del año 2010 dieron un mandato claro al Partido Liberación Nacional,²¹ por lo que la legislatura 2009-2010 se caracterizó por una mejor relación entre los poderes Ejecutivo y Legislativo en la gestión de los asuntos parlamentarios. Esta última circunstancia, permitió incrementar la cantidad de leyes aprobadas, siendo este el período más productivo de los últimos ocho años.²²

Ahora bien, pese al aumento en el volumen de legislación aprobada, el Congreso aún dedicó una parte considerable a temas de importancia secundaria. De acuerdo a investigaciones sobre el tema, el 43% de las leyes promulgadas en 2009-2010, se refirió a asuntos como autorizaciones a entidades públicas para segregar bienes inmuebles, o a gobiernos municipales para el cobro de impuestos y otras actividades, o bien actos de tipo simbólico, como reconocimientos honoríficos y declaratorias de días festivos.²³

¹⁷ *Ibidem*, p. 67.

¹⁸ Programa Estado de la Nación, Duodécimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2006.

¹⁹ En el 2006 el abstencionismo superó los ya altos niveles de 1998 y 2002 (pasó de 30% a 35%).

²⁰ Programa Estado de la Nación, 2006, *op. cit.*, nota 19, p. 65.

²¹ Programa Estado de la Nación, Décimosexto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2010, p. 69

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

Tal y como señala Calvo Rodríguez,²⁴ desde los primeros años del siglo XX Costa Rica ha legislado en pos de una justicia laboral para la clase trabajadora.²⁵

Sin embargo, en contraste con el contexto social, económico y político del periodo bajo estudio, la institucionalización de derechos sociales vía legislación ha sido poco constante, y desde el punto de vista de quien escribe, alejada en su mayoría a las tendencias mundiales relacionadas con derechos laborales, como se reflejará a continuación:

1. Derecho de las relaciones individuales del trabajo

A) Ley de Protección al Trabajador

La Ley No. 7983 del 16 de febrero del 2000, trajo consigo diversos cambios, dentro de los cuales ha de destacarse la modificación del instituto del auxilio de cesantía. A través de dichas reformas, el auxilio de cesantía dejó de corresponder al 8.33% del salario mensual. Con las nuevas dispo-

²⁴ Calvo Rodríguez, Esteban, “*La Justicia Laboral En Costa Rica.*” *La Justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*, Costa Rica, Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 97.

²⁵ Por ejemplo, el autor reseña cómo en 1901 fue aprobada la Ley número 15, que regulaba los salarios que debían pagarse en el sector comercio. El año siguiente, mediante la promulgación de la Ley número 81 de 1902, se reguló el alquiler de servicios domésticos y agrícolas. En 1912, una nueva ley de salarios –ley número 51 del 1912–, estableció nuevas reglas para el pago del salario de los peones agrícolas y de los operarios industriales y para el año 1925 fue aprobada la Ley de Accidentes de Trabajo y ese mismo año, la Asamblea Legislativa aprobó el Decreto Ley número 33, a través del cual se creó la Secretaría de Estado en los Despachos de Trabajo y Previsión Social, antecedente inmediato del actual Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social. La reforma constitucional del año 1942, introdujo el Capítulo de Garantías Sociales, que comprende el enunciado de los derechos laborales de carácter fundamental -salario mínimo, jornada, libertad sindical, entre otros-. Este mismo capítulo establece la creación de una jurisdicción de trabajo con tribunales especializados en la materia, a los cuales se les otorga competencia para resolver los conflictos laborales. No obstante, la reforma constitucional tomó verdadera vigencia un año después, cuando en 1943 se promulgó el Código de Trabajo que entró en vigencia el 15 de setiembre de ese año. Fue a partir de entonces, que el país contó con una legislación laboral bien articulada y con una administración de justicia específica para lograr el efectivo cumplimiento de los derechos en ella reconocidos.

siciones, una parte de las obligaciones patronales, equivalente al 5.33% del salario, sigue rigiéndose por las disposiciones de la norma reformada, pero el restante 3% debe ser depositado en una cuenta de capitalización laboral, que es propiedad indiscutible de los trabajadores durante todo el tiempo que dure la relación laboral y sin límite de años. En consecuencia, un 3% del auxilio de cesantía se convirtió en un derecho adquirido.

B) Reforma sobre compensación de vacaciones

Mediante esta Ley (No.7989 del 16 de febrero del 2000), se procuró a favor de los trabajadores, la imposibilidad de que opere la compensación sobre su derecho a las vacaciones, salvo tres excepciones: cuando el trabajador cese en su trabajo por cualquier causa, tendrá derecho a recibir en dinero el importe correspondiente por las vacaciones no disfrutadas; cuando el trabajo sea ocasional o a destajo; y cuando por alguna circunstancia justificada el trabajador no haya disfrutado de sus vacaciones, podrá convenir con el patrono el pago del exceso del mínimo de dos semanas de vacaciones por cada cincuenta semanas, siempre que no supere el equivalente a tres períodos acumulados.

C) Incorporación del Título Decimoprimer al Código de Trabajo

Este título, añadido mediante la Ley No. 8107 de 18 de julio del 2001, regula lo relacionado a la prohibición de discriminar en general en el trabajo, y la prohibición del despido por razones de edad, etnia, género o religión; así como la prohibición a los patronos de discriminar por edad al solicitar un servicio o seleccionar a un trabajador, siempre y cuando reúnan los requisitos formales solicitados por el patrono o la parte contratante.

Establece también, el principio de a un trabajo igual, goce de los mismos derechos, igual jornada laboral y remuneración igual.

Se estableció la posibilidad de denuncia en los tribunales de toda discriminación que perjudique a un trabajador por los motivos antes citados y los patronos, a quienes se les compruebe haber cesado a trabajadores por estas causas, deberán reinstalarlos e indemnizarlos con el importe de doce veces el salario mínimo legal correspondiente al puesto de los trabajadores en el momento del fallo.

D) Ley de Pesca y Acuicultura

La Ley No. 8436 de 1 de marzo de 2005, modificó normas del trabajo marítimo, estableciendo la definición del trabajador pescador, la obligación de firmar un contrato de enrolamiento con el armador del barco de

pesca o su representante legal autorizado, las formalidades contractuales de esta modalidad, la obligación de que éste sea redactado en términos que garanticen la comprensión del pescador y la prohibición del empleo de menores de dieciséis años, en servicios de cualquier naturaleza a bordo de navíos de pesca.

Se estableció también, la obligación de la Dirección Nacional de Empleo para expedir un documento de identificación denominado “documento de identidad para la gente del mar”, que contiene los datos relativos a su titular y que es condición necesaria para suscribir cada contrato de enrolamiento.

E) Reforma de los artículos 304, 602 y 607, e inclusión de un nuevo artículo 604 al Código de Trabajo

La Ley No. 8520 del 20 de junio del 2006, modificó las reglas de la prescripción, relativas a la relación de trabajo.

Se estableció, que para riesgos del trabajo, los derechos y las acciones para reclamar las prestaciones correspondientes prescribirán en un plazo de tres años, contados desde la fecha en que ocurrió el riesgo o de la fecha en que el trabajador o sus causahabientes, estén en capacidad de gestionar su reconocimiento y en caso de muerte, el plazo correrá a partir del deceso. Se señaló, que la prescripción no correrá para los casos de enfermedades ocasionadas como consecuencia de riesgos del trabajo y que no hayan causado la muerte del trabajador y tampoco correrá para el trabajador no asegurado en el Instituto Nacional de Seguros, cuando siga trabajando a las órdenes del mismo patrono, sin haber obtenido el pago correspondiente o cuando el patrono continúe reconociéndole el total o la parte del salario al trabajador o a sus causahabientes.

Se instauró que todo derecho y acción proveniente de contratos de trabajo, prescribirán en el término de un año, contado desde la fecha de extinción de dichos contratos. En este mismo sentido, que todo derecho y acción surgida del Código de Trabajo, sus reglamentos y de las leyes conexas, que no se originen en contratos de trabajo, prescribirán en el término de un año.

F) Ley del Trabajo Doméstico Remunerado

En materia de protección de determinados colectivos, ha de destacarse la Ley del Trabajo Doméstico Remunerado (Ley No. 8726 del 2 de julio de 2009), con la cual se definió lo que en la legislación costarricense ha de

entenderse como trabajo doméstico remunerado, y estableció reglas específicas sobre el periodo de prueba y preaviso.

Asimismo, se establecieron normas relativas al salario en especie, limitación a la jornada de trabajo, días de descanso, vacaciones anuales y en caso de enfermedad laboral que se deba a un contagio ocasionado por las personas que habitan en la casa, tendrán derecho a percibir el salario completo hasta por tres meses en caso de incapacidad y a que se les cubran los gastos razonables generados por la enfermedad.

Por último, debe señalarse que se proscribió la contratación de personas menores de quince años para el desempeño del trabajo doméstico remunerado.²⁶

G) Ley para Proteger el Empleo de los Saloneros y Meseros

Después de varios años de discusión entre todos los involucrados, la Ley No. 9116 del 21 de diciembre del 2011, sentó la naturaleza no salarial del impuesto a las propinas, cobrado a aquellos clientes de restaurantes, bares, sodas y otros establecimientos donde se preste el servicio en mesa.

En este sentido, la propia ley determinó que, por tratarse de retribuciones económicas pagadas por un tercero ajeno a la relación entre el salonero y su patrono, dichas sumas no constituyen parte del salario, ni se considerarán para el cálculo y pago de cargas sociales y prestaciones laborales.

2. Derecho de las relaciones colectivas de trabajo y derecho procesal del trabajo

Al llegar la finalización de este informe, Costa Rica todavía no ha aprobado la Reforma Procesal Laboral, Expediente Legislativo No. 15.990.

Este proyecto de ley, constituye la reforma más ambiciosa históricamente y traerá consigo modificaciones determinantes en cuatro grandes áreas: a) El derecho colectivo de trabajo; b) La prescripción de los derechos laborales; c) Los procedimientos para la solución de los conflictos jurídicos individuales y d) El proceso para ventilar las acusaciones por las infracciones a las leyes de trabajo y seguridad social.

Es de destacar, la simplificación del proceso; se reducen instancias y recursos. Se introduce la oralidad para agilizarlo y permitir la aplicación de los principios de concentración e intermediación. De igual manera, la

²⁶ Esto en consonancia con el Convenio 182 de la OIT, la Convención sobre los derechos del niño y el artículo 92 del Código de la Niñez y la Adolescencia costarricense.

parte medular del proceso laboral estaría basada en audiencia oral, dividida en dos partes: audiencia preliminar y otra de juicio, que concluye en el dictado de la sentencia, que es también oral de emisión inmediata (aunque se pueda diferir hasta en cinco días para casos muy complicados). Sin embargo, no es un sistema de oralidad total, sino mixto, pues prosigue la forma escrita en la presentación y contestación de la demanda.

Resultan novedosas las regulaciones especiales, introducidas en relación con el arbitraje y la conciliación de los conflictos jurídicos laborales, tanto individuales como colectivos; entraña reglas de solución de conflictos económicos y sociales en sector público.

El proyecto, finalmente, remoja lo atinente a sanción de infracciones a las leyes laborales y de la seguridad social para hacerlo más simple y eficaz.

A) La Seguridad Social

Dentro del tema del sistema costarricense de seguridad social y riesgos del trabajo, durante el lapso estudiado no se realizaron modificaciones determinantes en materia tutelar, sistemas de protección contra el desempleo o sistemas de protección de la seguridad social por desamparo ante contingencias sociales en población económicamente activa.

B) Jurisprudencia

Tal y como se comentó líneas arriba, debido al poco movimiento legislativo en Costa Rica, la jurisprudencia ha tomado un rol protagónico en materia de protección de derechos sociales.

En este sentido, tanto la Sala Constitucional como la Sala Segunda – máximo órgano en materia laboral – ambas de la Corte Suprema de Justicia, han emitido criterios de preeminencia y se procede a destacar los que se consideran de mayor importancia:

a) Sala Constitucional

-Resolución No. 2000-004453 del 24 de mayo del 2000, que decretó la inconstitucionalidad de las convenciones colectivas en el sector público cuando se trate de personal regido por una relación estatutaria.

-Resolución No. 2003-000317 del 22 de enero del 2003, que anuló por inconstitucional la norma de Código de Trabajo, que establecía que en tratándose de trabajadores agrícolas o ganaderos, el monto por daños y perjuicios otorgado en caso de despidos injustificados se reducía a la mitad del resto de trabajadores.

-Resolución No. 2003-002339, que anuló la norma del Código de Trabajo (artículo 605), que establecía el plazo de un mes de prescripción para que el trabajador pudiese dar por concluido el contrato de trabajo con justa causa.

-Resolución No. 2009-018356 del 2 de diciembre del 2009, que anuló por inconstitucionalidad la norma en el Código de Trabajo, que permitía el despido del trabajador incapacitado por un periodo mayor a tres meses.

-Resolución No. 2011-10832 del 12 de agosto del 2011, que señaló que, en caso de huelgas declaradas ilegales, la terminación de los contratos de trabajo procede a partir de tal declaratoria y, en consecuencia, los trabajadores que participaron del movimiento antes de la declaratoria, no pueden ser sancionados por la mera participación en la huelga.

b) Sala Segunda

-Resolución No. 2001-000182 del 23 de marzo del 2001, que sentó el tratamiento favorable que debe recibir el trabajador dependiente del alcohol.

-Resolución No. 2002-000536 del 6 de noviembre del 2002, en la que la Sala hace referencia expresa, por primera vez, a la redistribución de la carga probatoria en casos de despidos de discriminación antisindical.

-Resolución No. 2003-000792, que reconoció la existencia del acoso laboral en Costa Rica.

-Resolución No. 2004-000481 del 11 de junio del 2004, que estableció la posibilidad de solicitar la reparación por daño moral en el proceso laboral.

-Resolución No. 2009-000260 del 26 de marzo del 2009, que, modificando su antiguo criterio, permitió la procedencia de la indexación sobre los montos otorgados en sentencia favorable al trabajador.

-Resolución No. 2009-001229 del 2 de diciembre del 2009, en la que la Sala Segunda señaló que es la carga probatoria del empleado, al menos mediante indicios, comprobar que cualquier afectación a sus derechos como trabajador proviene de un estatus de sindicalizado.

III. CONCLUSIONES

De la investigación se denota la existencia de una tendencia expansiva general –pero desordenada– en materia de la institucionalización de derechos laborales. También, se ha mencionado que las propuestas legislativas, en su mayoría, han sido de poco peso y apartadas de las modernas tendencias sobre derechos laborales.

Lo anterior, no es sino reflejo de la turbulenta década objeto de análisis, ya que como se trató de dejar claro, el contexto socio-económico de Costa Rica se caracteriza por sus contrastes y, políticamente hablando, los tres periodos administrativos que figuraron en este lapso han sido de pocos acuerdos políticos y multipartidismo, siendo así sumamente compleja la aprobación de propuestas legislativas.

En este sentido, es complicado argumentar la existencia de una relación entre esta tendencia y el desarrollo económico del país, siendo que la aprobación esporádica de proyectos legislativos, aun en beneficio del trabajador, no es el resultado de esfuerzos organizados, ni fruto de consensos políticos que sigan un camino específico.

Ciertamente, al país le falta mucho por avanzar en materia legislativa social y sobre todo madurez política para forjar arreglos que culminen con la aprobación de leyes que impacten positivamente en la economía.

IV. BIBLIOGRAFÍA

CALVO RODRÍGUEZ, Esteban, *La Justicia Laboral en Costa Rica. La Justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*, Costa Rica, Organización Internacional del Trabajo, 2011.

“Flujos migratorios laborales interregionales: situación actual, retos y oportunidades en Centroamérica y República Dominicana”, Informe de Costa Rica, Costa Rica, oim, oit, mtss, cecc sica, Red de Observatorio del Mercado Laboral, 2011.

Programa Estado de la Nación, Séptimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2001.

Programa Estado de la Nación, Octavo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2002.

Programa Estado de la Nación, Duodécimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2006.

Programa Estado de la Nación, Decimoquinto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2009.

Programa Estado de la Nación, Decimosexto Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Costa Rica, 2010.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: MÉXICO*

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2000 el sistema político mexicano atravesó por una transición democrática. Por más de setenta años, el Partido Revolucionario Institucional (pri) gobernó a los mexicanos; sin embargo, el 2 de julio de ese mismo año, el Partido Acción Nacional (pan) obtuvo por primera vez en la historia de México, el triunfo en las elecciones presidenciales.

Seis años después, nuevamente el PAN resultó vencedor en las elecciones federales y gobernó el país hasta el 2012, año en el que el PRI recuperó la presidencia de la república.

Durante el gobierno panista, el Poder Ejecutivo insistió en la necesidad de una reforma laboral, pero las llamadas *Ley Abascal* y *Ley Lozano* (por ser impulsadas por los entonces titulares de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social) no lograron consolidarse, dejando en discusión más de 350 iniciativas de reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT).

Finalmente, después de varios acuerdos políticos y como último decreto del presidente Felipe Calderón, el 30 de noviembre de 2012 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma a la LFT, misma que no había sido objeto de modificaciones sustanciales desde 1970. Dicha reforma, se caracterizó por el tratamiento realizado de los temas polémicos y otros que parecen ausentes en la misma, pero consolidando un proyecto que se desarrolló durante varios años.

