

ISSN 2697-3170

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 4

No. 12

Septiembre-Diciembre
2023

Marzo de 2024.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

contacto@revistajuridicadeltrabajo.com / www.revistajuridicadeltrabajo.com

El contenido de los artículos publicados en la Revista Jurídica del Trabajo es responsabilidad exclusiva de los autores.

Esta obra está bajo una licencia internacional Creative Commons Atribución 4.0.



RESPONSABLES EDITORIALES

EQUIPO EDITORIAL

Director: Jorge Rosenbaum (Universidad de la República, Uruguay)

Coordinador: Federico Rosenbaum (Universidad Católica del Uruguay, Uruguay)

COMITÉ CIENTÍFICO

César Arese (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

Héctor García (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Nelson Mannrich (Universidade de São Paulo, Brasil)

Rodrigo Palomo (Universidad de Talca, Chile)

Francisco Tapia (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

José Herrera (Universidad del Rosario, Colombia)

Ignasi Beltrán (Universitat Oberta de Catalunya, España)

José Antonio Fernández Avilés (Universidad de Granada, España)

Carlos Palomeque (Universidad de Salamanca, España)

Eduardo Rojo (Universidad Autónoma de Barcelona, España)

Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca, España)

Stefano Bellomo (Sapienza Università di Roma, Italia)

Patricia Kurkzyn (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Alfredo Villavicencio (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú)

Alejandro Castello (Universidad de la República, Uruguay)

César Augusto Carballo (Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela)

Oscar Hernández (Universidad Centro Occidental Lisandro Alvarado, Venezuela)

COMITÉ DE EVALUACIÓN

Miguel Ángel Maza (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Ricardo Seco (Universidad Blas Pascal, Argentina)

Carlos Ernesto Molina (Pontificia Universidad Javeriana, Colombia)

José Antonio Baz (Universidad de Salamanca, España)

Rosa Morato (Universidad de Salamanca, España)

Héctor Jaime (Universidad Católica del Táchira, Venezuela)

MIEMBROS CORRESPONDIENTES DE EDICIÓN

Fábio Tulio Barroso (Universidade Católica de Pernambuco, Brasil)

Nicolás Márquez (Universidad Católica del Norte, Chile)

Francisco Ruay (Universidad de Chile, Chile)

Luis Triguero (Universidad de Granada, España)

Raúl Saco Barrios (Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú) †

Javier Suarez (Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, República Dominicana)

Iván Mirabal (Universidad Fermín Toro, Venezuela)

ÍNDICE

EDITORIAL:iii

HOMENAJE A EMILIO MORGADO:v

**INVESTIGACIÓN DE CAMPO SOBRE CONDICIONES LABORALES DE
TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES**xiv

Carlos Ernesto Molina: ¿Establece el Convenio 87 de la OIT el derecho de
huelga?1

Lorgia Yolanda Márquez Mora: Elementos del teletrabajo en la regulación
centroamericana16

Ingrid López Blandón: Despido discriminatorio y despido indirecto. Especial
referencia al derecho nicaragüense47

Lorenzo P. Gnecco: Lecturas sobre una posible reforma de la protección por
despido en Argentina70

Reynaldo Lam Peña: El contrato a honorario en la administración pública
chilena. La subordinación laboral como solución para una protección jurídica
efectiva112

DEBATE:

Federico Rosenbaum Carli: Vida y obra de Héctor-Hugo Barbagelata en
ocasión del centenario de su nacimiento145

Juan Raso Delgue: Actores y escenarios de las relaciones laborales del Siglo
XXI148

Jorge Rosenbaum Rimolo: Hilos conductores del pensamiento y la doctrina del profesor Héctor-Hugo Barbagelata172

EDITORIAL

A efectos de introducir el número 12 de la Revista Jurídica del Trabajo (RJT), es preciso señalar que las contribuciones que se publican comprenden varios temas de especial interés y actualidad para el mundo laboral y el derecho del trabajo en particular.

En efecto, la presente publicación ofrece un trabajo de **Carlos Ernesto Molina**, donde se aborda el reconocimiento internacional del derecho de huelga, especialmente, en los contenidos del Convenio internacional del trabajo número 87 de la OIT y la reciente decisión de someter esta cuestión a la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia.

Por otro lado, existen dos aportaciones desde Nicaragua, por un lado, abordando la regulación centroamericana del teletrabajo, a cargo de **Lorgia Yolanda Márquez Mora**, y por otro lado, aportando un análisis de la realidad nacional en torno al despido discriminatorio y el despido indirecto, por parte de **Ingrid López Blandón**.

En un contexto particularmente dinámico diagnosticado en la Argentina, con las naturales propuestas de reforma y refundación que provocan los cambios de liderazgo en las posiciones de gobierno, **Lorenzo P. Gnecco** propone el abordaje de los contornos de una posible reforma de la protección por despido en dicho país.

Por último, **Reynaldo Lam Peña** nos ofrece un análisis profundo de la realidad chilena, sobre el contrato a honorario en la administración pública, destacando a la subordinación laboral como solución para una protección jurídica efectiva.

En otro orden, en esta oportunidad la sección de Debate fue dedicada a rendir un homenaje a la vida y obra de uno de los iuslaboralistas más importantes del Uruguay, la región e incluso del mundo, como lo fue Héctor-Hugo Barbagelata. Esta decisión editorial, además de constituir una expresión de profundo respeto por el doctrino laboralista, tiene la vocación de destacar su invaluable aporte a la cultura jurídica y de las relaciones laborales. Cultura jurídica que es imprescindible revitalizar, visitar y divulgar continuamente. Y,

por ello, el equipo editorial aprovecha la ocasión del centenario del nacimiento del profesor Barbagelata para cumplir con esta tarea. A ello se dedican dos aportes de los profesores **Juan Raso Delgue** y **Jorge Rosenbaum Rimolo**, reseñados más adelante en la introducción a dicha sección.

Vale la pena recordar lo que alguna vez expresara Miguel de Unamuno (aprovechando el contexto de su reciente reconocimiento como doctor *Honoris Causa* póstumo por parte de la Universidad de Salamanca, el pasado 6 de marzo de 2024):

“La libertad no es un estado sino un proceso; sólo el que sabe es libre, y más libre el que más sabe. Sólo la cultura da libertad. No proclaméis la libertad de volar, sino dad alas; no la de pensar, sino dad pensamientos. La libertad que hay que dar al pueblo es la cultura. Sólo la imposición de la cultura lo hará dueño de sí mismo, que es en lo que la democracia estriba”.

Confiamos en que este número sea de su agrado una vez más.

Federico Rosenbaum Carli
Coordinador

HOMENAJE A EMILIO MORGADO

Palabras vertidas en oportunidad de la clausura del Seminario Internacional “El futuro del Derecho del Trabajo en la sociedad tecnológica”¹.

Tengo la honorable responsabilidad de cerrar este extraordinario evento académico, resultado de una organización conjunta entre AIADTSS – Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y PUC Perú – Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, bajo la coordinación del prof. Alfredo Villavicencio Ríos, a quien agradezco la honrosa invitación.

De hecho, recibí una doble tarea: resumir los temas abordados a lo largo del Seminario y homenajear a Don Emilio Morgado Valenzuela. El primer reto lo enfrentaré más fácilmente. Esto se debe a que el impacto de las nuevas tecnologías en el futuro del Derecho Laboral fue el tema expuesto por grandes juristas y debatido extensamente durante estos 3 días de seminario.

Sin embargo, nunca he tenido un reto tan grande como el de rendir tributo al ciudadano más ilustre de Iberoamérica, inclusive porque otros mucho mejores que yo pudieron desempeñar tan honorable misión.

Primera Parte – Resumen de los temas del Seminario

En la primera parte de mi presentación, resumiré brevemente los temas abordados durante este seminario internacional y por consiguiente presentaré algunas ideas sobre este tema.

El tema central del Seminario fue debatir el impacto de las nuevas tecnologías en el futuro del Derecho Laboral, a partir de varios subtemas.

Para abordar temas de tanta relevancia, se invitó a destacados juristas, como el profesor Carlos Blancas Bustamante, quien fue el anfitrión de la

¹ El Seminario Internacional fue promovido por la Facultad de Derecho de la PUCP, en la ciudad de Lima, los días 25, 26 y 27 de septiembre de 2023, bajo la coordinación del profesor Alfredo Villavicencio Ríos.

conferencia inaugural, así como a otros juristas no menos importantes, para deliberar los 4 grandes temas del Seminario.

Además del profesor Carlos Blancas, participaron los académicos Wilfredo Sanguinetti (de la Universidad de Salamanca) María Katia García (PUC P); Adrián Goldin (de la Universidad de Buenos Aires), Carmen Dominguez (Puc de Chile), Guilherme Boza (Puc del Perú);

Thereza Nahas (PUC de São Paulo), Alexander Godínez (de la Universidad de Costa Rica) y Elmer Arce (de la PUC de Perú); Cristina Mangarelli (Universidad de la República del Uruguay), Ernesto Molina (magistrado de la Corte Suprema de Colombia) y Alfredo Villavicencio (Puc del Perú).

El tema “El futuro del Derecho del Trabajo en la sociedad tecnológica” fue el eje central del Seminario y su hilo conductor. La conferencia inaugural, así como los cuatro temas centrales posteriores, no sólo dialogan con este tema central, sino que también permiten comprender mejor las transformaciones en el mercado laboral, además de dar a conocer varias debilidades originadas por los cambios que se están produciendo en el mundo del trabajo, en esta nueva configuración de la sociedad tecnológica.

Así, dentro de este ingenioso diseño de temas para permitir un debate más profundo y así comprender mejor las transformaciones que nos rodean, llama la atención el tema de la conferencia inaugural “El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho del Trabajo”, liderada por el profesor Carlos Blancas. Siendo éste el tema central de todo el debate en torno a este importante seminario y los demás vinculados a él.

En plena Cuarta Revolución Industrial, nos hemos acostumbrado a incorporar nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y ya somos esclavos de ellas. Hemos pasado de la web 2.0 y ni bien nos hemos acostumbrado a la Internet de las cosas, y entonces aparece la Internet de los datos, que corresponde al tercer tipo de red que puede gestionar información de infinitas dimensiones a través de robots.