Por otra parte, debemos considerar otras modificaciones significativas al sistema jurídico mexicano, como la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de junio de 2011, mediante la cual se hace extensivo el catálogo de estos derechos, al incluirse la tutela, no sólo de los derechos

* Coordinador: Oscar Zavala Gamboa. Participantes: Jacqueline Álvarez Velázquez, José Alfonso Aparicio Velázquez, Samantha Selene Campos Jiménez, Tania Elizabeth Chacón Cárdenas, Gloria del Mar Cilia Luna, Paulina del Rocío Galicia Villarreal, Noemí Monroy Enríquez.

humanos contenidos en la Constitución, sino también los que se incluyen en los tratados internacionales.

En ese sentido, la reforma a la LFT debió considerar más ampliamente el tema de los derechos humanos laborales contenidos más allá de los artículos 5 y 123 de la Constitución, es decir, aquellos que se encuentran en los tratados internacionales de la materia, particularmente en los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siguiendo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; encomendando su protección y respeto a todas las autoridades en sus respectivos ámbitos de competencia.¹

Podemos señalar, en términos generales, que en materia de derechos humanos, la reformada LFT considera varios puntos contemplados en distintos instrumentos internacionales, aunque esto parece insuficiente, pues varios temas laborales en el sistema jurídico mexicano se consideran en regímenes especiales² que no han sufrido modificación alguna.

Una reforma laboral integral, no deberá limitarse a la LFT, pues ésta requiere la reforma y adecuación de las leyes en materia de seguridad social, de las disposiciones fiscales en materia de trabajo, de los códigos civiles que han servido para encubrir relaciones laborales, y en general, de las disposiciones que regulan la prestación del trabajo en sus diferentes ámbitos.

II. DERECHO DE LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

1. Relación de trabajo

Las relaciones de trabajo, parte esencial del derecho laboral, se forman a través de la afluencia de vínculos horizontales y verticales (laterales y jerárquicos) entre personas físicas y jurídicas, siempre dentro del esquema

¹ Para un estudio de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y su impacto en los derechos laborales, así como en sus mecanismos de justiciabilidad, véase: Kurczyn Villalobos, Patricia, “La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 14, enero-junio de 2012, México, pp. 207-214.

² Tal es el caso de los trabajadores al servicio del Estado, los del Poder Judicial de la Federación, los trabajadores bancarios, los miembros de las instituciones militares y todos aquellos considerados en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismos que no se analizan en el presente trabajo.

laboral. De tal manera que los trabajadores crean y mantienen enlaces con los empleadores, con sus compañeros de trabajo y con sus organizaciones sindicales, y a la vez éstas mantienen conexiones con los empleadores y con otras organizaciones similares.³

La LFT establece en el primer párrafo del artículo 20, que las relaciones de trabajo surgen de cualquier acto que dé origen a la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona (física o moral) mediante el pago de un salario. De esta definición se identifican los siguientes elementos (subjettivos y objetivos):

- i. El trabajador y el empleador;
- ii. La prestación de un trabajo personal;
- iii. La subordinación; y
- iv. El salario.

En la doctrina, se le ha dado un tratamiento primordial al tema de la relación de trabajo, desarrollándose toda una teoría en torno a este concepto que ha permitido situarlo como una de las instituciones fundamentales del derecho laboral. Por su parte, el Maestro Mario de la Cueva la define como:

una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas de la declaración de los derechos sociales, de la ley del trabajo, de los convenios internacionales, de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias.⁴

En México, la existencia de la relación de trabajo no se encuentra supe-
ditada a la celebración de un contrato –ya sea verbal, escrito o cualquiera
nominado de distinta naturaleza– entre el trabajador y el empleador; en
este sentido, la falta de contrato no deja a los trabajadores sin el goce de sus
derechos, además la falta de éste siempre es imputable al patrón.⁵

³ Cfr. Kurczyn Villalobos, P., *Las nuevas relaciones de trabajo*, (Porrúa-UNAM), Mé-
xico, 1999, p.158.

⁴ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fun-
damentales, derecho individual y trabajos especiales*, 22ª ed., México, Porrúa, 2009, t. I,
p. 187.

⁵ Cfr. Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Diccionario de derecho laboral*, Oxford University
Press, México, 2005, p. 138.

En suma, la existencia de la relación de trabajo resulta imprescindible en cuanto a la aplicación de la normatividad laboral; para determinar su existencia, se debe tomar en consideración el fondo y no la forma; es decir, no importa la denominación que reciba una prestación de servicios, sino las características de ésta reflejadas en sus elementos constitutivos.

2. Relaciones de trabajo encubiertas

Uno de los elementos fundamentales de las relaciones laborales es la subordinación –más recientemente se puede hablar de la parasubordinación–, descrita por Ludovico Barassi, como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador.⁶

Con la transformación de las relaciones laborales, aunado a la intención de mermar los derechos de los trabajadores, se ha buscado la forma de filtrar figuras de derecho civil y mercantil con la finalidad de ocultar los vínculos de subordinación, y en consecuencia inhibir la aplicación de la legislación laboral.

Lo anterior ha generado graves problemas para el derecho del trabajo, ya que con el surgimiento de relaciones de trabajo “encubiertas” se requiere de un análisis minucioso, para determinar la existencia del vínculo jurídico-laboral que permita al trabajador hacer exigibles los derechos y prestaciones que de la relación laboral se deriven.

Como consecuencia de este “encubrimiento”, el trabajador gozará de menor e incluso nula protección, pues se coloca a las partes en un plano de igualdad, lo que excluye la protección especial que se genera (para los trabajadores) en el caso de las relaciones laborales.

En México, la práctica de las relaciones “encubiertas” principalmente se constituye en torno de tres figuras contractuales, a saber:

- I. El contrato de prestación de servicios profesionales;
- II. El contrato de comisión mercantil, y
- III. Las sociedades cooperativas.

Existen otras figuras, como el suministro de mano de obra, que también sirve como instrumento para simular vínculos diversos a los laborales, en tanto que parecen encontrar su fundamento en ordenamientos civiles o mercantiles, sin embargo éstas tienen la particularidad de constituir una triangulación de las relaciones de trabajo, situación que analizaremos a

⁶ Vid. Ermidia Uriarte, O. y Hernández ÁLVAREZ, O., “Crítica de la subordinación”, en Kurczyn Villalobos, Patricia., y Puig Hernández, Carlos, (Coords.), *Estudios en homenaje al doctor Néstor de Buen lozano*, (IIJ-UNAM), México, 2003, p. 272.

continuación, aunque basta hacer la aclaración que el encubrimiento de las relaciones laborales se puede realizar desde diversos instrumentos y que la legislación del derecho común resulta ser la más efectiva para tal efecto, simulando la no existencia del vínculo jurídico-laboral.

3. Relaciones triangulares del trabajo

En la actualidad, se han generado relaciones de trabajo con vínculos más complejos que los tradicionales, en las que se presenta –adicional a la figura del trabajador y el empleador– una tercera parte, de este modo surgen las relaciones “triangulares” de trabajo. Lo anterior, bajo el argumento de modernizar la organización de trabajo, mejorar la productividad y fomentar la competitividad.⁷

Con la reforma laboral de 2012, se incluyó al lenguaje positivo laboral la figura de la subcontratación. El artículo 15-A de la LFT, establece que la subcontratación es un régimen por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia y con sus herramientas, 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.

Adicionalmente, la LFT prevé los siguientes límites para su procedencia:

- I. No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo;
- II. Deberá justificarse por su carácter especializado; y
- III. No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse dichas condiciones, el contratante se considerará como patrón para todos los efectos de la normativa laboral. Por su parte, el artículo 15-A de la Ley del Seguro Social establece la responsabilidad solidaria entre el contratista y el contratante, respecto de las obligaciones generadas con el trabajador en materia de prestaciones de seguridad social.

⁷ Vid., Kurczyn Villalobos, Patricia, y Zavala Gamboa, Oscar, “Las relaciones triangulares de trabajo”, *Revista Trabajo*, núm. 9, enero-junio de 2012, pp. 45-68

4. Modificaciones sustanciales en las relaciones individuales de trabajo

A. Periodo a prueba

El periodo a prueba, si bien se consideró en la Ley Federal del Trabajo de 1931, con la reforma de 2012 se incorporó nuevamente a la ley. Esta figura encuentra su fundamento legal en los artículos 35 y 39-A de la LFT.

El periodo a prueba tiene la finalidad de verificar que el trabajador cumple con los requisitos y conocimientos necesarios para llevar a cabo el trabajo requerido. El periodo puede establecerse en las relaciones laborales por tiempo indeterminado o en aquellas que no excedan de ciento ochenta días y no debe ser mayor a treinta días, sólo en los casos de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales, con funciones de dirección o administración y labores técnicas o profesionales especializadas podrá extenderse hasta ciento ochenta días.

Finalmente, la Ley establece que durante este periodo el trabajador disfrutará del salario, de la garantía de seguridad social, así como de las prestaciones de la categoría o puesto que desempeñe, incluidos los derechos de preferencia.

B. Capacitación inicial

El artículo 39-B de la LFT, define la relación de trabajo para capacitación inicial como aquella a través de la cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios subordinados, bajo la dirección y mando del patrón, con el objetivo de que adquiera los conocimientos o habilidades necesarios para la actividad a desarrollar.

La capacitación inicial puede extenderse hasta un periodo de tres meses y hasta seis meses, en los casos de trabajadores para puestos de dirección, gerenciales, con funciones de dirección o administración y labores técnicas o profesionales especializadas. Del mismo modo que en el periodo a prueba, el trabajador disfrutará del salario, la garantía de la seguridad social y de las prestaciones de la categoría o puesto a desempeñar.

C. Capacitación y adiestramiento

La capacitación y adiestramiento se regula en los artículos del 153-A al 153-X de la LFT. La Ley establece la obligación para los empleadores de proporcionar y para los trabajadores de recibir capacitación o adiestra-

miento en el trabajo, con la finalidad de elevar su nivel de vida, así como su competencia laboral y su productividad.

D. Salarios vencidos

El artículo 48 de la LFT limita el pago de los salarios vencidos a doce meses, en caso de que el procedimiento no haya concluido en ese tiempo, se generarán intereses que se pagarán al trabajador.

Asimismo, se establecen sanciones tanto para los abogados como para los servidores públicos de las Juntas, cuyas conductas generen dilación en la sustanciación del procedimiento laboral.

III. DERECHO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

1. Acciones heterónomas sobre la regulación de la acción sindical

En México, el legislador ha determinado el respeto irrestricto al ejercicio de los derechos colectivos de todo trabajador dentro del marco normativo, reconociendo en su legislación la libertad, tanto a los patrones como a los trabajadores, de formar coaliciones, o bien, sindicatos, federaciones y confederaciones, sin autorización previa, dejando en claro que cualquier injerencia indebida será sancionada (artículo 357 LFT).

Si bien, bajo la tesis expuesta en el artículo anterior, no es necesaria una autorización previa para el ejercicio de sus derechos colectivos, la legislación laboral enmarca ciertos requisitos que se habrán de satisfacer, para que su libertad sea plenamente validada ante las autoridades laborales, entre los cuales destacan los llamados requisitos de fondo y de forma.

En cuanto a los requisitos de fondo relativos al objeto, el derecho sindical se caracteriza por obligar a los patrones a tratar con los sindicatos y a celebrar con ellos un contrato colectivo de trabajo, cuando los sindicatos lo soliciten; si aún así, el patrón se niega a aceptarlo, se recurre a la jurisdicción de la Junta para obtener un laudo colectivo, en virtud de que el objeto de los sindicatos, siempre será el estudio, mejoramiento y defensa de los intereses de sus miembros.

En relación a los requisitos de forma para la constitución de un sindicato, debe ser registrado ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social por conducto de la Dirección General del Registro de Asociaciones, en los casos de competencia federal, y en los casos de competencia local, su

registro quedará a cargo de las Juntas de Conciliación y Arbitraje de la entidad federativa que corresponda (artículo 123, apartado A, fracción xxxi de la Constitución, y en el artículo 527 de la LFT).

Las acciones encaminadas a la libertad sindical se encuentran consideradas en el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, cuya protección se encomienda a la autoridad judicial. Sin embargo, con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, ahora es posible confiar la tutela de la libertad sindical a los mecanismos no jurisdiccionales, aunque esta situación ha sido poco explorada en el sistema nacional.⁸

2. Grados de promoción de la negociación colectiva vía acciones de política jurídica (legislativa o administrativa)

En México, se utiliza la expresión Negociación Colectiva aludiendo al contrato colectivo de trabajo (artículo 386 lft), derivado del ejercicio de un derecho colectivo, pero en sí, dentro de la legislación laboral mexicana no se hace mención a ese proceso en el que trabajadores y empleadores acuerdan las condiciones de trabajo.

En el caso particular de México, como lo señala Alfredo Sánchez-Castañeda, la negociación colectiva “debe tomar en cuenta los paradigmas que han caracterizado la norma jurídica, con el objeto de poder encontrar el equilibrio entre los intereses de los empleadores y de los empleados”.⁹

3. Tratamiento heterónomo del derecho de huelga (restrictivo o garantista)

La huelga, puede constituir tanto un derecho restrictivo, como un derecho garantista, ya que si bien busca el equilibrio entre los factores de la producción, también se ve limitado en su ejercicio y por los requisitos legales exigidos para su reconocimiento.

Según Mario de la Cueva, la huelga en sus orígenes comprendió una situación meramente fáctica, que por su trascendencia se proyectaba en

⁸ Estas reformas constitucionales no sólo permiten invocar los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, sino también, al modificarse el Apartado B del artículo 102 de la Constitución, se da competencia a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para conocer de las presuntas violaciones a los derechos humanos laborales.

⁹ Sánchez-Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p.54.

el orbe jurídico, pero que con el paso del tiempo, al ser reconocido su ejercicio, la huelga se transformó de “hecho jurídico” a un “acto jurídico reglamentado”.

En México, el ejercicio del derecho de huelga está plenamente reconocido por las autoridades laborales, y debe satisfacer los requisitos de fondo, forma y mayoría para su validez.

IV. DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

Como la esencia misma del derecho procesal radica en la actividad jurisdiccional del Estado, se consideró indispensable la creación de una disciplina que conociera de esa función, en el ámbito laboral.¹⁰ El derecho procesal laboral en México, está regulado por la Lft, lo que hace a esta ley sustantiva, adjetiva e incluso orgánica.

El 1 de mayo de 1980, se realizaron reformas a la LFT, las cuales constituyen el avance más significativo alcanzado hasta hoy en materia probatoria, situación que no se vio superada en las modificaciones a la legislación laboral de 2012, donde el avance que tuvo mayor presencia fue aquel que consideró dentro de su artículo 836-A que en los casos en los que las partes ofrezcan como pruebas cualquier medio aportado por los descubrimientos de la ciencia, como las grabaciones de audio, los documentos digitales, los correos electrónicos, las firmas electrónicas, entre otras, el oferente deberá proporcionar a la Junta los instrumentos, aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el contenido de los registros y reproducción de los sonidos e imágenes, por el tiempo indispensable para su desahogo, situación que responde a la necesidad del derecho de adaptarse a los avances de la sociedad.

Los principios fundamentales del derecho procesal del trabajo en México, se encuentran enunciados en su artículo 685 LFT, los cuales son: publicidad, gratuidad, inmediatez, predominancia a la oralidad y la instancia de parte. Asimismo, las Juntas tendrán la obligación de tomar las medidas necesarias para lograr la mayor economía, concentración y sencillez del proceso.

El derecho procesal laboral, a diferencia de otros procesos, tiene la particularidad de además de aplicar el derecho, buscar en todas sus instancias la conciliación entre las partes. Otra característica importante, radica en la protección que se otorga al trabajador por parte de la propia legislación, ya que como se enuncia en el artículo 784 de la LFT se podrá

¹⁰ Ítalo Morales, Hugo y Tena Suck, Rafael, *Derecho procesal del trabajo*, Editorial Trillas, México, 2012, pág. 15.

eximir al trabajador de la carga de la prueba, cuando por otros medios se esté en posibilidad de llegar a la verdad jurídica, y por lo tanto se requerirá al patrón para que exhiba los documentos, que de acuerdo con las leyes tiene obligación de conservar, por lo que en caso de controversia deberá presentar los recibos que acrediten el salario, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, contrato de trabajo, entre otras. Por su parte, el trabajador únicamente tiene que probar la existencia de la relación laboral, cuando su empleador niega dicho vínculo.

La justicia laboral en México está a cargo de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, mismas que son un órgano materialmente jurisdiccional, pero formalmente administrativo, por cuanto dependen de los Ejecutivos Federal y local, dependiendo la competencia que le sea atribuible constitucionalmente (artículo 123, apartado "A", fracción XXXL).

El proceso laboral tiene dos etapas, la primera que intenta llegar a un acuerdo entre las partes (conciliación); la segunda recibe el nombre de arbitraje, nombre que ha sido criticado, luego de que no se lleva ante un árbitro, entendido como tal a un órgano independiente del Estado al que se sujetan voluntariamente las partes, sino que es un verdadero proceso, con un órgano perteneciente al Estado y de cuya jurisdicción las partes no pueden sustraerse.

Las resoluciones de los tribunales laborales se dictarán a verdad sabida y buena fe guardada, y apreciando los hechos en conciencia, sin necesidad de sujetarse a reglas o formulismos sobre estimación de las pruebas, pero las Juntas de Conciliación y Arbitraje están obligadas a estudiar pormenorizadamente las evidencias rendidas, haciendo la valoración de las mismas, debiendo expresar los motivos y fundamentos legales en que se apoyan.

V. SEGURIDAD SOCIAL

Según las últimas cifras oficiales, para el año 2009 en México, el 41% de la población económicamente activa no estará afiliada a ningún servicio de seguridad social, contra un 28% en el año 2004.

Este fenómeno, ciertamente tiene una explicación. Del modelo de relaciones laborales, en donde la prestación de un trabajo personal subordinado cuenta con seguridad social, pasamos un modelo distinto en donde laborar bajo la dirección de un empleador y la dependencia económica no siempre es una constante. Es por esa razón, que los trabajadores autónomos, los trabajadores autónomos económicamente dependientes, los que se encuentran en el desempleo y en el sector informal, quedan al desam-

paro de la seguridad social. Igualmente, las condiciones del mercado de trabajo y la globalización, así como el problema estructural del sistema de salud institucionalmente inadaptado, hacen que el estar desempleado, se convierta en un *modus vivendi*, y peor aún, que no se cuente con seguridad social.

Ante este fenómeno económico-social, surgió la necesidad de gestionar la política en salud para que toda persona, independientemente de su situación laboral, pueda contar con la protección del Estado en esta materia, así fue como nació el modelo de la Protección Social en Salud.

En el caso de México, en el año de 2003 se reformó la Ley General de Salud, cuya finalidad fue la de crear el Sistema de Protección Social en Salud en materia de Salubridad General. Dicho sistema, tuvo como objetivo fortalecer el derecho de la salud como derecho humano, reconocido en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

1. Riesgos de trabajo

La LFT contiene en su título noveno todo lo referente a riesgos de trabajo y los define en su artículo 473 como los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

En consecuencia, tenemos derivado de este concepto dos supuestos:

A. Accidentes (artículo 474 LFT).- Es toda lesión orgánica o perturbación funcional inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en el ejercicio o con motivo del trabajo, cualquiera que sea el lugar y el tiempo en que se preste. Quedan incluidos en la definición anterior los accidentes que se produzcan al trasladarse el trabajador directamente de su domicilio al lugar del trabajo y de éste a aquél.

B. Enfermedades (artículo 475 LFT).- Es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

Los efectos de los riesgos de trabajo pueden ser:

A. Incapacidad: temporal, permanente parcial o permanente total, y

B. Muerte

Mario de la Cueva, define la incapacidad como la disminución o pérdida de la aptitud para el trabajo, como consecuencia de una alteración anatómica o funcional del cuerpo humano.¹¹

¹¹ CUEVA, Mario de la, *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, 15ª ed., México, Porrúa, 2008, t. II, p. 162.

Ahora bien, respecto de las especies de la incapacidad, se refieren a la pérdida total o parcial de las facultades o aptitudes para desempeñar un trabajo de manera temporal o bien permanente.

Cuando un trabajador sufre un riesgo de trabajo tiene derecho a las prestaciones siguientes:

A. De carácter médico: asistencia médica y quirúrgica; rehabilitación; hospitalización; medicamentos y material de curación; los aparatos de prótesis y ortopedia necesarios.

B. De carácter económico (indemnización), dependiendo del tipo de incapacidad

Si el riesgo de trabajo causare la muerte del trabajador, los familiares tendrán derecho al equivalente a dos meses de salario por concepto de gastos funerarios y el equivalente a cinco mil días de salario, sin deducir la indemnización de la incapacidad temporal.

2. Sistema de protección contra el desempleo y salud

Actualmente, el sistema de protección contra el desempleo opera en tres entidades de la República que son: Distrito Federal, Estado de México y Durango.

Sus disposiciones tienen el común denominador de la “Solidaridad Social” para las personas que no cuentan con un empleo.

Por su parte, dentro de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, se incluyen tres programas:

A. Seguro Popular.- El seguro popular es un programa que forma parte del Sistema de Protección Social en Salud, que tiene como principal fin la cobertura en servicios de salud, a través del aseguramiento público y voluntario. Principalmente, va dirigido a personas que no cuentan con empleo o que trabajan por cuenta propia.

B. Seguro Médico Siglo XXI.- Llamado también Seguro Médico para una Nueva Generación, este seguro tiene como principal objetivo proveer de servicios de salud a niños mexicanos nacidos a partir del 1 de diciembre de 2006 que no cuentan con ningún tipo de seguridad social.

C. Programa Oportunidades.- Este programa, coordinado por las Secretaría de Desarrollo Social, de Educación y de Salud, operado a través de la Coordinación Nacional del Programa Oportunidades, tiene como principal objetivo poner fin al ciclo de la pobreza, al hacer aportaciones mensuales a las familias de escasos recursos, para contribuir al desarrollo de la educación, la inclusión en la salud y nutrición.

VI. ANEXO DE DECISIONES JURISPRUDENCIALES
RELEVANTES

1. Tesis 2a./J. 1/2011, [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Febrero de 2011; pág. 652

BENEFICIARIOS DE TRABAJOS O SERVICIOS. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 9 DE JULIO DE 2009, QUE LES ASIGNA LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES DE SEGURIDAD SOCIAL, ES CONSTITUCIONAL.

2. Tesis IV.3o.T. J/100 (9a.), [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3; pág. 2168

OFRECIMIENTO DE TRABAJO. ES DE MALA FE CUANDO EL PATRÓN, CON POSTERIORIDAD A REALIZARLO, SIN JUSTIFICACIÓN ALGUNA DA DE BAJA AL TRABAJADOR EN EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL.

3. Tesis 1a./J. 47/2011, [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Junio de 2011; pág. 142

SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.

4. Tesis: JJ; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Julio de 2005; pág. 1211

RIESGOS DE TRABAJO. CARACTERÍSTICAS Y DISTINCIONES.

5. Tesis: I.9o.T. J/51, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Abril de 2007, p. 1524.

RELACIÓN DE TRABAJO. UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES POR SÍ SOLO ES INSUFICIENTE PARA ACREDITAR EL VERDADERO VÍNCULO EXISTENTE, SI OBRAN EN EL JUICIO OTRAS PRUEBAS DE LAS QUE SE DESPRENDAN LOS ELEMENTOS DE SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA ECONÓMICA PARA RESOLVER LO CONDUCENTE

6. Tesis: I.7o.T. J/25, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, Abril de 2007, p. 1396.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y RELACIÓN LABORAL, EL PAGO DE HONORARIOS NO DETERMINA LA EXISTENCIA DE AQUÉL Y LA INEXISTENCIA DE ÉSTA

7. Tesis I.3o.T. J/28 (9a.), 10a.Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3; pág. 1991

CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR.

VII. CONCLUSIONES

Este breve panorama del derecho laboral mexicano, constituye un esfuerzo por ejemplificar la transición sufrida por esta disciplina jurídica en el sistema normativo del país, cambio necesario a raíz de las constantes transformaciones en la economía, la política y las organizaciones sociales.

Sin lugar a dudas, las modificaciones a la LFT del 30 de noviembre de 2012, transformaron la concepción que se tenía sobre el derecho laboral mexicano. En muchos casos, para atender de forma positiva ciertos fenómenos, mientras que en otros, la constante fue la polémica y la crítica sobre el tratamiento que se dio de algunos temas, como el caso de la subcontratación, los aspectos procesales y las relaciones colectivas de trabajo.

En el plano de los hechos, y en atención al principio de primacía de la realidad, muchas transformaciones se dieron en el plano fáctico y jurisprudencial, lo que demostró nuevamente la cercana relación que existe entre el derecho del trabajo y el realismo jurídico, aunque esto no siempre ha interesado.

El derecho del trabajo y de la seguridad social, se mantienen en un proceso de cambio, situación que se ve reflejada en las propuestas de modificación al artículo 123 constitucional –pilar fundamental del derecho laboral en México–, pero que no se han logrado consolidar por represen-

tar modificaciones legislativas de tipo hacendario, económico y político, y donde la falta de acuerdos representa una constante.

Por supuesto, no es óbice mencionar la necesidad de estar atentos a las transformaciones que está sufriendo el derecho laboral mexicano, siendo obligación de los jóvenes velar por que los principios y fundamentos de esa disciplina jurídica, se mantengan y consoliden, ajustándose a las necesidades de la sociedad, pero sin dejar de lado el respeto irrestricto de los derechos laborales.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: PERÚ*

I. INTRODUCCIÓN

Si bien todos los presidentes que ha tenido Perú en los últimos treinta años han sido elegidos mediante elecciones generales (la votación es obligatoria en Perú), gran parte del gobierno de Alberto Fujimori (1990-2000) no puede calificar necesariamente –por razones conocidas– como “democrático”. Aunque generó una mejora económica que se mantiene hasta la actualidad, resquebrajó muchos aspectos sociales, culturales y políticos, los cuales todavía se mantienen como importantes problemas que deben ser resueltos.

Con el inicio de este siglo los presidentes posteriores (Paniagua, Toledo, García y Humala) han preferido, a grandes rasgos, mantener la estabilidad económica a incrementar el gasto público para corregir los diferentes problemas de índole educativa, salud o laboral que tiene el país. En este último aspecto, el modelo laboral vigente mantiene muchas de las instituciones y esquemas aprobados en la década del noventa, lo cual ha sido corregido en parte por la jurisprudencia constitucional. Asimismo, si bien existe un proyecto de ley general de trabajo, este tiene más de seis años de revisado sin contar con el respaldo político para su promulgación.

En este sentido, en el ámbito laboral no han variado sustancialmente las normas que regulan el contrato de trabajo, aunque sí la interpretación judicial de algunos de sus conceptos (por ejemplo, la estabilidad laboral), así como las reglas procesales, tal como exponemos brevemente a continuación.

* Coordinadores: Elmer ARCE y Daniel ULLOA. Participantes: Clotilde ATAHUAMÁN, Manuel DE LA LAMA, Beatty EGÚSQUIZA, Elmer HUAMÁN, Willman MELÉNDEZ, Luis MENDOZA, Aracelli MORALES.

II. INSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS SOCIALES

1. Derecho de las relaciones individuales del trabajo

En nuestro país, las innovaciones normativas que han ocurrido en este siglo pueden iniciar con la regulación de la intermediación laboral, prevista por la Ley No. 27626 (9.1.2002) y su reglamento el Decreto Supremo No. 003-2002-TR (26.4.2002), siendo que en esta última norma se precisa el concepto de actividad principal y complementaria, dado que está prohibido tener personal vía intermediación para realizar permanentemente la actividad principal de la empresa. Asimismo, se establece que el personal destacado debe gozar de los mismos derechos que los trabajadores de la empresa contratante (usuaria). Los supuestos de desnaturalización, como son la simple provisión de personal o que se realicen labores que no constituyen actividades de intermediación laboral, se sancionan estableciendo el vínculo laboral directo entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria. Por otro lado, también se prevé que las empresas usuarias sean solidariamente responsables del pago de los derechos laborales que se puedan adeudar a los trabajadores destacados.

Por otra parte, la tercerización de servicios se regula por la Ley No. 29245 (24.6.2008), en la cual se establecen los requisitos, derechos y obligaciones, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan la tercerización, esto es, cuando existe una simple provisión de personal o si los trabajadores desplazados se encuentran subordinados a la empresa principal; en ambos casos se establecerá como sanción que los trabajadores desplazados han mantenido una relación laboral con la empresa principal. Asimismo, la norma establece una responsabilidad solidaria entre la empresa tercerizadora y la empresa principal, restringida con la reglamentación y posterior precisión de la norma a los casos de desplazamiento continuo del trabajador, esto es, cuando ocurra por lo menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización, o si excede de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Por otra parte, mediante la Ley No. 27360 (30.10.2002) se regula el régimen agrario como un régimen especial de carácter temporal¹ aplicable para las actividades agroindustriales como las de cultivos y/o crianzas, excluyéndose la industria forestal. A través de la normativa en mención

¹ Mediante Ley N° 28810 (22.07.2006) se prorrogó la vigencia del régimen agrario hasta el 31 de diciembre del año 2021.

y su reglamento, el Decreto Supremo No. 049-2002-AG (10.9.2002), se otorgan beneficios tributarios y laborales para las personas naturales o jurídicas que se dediquen al sector agrario, siendo que los beneficios laborales cuantitativos que se otorgan a los trabajadores que pertenecen a este régimen, tales como el derecho a una remuneración diaria mínima,² la misma que incluye la compensación por tiempo de servicios y las gratificaciones legales (Fiestas Patrias y Navidad), y el derecho a un descanso vacacional de 15 días calendarios por cada año de servicio, son inferiores a los vigentes en el régimen general.

Del mismo modo, mediante la Ley No. 28015 (2.7.2003) se promulgó la Ley de promoción y formalización de la micro y pequeña empresa, regulación de un régimen laboral especial para aquellas unidades económicas, denominadas micro y pequeñas empresas, constituidas por una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial que cumple con determinada cantidad de trabajadores y ventas anuales.³ Al igual que en el caso del régimen agrario, los beneficios laborales cuantitativos son menores. Así, el trabajador de microempresa tiene 15 días de descanso remunerados por cada año de servicios, pero no gratificaciones legales, compensación por tiempo de servicios ni participación en las utilidades, siendo menor la cuantía de la indemnización por despido arbitrario. Por su parte, el trabajador de pequeña empresa tiene CTS, pero a razón de 15 días por año y cada gratificación legal es de media remuneración y no una como en el régimen general. La norma estableció el carácter temporal de dicho régimen laboral, que inicialmente fue hasta el 4 de julio del 2013, conforme lo estableció el Decreto Supremo No. 024-2009-PRODUCE (10.7.2009). Sin embargo, mediante la reciente Ley No. 30056 (2.7.2013), se prorrogó dicho régimen laboral por 3 años, además de establecer que los conductores⁴ y trabajadores pueden acordar por escrito y presentar a la autoridad administrativa de trabajo (durante dicha prórroga) su acogimiento al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo No. 1086 (28.6.2008), que es el mismo régimen laboral

² La remuneración diaria (RD) para el sector agrario es actualizado en el mismo porcentaje que los incrementos de la remuneración mínima vital (RMV), siendo el monto actual de dicha RD S/.29.27.

³ Microempresas: 1 hasta 10 trabajadores y ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias. Pequeñas empresas: 1 hasta 50 trabajadores y ventas anuales hasta el monto máximo de 850 Unidades Impositivas Tributarias –el valor de la UIT para el 2013 es de S/.3,700.00.

⁴ El conductor de la microempresa es la persona natural titular de la microempresa.

especial pero de carácter permanente. Asimismo, la Ley No. 30056 elimina el requisito del número de trabajadores para la calificación de micro o pequeña empresa, con lo cual podremos encontrarnos con una microempresa, con régimen laboral especial, de miles de trabajadores.

Con este cuadro se puede apreciar de mejor manera la diferente situación laboral del trabajador según el tipo de empleador:

Beneficio laboral	Micro empresa	Pequeña empresa	Régimen común
CTS	NO	15 R.D ¹ . por año (máximo 90 R.D.)	1.1665 de R.M.
Descanso anual pagado	15 días calendario	15 días calendario	30 días calendario
Gratificación legal	NO	½ R.M. por vez, 2 veces al año	1 R.M. por vez, 2 veces al año
Indemnización por despido arbitrario	10 R.D. por año hasta 90 R.D.	20 R.D. por año hasta 120 R.D.	1.5 R.M. por año hasta 12 R.M.
Participación en las utilidades	NO	SI	SI
Sistema previsional	Voluntario	Común	Común

RD = Remuneración diaria

RM = Remuneración mensual

En relación con la fijación del salario mínimo, este ha variado aproximadamente cada dos años, aunque por razones políticas. En el año 2001 ascendía a S/.460.00, luego ha tenido la siguiente secuencia: S/.500.00, S/.530.00, S/.550.00, S/.580.00, S/.600.00. A partir de agosto de 2011 ascendió a S/.675.00, para, finalmente, establecerse desde junio del año 2012 en S/.750.00.

Por las limitaciones presupuestales existentes en el sector público, era una práctica generalizada contratar a personal de manera no laboral a pesar de que realizaban sus servicios subordinadamente mediante los denominados contratos de servicios no personales (SNP). Como todos estos casos se perdían judicialmente, el Decreto Legislativo No. 1057 (28.6.2008) creó un régimen laboral excluido denominado contratación

administrativa de servicios (CAS) solamente aplicable para personas contratadas por el Estado y que tenían algunos beneficios de los trabajadores: jornada máxima y 15 días de vacaciones, por ejemplo. Luego de una revisión realizada por el Tribunal Constitucional, que le reconoció su naturaleza laboral, aunque especial (con libre temporalidad de contratación), mediante la Ley No. 29849 (5.4.2012) se dispuso la progresiva eliminación de este régimen, a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil; adicionalmente, en la misma norma se reconoce a estos trabajadores los mismos beneficios que un trabajador del régimen laboral general, como son 30 días de vacaciones y aguinaldos conforme se otorga a los trabajadores del sector público (aproximadamente S/.300.00). Asimismo, recientemente se ha promulgado la Ley No. 30057 (Ley de Servicio Civil, del 1.7.2013), que tiene como finalidad tener un Estado más eficiente, obras de mejor calidad y servicios públicos orientados al ciudadano; pretende ordenar el caos y el desorden existente en materia de contratación, remuneraciones, deberes y derechos de los servidores públicos, al brindar aumentos en ingresos con mayor equidad remunerativa; adicionalmente, otorga a los trabajadores gratificaciones en julio y diciembre, así como CTS anuales equivalentes a un ingreso mensual. Cabe precisar, que la norma permitirá que los servidores CAS, y todos aquellos que ingresen al nuevo régimen, tengan estabilidad laboral. La mencionada reforma durará seis años.