La Internet no corresponde sólo a una “inteligencia colectiva, sino a una red de datos que, a través de dispositivos móviles, software, sensores, constituye el entorno dinámico en el que vivimos e interactuamos todos los días”².

En este contexto, está el debate respecto a la nueva era del trabajo digital y las innovaciones tecnológicas, especialmente con el surgimiento y avance de la Inteligencia Artificial.

El primer tema de los grandes debates fue respecto a las “Cadenas de valor multinacionales”. En ésta nueva logística que envuelve cadenas de valor, se observa la fragmentación del proceso productivo a escala global. Debido a su rápida expansión, hay una necesidad urgente de regulación.

Si, por un lado, hay una reducción de costes, por otro, hay una tendencia a la precariedad de las condiciones laborales, principalmente en los países más pobres, donde se realiza el montaje final del producto.

Además de las cuestiones graves que afectan a las condiciones de trabajo, como salud, seguridad, está la cuestión de la responsabilidad a nivel internacional.

Dependiendo del formato corporativo en el que se conciben y presenten estas cadenas, surge la pregunta: ¿quién es responsable de los derechos vulnerados de los trabajadores, cuando una empresa en la periferia de la producción quiebra, entre otros factores? ¿Cuál es la responsabilidad de la empresa tomadora, a escala global? Y, en caso de desastres ambientales, ocasionados por terceras empresas, ¿quién se responsabiliza?

En el contexto de este debate se puede incluir el tercer tema: las transformaciones patronales en empresas complejas. Así como junto al concepto de empleado subordinado han surgido otros tipos de trabajadores, que no deben confundirse con los trabajadores típicamente autónomos, se ha observado el fenómeno de la transformación de la figura del empresario, con cara oculta o incluso uno disfrazado en una plataforma digital.

Estos dos cambios, en el rol del empleado y en el papel del empleador, traen efectos nocivos que comprometen el futuro del trabajo y determinan en

² DI FELICI, Massimo. Una ciudadanía digital. La crisis de la idea occidental de democracia y participación en las redes digitales. São Paulo, Editora Paulus, 2021, p.33.

ocasiones transformaciones disruptivas en el mercado laboral y su precariedad, reflejadas en el debilitamiento de los sindicatos, el empobrecimiento de la negociación colectiva y el declive del diálogo social, entre otros efectos.

El segundo tema fue “Plataformas de trabajo y relaciones laborales”. Corresponde a otro desafío global, evitar el riesgo de pérdida de los valores alcanzados y distanciamiento de principios tan respetados por el Derecho del Trabajo, como la dignidad, la igualdad y la no discriminación.

Este tema involucra a los trabajadores en plataformas digitales, a raíz de la doble transición que atraviesa el mundo del trabajo: transformación digital y ecológica.

Este tema plantea varios aspectos, en términos de relaciones laborales, pero en particular el debate de dos cuestiones centrales. La primera, si las plataformas digitales se encuentran en la economía colaborativa o, por buscar beneficios, se presentan como intermediarias, en el ámbito de la economía colaborativa.

El segundo involucra una cuestión que interesa más directamente al Derecho Laboral: cuál es la naturaleza jurídica de la relación entre el prestador del servicio y la plataforma digital y cuál es el régimen jurídico para la protección de estos trabajadores, es decir, si, debido a que hay subordinación, aunque no en las formas tradicionales, se presentan como empleados y como tales hay que protegerlos³. O, por el contrario, por trabajar de forma autónoma e independiente, se les aplica el reglamento específico de trabajadores por cuenta propia. O, incluso, si a dichos trabajadores, al no calificárseles ni como empleados típicos ni como verdaderos trabajadores por cuenta propia, se les debería aplicar un régimen específico y diferenciado, el cual les garantice un conjunto mínimo de derechos, dentro del alcance del concepto de trabajo decente.

El cuarto tema, el más amplio en términos de inspiración legislativa y doctrinal, fue el “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Relacionales del Trabajo”. El papel de la OIT, en particular, ha sido fundamental para liderar

³ Conf. entre otros, CANESSA MONTEJO, Miguel F. Las transiciones digital y ecológica que impactan al mundo del trabajo. Texto inédito y presentado al Grupo de Panamá, en Madrid en septiembre de 2023.

el debate sobre grandes temas con miras a comprender lo que está sucediendo en el mundo del trabajo y así ofrecer a la comunidad internacional pautas para que el hombre no sea mutilado por las máquinas, ni por ellas sometido.

A raíz del trabajo decente, el Derecho del Trabajo sigue desempeñando su papel de intermediario entre los intereses económicos y sociales. Cuanto más avanza la tecnología, más clara se vuelve la importancia de preservar valores como la dignidad del trabajador, la privacidad y la protección de la integridad física, mental y social.

Segunda Parte – Saludo a Don Emilio Morgado Valenzuela

En la segunda parte de mi participación rendiré tributo a Don Emilio Morgado Valenzuela.

Don Emilio Morgado Valenzuela forma parte de la constelación de grandes juristas laborales latinoamericanos que construyeron las bases de lo que hoy conocemos como Derecho del Trabajo en América Latina. Su legado y su trayectoria como figura pública y académico lo transformaron en uno de los principales íconos de la llamada “Escuela Juslaboralista Latinoamericana”. Es también la historia viva de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Abogado, asesor nacional, profesor y funcionario internacional en Derecho Laboral y Relaciones Laborales y Administración Laboral, Don Emilio es reconocido por su liderazgo en procesos de integración y libre comercio.

También es especialista en derecho internacional y comparado del trabajo, seguridad social, diálogo social, concertación y acuerdos sociales, relaciones laborales en la administración pública y empresas estatales.

Es reconocido, asimismo, como un experto en prevención y resolución de conflictos.

Se destaca como docente en programas de pregrado y posgrado en Derecho Internacional y Comparado del Trabajo en diversas universidades de América Latina. También se destaca como funcionario experto en Derecho del Trabajo en organismos internacionales, con énfasis en la OIT.

Don Emilio es un referente no sólo por las enseñanzas que atrajeron a quienes hoy se han enamorado del Derecho del Trabajo. Es una verdadera leyenda, ya sea como jurista extraordinario o como ser humano admirable.

Él quizás tenga una idea de cuántos lo conocen personalmente, sin embargo, desconoce la multitud de discípulos y admiradores que ha conquistado en todo el mundo, a lo largo de su envidiable carrera.

Esto se debe a que continúa hasta el día de hoy sirviendo de modelo y ejemplo de vida para todos los que trabajamos con el Derecho Laboral.

De su envidiable y extenso CV destacamos su labor como (I) académico, como (II) empleado ejemplar de la OIT y como (III) ser humano bondadoso, que preserva y promueve los valores familiares.

1. Emilio Morgado, el académico

Se licenció en Derecho en la Facultad de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de Chile, donde se graduó y obtuvo el título de abogado.

Obtuvo un posgrado de la Universidad de Cornell, Nueva York y un doctorado honorario de la Universidad de Burdeos, Francia.

Fue nombrado Profesor Titular de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, cargo que ganó mediante concurso público en 1969.

En 1994, fue invitado a ser Profesor del Centro Iberoamericano de Relaciones Industriales, de la Universidad de Alcalá Henares – España.

Cuenta con más de 120 publicaciones académicas, divididas en: autoría en publicaciones individuales, autoría en publicaciones colectivas, coautoría en publicaciones individuales, coautoría en publicaciones colectivas, autoría en publicaciones en revistas.

Una de sus obras más extraordinarias se titula “Derecho colectivo del trabajo en Chile. Su relación con los derechos laborales internacionales y los derechos humanos. El futuro”, que, de hecho, es el tema del Seminario y

seguramente una fuente de inspiración para los debates que se desarrollarán durante estos tres días.

En la vida académica, Don Emilio siempre fue la figura destacada y estrella de primera magnitud que dio mayor brillo a la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Con su grandeza de espíritu y su cuidadosa cultura, siempre ha sido el orgullo de la Academia y un académico ejemplar. Con este reconocimiento, también se integró al llamado “Grupo de los 9”, que, en expresión de Humberto Villasmil, estaba integrado por una “constelación de grandes abogados laboristas”.

2. Emilio Morgado, el empleado ejemplar de la Oficina de la OIT

Fue en organismos internacionales, como la OEA – Organización de los Estados Americanos y, en particular, la OIT – Organización Internacional del Trabajo, que marcaron su trayectoria como alto funcionario, particularmente en la Oficina Regional de la OIT, debido a su alta calificación como jurista y hombre de diálogo.

Entre sus actividades más destacadas se encuentran las de experto en Derecho del Trabajo para casi todos los países latinoamericanos, ya sea desarrollando actividades de cooperación técnica y ocupando puestos directivos.

Desde 1994, como colaborador externo, ha participado en misiones de impacto. Resaltó, entre ellos, su misión con los siguientes órganos: Consejo Económico y Social de España; Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones; Organización Iberoamericana de Seguridad Social; Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPALC); Organización de Estados Americanos (OEA); Banco Interamericano de Desarrollo - BID y Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Pero es en la OIT donde se destaca su trayectoria, entrelazándose con la historia de la propia OIT, en América Latina. Gracias a esta envidiable

experiencia, escribió una de las páginas más importantes de la historia de la OIT en nuestro continente.

Desde 1970 hasta 1974 fue Asesor Técnico Principal de la Secretaría General de la OEA – Organización de los Estados Americanos.

De febrero a mayo de 1970 ocupó el cargo de Perito en Administración Laboral, Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, en Panamá.

De 1974 a 1985 fue Consejero Regional de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales para América Latina.

De 1985 a 1989 ocupó el cargo de Director de la Oficina de la OIT para Centro América Latina y Panamá.

De 1990 a 1992 se desempeñó como director del Centro Interamericano para la Administración del Trabajo (CIACT), con sede en Lima.

Desde 1992 hasta 1994 ocupó el cargo de Director Regional Adjunto de la Oficina de la OIT para América Latina y el Caribe, con sede en Lima.

Como afirmó Humberto Villasmil Prieto, Emilio Morgado, como director al frente de la OIT, fue un hombre extraordinario, un jurista excepcional, que “permitió a la OIT vivir años de prestigio y enorme influencia en etapas difíciles de la historia del querido Istmo” de Centroamérica, una época marcada por conflictos armados que desgarraron estas sociedades y alarmaron al mundo”.