Finalmente, mediante la Ley No. 30036 (4.6.2013) se regula el teletrabajo, señalándose que, para tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo, se tendrá en cuenta la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros. Así también, establece tres supuestos de modificación del contrato: El empleador puede variar la modalidad de prestación de servicios a la de teletrabajo, previo consentimiento del trabajador; el trabajador puede solicitar al empleador la reversión de la prestación de sus servicios bajo el teletrabajo, previa aceptación del empleador, quien puede denegar dicha solicitud en uso de su facultad directriz; y el empleador puede reponer al teletrabajador a la modalidad convencional de prestación de servicios que ejecutaba con anterioridad, si se acredita que no se alcanzan los objetivos de la actividad bajo la modalidad de teletrabajo. Adicionalmente, se reconoce que el teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada.

2. Derecho de las Relaciones Colectivas de Trabajo

Tras la reforma normativa ocurrida en la década de los noventa, los derechos colectivos en el Perú perdieron su valía pragmática, pues, pese a su reconocimiento constitucional, se impuso una práctica reglamentarista del derecho que llevó a negar posibilidades tangibles en cuanto a sindicación, negociación y autotutela.

El Tribunal Constitucional, mediante sentencias interpretativas y normativas, colaboró, principalmente, en la concreción material del primer eslabón: la sindicación mediante el desarrollo de tipologías sobre el despido arbitrario, el cual hasta entonces era utilizado como procedimiento de despido tasado y como posibilidad de deshacer sindicatos a discrecionalidad.

Sin embargo, los sindicatos nacientes encontraban un escenario difícil para negociar colectivamente e incluso realizar una huelga dentro de los parámetros constitucionales (las huelgas eran declaradas improcedentes o ilegales bajo sustentos estrictamente formales, apoyados en normas reglamentarias).

Si bien hubo una importante modificación de varios aspectos de la legislación colectiva en el año 2003, fue en el año 2011, con el fin de fomentar la negociación colectiva y promover soluciones pacíficas a los conflictos laborales, que se estableció a nivel reglamentario el denominado arbitraje potestativo causado, el cual procede frente a actos de mala fe o en el entorno de la primera negociación para fijar su nivel o contenido.

Parte de la doctrina local entiende que el arbitraje potestativo resulta ilegal; mientras que otro sector, desde una lectura sistemática, entiende que el mismo no puede ser causado sino incausado. Esta discusión se suscita en el contexto de un proceso judicial iniciado por parte del sector empresarial, que ya en primera instancia ha aprobado la subsistencia del arbitraje potestativo causado.

El arbitraje potestativo ha demostrado, en la práctica, dos efectos: uno directo y otro indirecto. El primero de ellos se ha expresado en la solución de conflictos laborales a través de sus vías, en todos los casos bajo las causas reglamentadas; el segundo ha sido expresado a través del incremento de acuerdos colectivos en trato directo, lo que demuestra una mejor predisposición al arribo de acuerdos bilaterales ante la viabilidad de que un tercero sea quien defina el contenido del producto negocial.

Lo dicho tiene plena validez para las negociaciones entabladas en el sector privado, pero no ha sucedido lo mismo en las negociaciones del sector público. En este último caso, las normas de presupuesto han ido

limitando progresivamente el ejercicio de la negociación colectiva, en un primer momento, mediante la prohibición de brindar incrementos remunerativos o que versen sobre condiciones de trabajo, la que estaba dirigida a los funcionarios públicos encargados de la administración de las entidades estatales; en un segundo momento, incluso estableciendo que son nulos de pleno derecho los laudos arbitrables cuyo contenido presente las materias señaladas.

Este último impedimento ha sido recogido en la reciente ley del servicio civil antes citada, la cual desconoce la posibilidad de los trabajadores del Estado de participar de la negociación colectiva, lo que termina por cerrar un círculo de límites a su ejercicio.

3. Derecho Procesal del Trabajo

Perú viene teniendo una importante transformación en el tema procesal laboral. Los ejes en torno a los cuales se han producido la reforma procesal laboral peruana son tres:

1. La reforma del proceso jurisdiccional laboral, en el año 2010, con la publicación y paulatina vigencia de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), la cual presenta cuatro aspectos destacables tras tres años de implementación:

En cuanto al cambio de un proceso escriturario a uno esencialmente oral, debe indicarse que se ha dejado de lado el esquema instaurado por la norma anterior, Ley No. 26636, en donde la mayoría de actos procesales se materializaban de forma escrita. Con la NLPT se ha pasado a un proceso esencialmente oral, en donde la regla es que las actuaciones procedimentales se realicen oralmente (en las audiencias desarrolladas al interior del proceso) y, de forma residual, sólo algunos actos exigen forma escrita (la demanda, contestación, impugnaciones, entre otros).

Respecto a la tutela cautelar, debe señalarse que la posibilidad de que existan pronunciamientos de los jueces de trabajo en momentos tempranos del *iter procesal* (inclusive antes de que se interponga la demanda) permite asegurar la eficacia de la tutela jurisdiccional –artículo 139.3 de la Constitución– mediante el dictado de las más variadas medidas cautelares que resulten adecuadas para cada caso en concreto.

En relación con los medios probatorios, se han dispuesto reglas más rígidas respecto a la admisibilidad de las pruebas que pueden ser presentadas. Así, ahora se ha precisado la carga procesal que tienen las partes procesales de presentar sus pruebas únicamente con los actos postulado-

rios, salvo que las pruebas versen sobre hechos nuevos o que no podían ser conocidos al momento de interponer el respectivo acto postulatorio. Del mismo modo, la totalidad de las pruebas serán actuadas en la audiencia de pruebas correspondiente (audiencia que en el procedimiento ordinario laboral está contenida en la audiencia de juzgamiento y en el procedimiento abreviado en la audiencia única), acto en el cual las partes deberán llevar sus pruebas y, a través de la oralización de las mismas, deberán actuarlas a fin de generar convicción en el juez sobre los hechos en controversia.

Y, finalmente, en función de los medios impugnatorios, la reforma del recurso de casación salta a la vista, ya que se han introducido cambios, principalmente, en cuanto a las nuevas causales de procedencia de este recurso (por infracción normativa y por apartamiento de los precedentes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema) y por el nuevo procedimiento que sigue a este recurso, lo cual lo ha convertido, en la práctica, en rápido trámite (antes el recurso de casación era resuelto en no menos de seis meses; ahora, en promedio, se resuelve en la mitad de este plazo).

2. De otro lado, la reforma ocurrida el año 2012 referida a las competencias en *procedimientos administrativos de carácter colectivo*, establecida por Decreto Supremo No. 017-2012-TR del año 2012, cumple con el objeto de brindar un control de legalidad más eficiente a ciertos conflictos colectivos tipificados. Se repartieron las competencias administrativas de tipo resolutivo entre las autoridades regionales de trabajo y la nacional, teniendo en cuenta la relevancia de cada conflicto. Así, se reservó a la autoridad nacional la competencia resolutive en aquellos conflictos de carácter *supra* regional o nacional y también se reconoció su rol tutelar sobre las autoridades desconcentradas a través del medio impugnatorio de revisión.
3. Finalmente, la creación legal de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, en el año 2013, tiene por objeto la centralización de la actuación inspectiva a partir del reforzamiento de la inspección del trabajo. Con ello, se busca superar problemas actuales de la inspección: la dispersión de criterios entre las diversas autoridades inspectivas regionales; la necesaria capacitación de los funcionarios inspectores y la extensión de la actuación inspectora a nuevas materias (cumplimiento de la seguridad social) y ámbitos (fiscalización del propio sector público) que hasta hoy estaban exceptuados de fiscalización. Asimismo, se ha incrementado el tope

de las multas a imponer a los empleadores infractores (a pesar de que se ha anunciado que en el reglamento de próxima emisión se reducirán al 90% en caso de subsanación de la infracción), con lo cual aumentaría el carácter persuasivo de la inspección laboral en nuestro país y, por otro lado, se estarían generando mayores recursos dirigidos a reforzar el aparato estatal que tiene a su cargo esta función pública.

4. La Seguridad Social

A. Tratamiento legislativo del sistema de riesgos del trabajo

El sistema de riesgos del trabajo existente en el Perú consiste en brindar prestaciones de salud y pensiones a trabajadores (o, de ser el caso, a familiares de estos) cuya salud se haya visto afectada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. La regulación del sistema de riesgos del trabajo se ha desarrollado según el siguiente detalle:

Fecha de publicación	Disposición normativa	Contenido
17.5.1997	Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Ley No. 26790.	Existencia de Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo que otorga prestaciones de salud y pensiones sólo para trabajadores de empresas que realizan actividades calificadas como riesgosas.
9.9.1997	Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, Decreto Supremo No. 009-97-SA.	
14.4.1998	Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, Decreto Supremo No. 003-98-SA.	Regula prestaciones en salud de atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, rehabilitación, readaptación laboral, aparatos de prótesis y ortopédicos, así como prestaciones en pensiones de sobrevivencia, invalidez y gastos de sepelio.

Ahora bien, a partir del año 2005, con mayor énfasis desde el 21 de agosto de 2011, fecha en la cual entró en vigencia la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley No. 29783),⁵ se ha iniciado una reforma legal centrada principalmente en la prevención de enfermedades y accidentes de trabajo, a partir de la generación de nuevas y mayores obligaciones para las empresas y de la participación de trabajadores y sindicatos en el sistema de seguridad y salud en el trabajo de cada una de estas.

Esta reforma se ha visto reforzada por las fiscalizaciones realizadas por los inspectores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que han recibido cursos de especialización en materia de seguridad y salud en el trabajo, y han dejado de centrarse únicamente en aspectos formales (contar con RISST, registros obligatorios, evaluación de riesgos, etc.) para atender a aspectos de fondo como la adecuación del puesto al estado de salud del trabajador; imponiendo multas que pueden llegar, según la última reforma, hasta las 200 UIT en caso de incumplimiento.

B. Sistema de protección contra el desempleo

En el Perú no existe un sistema de protección contra el desempleo de acuerdo a lo regulado en el Convenio No. 44⁶ de la Organización Internacional de Trabajo, en adelante, “OIT”, pese a las constantes observaciones efectuadas por la Comisión de Expertos respecto a la necesidad de un sistema de seguro de desempleo y a la incompatibilidad de nuestra legislación con la regulación internacional.

Sostenemos lo anterior, en vista de que en nuestra legislación, además del derecho de acceder a prestaciones de salud por un periodo de doce (12) meses, a partir del cese, sólo existe: (i) una indemnización por despido arbitrario, que es pagada únicamente a los trabajadores despedidos de manera injustificada,⁷ cuyo monto es calculado en función al tiempo

⁵ El Reglamento de dicha norma, aprobado por Decreto Supremo No. 005-2012-TR, entró en vigencia el 26 de abril de 2012.

⁶ *Vid.* artículo 1 del Convenio No. 44 de la OIT, aprobado y ratificado por el Perú el 24 de febrero de 1962 y el 4 de abril de 1962; respectivamente. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Convenio No. 44 no está vigente.

⁷ Los artículos 22 y 38 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señalan que la indemnización por despido arbitrario solo le corresponde a los trabajadores que laboren cuatro (4) o más horas diarias para un mismo empleador y que hayan superado el periodo de prueba; respectivamente.

de servicios;⁸ (ii) una compensación por tiempo de servicios que, si bien el legislador la ha denominado “beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo”,⁹ no le corresponde –como hemos visto al inicio de este trabajo– a todos los trabajadores, es calculada en función al tiempo de servicios; es de libre disponibilidad¹⁰ para el trabajador, durante y luego de extinguido el vínculo laboral; y, (iii) el pre-aviso de despido regulado a nivel legislativo es de, únicamente, seis (6) días hábiles.

En consecuencia, dado que el sistema de protección de desempleo en el Perú no está pensado en todos los trabajadores que pierden el empleo ni es calculado en función a la remuneración dejada de percibir sino a lo aportado durante la existencia del vínculo, no resulta útil para sustituir remuneraciones cuando el despido se produce y, en consecuencia, no previene situaciones de pobreza.

C. Sistemas de protección de la Seguridad Social por desamparo ante contingencias sociales en población económicamente activa

El sistema de protección de la Seguridad Social por desamparo ante contingencias sociales en población económicamente activa se ha ampliado a partir de la creación del Seguro Integral de Salud (sis), la emisión de la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud,¹¹ la creación del Fondo

⁸ Según el artículo 38 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral “*La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones*”.

⁹ *Vid.* artículo 1 del Decreto Supremo No. 001-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.

¹⁰ El 1 de mayo de 2009 se promulgó la Ley No. 29352 a través de la cual se restringe la disponibilidad de la Compensación por Tiempo de Servicios a partir de 2010; de modo que a partir de mayo de 2011 sólo puede disponerse el 70% del excedente de seis (6) remuneraciones brutas.

¹¹ La afiliación al SIS se vio fortalecida por la promulgación de la Ley No 29344, Ley del Aseguramiento Universal en Salud y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 008-2010-SA, ya que esta norma supuso el reconocimiento del derecho a la salud de todas las personas desde el nacimiento hasta la muerte y creó regímenes que permitían el acceso a salud de las personas más pobres (sistema subsidiado que sería administrado por el sis) y de trabajadores independientes y de microempresa (sistema semicontributivo).

de Pensiones Sociales (FPS)¹² y la generación de la obligación legal de los independientes de aportar a un sistema de pensiones.¹³

Lo que nos permite concluir que el sistema de protección de la seguridad social ha pasado de ser un modelo focalizado en un determinado grupo de personas a ser un modelo de Universalismo Básico (UB),¹⁴ que tiene como finalidad la protección social en salud y pensiones, no solo de los trabajadores formales, sino también de las personas de más escasos recursos, de los trabajadores de la microempresa, de los trabajadores informales y de los independientes.

5. Jurisprudencia

La Jurisprudencia como “actor principal” del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Perú

El título de esta sección denota un calificativo de implicancias ciertamente importantes y relevantes en torno al papel que ha cumplido la jurisprudencia emitida sobre aspectos laborales y previsionales en nuestro país en este siglo. Quizás el espacio breve que tenemos no demostrará, a nivel cuantitativo, el rol protagónico que ha cumplido la fuente jurisprudencial a lo largo de estos últimos 13 años. Sin embargo, trataremos que el recuento que haremos a continuación dé cuenta, en un plano cualitativo, a qué nos referimos con el rótulo de este acápite de nuestro trabajo.

De inicio, habría que subrayar que el Tribunal Constitucional (TC) y la Corte Suprema (CS) de la República, órganos de mayor jerarquía jurisdiccional en el ordenamiento jurídico peruano, han emitido un importante número de pronunciamientos que no solo se han limitado a interpretar literalmente las normas correspondientes, dado que, en diversas oca-

¹² *Vid.* artículo 23 del Decreto Legislativo No. 1086.

¹³ El 3 de abril de 2013 se publicó el Reglamento de la Ley de Reforma del Sistema de Pensiones, Decreto Supremo No. 068-2013-EF, a través del cual se dispuso que los trabajadores independientes que hasta el 1 de agosto de 2013 no hayan cumplido cuarenta (40) años tenían la obligación de aportar al sistema de pensiones de manera obligatoria.

¹⁴ El Universalismo Básico (UB) es entendido como un nuevo marco de referencia para el diseño y aplicación de las políticas sociales, significa que el país garantice la cobertura universal de prestaciones y manejo de situaciones de riesgos esenciales con estándares de calidad homogéneos, ofrecidos sobre la base de principios de ciudadanía (...) cuyo alcance variará según las posibilidades propias de cada país.

siones, han “transformado”, por decirlo de un modo,¹⁵ el sentido de diversas disposiciones normativas, ingresando inclusive a proveer de pautas o parámetros de actuación al legislador y al juez ordinario.¹⁶

En segundo lugar, cabe resaltar que, si bien es cierto que ambos órganos jurisdiccionales han desarrollado interesantes líneas jurisprudenciales en materia laboral y previsional, ha sido el TC quien ha sacado una marcada ventaja en lo que concierne a la trascendencia no solo jurídica, sino también social, de su jurisprudencia en torno a estas temáticas. La justificación de esta afirmación reside, básicamente, en dos razones: i) en la expedición de un importante número (13¹⁷ de los 40 emitidos) de pronunciamientos de carácter vinculante en materia laboral y previsional, los cuales, como se infiere de su denominación “vinculante”, tienen efecto similar a una ley, es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables, la cual es oponible frente a los poderes públicos¹⁸ y a los particulares;¹⁹ ii) en la emisión de sentencias que, aunque no tienen el carácter de precedentes vinculantes, han tenido una repercusión inclusive mayor a la provocada por aquellos. Esto permite colegir que, específicamente, el actual Derecho del Trabajo peruano no se puede entender sin estudiar las decisiones del TC.

En relación con este segundo argumento, queremos referirnos concisamente solo a dos sentencias del TC que han marcado un nuevo derrotero en las relaciones de trabajo en nuestro país a partir de su emisión. La primera de ellas es la recaída en el expediente No. 1124-2001-AA/TC y su

¹⁵ Así lo sostiene ABAD YUPANQUI, Samuel: En: *Constitución y Proceso Constitucional*. Segunda edición. Palestra, Lima, 2006, pp. 61 y 62.

¹⁶ Esta situación ha sido resaltada, respecto de la jurisprudencia del TC, por: ESPINOZA SALDAÑA-BARRERA, Eloy. *Jurisdicción Constitucional. Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Primera edición, Ara, Lima, 2003, p. 32.

^{Por} otro lado, se indica que el juez constitucional, actualmente, es un verdadero, en la medida de lo posible, creativo-intérprete de la Constitución, correspondiéndole la responsabilidad de adecuar el resto del ordenamiento jurídico a parámetros constitucionales. *Ibidem*.

¹⁷ De estos, cuatro (4) son relativos a materia estrictamente laborales y los nueve (9) restantes tratan cuestiones previsionales. *Cfr*: <http://www.tc.gob.pe/tc_precedentes_vinc.php>.

¹⁸ *Cfr*, Exp. No. 0024-2003-AI/TC, primera consideración previa.

¹⁹ *Vid*. Exp. No. 3741-2004-AA/TC, fundamento 49.

aclaratoria,²⁰ mediante las cuales se consideró que el despido desprovisto de causa, llamado incausado o *ad nutum*, era contrario al derecho al trabajo consagrado en el artículo 22 de la Constitución peruana, considerando, de esta manera, inconstitucional, para el caso concreto, la parte del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que consagra como única protección contra este tipo de despido la indemnización. Indudablemente, este fallo remodeló hasta hoy la tipología del despido inválido que había diseñado el legislador y amplió la protección restitutoria en el trabajo, prevista inicialmente solo para los supuestos de nulidad de despido (artículo 29 LPCL), a los despidos incausados.

Naturalmente, la trascendencia de esta sentencia se debe en buena cuenta a que trastocó el esquema de estabilidad laboral que había diseñado, a partir de una óptica de flexibilización y desregulación del trabajo, el legislador peruano, en torno a un tema harto sensible y condicionante de cualquier sistema de relaciones laborales. Por otro lado cabe mencionar que, a partir de la misma, el TC ha desarrollado nuevas modalidades de despidos incausados, como aquellos no amparados en causas previstas legalmente, con causas inventadas o con pruebas inventadas (conocidos como despidos fraudulentos); despidos lesivos del principio de inmediatez o de razonabilidad; y despidos lesivos de derechos fundamentales como la intimidad, el secreto a las comunicaciones o el derecho de defensa, entre otros.

Las implicancias de este cambio de rumbo en lo relativo a la estabilidad laboral en el Perú son de tal envergadura que, actualmente, en el seno de una reforma procesal laboral encabezada por la Ley No. 29497 antes descrita, que ha traído consigo un nuevo proceso célere y garante de los derechos procesales indispensables, un reciente Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral ha considerado que los despidos incausados y fraudulentos pueden ser tramitados en la vía abreviada laboral,²¹ trayendo a discusión si finalmente el amparo constitucional (muy utilizado como vía urgente para resolver temas laborales y, en especial, para obtener la reposición

²⁰ Para acceder al texto completo de dichas resoluciones pueden revisarse los siguientes vínculos web: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html> y [http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=id\\$id=jurisp%3Ar%3A7c581\\$cid=jurisp\\$t=document-frame.htm\\$an=JD_AMPARO-2002-03\\$3.0](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=id$id=jurisp%3Ar%3A7c581$cid=jurisp$t=document-frame.htm$an=JD_AMPARO-2002-03$3.0)>.

²¹ Para mayor abundamiento, se puede ver el siguiente enlace electrónico: <http://www.trabajo.gob.pe/archivos/slide/2012/PLENO_JURISDICCIONAL_SUPREMO_EN_MATERIA_LABORAL_2012.pdf>.

en el empleo) resultaría actualmente improcedente para impugnar estas clases de despido.

El segundo pronunciamiento al que nos referimos tiene que ver con las relaciones sindicales en el Perú, concretamente, con la determinación del nivel de negociación colectiva. Aquí nuevamente el TC tiene un rol protagónico en la medida en que, mediante sentencia que resolvió el expediente No. 3561-2009-PA/TC y su aclaratoria,²² se dejó sin efecto, por inconstitucional para el caso concreto, la segunda oración del primer párrafo del artículo 45° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo No. 010-2003-TR (LRCT), por la cual se disponía que si las partes no se ponían de acuerdo en el nivel de negociación, ésta se llevará a nivel de empresa. Asimismo, el TC resolvió que dicho desacuerdo tendría que ser resuelto mediante la figura del arbitraje potestativo, sentencia que resultó inspiradora para la regulación de esta modalidad de arbitraje.

La importancia de este fallo radica en que se deja de lado la preferencia que el legislador flexibilizador de la década de los noventa tenía por la negociación colectiva a nivel de empresa, dando paso a que sea un tercero, no el Estado, el que defina este asunto, a fin de evitar que el conflicto sobre el particular quede abierto indefinidamente. Ahora bien, sería insuficiente señalar que sólo en este punto radica la relevancia de esta sentencia, dado que existe un elemento más que la pone de relieve: propulsó una modificación normativa a nivel reglamentario (nos referimos al reglamento de la LRCT, Decreto Supremo No. 011-92-TR), tal como señalamos líneas arriba, que habilitó la procedencia del arbitraje potestativo, no solo para cuando se procure definir el nivel de negociación, sino también para resolver el conflicto cuando se produzcan actos de mala fe negocial.

Pese a lo anotado, no necesariamente todas las sentencias del TC han mostrado una línea progresiva similar a los fallos reseñados. En efecto, el máximo intérprete de nuestro texto constitucional, hace algunos pocos años resolvió, mediante sentencia recaída en el Expediente No. 00002-2010-PI/TC,²³ que el controvertido régimen de contratación administrativo de servicios (CAS), privativo del Estado, no era contrario a la Constitución, luego de una aplicación, en nuestra opinión muy tenue,

²² Para revisar dichas resoluciones puede accederse a los siguientes vínculos web: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03561-2009-AA.html>> y <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03561-2009-AA%20Aclaracion.html>>.

²³ Puede revisarse el texto íntegro de este fallo en el siguiente enlace web: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-AI.html>>.

del principio de igualdad, validando un controvertido régimen de contratación de servidores públicos que otorga menores derechos de los que perciben otros trabajadores contratados bajo los restantes regímenes de contratación de personal que emplea el Estado, pese a que, en muchos casos, aquellos realizan las mismas labores que estos últimos.

Finalmente, debemos referirnos también a la labor jurisprudencial de la cs vinculada, sobre todo, con el Derecho del Trabajo, la cual, si bien ha tenido un impacto menor al provocado por el tc, resulta interesante revisar, aunque brevemente. En este sentido, y en materia de relaciones laborales individuales, destaca aquel fallo (Casación No. 2386-2005-Cal-lao) que extendió la calificación de despido nulo a aquellos ceses lesivos de la igualdad de trato, a partir de un ejercicio del control difuso del artículo 29 de la LPCL. Asimismo, habría que subrayar una reciente resolución (Casación No. 3979-2011-Tacna), la cual reafirma la posición del Pleno Jurisdiccional anotado, respecto a que la reposición en el empleo, como remedio ante un despido incausado o fraudulento, es susceptible de ser tramitada en la vía laboral abreviada.

En materia colectiva de trabajo, la cs también se ha pronunciado, mediante las casaciones laborales No. 2864-2009-Lima y 602-2010-Lima, aunque, según estimamos, no acertadamente, en relación con la extensión de los efectos de una negociación colectiva, celebrada por una organización sindical minoritaria en su ámbito, a todos los trabajadores del mismo, a partir de una errada interpretación del principio de igualdad. Cabe mencionar, además, que estas sentencias se basan en un previo precedente vinculante del mismo órgano desarrollado en la casación No. 1381-2005-Cono Norte Lima.

En síntesis, debemos señalar que, en líneas generales, la jurisprudencia laboral emitida por el tc y la cs tiene cada vez mayor importancia para el Derecho Laboral y Previsional en nuestro país, de tal modo que éstas no pueden concebirse ni comprenderse si no se realiza una remisión frecuente y necesaria a los pronunciamientos que dichos órganos han emitido en tales materias; decisiones que, por lo tanto, como hemos visto a grandes rasgos, han marcado sustancialmente el curso de estas ramas jurídicas. Esta constatación, en buena parte, ha motivado a que el legislador disponga, en el artículo iv del Título Preliminar de la Ley No. 29497, que el juez laboral imparta justicia con arreglo, entre otras fuentes jurídicas, a los precedentes vinculantes del tc y de la cs, lo cual, en definitiva, refleja claramente el papel primario que la jurisprudencia de tales órganos ha alcanzado en nuestro sistema de relaciones laborales.

III. CONCLUSIÓN

No nos arriesgamos a presentar alguna o algunas líneas de tendencia (expansiva, restrictiva) en materia de institucionalización de derechos laborales y sociales, pues, en nuestro país, las modificaciones legales son muy rápidas y opuestas. Un reciente ejemplo lo ha constituido la obligatoriedad y, luego, la suspensión de los aportes previsionales de los trabajadores independientes (ha estado vigente sólo un mes, agosto de 2013). El devenir del desarrollo económico no ha supuesto un cambio del modelo laboral, el cual sigue respondiendo a los parámetros establecidos unilateralmente por el Estado en la reforma de los noventa y sin que se haya contado con la opinión o participación –salvo contadas y complementarias excepciones– de los actores sociales.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: URUGUAY*

LA DÉCADA DEL RELANZAMIENTO DEL DERECHO DEL TRABAJO

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que el Derecho del trabajo es una disciplina muy sensible al entorno, particularmente a las transformaciones económicas, sociales, tecnológicas y políticas. Por esta razón, no es de extrañar que en Uruguay, donde en el último decenio se han registrado importantes cambios en esos planos, aquella disciplina haya sufrido un verdadero reverdecimiento.

El presente informe, tiene como objetivo explicar en qué ha consistido ese relanzamiento del Derecho del trabajo uruguayo, exponiendo para ello sus características más salientes y los principales lineamientos que el mismo ha presentado hasta el momento. Sobre tales bases, también se esbozarán, con sentido prospectivo, algunas tendencias que pueden anunciar cuáles podrían ser los cauces sobre los que discurrirá la evolución de la disciplina en los próximos años, particularmente atendiendo a los cambios económicos que parecen avecinarse para el país, la región y el mundo.

Pero, antes de ingresar en el tema de fondo, parece necesario presentar una visión sinóptica y panorámica de las principales características del Derecho del trabajo uruguayo, desde sus orígenes (a inicios del siglo xx) hasta los primeros años del siglo xxi, pues seguramente ello contribuirá a aportar elementos para una mejor comprensión del estado de situación actual.

* Coordinadores: Mario Garmendia y Alejandro Castello.

II. PANORAMA SINÓPTICO DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO URUGUAYO HASTA COMIENZOS DEL SIGLO XXI

El Derecho del Trabajo uruguayo nació y se desarrolló a partir de una inequívoca impronta protectora. Esta característica se hizo manifiesta no sólo en el plano del derecho positivo, sino además (y muy particularmente) en el terreno de los desarrollos doctrinarios.

En un país donde las normas laborales carecen de la unidad que en otros ordenamientos les ha otorgado la codificación, la doctrina ha asumido un rol particularmente relevante a la hora de cubrir los intersticios dejados por las primeras, dándole sentido y alcance a la mayor parte de las nociones fundamentales que hacen a la disciplina.

De este modo, el Derecho del trabajo uruguayo se fue construyendo como un sistema complejo, que no sólo se ha nutrido de aportes normativos de diverso origen (estatal o autonomía colectiva), sino también, y muy especialmente, de las elaboraciones realizadas por la doctrina y, luego, por la jurisprudencia.

En el eje de ese sistema siempre ha estado presente la idea del sentido intuitivo que sirve de orientación a la disciplina y, por esta razón no es incorrecto afirmar que en su esencia, el Derecho del trabajo uruguayo siempre ha sido protector.

Desde luego, esto no significa desconocer que dicha esencia se ha manifestado con altibajos en distintos momentos y que, incluso, quedó puesta en jaque en alguna que otra ocasión.

En todo caso, simplificando mucho la cuestión, puede decirse que en el siglo xx el Derecho del trabajo se manifestó en Uruguay bajo el influjo de dos signos contrapuestos (uno protector, el otro, flexible), que pausaron dos grandes periodos, que daremos en llamar: 1) del surgimiento, consolidación y expansión (1915 hasta fines de la década de los '60) y 2) del quiebre, debilitamiento y desarticulación (década de los '70 hasta los primeros años del siglo xxi).

1. Periodo del surgimiento, consolidación y expansión (1915 – fines de los años '60)

Uruguay, suele ser identificado como un país pionero en la atención de los temas sociales en general y laborales en particular. El país inauguró su legislación en esta materia en 1915, con la aprobación de la ley de limitación de la jornada (comúnmente conocida como ley de ocho horas).

A partir de ese momento, la normativa laboral comenzó a desarrollarse impulsada por la idea de mejorar la situación económica del trabajador, pero también con la consigna de democratizar las relaciones de trabajo, consagrando mayores espacios de libertad para el trabajador, limitando los poderes del empleador en la dirección de la empresa y la contratación del trabajo.

En esa línea, varias leyes regularon el tiempo de trabajo (jornada, descansos, vacaciones anuales, etc.), consagraron beneficios económicos (como por ejemplo, el aguinaldo), limitaron o desestimularon el despido e incentivaron la estabilidad laboral (fundamentalmente a través de leyes aprobadas a partir de 1944, que consagraron un sistema de indemnizaciones que toma en cuenta la remuneración del trabajador y su antigüedad en el empleo), establecieron diversas medidas sobre seguridad y prevención de riesgos del trabajo y consagraron un sistema obligatorio y tripartito de fijación de salarios mínimos por categoría laboral (Ley 10.449 sobre Consejos de Salarios y Asignaciones Familiares, de 1943).

A partir de mediados de la década de 1940, la instalación y funcionamiento de los Consejos de Salarios tuvo como efecto inmediato un incremento del salario real, la creación de varios beneficios económicos (compensaciones, primas, incentivos, etc.), la limitación de las tareas y funciones asignadas a los trabajadores mediante la determinación de categorías laborales, el crecimiento de la tasa de sindicalización y el fortalecimiento de los sindicatos y la centralización de la negociación colectiva.

Además de la proficua producción legislativa, con la reforma constitucional de 1934, Uruguay se incorporó a la corriente de la constitucionalización social, iniciada en México en 1917 y a la que, para entonces, ya se habían sumado varios otros países de la región.

Durante este primer periodo, el derecho laboral se desarrolló, no sólo en el plano de las normas, sino que también alcanzó su consolidación como disciplina jurídica (promovida por el destacado papel académico de juristas como Francisco De Ferrari, Américo Plá Rodríguez y Héctor-Hugo Barbagelata) y ganó autonomía en materia jurisdiccional (a partir de 1960).

Su consolidación, también fue manifestándose a través de la progresiva expansión de sus fronteras, para ir sucesivamente abarcando no solamente a los trabajadores claramente subordinados (primero de la industria y, posteriormente, del comercio y servicios), sino también a otras ocupaciones y profesionales, cuya dependencia con el empleador se presenta con contornos más difusos, como son los casos de los trabajadores a domicilio, los viajantes y vendedores de plaza, directores, administradores, profesio-

nales universitarios, técnicos de alta especialización, deportistas, artistas, entre otros.

2. Periodo del quiebre, debilitamiento y desarticulación (década del '70 hasta primeros años del siglo XXI)

El modelo garantista, funcionó exitosamente en la mayor parte del mundo (incluyendo los países latinoamericanos) durante varias décadas, especialmente cuando finalizada la Segunda Guerra Mundial hubo que reconstruir varias regiones del planeta y ello generó una enorme inversión en infraestructura que hizo crecer a la industria y el comercio internacional.

El fin de la era del petróleo barato, la caída del socialismo real, la globalización, la mundialización de la economía, la liberalización del comercio internacional, la revolución de las tecnologías de la información, el crecimiento de la inflación y el déficit fiscal, la implementación de nuevas formas de organización del trabajo (tercerización, outsourcing, descentralización productiva), la crisis del modelo de reparto de Seguridad Social, son causas que generaron un incremento de los niveles de competencia entre las empresas y consecuentemente la necesidad de reestructurar el funcionamiento y los costos de las mismas, incluyendo las laborales.

Estos cambios, impactaron sobre el sistema de relaciones de trabajo y el derecho laboral, multiplicándose en la mayor parte de las regiones del mundo las “reformas laborales” de sentido flexibilizador, basadas en la filosofía de liberalismo económico.