Humberto Villasmil también describe a Emilio Morgado como un “maestro generoso, elegante, sobrio, sistemático, denso y ordenado en todo lo que enseña”.

3. Emilio Morgado, el ser humano

El reconocimiento a los valores de D. Emilio no está en las distinciones y honores que recibió a lo largo de su carrera académica ni en la innumerable producción publicada en libros, artículos, entrevistas, periódicos y otros medios, ni en los importantes cargos que desempeñó.

Sus valores más altos los encuentra dentro de su familia, como esposo, padre y abuelo.

Nacido en Santiago de Chile, es viudo de D. Lola Maúrtua Cárdenas.

Su hija Patrícia Morgado Maúrtua es arquitecta y profesora de arquitectura en la Universidad Estatal de Carolina del Norte.

Su hija Lucia Morgado Maúrtua es odontóloga titulada e investigadora de medicamentos.

Su nieta Paula Camino Morgado es licenciada en Derecho por la PUC en Perú, donde actualmente es profesora asistente y estudiante de maestría en la Universidad de Oxford.

Como dijo una vez Víctor Hugo: “Ser bueno es fácil. Lo difícil es ser justo”. Don Emilio, además de su bondad natural, fue siempre un hombre justo y, por tanto, un hombre íntegro y modelo de ser humano para todos nosotros.

Muchas gracias Don Emilio por otorgarnos su ejemplo y felicitaciones por el legado que dejó a esta generación y a las generaciones futuras.

Nelson Mannrich

Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social (AIADTSS).

Professor titular de Derecho del Trabajo de la Universidade de São Paulo.

Coordinador del Grupo de Estudios GETRAB – USP.

Abogado en São Paulo.

INVESTIGACIÓN DE CAMPO SOBRE CONDICIONES LABORALES DE TRABAJADORES DE PLATAFORMAS DIGITALES

1. Importancia de la investigación de campo

Sin lugar a dudas, las plataformas digitales de trabajo han supuesto uno de los cambios más importantes acontecidos en el mundo del trabajo a partir del advenimiento del siglo XXI.

La irrupción de prestaciones de actividad basadas en nuevos modelos de negocios, aparece signada por una estrategia empresarial que, aprovechando la tecnología, crea y ofrece valor a los clientes. Ciertamente, estos modelos son cada vez más populares debido al aumento en el uso de internet y la creciente demanda de servicios y productos digitales.¹

Por ello, desde 2015, la OIT ha estado estudiando las plataformas laborales digitales con miras a comprender las repercusiones de esta nueva forma de organización del trabajo en los trabajadores y el empleo en general. Para el organismo internacional, “el crecimiento de las plataformas digitales conlleva oportunidades y problemas para los trabajadores y las empresas, y plantea además la necesidad de un diálogo internacional sobre políticas”.²

En este marco, resulta fácilmente comprobable que, en el curso de este relativamente corto proceso, se han venido planteando innumerables cuestiones jurídicas de fondo, como lo revelan los foros y debates académicos y doctrinarios, los criterios generados por las decisiones jurisprudenciales, y la discusión política sobre la conveniencia o no de implementar reglas (y, en su caso, qué clase de reglas y con qué contenidos y alcance).

Más allá de la diversidad que presentan las realidades nacionales o regionales, lo cierto es que existe una percepción de que, la mayoría de estos modelos, están coadyuvando a incrementar los grados de precariedad en el

¹ Ecosign: Modelos de negocios digitales: En qué consisten y tipos.

² Véase <https://www.ilo.org/global/topics/non-standard-employment/crowd-work/lang-es/index.htm>

mundo del trabajo. Una precariedad signada, principal (aunque no exclusivamente), por la inestabilidad laboral y económica de los prestadores de esos servicios. De hecho, en el mundo, varias han sido las protestas encausadas por los trabajadores ante las autoridades y el público en general, demandando su reconocimiento por las plataformas, así como la aspiración de alcanzar un sustento y un nivel de vida digno.

Muchas son, entonces, las voces que reclaman respuestas, entre ellas, desde el derecho. Y para que esto ocurra, es necesario que se conozcan los datos ciertos de la realidad; sin información genuina, difícilmente puedan producirse cambios sustentables en el tiempo.

Recordamos que Amina J. Mohammed, vicesecretaria general de la ONU, señala que las Universidades son lugares que *“nutren la incubación, el intercambio, la innovación, y el análisis interdisciplinario, marcando el camino hacia el cambio”*.

2. Investigación del proyecto Fairwork en Uruguay³

En esa dirección, un equipo de investigadores de la Universidad Católica del Uruguay evaluó durante el 2023 las condiciones laborales de los trabajadores que prestan sus tareas mediante plataformas digitales en el Uruguay. Esta investigación es parte del proyecto Fairwork, liderado por el “Oxford Internet Institute” de la Universidad de Oxford, y forma parte de la red de investigación que se encuentra presente en más de 38 países de diversos continentes.

El equipo nacional está conformado por el Dr. Federico Rosenbaum Carli (Investigador principal, integrante del Departamento de Derecho y Coordinador de esta Revista Jurídica del Trabajo), Dr. Matías Dodel (integrante del Departamento de Ciencias Sociales), Dra. Eloísa González (integrante del Departamento de Administración y Negocios) y Mag. María Inés Martínez (directora de la Unidad de Diseño y Desarrollo Curricular, de la Vicerrectoría de Programas Académicos).

³ El informe puede leerse en: <https://fair.work/wp-content/uploads/sites/17/2024/02/Fairwork-Uruguay-Ratings-2023-ES.pdf>

Esta iniciativa internacional procura visibilizar la realidad de la economía digital a través de estudios empíricos, pero también apoyar a los trabajadores y formular recomendaciones a las plataformas para promover, como su denominación lo indica, el trabajo justo o decente.

La metodología del estudio, aplicada por el proyecto en todas partes, tiene por fin evaluar a las plataformas, según cinco grandes principios:

1. Pago justo;
2. Condiciones justas;
3. Contratos justos;
4. Gestión justa;
5. Representación justa.

En nuestro país, a partir de esos principios, fueron presentados recientemente los resultados del estudio sobre las condiciones laborales de trabajadores de cinco plataformas digitales que desenvuelven actividades diferentes: el transporte de pasajeros y el reparto de bienes (delivery, envío de paquetes). Las mismas son:

1. Uber
2. Cabify
3. PedidosYa
4. Rappi
5. Soydelivery

El proyecto Fairwork utiliza tres métodos para medir efectivamente la equidad de las condiciones laborales en las plataformas digitales de trabajo: investigación documental, entrevistas a los trabajadores y entrevistas a la gerencia de la plataforma.

Es a través de estos tres métodos que se releva evidencia sobre si las plataformas actúan de acuerdo con los referidos cinco principios de trabajo justo de Fairwork.

En cuanto a la adjudicación de puntajes, cada plataforma recibe una calificación final (de 0 a 10 puntos), en función del cumplimiento con los principios. A la vez, cada principio se subdivide en dos ítems, siendo posible alcanzar 2 puntos en total. O sea que, para cada principio, el sistema de

puntuación permite otorgar 1 punto correspondiente a un primer rango, y otro punto adicional correspondiente a un segundo rango. El segundo punto de cada principio, sólo puede concederse si se ha otorgado el primer punto a ese principio.

Los rangos especifican las evidencias necesarias para que una plataforma reciba un punto determinado. Cuando no se dispone de evidencias verificables para un determinado rango, la plataforma no recibe ese punto.

3. Resultados alcanzados en el relevamiento del año 2023

Durante 2023, se llevaron a cabo 32 entrevistas a trabajadores, se efectuó un amplio análisis documental y se contactó a gerentes (CEO) de las cinco plataformas de trabajo. En esta primera experiencia nacional, únicamente la gerencia de Soydelivery manifestó su interés en responder a las preguntas del proyecto y proporcionó la información solicitada para las puntuaciones; otras gerencias expresaron que participarán en la evaluación de este año (2024) y otras no dieron respuesta o se negaron explícitamente a hacerlo.

Interesa destacar que también en el caso de Soydelivery, se avanzó, constatándose la incorporación de cambios razonables para el cumplimiento de algunos criterios del proyecto Fairwork sobre condiciones de trabajo justo.

En ese marco, y de acuerdo al análisis realizado, Soydelivery alcanzó a cumplir con 7 de los 10 puntos evaluados por Fairwork, Rappi y Cabify con 1 de 10, y Uber y PedidosYa no cumplen con ninguno.

Si se abren los datos y evaluaciones efectuadas, surgen los siguientes resultados.

1. Pago justo:

Una plataforma (Soydelivery) pudo proporcionar evidencia de que los trabajadores, ganen al menos el salario mínimo del sector de actividad, así como un salario digno para el nivel local, tras deducir costos. El resto de las plataformas (PedidosYa, Rappi, Uber y Cabify) no han acreditado cumplir con el salario mínimo del sector correspondiente, aunque con diversos grados de aproximación a este umbral.

El salario mínimo del sector de reparto es de \$176,74 por hora, y el salario digno de \$229,77 por hora; mientras que en el sector de transporte es de \$182,59 por hora y \$237,37 por hora respectivamente. El monto del salario mínimo incluye lo que proporcionalmente correspondería percibir por concepto de licencia, salario vacacional, aguinaldo y otros beneficios previstos en el respectivo grupo y subgrupo de actividad en el ámbito de los Consejos de Salarios que operan en Uruguay.

Los salarios mínimos tomados en cuenta fueron:

- Para la actividad de reparto, el Nivel 1, Cadete, del Grupo 19, subgrupo 09 de los Consejos de Salarios

- Para la actividad de transporte de pasajeros, Chofer, Grupo 13, subgrupo 14 de los Consejos de Salarios.

El salario digno fue calculado sobre la base de un 30% adicional al salario mínimo correspondiente. En países de la región, las diferencias porcentuales entre el salario mínimo y el salario digno suelen ser superiores y varían desde el 50% al 70%.