El nuevo paradigma, se basó en la descentralización de la negociación colectiva (la tendencia pasó a ser, negociar por empresa y con la finalidad de adaptar los beneficios y el salario a la necesidad de reestructuración empresarial), el recurso a modalidades de “contratación no laboral” de los servicios personales, la individualización de las relaciones individuales de trabajo, el fomento de las relaciones laborales atípicas, la descentralización productiva, el relajamiento de la estabilidad en el empleo (disminuyéndose las exigencias para el despido), entre otros fenómenos, que generaron un incremento de la precariedad laboral, la disminución de los niveles de remuneración y de los beneficios laborales, la segmentación del mercado de trabajo y la crisis del actor sindical.

En Uruguay desde la década de 1960 se había comenzado a advertir una tendencia de subordinación de lo social a lo económico, contradictoria con lo que había sido el proceso desde principios de siglo. Sin embargo, no es sino hasta después de finalizado el quiebre institucional (1973-1985)

y restablecido el estado de derecho, que comienzan a advertirse los síntomas más claros de la imposición del modelo flexible.

Este proceso, no fue abrupto ni estructurado, sino progresivo y desordenado, y tuvo un desarrollo zigzagueante, de suerte tal que normas de sentido flexibilizador, se alternaron con otras protectoras que matizaban las mayores asperezas del fenómeno. A diferencia de lo que pudo haber acontecido en otros países de la región, en el caso de Uruguay la reforma desarticuladora no tomó cuerpo en una norma legislativa, sino que se desarrolló predominantemente de hecho, a través del recurso a mecanismos, tales como la acentuada minimización de la actuación del Estado en el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, y la revalorización a nivel jurisprudencial del rol de la autonomía de la voluntad individual.

A este respecto, merece especial mención la decisión del Poder Ejecutivo (1991) de dejar de convocar a los Consejos de Salarios, liberalizando la política salarial. Esta medida, desmovilizó a los sindicatos, hizo caer la negociación colectiva y los salarios y frenó los beneficios laborales). A ello, se sumó el incremento del desempleo, la inflación, la recesión y la crisis económica y financiera.

Sin embargo, dos leyes sancionadas en este periodo tuvieron un efecto altamente pernicioso para el mercado de trabajo y las relaciones individuales de trabajo. La primera, fue la Ley N° 16.906 de 1996 sobre caducidad de los créditos laborales, mediante la que se redujo sensiblemente el plazo de la prescripción de los créditos laborales (que pasó de 10 a 2 años). Esta reforma, en el régimen de prescripción, alentó el incumplimiento laboral por parte de las empresas (ya que los riesgos o contingencias laborales pasaron a estar mucho más acotados). La segunda norma flexibilizadora, fue la Ley N° 16.713 sobre reforma del sistema jubilatorio, que introdujo el régimen de capitalización individual, combinado con el régimen de solidaridad intergeneracional.

Esta última norma legal, de carácter previsional, incluyó una regulación sobre el régimen de contratación con los trabajadores autónomos, denominados “empresas unipersonales”, la cual tuvo un efecto negativo para el Derecho laboral, ya que en la práctica implicó un incentivo para que las empresas contratasen a trabajadores dependientes bajo la forma de arrendamiento de servicios o de obra, sin que ello representase mayores riesgos económicos para las empresas.

Es importante señalar, además que estas modalidades de contratación no laboral, que en muchos casos encubrían verdaderas relaciones de trabajo dependientes, eran utilizadas no solamente por las empresas privadas, sino también por el propio Estado. De esa manera, un número

significativo de las personas que trabajaban en y para el Estado, no eran reconocidos como funcionarios públicos, sino que revestían formalmente la calidad de trabajadores autónomos.

En el plano de la Seguridad Social, en el año 1995, se reformó el tradicional sistema jubilatorio de reparto o de solidaridad intergeneracional, pasando a un sistema mixto, que combina un pilar basado en la solidaridad intergeneracional, con un pilar de ahorro individual y administración de los fondos a través de entidades privadas (Administradoras de Fondos de Ahorros Previsionales). Además, se realizó una reforma “paramétrica” en el primer pilar, haciéndose más exigentes los requisitos para acceder a las prestaciones y más severas las variables para el cálculo de las mismas.

III. EL RELANZAMIENTO DEL GARANTISMO (2005 A LA ACTUALIDAD)

1. El “auge” del derecho laboral

El modelo flexible, que vivió Uruguay hacia fines del siglo pasado (que tuvo similares características en otros varios países de América Latina y que actualmente ha retornado con fuerza en Europa, debido a la crisis económica y financiera que vive esa región desde 2008) comenzó a llegar a su fin a partir del año 2005, cuando el país vivió un relevante cambio político, a raíz de la llegada de la izquierda al poder. Este cambio político, aunado a las buenas condiciones económicas externas que favorecieron a la economía uruguaya (el país lleva una década de sostenido crecimiento del PBI, con tasas que promedian el 5% anual y un incremento continuado de la inversión extranjera), marcaron un periodo de inflexión en la tendencia a la restricción de los beneficios y derechos laborales y el achicamiento del círculo de protección del derecho laboral y de la restricción de beneficios de la seguridad social.

A continuación, se exponen las grandes tendencias y lineamientos que pueden detectarse en el Derecho laboral de los últimos ocho años en Uruguay:

En primer lugar, desde el año 2005 al presente se ha verificado una mayor presencia e intervención del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en las relaciones de trabajo (individuales y colectivas), caracterizada por una importante inclinación (o respaldo) hacia las posiciones sustentadas por el movimiento sindical y, en cambio, un distanciamiento y divorcio con los intereses y reivindicaciones del sector empleador. Así, por ejemplo, la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social ha lleva-

do adelante una intensa política de fiscalización del cumplimiento de las normas laborales, que ha tenido como consecuencia un incremento de la formalización del mercado de trabajo y un mejoramiento de las condiciones de empleo.

En segundo lugar, se convocó nuevamente a los Consejos de Salarios, que comenzaron a funcionar en el mes de mayo de 2005, incluyendo por primera vez al sector rural, el servicio doméstico, y se creó un ámbito de negociación salarial para el sector público. Esto incentivó el crecimiento de los sindicatos (que multiplicaron su tasa de afiliación por cuatro) y amplió la cobertura de la negociación colectiva, que alcanza prácticamente a todo el sector privado. Además, el sentido de la negociación dejó atrás el formato de “crisis y adaptación”, para recuperar el sentido de “mejoramiento”, en beneficio de los trabajadores. La consecuencia de todo ello, ha sido un incremento promedio del salario real mayor al 60% en un término de 8 años y la creación de una importante red de beneficios económicos para los trabajadores (compensaciones, bonificaciones, primas, incentivos, etc.).

En tercer lugar, se derogaron decretos que habilitaban el ingreso de la fuerza policial para desalojar los establecimientos ocupados por huelguistas, lo que incentivó, en los hechos, esta clase de medida de conflicto y otorgó gran poder a los sindicatos para presionar a los empleadores y alcanzar sus reivindicaciones. Téngase presente además, que en Uruguay siempre se admitió toda clase de modalidad atípica de la huelga y que no se exige requisito o condición alguna para su ejercicio, lo que obviamente concede un amplísimo espectro de actuación a los sindicatos.

En cuarto lugar, se aprobaron numerosas leyes y decretos (sumados ambos, superan el centenar) de signo claramente protector y promocional en materia sociolaboral, como es el caso, a vía de ejemplo, de la Ley N° 17.940 sobre fuero sindical, que fortaleció al movimiento sindical, reconociendo la posibilidad de declarar nulos a aquellos actos (incluido el despido) tendientes a menoscabar la libertad sindical del trabajador en relación con su empleo o con el acceso al mismo; la Ley N° 18.065 sobre regulación del trabajo doméstico, que estableció por primera vez la limitación de la jornada de trabajo para este tipo de tareas; se amplió el régimen de prescripción laboral (Ley N° 18.091 de 7 de enero de 2007) pasando de 2 a 5 años; se sancionaron dos leyes sobre protección de los “derechos de los trabajadores ante los procesos de descentralización empresarial” (Leyes N° 18.099 y N° 18.251 de 2007 y 2008 respectivamente); se consagró la limitación de la jornada del trabajador rural (Ley N° 18.441); se sancionó por primera vez una ley de negociación colectiva que fomenta la negocia-

ción centralizada y permanente (Ley N° 18.566); se reguló el acoso sexual (Ley N° 18.561), entre otras normas.

Todos estos cambios normativos y de postura del Estado frente a las relaciones individuales y colectivas de trabajo, trajeron consigo una verdadera reforma laboral de claro signo garantista, que retomó así la senda de protección que tuvo el derecho laboral en la primera mitad del siglo xx.

En quinto lugar, como se adelantará, esta reforma laboral garantista ha sido acompañada de un contexto económico muy favorable para el país, que ha permitido mejorar los niveles de empleo, llevando al desempleo a las tasas más bajas de toda la historia, y ha generado, como se dijo, un crecimiento muy importante de los salarios reales y el mejoramiento de las condiciones de trabajo, todo lo que ha dado lugar a que se señale que en los últimos 8 años estamos en presencia de una nueva “década dorada” del derecho laboral y los sindicatos, lo que contrasta claramente con la situación crítica que vive la disciplina en otras regiones del mundo, como Europa.

En sexto lugar, esta nueva coyuntura del derecho laboral ha significado una nueva tendencia expansiva del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral, similar a la que se había registrado en la etapa fundacional del derecho laboral. Así, a vía de ejemplo, el Decreto N° 398/009, que regula el régimen de aportación a la seguridad social de los profesionales del deporte, incluye a los árbitros de fútbol en el régimen de dependencia laboral (tradicionalmente fueron trabajadores autónomos). El reciente Decreto N° 216/012 de 29 de junio de 2012 derogó las presunciones de “autonomía” que regían sobre el trabajo de alambradores, equiladores, tractoristas y otras categorías de trabajadores del medio rural, que siempre eran tratados y contratados bajo el régimen de arrendamiento de servicios.

En séptimo lugar, tanto el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como el Organismo de Seguridad Social (BPS) y la Justicia Laboral, han cambiado su postura en relación a las formas no laborales de contratación de trabajo, como son los casos de arrendamiento de obra y de servicios, cuando el prestador del servicio lo realiza en forma personal, mostrando una gran desconfianza en relación a las mismas. En tal sentido, se ha vuelto frecuente que la justicia laboral ampare reclamaciones de trabajadores presuntamente “autónomos”, que plantean que mantuvieron relaciones laborales dependientes encubiertas con las empresas, habiendo una mayor flexibilización de los tribunales laborales en la apreciación de la prueba y los indicios de subordinación.

Así, se advierte el retorno de una parte importante de la jurisprudencia al antiguo criterio de presumir la relación de dependencia laboral cuando

existe trabajo realizado en forma personal y continuada, así como también un empleo frecuente de los indicadores y presunciones de dependencia laboral que se establecen en la Recomendación N° 198 de la OIT sobre relación de trabajo.

En el plano del trabajo autónomo, indudablemente la modificación más importante fue la derogación del art. 178 de la Ley N° 16.173 por parte de la Ley 18.783 de julio de 2011, eliminando así las formas de incentivo y fomento del empleo del arrendamiento de obra o servicios para contratar falsos autónomos.

h) Por último, se advierte una fuerte centralización de las relaciones colectivas de trabajo, producto fundamentalmente del funcionamiento de los Consejos de Salarios, que fijan salarios mínimos para todo un sector o rama de actividad. En la práctica, este mecanismo de fijación de remuneraciones obligatorias ha generado que los sindicatos se organicen por rama o sector de actividad y que la negociación colectiva adopte el mismo nivel o ámbito de contratación. El resultado, ha sido el fortalecimiento de los sindicatos y la tendencia a la equiparación de las condiciones de trabajo a nivel de las empresas pertenecientes a una misma rama o sector económico.

2. La reforma de la reforma en materia de seguridad social

Como quedó dicho, en el año 1995 se realizó una reforma del sistema jubilatorio de invalidez, vejez y sobrevivencia, introduciéndose la técnica de ahorro y capitalización en cuentas individuales, administradas por entidades privadas. Uno de los aspectos que fueron modificados fue la edad jubilatoria y la cantidad de años de servicios que se requerían para acceder a la jubilación común. En tal sentido, se incrementó la edad jubilatoria de las mujeres, que pasó de 55 a 60 años de edad, equiparándola con la que regía para los hombres, así como también se aumentó la cantidad de años de servicio, pasando de 30 a 35 años como mínimo.

Diversos estudios realizados en los últimos años, indicaban que el aumento de la exigencia de cantidad de años de trabajo para acceder a la jubilación común, podía generar un importante perjuicio para los trabajadores poco calificados y de menores ingresos, normalmente expuestos a largos periodos de desempleo y, por ende, con menor probabilidad de alcanzar los 35 años de trabajo al cumplir los 60 años de edad. Iguales consideraciones se realizaban respecto a las exigencias impuestas por la ley para acceder a la jubilación por edad avanzada (se exigía un mínimo de 70 años de edad y 15 años de servicio).

Por esa razón, en el año 2009 la Ley N° 18.395 introdujo una flexibilización de las condiciones y requisitos para acceder a las jubilaciones. Entre otros aspectos, se disminuyó la cantidad de años de trabajo para acceder a la jubilación por causal común, pasando de 35 a 30 años, así como también para configurar la jubilación por edad avanzada (puede accederse a la misma con 65 años de edad y 25 años de trabajo).

Además, se creó un subsidio especial de inactividad compensada, que beneficia a los trabajadores con 58 años de edad cumplidos y que han permanecido en situación de desocupación forzosa durante más de un año y no logran obtener un nuevo empleo. Ese subsidio puede tener hasta un plazo de dos años, permitiendo de ese modo que el trabajador de edad avanzada, que no puede acceder aún a la jubilación por no tener la edad para ello (60 años) y no consigue empleo, pueda obtener un ingreso mínimo garantizado hasta llegar a la jubilación.

Por otra parte, en estos últimos años también se ha extendido y mejorado el sistema de protección social, reformándose el régimen de subsidio por desempleo, facilitando el acceso al mismo y mejorando los niveles de cobertura (Ley N° 18.399), profundizándose el sistema de asignaciones familiares (Ley N° 18.227), entre otras medidas.

Además, se ha implementado una extensa batería de medidas de tipo asistencialista, dirigidas a los hogares en situación de vulnerabilidad social, las que incluyen aspectos tan variados como los planes de trabajo social remunerado, el otorgamiento de ayudas económicas a las familias que se encuentran en situación de exclusión social, etc.

Las medidas relatadas de manera sucinta, evidencian que en la última década, en Uruguay el Estado ha retomado su rol protagónico en materia de protección social, estableciendo una extensa red de subsidios en dinero y prestaciones en especie (servicios sanitarios, salud, alimentación, vivienda, etc.) dirigidos principalmente a los segmentos más vulnerables de la población.

IV. PERSPECTIVAS

De cuanto se viene de exponer, surge que el derecho laboral de Uruguay ha transitado, en casi 100 años de evolución, por tres grandes etapas históricas:

- La etapa fundacional y de desarrollo del Derecho laboral, que va aproximadamente desde comienzos del siglo xx hasta avanzado el mismo, donde la legislación adoptó un claro signo protector y garantista del trabajo.

Parte de esta etapa, coincide con la época de “oro” del Derecho laboral en el mundo, que abarcó desde la terminación de la Segunda Guerra Mundial hasta la crisis del petróleo y el fin de la energía barata. El derecho laboral, impulsado por el crecimiento económico y la conformación del Estado de Bienestar Social, expandió rápidamente sus fronteras y atrajo hacia su epicentro a gran cantidad de grupos de trabajadores, incluyendo a aquellos en los cuales la subordinación jurídica podía resultar difusa o poco clara.

- En la segunda etapa, que abarcó las últimas décadas del siglo xx y los primeros años del presente siglo, el Derecho laboral se vio sacudido por fenómenos como la globalización, la mundialización, las nuevas formas de organización del trabajo, la doctrina neoliberal, la revolución de las tecnologías de la información y las comunicaciones, los cambios en las pautas de consumo, la crisis económica y de endeudamiento en algunos países, entre otros, los que provocaron la instauración de un modelo flexible de relaciones laborales, con menor intervención tuitiva del Estado y una disminución del poder de los sindicatos, todo lo que generó una drástica fuga o huida del Derecho laboral. En ese marco, resurgió el trabajo autónomo, muchas veces falso o no auténtico, que en el caso de Uruguay se identificó con las denominadas “empresas unipersonales”, que en muchos casos fueron la puerta de salida de la red protectora del Derecho del trabajo.
- Por último, desde el año 2005 al presente, Uruguay ha vivido una verdadera reforma laboral, que ha implicado retornar al modelo garantista del Derecho del trabajo. Existe un gran auge de los sindicatos y un crecimiento sostenido de los salarios y las condiciones de empleo.

La interrogante que se plantea en la actualidad, es cuánto podrá durar esta situación de expansión y profundización de las tendencias garantistas y protectoras, tanto en el ámbito laboral como en el de la Seguridad Social.

Varios factores ponen en tela de juicio el desenvolvimiento futuro de estas disciplinas. En primer lugar, la crisis económica y financiera por la que atraviesan varios países de Europa y Estados Unidos, la cual aún no ha sido superada, ha generado un alto desempleo, la precarización de las condiciones de trabajo y la introducción de reformas laborales y previsionales de sentido flexibilizador.

Si bien, las experiencias de los países y regiones no son automáticamente trasladables a los otros, es evidente que son un espejo en el cual suelen mirarse los países que atraviesan dificultades similares. Por ello, no resultaría extraño que la reapertura del debate sobre flexibilidad y garantismo que vive Europa, pueda trasladarse a los países del tercer mundo que atraviesen por dificultades económicas similares.

En segundo lugar, la situación de bonanza económica que ha vivido Uruguay y la región en la última década, parece estar llegando a su fin. El escenario externo mundial, que veremos en los próximos años, será seguramente más adverso para Uruguay, el cual deberá afrontar además problemas más serios en la región, sin grandes márgenes para hacer política contracíclica.

Así, en materia monetaria no existirá mucho margen para políticas expansivas como las que se ven en Europa y Estados Unidos, porque la inflación de nuestro país es alta, la situación de las finanzas públicas es consistente, con un déficit fiscal estructural cercano a 4% del PIB, por lo que será difícil mantener alto el gasto público y los problemas de competitividad posiblemente se vean agravados, ya que no ha existido una adecuada inversión en infraestructura.

Por todo ello, no sería aventurado pensar que la actual “década dorada” del Derecho laboral puede verse frenada en los años venideros.

EVOLUCIÓN DEL NIVEL DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR ASALARIADO EN EL ÚLTIMO DECENIO (2003-2012)

PERFIL: VENEZUELA*

I. INTRODUCCIÓN

El presente informe¹ tiene por objeto exponer el desarrollo normativo de los derechos laborales y de seguridad social, así como sus implicancias durante el periodo comprendido entre los años 2000 y 2012. El periodo aparece precedido por la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela² –en lo sucesivo CRBV– adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente en diciembre de 1999. Dicha constitución amplia el catálogo de derechos sociales consagrados en la carta magna del año 1961 e impulsó un intenso desarrollo normativo en materia laboral, en cuyo ámbito destaca la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras³ –en lo sucesivo LOTTT– promulgada en el año 2012.

Finalmente, cabe advertir que, en lo ideológico, el periodo analizado se ha caracterizado por el predominio de la “revolución bolivariana” que lideró el ex presidente de la república, Hugo Chávez Frías, cuyo énfasis se ubica, precisamente, en el desarrollo de los derechos sociales mediante la inversión de los cuantiosos ingresos ofrecidos por la renta petrolera.

* Coordinador: Alexandre Marín Fantuzzi. Participantes: Nelson Camba Trujillo, César Carballo Mena, Irma Bontes Calderón, Reinaldo Guilarte Lamuña, Flavia Zarins Wilding, Daniel Jaime Kellerhoff.

¹ Por razones de espacio se ha omitido la indicación del número de los artículos que regula el derecho o la situación jurídica a que se hace referencia en el informe así como de las gacetas donde se publican las leyes y reglamentos mencionados.

² Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.860 del 30 de diciembre de 1999, reimpressa en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela – en lo sucesivo GORBV- N° 5.453 Extraordinaria, del 24 de marzo de 2000.

³ Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, GORBV N° 6.076 Extraordinaria del 7 de mayo de 2012.

II. DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DEL TRABAJO

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución,⁴ se toman medidas especiales para proteger el trabajo y el desempleo cuya materialización inmediata se realiza a través de un Decreto Presidencial⁵ que impide el despido, traslado o desmejora sin justa causa previamente calificada por el Inspector del Trabajo mediante un procedimiento administrativo. Ese decreto exceptuaba de la protección a los trabajadores que devengaran más de 3 salarios mínimos y los que tuvieran menos de tres meses laborando, pero las reformas 2011 y 2012, incluyeron a éstas categorías, y, en la actualidad solo están exceptuados los trabajadores de dirección, los temporeros y los ocasionales.

La inamovilidad ha venido prorrogándose desde diciembre del año 2000⁶ y la medida se ha transformado, prácticamente, en una estabilidad absoluta para todos los trabajadores del sector privado y público.⁷ La tendencia ha sido claramente la de proteger a un mayor número de trabajadores de los despidos injustificados. Si bien la Estabilidad fue regulada por la LOTTT, aun rige el Decreto de Inamovilidad y prevalece hasta que termine la vigencia del Decreto de Inamovilidad en diciembre de 2013. El sistema de protección al empleo promulgado por la LOTTT contempla la estabilidad para todos los trabajadores, salvo los de dirección y los que tengan menos de 1 mes de prestación de servicios, de manera que no podrán ser despedidos sin justa causa, sin embargo, se admite el pago indemnizatorio condicionado a la voluntad del trabajador.

Por otra parte, La LOTTT modifica sustancialmente el régimen de la jornada de trabajo, incorpora el concepto de entidad de trabajo, elimina la distinción tradicional entre empleados y obreros, incluye modificaciones particulares en materia de contratos de trabajo, aumenta los descansos pre y post natal, el pago del Bono Vacacional, el de las Utilidades y el de las Prestaciones Sociales, al cual nos referiremos, con detalle, más adelante.

⁴ La Constitución anterior también protegía el empleo y garantizaba la Estabilidad.

⁵ Denominado “Decreto de Inamovilidad Laboral”. Fue promulgado por primera vez en el año 2001.

⁶ El Decreto vigente a la fecha de esta comunicación rige hasta diciembre de 2013.

⁷ Solo se aplica a los trabajadores del sector público que se rijan por la legislación laboral. Los funcionarios están exceptuados.

El nuevo régimen de la jornada de trabajo entró en vigencia a partir del mes de mayo de 2013 y establece la reducción de la jornada ordinaria de trabajo diurna, de 44 horas a 40 horas semanales, y la jornada ordinaria de trabajo mixta, de 42 horas a 37 ½ horas y media semanales. Se aumenta los días de descanso obligatorios a 2 días continuos. Las excepciones a los límites de la jornada ordinaria sufren igualmente modificaciones y solo se permite la jornada diaria extendida hasta 11 horas, siempre que en un periodo de 8 semanas el promedio no exceda de 40 o 42 horas semanales de trabajo, dependiendo la actividad. En abril de 2013, se dictó un Reglamento Parcial de la LOTTT sobre jornada, que destaca la inclusión de la jornada hasta 10 horas diarias, en las entidades de trabajo sometidas a oscilaciones de temporada, y la flexibilización del disfrute del descanso. El reglamento admite, en ciertos supuestos, que los descansos no sean continuos.

Por otra parte, la LOTTT, atendiendo a un mandato expreso de la constitución, modificó el sistema de prestaciones sociales –derecho consagrado para recompensar la antigüedad y proteger al trabajador en caso de cesantía– ordenando que se tomara como base de cálculo el último salario. Desde el año 1997 y hasta el 2012, las prestaciones sociales se calculaban exclusivamente con el salario devengado en cada mes. El nuevo sistema contempla un modelo mixto de prestaciones sociales que incluye parte del régimen anterior e incluye un recalcu con el último salario del trabajador al finalizar el contrato. El sistema actual establece la obligación de depositar o acreditar 15 días de salario cada trimestre, con el importe de lo devengado al cierre del trimestre (garantía de prestaciones sociales) y, por otra parte, calcular, al final del contrato, 30 días de salario por cada año de servicio con la última remuneración. El trabajador recibirá, por concepto de prestaciones sociales, el monto que resulte mayor entre el total de la garantía y el cálculo con el último salario al terminar la relación.

Siguiendo con la reforma de la LOTTT, hay un aspecto inédito en Venezuela, hasta ese momento, que consistió en prohibir la tercerización, definida por la propia Ley como la simulación o fraude cometido por empleadores con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral. Si bien se mantiene la figura clásica de la contratista junto con la noción de actividades inherentes o conexas, la responsabilidad solidaria y la isonomía de beneficios, la LOTTT, además de conceptualizar la tercerización, establece un listado de casos que reputa como tercerización y, por tanto, los prohíbe. En esa lista se incluye: i) actividades permanentes, directas e indispensables a un proceso productivo y en las instalaciones del contratante; ii) los intermediarios iii) y cualquier otra forma empleada para cometer fraude o simulación. Esta prohibición

implica que el beneficiario de la obra o del servicio, además de estar sujeto a las sanciones administrativas correspondientes, deberá incorporar a su nómina a los trabajadores tercerizados, quienes gozan de inamovilidad hasta su absorción definitiva, para lo cual se concedió un plazo de tres años contados a partir del 7 de mayo de 2012. Por otra parte, en materia de modalidades especiales de condiciones de trabajo (régimenes especiales), destaca la equiparación del régimen de los trabajadores que laboran para el hogar al de los trabajadores ordinarios, lo cual había sido reconocido por la Jurisprudencia de la Sala Social desde el año 2009 y la extensión de la Seguridad Social a los Trabajadores a Domicilio.

En el año 2007 se dicta la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, que incorpora la licencia de paternidad remunerada de 14 días a cargo del sistema de seguridad social. De igual forma, se establece la inamovilidad laboral del padre hasta un año después del nacimiento de su hijo. En el 2012, la LOTTT extendió el lapso de inamovilidad tanto de la madre como del padre a 2 años después del parto.

En el mes enero de 2007, se promulgó la Ley para las Personas con Discapacidad y se estableció la obligación de incorporar no menos de un cinco por ciento (5 %) de personas con discapacidad permanente a la nómina de la empresa, y en agosto de 2009 se dicta la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Dicha obligación fue incluida en la reforma de la LOTTT, de 2012.

Por otra parte, la obligación de proveer una comida balanceada al trabajador durante la jornada de trabajo fue objeto de sucesivas modificaciones legislativas.⁸ Desde el año 2011 se extendió la obligación a todas las empresas, sin importar el número de trabajadores contratados. En la actualidad todos los trabajadores gozan del derecho a recibir una comida balanceada o un ticket, tarjeta o vale en sustitución de la misma.

En mayo de 2011, se dicta la Ley Especial para la Dignificación de Trabajadores y Trabajadoras Residenciales⁹ que regula a los trabajadores que tienen a su cargo la limpieza y aseo de áreas comunes de un inmueble destinado a viviendas, establecimientos u oficinas. En dicha ley se limitan las áreas de trabajo para la prestación del servicio y se les atribuye derechos iguales sobre el uso de las áreas comunes como habitantes del inmueble.

⁸ Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras publicada en GORBV 39.666 de fecha 4 de mayo de 2011.

⁹ Ley Especial para la Dignificación de Trabajadores y Trabajadoras Residenciales, GORBV número 39.668 de fecha 6 de mayo de 2011.

III. DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Nuestro bloque de constitucionalidad consagra la libertad sindical en términos amplios, a partir de sus tres componentes esenciales:

- a. Estático o asociativo: derecho de los trabajadores a organizarse en la forma que estimen conveniente y sin autorización previa.
- b. Dinámico o acción sindical: derecho de trabajadores, así como de las organizaciones que constituyan, a ejercer libremente las actividades que estimen idóneas para la mejor defensa y promoción de sus intereses grupales o de clase, entre las que destacan la negociación colectiva normativa; y
- c. Inmunitario o tuitivo: garantía de una eficaz tutela frente a las conductas, cualquiera que fuese el agente, que tuvieren por objeto o efecto impedir u obstaculizar el ejercicio de la libertad sindical. En esta esfera se inserta el privilegio de la inamovilidad, reconocido constitucionalmente¹⁰ a los promotores y dirigentes sindicales como mecanismo preventivo frente a eventuales conductas anti-sindicales.

Los referidos componentes de la libertad sindical aparecen desarrollados por la LOTTT, en cuyo ámbito, siguiendo la tradición instaurada a partir de la Ley del Trabajo de 16 de julio de 1936, se contemplan también múltiples y eficaces mecanismos de injerencia y control estatal sobre las organizaciones sindicales.

Así, de un lado, la LOTTT reitera la concepción constitucional de la libertad sindical e incluye, como medidas que estimulan su pleno y eficaz ejercicio, entre otras:

- A. Carácter interdictal del procedimiento administrativo destinado a la reparación de la violaciones a inamovilidad por fuero sindical, de modo que procede de inmediato y sin fórmula de juicio la orden de reinstalación y pago de los salarios dejados de percibir en caso de despidos sin previa autorización.

¹⁰ Como se comentó en el capítulo precedente, la inamovilidad se reconoce en la actualidad, por Decreto del Ejecutivo Nacional, a todos los trabajadores, salvo aquellos de dirección, temporeros, ocasionales, o cuya antigüedad fuese inferior a un mes.

- B. Previsión de que los actos patronales tendentes a impedir u obstaculizar la ejecución de la orden de reinstalación configuran el delito de desacato, el cual será penado con arresto policial de seis (6) a quince (15) meses.
- C. Tipificación como conducta antisindical de la contratación o traslado de trabajadores con ocasión del ejercicio del derecho de huelga.
- D. Inclusión del procedimiento administrativo para la interdicción de las prácticas antisindicales que no contasen ya con mecanismos específicos a tal fin, como sería el caso de la reinstalación por violación del fuero sindical o la orden de afiliación sindical en caso de omisión o decisión arbitraria de la respectiva organización sindical; y
- E. Reconocimiento de la representatividad, independientemente del número de trabajadores afiliados, de aquellos sindicatos en cuyo ámbito no actuasen otras organizaciones de esta especie. En cambio, si concurriesen dos o más organizaciones sindicales, corresponderá verificar cuál cuenta con un mayor número de afiliados entre los trabajadores concernidos, según lo haga constar el Registro Nacional de Organizaciones Sindicales.

Al mismo tiempo, como fue antes advertido, la LOTTT refleja trascendentes restricciones al ejercicio de la libertad sindical.¹¹

- A. Imposición a los sindicatos, dentro del catálogo de sus objetivos, a la protección, defensa y desarrollo de los intereses del conjunto del pueblo, así como la independencia y soberanía nacional. En desarrollo de lo expresado, se señalan como funciones sindicales, aunque de obvia competencia estatal, la producción y distribución de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades del

¹¹ Ver recomendación del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, a propósito de las quejas identificadas como casos Nos. 2917 y 2968 (informe 368° al Consejo de Administración, de 7 de junio de 2013): “el Comité pide al Gobierno [de Venezuela] que someta a un diálogo tripartito con las organizaciones más representativas de trabajadores y de empleadores, las disposiciones de la LOTTT en materia de libertad sindical y de negociación colectiva criticadas por la Comisión de Expertos [artículos 367, 368, 380, 387, 403, 410, 431, 449, 450, 451, 465, 484, 493 y 494] a efectos de poner tales disposiciones en plena conformidad con los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT”.

pueblo; el control y vigilancia sobre los costos y las ganancias para que los precios de los bienes y servicios producidos sean justos para el pueblo; y la promoción de la responsabilidad con las comunidades. Como se observa, el modelo legal descrito desnaturaliza a las organizaciones sindicales, puesto que se les extienden funciones estatales, extrañas a la tutela de los intereses de clase o categoría profesional, en detrimento de su actuación autárquica.

- B. Supresión de toda referencia a las cláusulas destinadas a garantizar la participación de los sindicatos en los procesos de contratación de personal o percibir contribuciones de aquellos trabajadores no afiliados pero que resultasen beneficiarios de una convención colectiva de trabajo.
- C. Supresión de toda referencia a las coaliciones o grupos de trabajadores como sujetos colectivos titulares de la libertad sindical.
- D. Facultad de la administración del trabajo para dirimir, a través del Registro Nacional de Organizaciones Sindicales, los conflictos intersindicales por representatividad, atendiendo al número de afiliados.
- E. Fiscalización sobre la administración y gestión de los sindicatos a través de la Contraloría General de la República, como si estuviese comprometido el erario público.
- F. Monopolio de la administración del trabajo en lo concerniente a la autorización del despido, traslado o alteración de condiciones laborales de dirigentes y militantes sindicales, así como en la reparación del daño causado, en caso de haberse producido dichas vicisitudes sin autorización previa.
- G. Injerencia en la organización de las elecciones de los sindicatos a través del Consejo Nacional Electoral; y
- H. Restricciones en el ejercicio de la huelga, por someterse a la previa admisión del pliego de peticiones por parte de la autoridad administrativa y condicionarse a la previa fijación de servicios mínimos de funcionamiento, por parte del ministro del trabajo, cuando se afecten servicios esenciales a la colectividad.

En síntesis, la LOTTT reproduce el modelo forjado a lo largo de ocho décadas, por cuya virtud se proclama la libertad sindical y se facilita, al

mismo tiempo, su represión selectiva y encubierta por parte, básicamente, de la administración del trabajo.

IV. DERECHOS SOCIALES Y DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO

La Constitución estableció que las leyes procesales debían adoptar un procedimiento breve, oral, público, y, de manera específica, ordenó a la Asamblea Nacional que aprobara una Ley Orgánica Procesal del Trabajo que garantizara la protección de los trabajadores; también dispuso que se creara una jurisdicción autónoma y especializada, orientada bajo principios de gratuidad, celeridad, moralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, equidad y rectoría del juez. Asimismo, la CRBV dispuso la creación de una Sala de Casación Social para conocer de todo lo referente a la materia laboral, agraria y de menores. La adopción del modelo de oralidad tuvo como cometido convertir el sistema de justicia del trabajo en un mecanismo eficaz de concreción de los derechos sociales, cuyo trámite (en el proceso escrito) se regían por una ley procesal especial y supletoriamente por el Código de Procedimiento Civil, lo que supuso, en la práctica, las mismas complejidades del proceso civil.