2. Condiciones justas:

Solamente Soydelivery pudo proporcionar evidencia sobre la adopción de acciones para mitigar los riesgos específicos del trabajo, como otorgar equipamiento de trabajo y formación adecuada en materia de seguridad y salud laboral, y el diseño de un protocolo para mitigar estos riesgos. Sin embargo, ninguna plataforma pudo acreditar que provee una red de seguridad social adecuada. No se pudo evidenciar que aseguren que los trabajadores no sufran costos por accidentes, lesiones o enfermedades derivadas del trabajo, ni que otorguen compensaciones por la pérdida de ingresos a raíz de dichos incidentes.

3. Contratos justos:

La mayoría de las plataformas evidenciaron que proveen términos y condiciones claros y transparentes en su vínculo con los trabajadores (Soydelivery, Rappi y Cabify), con alcance comprensible y de fácil acceso. Para cumplir este punto es necesario suscribir un contrato donde la empresa esté claramente identificada y exprese estar sujeta a la normativa uruguaya. Al mismo tiempo, dichos contratos deben ser aceptados por el trabajador, no deben

contener cláusulas que reviertan los marcos jurídicos vigentes y deben prever una política de protección de datos personales que se ajuste a la normativa del país.

Las dos plataformas que no evidenciaron cumplir con estas condiciones son Uber y PedidosYa. Sin embargo, no se pudo demostrar que las plataformas no impongan cláusulas contractuales injustas, considerando especialmente que en los términos y condiciones se incorporan exclusiones de responsabilidad por diversos temas relacionados con la ejecución del trabajo.

4. Gestión justa:

La única plataforma que ha demostrado buenas prácticas de gestión justa ha sido Soydelivery, en tanto existe un procedimiento adecuado para informar la toma de decisiones que afecten a los trabajadores y el proceso de gestión es equitativo. En concreto, la plataforma documenta y protocoliza un canal de comunicaciones y forma de apelar las decisiones, así como una política contra la discriminación, promoción de la igualdad y diversidad, entre otros ejemplos. Las restantes cuatro empresas (PedidosYa, Rappi, Uber y Cabify) no han aportado evidencia del cumplimiento de este estándar de trabajo justo.

5. Representación justa:

PedidosYa, Rappi, Uber y Cabify no han demostrado asegurar la libertad de asociación y la expresión de la voz colectiva de los trabajadores. Por otra parte, Soydelivery comprobó cumplir con este criterio al presentar documentación de procedimientos para las comunicaciones con sus trabajadores, tanto sobre aspectos individuales como colectivos. Asimismo, la plataforma elaboró un protocolo para recibir los reclamos colectivos de los conductores.

Las cinco plataformas evaluadas no ofrecieron evidencias de permitir que los trabajadores participen en el gobierno de la empresa ni de reconocer públicamente a algún organismo colectivo de trabajadores (sindicato) como interlocutor para la gobernanza de la empresa.

4. Conclusiones

Sopesamos que el empleo de las herramientas en el proceso evaluatorio llevado a cabo por el proyecto Fairwork en Uruguay, constituye una contribución relevante para conocer en profundidad algunas de las aristas más trascendentes de la actividad desplegada en el ámbito de las plataformas digitales.

Insumos que, por su consistencia, resultan útiles para orientar cualquier toma de decisiones en torno a las políticas públicas que puedan adoptarse en este segmento.

Seguramente, la continuidad futura de las evaluaciones, en la medida que se incorporen más ítems (como los relativos a seguridad y salud, formación profesional, libertad asociativa y negociación colectiva, entre otros) y se sumen más empresas y trabajadores al aporte de informaciones, documentos y opiniones, posibilitará ahondar en el conocimiento de estas realidades y avanzar en la obtención de cambios y progresos útiles para todos, y que, en definitiva, también redunden en beneficio de la sociedad en su conjunto.

Por otra parte, la resonancia pública que obtuviera la investigación, ha servido de aliciente para que, en el ámbito de las comisiones del Parlamento, se plantee la inquietud de tratar el proyecto de ley que fuera enviado por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social en el mes de setiembre de 2022 sobre el trabajo en plataformas digitales. En ese ámbito, de concretarse estas acciones, seguramente se efectuarán aportes conceptuales y regulatorios, de modo de alcanzar -en lo posible- puntos de consensos que, eventualmente, puedan plasmarse en un texto legal.

Jorge Rosenbaum Rimolo

Profesor Titular (Grado 5) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en
la Facultad de Derecho, Universidad de la República (ret.)
Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social y de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay.

¿ESTABLECE EL CONVENIO 87 DE LA OIT EL DERECHO DE HUELGA?

DOES ILO CONVENTION 87 PROVIDE FOR THE RIGHT TO STRIKE?

Carlos Ernesto MOLINA

Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia (Colombia). Abogado, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín (Colombia) y Doctor en Derecho, Universidad Santo Tomás, Bogotá (Colombia). Especialista en libertad sindical, OIT y universidades de Bolonia y Castilla-La Mancha, y en normas internacionales del trabajo, CINTERFOR-OIT. Profesor de posgrado en las universidades del Rosario, Javeriana de Bogotá, ICESI de Cali y Pontificia Bolivariana de Medellín (Colombia). Miembro de número 23 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

cemolina38@hotmail.com

Fecha de envío: 01/02/2024

Fecha de aceptación: 23/02/2024

¿ESTABLECE EL CONVENIO 87 DE LA OIT EL DERECHO DE HUELGA?