La elaboración de dicha ley, así como la conformación del nuevo sistema de administración de justicia, le fue encomendada a la Sala de Casación Social y se promulgó en el año 2002. La Ley Orgánica Procesal del Trabajo –en lo sucesivo LOPTRA– transformó el proceso escrito de justicia laboral, que imperaba desde la mitad del siglo xx, a un proceso preeminentemente oral que se desarrolla en dos etapas, compuesto por una fase de audiencia preliminar y una fase de audiencia de juicio. Siguiendo la orientación de las reformas que transitaron a la oralidad, el proceso contenido en esta ley contempló una fase de conciliación, cuya novedad es su carácter obligatorio, y una fase posterior, de juicio, al que se acude si no hay acuerdo. Asimismo, mantuvo el principio de la doble instancia e incorporó un recurso de control de legalidad contra las sentencias no recurribles en casación, que violen normas de orden público o las que contraríen la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Social. La preeminencia de la oralidad se incorporó en todas las instancias, incluso en la casación, cuya novedad es la facultad atribuida de decidir el fondo de la causa sin reenvío y que sus decisiones tenían carácter vinculante (esto último fue declarado inconstitucional).¹² La oralidad no supuso la desa-

¹² Sala Constitucional. Sentencia N° 1378 del 29/10 /2009.

parición completa de las formas escritas, por lo que quedó reservada a ciertos actos procesales como la demanda, la promoción de pruebas, la contestación y los recursos ordinarios y extraordinarios. Además de la oralidad y la especialidad, la ley fija la aplicación de la sana crítica para la valoración de la prueba, y presenta una novedad en materia de apreciación de los hechos y de valoración de pruebas, al incluir, cuando haya dudas, la apreciación más favorable al trabajador de los hechos y las pruebas.

A la jurisdicción laboral se le atribuyó competencia para conocer de todos los asuntos contenciosos del trabajo, de los amparos constitucionales, de la seguridad social, de los asuntos contenciosos relacionados con intereses difusos y se unifica todo bajo un mismo procedimiento. También se le atribuyó competencia para conocer de los procedimientos de estabilidad, pero no incluyó los procedimientos de reenganche y de calificación de falta. La exclusión de esta competencia dejó a cargo de las Inspectorías del Trabajo la facultad de dirimir los conflictos intersubjetivos de trabajadores que gozan de inamovilidad y los que tienen fuero sindical o protección especial. La inamovilidad generalizada a la cual nos hemos referido en los capítulos precedentes, ha implicado que el órgano competente para conocer de la protección al empleo es el inspector del trabajo mediante los procedimientos administrativos contenidos en la LOTTT.

Por otra parte, en esta materia deben mencionarse las regulaciones contenidas en la LOTTT, la cual no solo reformó aspectos sustantivos, sino que creó nuevos procedimientos administrativos, reforzó el poder del inspector del trabajo, estableció penas privativas de libertad, y reguló instituciones que tienen efectos procesales:

- a. Se reforma el procedimiento de reenganche –mencionado en el capítulo anterior- el cual opera cuando hay despido, traslado o desmejora, sin previo procedimiento, y se realiza inaudita alterans pars. El inspector, al recibir la denuncia, examina el fuero o la inamovilidad, así como la existencia de la relación laboral (admitiéndose presumirla), y, si queda demostrado, de inmediato acuerda el reenganche y la restitución forzosa. El empleador puede oponerse y, a criterio del funcionario, se abre a pruebas.
- b. Se crea un procedimiento para reclamar condiciones de trabajo, atribuyendo competencia al inspector para dirimirlo, siempre que el reclamo trate cuestiones de hecho y no de derecho.
- c. Se crea la pena de arresto que para el que incumpla u obstruya la ejecución de los actos emanados de las autoridades adminis-

trativas; incluso al que de manera ilegal e injustificada cierre la fuente de trabajo. En todos los casos, el inspector debe solicitar el concurso del Ministerio Público para que sea éste el que presente la acción penal.

- d. Para intentar el recurso contencioso de nulidad, se prevé como condición de su ejercicio que la autoridad administrativa haya emitido una certificación de cumplimiento efectivo de la orden dictada por ella, es decir, del inspector del trabajo.
- e. Se faculta al Ministerio con competencia en materia del trabajo para intervenir por razones técnicas o económicas cuando exista peligro de extinción de la fuente de trabajo o reducción de personal.
- f. Se faculta al Ministerio con competencia en materia del trabajo para ordenar la ocupación de una entidad de trabajo, en caso de cierre ilegal, paro patronal, o incumplimiento de una orden de reinicio.
- g. Se establece el fuero atrayente de la jurisdicción laboral para el caso de ejecución de créditos laborales, en caso de quiebra o atraso.
- h. Se establece la responsabilidad solidaria de los accionistas de la persona jurídica frente a los créditos laborales.

Debe añadirse que, entre la promulgación de la LOPTRA y la LOTT, en el año 2010, se dictó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que atribuyó la competencia de los recursos de nulidad a la jurisdicción especial del trabajo y resolvió un largo debate jurisprudencial. En dicha ley, se establecen los procedimientos para controlar los actos emanados de la Administración del Trabajo.

V. DESARROLLO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Las normas constitucionales anteriores a la CRBV, en materia de seguridad social, generaban ambigüedades en su interpretación y vulneraban el principio de universalidad que les es propio y ha de caracterizarles. Expresión de ello fue la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral

(LOSSS),¹³ de 1998, que exigía a los habitantes de la república cumplir con el requisito de afiliación para estar protegidos, pero, a la vez, creaba el Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por 5 subsistemas.

Un año más tarde (1998) los 4 primeros subsistemas fueron publicados mediante Decretos Leyes, de los cuales sólo los referidos a paro forzoso y política habitacional entraron en vigencia, mientras que los subsistemas de salud y pensiones se postergaron hasta el año 2002, fecha en que se dicta la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social¹⁴ – en lo sucesivo LOSSS. Esa ley creó un sistema de marcado contenido universal, inclusivo y no discriminatorio, el cual garantiza prestaciones contributivas y no contributivas. De manera expresa, consagra que la ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su ámbito de protección en los mismos términos consagrados en la CRBV.

La LOSSS, con sus sucesivas reformas, en el año 2007, 2008 y 2012, contempló la sustitución progresiva del Instituto Venezolano del Seguro Social Obligatorio –en lo sucesivo IVSS– por la nueva institucionalidad del sistema. No obstante, hoy día, la ley reemplazó el término sustitución por transformación, pues la idea es consagrar un nuevo sistema que desconcentre todas las competencias actualmente ejercidas por el IVSS, y el cual, sólo para los fines organizativos, está integrado por 3 sistemas prestacionales (salud, previsión social y vivienda y hábitat), que, a su vez, tendrán a cargo 6 regímenes prestacionales (salud; servicios sociales al adulto mayor y otras categorías de personas; empleo; pensiones y otras asignaciones económicas; seguridad y salud en el trabajo; y vivienda y hábitat).

Los referidos regímenes prestacionales pueden ser de naturaleza asistencial, previsional o mixta, según el caso; financiados con recursos fiscales, parafiscales o de ambas fuentes, los cuales brindarán prestaciones pecuniarias, en especie o de servicios, ante las contingencias sociales amparadas por el sistema, a saber, maternidad, paternidad, enfermedades y accidentes –cualquiera sea su origen, magnitud y duración–, discapacidad, necesidades especiales, pérdida involuntaria del empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda y hábitat, recreación, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia susceptible de previsión social que determine la ley.

¹³ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, sancionada el 11 de diciembre de 1997 y publicada en la Gaceta Oficial No. 5.199 Extraordinaria de fecha 30 de diciembre de 1997.

¹⁴ Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.600 de fecha 30 de diciembre de 2002.

En este sentido, es importante señalar que de los 6 regímenes prestacionales antes mencionados sólo 4 han sido desarrollados por leyes especiales, tal y como lo dispone la LOSSS (2012), a saber, el de servicios sociales al adulto mayor y otras categorías de personas, el cual tiene una naturaleza exclusivamente asistencial, al estar dirigido a las clases más desposeídas de la sociedad; el referido a vivienda y hábitat, que garantiza el derecho humano a la vivienda, independientemente de la capacidad contributiva del individuo, así como los de seguridad y salud en el trabajo y empleo. Mientras que los regímenes prestacionales de pensiones y otras asignaciones económicas y salud, como ha sucedido tradicionalmente en el país, aún se encuentran en espera de la aprobación y entrada en vigencia de una ley especial que los desarrolle.

El régimen prestacional de seguridad y salud en el trabajo se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo –en lo sucesivo LOPCYMAT– (año 2005). Esta ley regula, además, los derechos y deberes en relación con la seguridad, salud y ambiente de trabajo; las sanciones administrativas; el régimen de prestaciones en especie y en dinero, así como todo lo referente en materia responsabilidad patronal derivada de la ocurrencia de los riesgos del trabajo.

Por su parte, la Ley del Régimen Prestacional de Empleo (2005)¹² abarca bajo su ámbito de protección a todos los trabajadores dependientes, tanto del sector público como del sector privado. Este régimen prestacional regula la atención integral a las personas que conforman la fuerza de trabajo en situación de desempleo, asegurando una prestación dineraria mensual hasta por 5 meses, tanto al trabajador dependiente y cotizante al régimen, en los casos de pérdida involuntaria del empleo o finalización del contrato de trabajo por tiempo u obra determinado, como en los casos de quienes laboran por cuenta propia, en forma individual o asociativa cotizante, en caso de pérdida de la ocupación productiva. Adicionalmente a lo antes expuesto, se garantiza capacitación laboral para facilitar el mejoramiento o recalificación del perfil ocupacional, incluso en aquellos casos en los cuales el trabajador sufra una disminución en su capacidad física o psicológica como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional.

VI. RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SOCIALES EN LA JURISPRUDENCIA

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia –en lo sucesivo scs– fue creada en el año 2000 y ha tenido un papel preponderante y activo en la institucionalización de derechos sociales a través de la crea-

ción de doctrinas judiciales que se han mantenido en el tiempo. Por otra parte, la Sala Constitucional –en lo sucesivo sc– ha dictado decisiones de gran importancia en materia de derechos sociales interpretando la CRBV que han sido incorporadas a la legislación laboral.

Un tema que ha sido reconocido como logro de la jurisprudencia es el reconocimiento del trabajo prestado en situación de fraude y simulación a partir del año 2000. Ese año, la scs admite por primera vez la existencia de una relación laboral en el caso de unos vendedores de cervezas que habían suscrito un contrato de concesión¹⁵ (caso Diposa) y declara la existencia de un fraude laboral. A partir de esa sentencia, se da inicio a la construcción de una doctrina judicial que se afina en el año 2002¹⁶ (Caso Fenaprodo) con la adopción de la técnica del haz de indicios (también denominada “test de laboralidad” por la Sala Social). La doctrina se mantiene vigente y ha sido reiterada hasta la actualidad.

Siguiendo con el tema de relación de trabajo, la scs, en el año 2001¹⁷ (Caso Inverbanco), establece que el presidente de un banco no es trabajador porque no está subordinado a las órdenes del contratante, dado su nivel de autonomía. Con esta decisión se configura, por primera en Venezuela, la noción de los altos directivos, excluyéndolos, a partir de ese momento, de la legislación laboral. Dicho criterio ha venido siendo reiterado por la Sala Social. En estas decisiones se puede observar que la jurisprudencia ha venido poniendo el acento en la protección a categorías que realmente lo requieren.

En el año 2000, la scs produce otra importante sentencia en materia de responsabilidad contractual (caso: Hilados Flexilón),¹⁸ en la que se establece la responsabilidad objetiva del empleador por accidentes y enfermedades ocupacionales, criterio que se mantiene y es reiterado en los juicios de esta naturaleza. Esta sentencia introduce la teoría del riesgo profesional para distinguir la responsabilidad objetiva y subjetiva del empleador, por lo que, a partir de esta decisión, el empleador siempre deberá indemnizar al trabajador por el daño moral sufrido con fundamento en la responsabilidad objetiva. Esto no excluye la obligación, a cargo del estado, a través del Seguro Social, de pagar las indemnizaciones al trabajador asegurado, cuyo fundamento es la responsabilidad objetiva. La importancia de esta

¹⁵ Sentencia N° 61 del 16/03 /2000.

¹⁶ Sentencia N° 489 del 13/08/ 2002.

¹⁷ Sentencia N° 124 del 12/ 06/ 2001.

¹⁸ Sentencia N° 591 del 17/ 05/ 2000.

sentencia radica en que se aparta de la LOPCYMAT, por lo que respecta a la existencia de la culpa para que proceda la indemnización por daño moral; en cuanto a las restantes indemnizaciones, no hubo modificación y es necesario que se demuestre y exista hecho ilícito.

Por otra parte, la sc dicta una decisión, en el año 2004¹⁹ (caso: Transporte Saet, s.A), que admite la ejecución de una sentencia contra personas que no han sido demandadas, siempre que se den los siguientes supuestos: (i) esté involucrado el orden público o el interés social y (ii) se demuestre la unidad económica y el abuso de derecho. La referida sentencia señala: “este criterio funciona exclusivamente en materia de orden público e interés social, donde es necesario proteger al débil o a la sociedad, en aras de una justicia eficaz, contraria a la multiplicidad de juicios”. La importancia de este caso consiste en que –por primera vez– se acepta la posibilidad de ejecutar sentencias contra personas no llamadas al juicio, pero desde la base de valores contenidos en la constitución, y da inicio a una sucesión de decisiones donde frecuentemente se acoge ese criterio, sobre todo, en los Tribunales de Instancia. Aun cuando en algunos casos se ha producido el criterio contrario, reiteramos, la importancia de esta sentencia radica en que constituye punto de partida sobre la ejecución de sentencias contra terceros.

La scs, en el año 2009²⁰ (caso: María Cristina Iglesias), mediante la sentencia que resuelve un recurso de interpretación, equipara beneficios (contenidos en la derogada Ley Orgánica del Trabajo) de los trabajadores ordinarios a los domésticos (hoy denominados trabajadores del hogar); y la sc, en el año 2010²¹ (caso: Ingemar Leonardo Arocha Rizales), estableció que la protección por fuero paternal, contenida en la Ley que la crea, debía equipararse a la del fuero maternal, en el sentido que el computo de la protección comienza desde el momento de la concepción y no del parto. Estas decisiones son relevantes por su carácter progresivo y expansivo para luego ser receptadas en la LOTTT del año 2012.

VII. CONCLUSIÓN

En síntesis, cabe sostener que el amplio catálogo de derechos individuales acumulados durante el periodo 2000-2012, así como la implementación de un eficiente sistema judicial dedicado a dirimir las controversias labo-

¹⁹ Sentencia N° 903 del 14/ 05/ 2004.

²⁰ Sentencia N° 522 del 14/04/2009.

²¹ Sentencia N° 609 del 10/ 06/ 2010.

rales arrojan, sin duda, un balance favorable a los intereses del trabajador, considerado como sujeto abstracto. De ello dan cuenta, en el plano sustantivo, la estabilidad absoluta en el empleo, la reducción de la jornada de trabajo, la ampliación del descanso semanal, la prohibición de tercerización, y la tendencia a suprimir categorías profesionales preteridas, como resultaban los casos emblemáticos de los trabajadores domésticos²² y los conserjes;²³ mientras que en la esfera adjetiva, destacan los elevadísimos índices de autocomposición procesal y la notable reducción en la duración promedio de los juicios laborales.

La jurisprudencia ha tenido una marcada tendencia a la protección y fomento de los derechos sociales, excluyendo a quienes no requieren protección, tal como lo muestran las decisiones apuntadas, y ha creado precedentes que trascendieron el ámbito judicial para incorporarse como normas positivas. Si bien se han registrado contradicciones en las decisiones que resuelven un mismo tema, los grandes criterios han sido más o menos constantes

En lo que refiere a la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, destacan la intensificación de los mecanismos estatales para intervenir en la actividad sindical y el empobrecimiento del diálogo y la concertación social.

En lo que atañe a la seguridad social, se evidencian avances relevantes que favorecen los intereses de amplios sectores de la población, aun cuando quepa advertir la aletargada transición desde el modelo de seguro social obligatorio hacia la nueva institucionalidad que reclama el sistema diseñado en el plano constitucional.

El balance que se precisa en estas conclusiones omite consideraciones políticas y económicas porque resultan muy complejas y se excedería notablemente el espacio de esta comunicación. Por lo tanto, las conclusiones expresan, en abstracto, cómo se han institucionalizado derechos sociales. Solo se podría apuntar que, a la fecha en que se elabora este informe, la economía se encuentra en un momento de alta inflación, el escenario político es muy cuestionado y existen marcadas diferencias sociales e ideológicas. Esto último explica las dificultades para establecer en este informe si el proceso de institucionalización de los Derechos Sociales ha generado crecimiento económico.

²² “Trabajadores que realizan labores para el hogar”, en la terminología de la LOTTT.

²³ “Trabajadores residenciales”, en la terminología de la Ley Especial para la Dignificación de Trabajadoras y Trabajadores Residenciales (2011).

Panorama de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en América Latina, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, se terminó de imprimir y encuadernar en noviembre de 2014 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México D.F. tel. 5703-2241. Tipo de impresión Offset, las medidas finales 14 x 21 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 g y los forros en Cartulina Sulfatada de 14 puntos. En su composición tipográfica se utilizaron fuentes Minion Pro y Garamond. La edición consta de 500 ejemplares.