Carlos Ernesto MOLINA

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Resumen: En ninguna norma de la OIT se consagra expresamente el derecho de huelga. Sin embargo, la Comisión de Expertos ha sostenido desde hace numerosos años que, no obstante, tal derecho puede deducirse del convenio 87. Los empleadores se han opuesto sistemáticamente a esta interpretación, aduciendo, entre otras razones, que la huelga fue expresamente excluida en los trabajos preparatorios del mencionado instrumento internacional y que la Comisión excede sus competencias al hacer tal inferencia. Esto ha desembocado en una crisis en el sistema de control de la organización, que amenaza su credibilidad. Dado que, tras muchos años de discusión, no pudo conciliarse esta divergencia al interior de la OIT, el Consejo de Administración decidió a fines del 2023 solicitar una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia, para dilucidarla. En este trabajo se hace un recuento general de las posiciones expuestas en el debate, se explican las dos propuestas que se plantearon para solucionarlo, cómo se llegó a la decisión de someter el diferendo a la Corte Internacional de Justicia, los posibles sentidos en que la Corte proferiría su respuesta, el carácter vinculante de ese pronunciamiento y sus consecuencias.

Palabras clave: Huelga - Convenio 87 de la OIT - Opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia

Sumario: 1. El contexto. 2. El debate sobre el derecho de huelga. 3. Las dos propuestas de solución a la discrepancia. 4. La Corte Internacional de Justicia tiene la palabra. 5. Fuerza vinculante del pronunciamiento de la CIJ y sus consecuencias.

Abstract: No ILO standard expressly recognizes the right to strike. However, over the past several years, the Committee of Experts has insisted that this right can nonetheless be deduced from Convention 87. Employers have systematically opposed this interpretation, arguing, among other reasons, that strike action was explicitly excluded from the preparatory work of this international instrument and that the Committee is overstepping its mandate by taking such a view. This has led to a crisis in the organization's supervisory system that is threatening its credibility. Given that it has not been possible to resolve this discrepancy, despite many years of discussions, the Governing Body decided to refer the dispute over the right to strike to the International Court of Justice for an advisory opinion. This article contains an overview of the positions in this debate and explains the two proposals made to resolve it, how the decision to refer the dispute to the International Court of Justice was reached, the possible ways in which the Court may respond, and the binding force of the Court's decision and its consequences.

Keywords: Strike - ILO Convention 87 - Advisory opinions of the International Court of Justice

Summary: 1. The context. 2. The Debate on the Right to Strike. 3. The Two Proposals to Resolve the Dispute. 4. The International Court of Justice Has the Floor. 5. The Binding Force of the ICJ Decision and its Consequences.

El derecho de huelga se considera generalmente como un derecho indiscutido para los trabajadores y sus sindicatos. Por ello es de cierta manera sorprendente que tal derecho no esté *contundentemente* consagrado en las normas de la OIT¹.

En efecto, el derecho de huelga y su ejercicio no aparecen expresamente contemplados o regulados en ningún instrumento de la OIT, vale decir, ni en su Constitución, ni en la Declaración de Filadelfia, ni en los convenios 87 y 98, ni en la Declaración sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998 y 2022). Sólo hay algunas alusiones tangenciales a la huelga en el Convenio 105 (art. 1-d) y en las recomendaciones 92 y 188.

En contraste, la huelga está expresamente incluida en otros sistemas normativos internacionales, como por ejemplo la Carta de la OEA (art. 45), el Protocolo de San Salvador (art. 8-1-b), la Carta de los DDFF de la Unión Europea (art. 28), la Carta Social europea (art. 6-4), o el PIDESC (art.8-d), que señalan expresamente la huelga como un derecho. Ello sin contar varias constituciones y legislaciones nacionales, que la acogen y frecuentemente la regulan.

A pesar de esa ausencia de disposiciones específicas sobre la huelga y su ejercicio en las normas de la OIT, uno de sus organismos de control (la Comisión de expertos), ha sostenido desde hace más de 60 años, que el derecho de huelga “se deduce” del convenio 87 -C87- (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948), y, además, ha emitido doctrina y directrices al respecto en sus informes y recomendaciones para los países miembros. Esta postura de la Comisión ha sido constantemente rechazada por el grupo de los empleadores y por algunos gobiernos (con notable énfasis a partir de los años 90 del siglo anterior), lo que ha desencadenado una persistente y grave crisis en la integralidad y credibilidad del sistema de control de la organización. Ante esto -y luego de arduos y periódicos debates internos surtidos durante estos años, sin arribarse a un consenso entre gobiernos, trabajadores y empleadores-, el Consejo de Administración de la OIT, en su 349ª reunión

¹ Una versión periodística breve de este trabajo fue publicada en el periódico “Ámbito Jurídico” (Bogotá), el 12 de enero de 2024.

(octubre-noviembre de 2023) ha decidido someter la discrepancia a la Corte Internacional de Justicia, para que ella dilucide el asunto.

1. El contexto

La OIT es una organización internacional adscrita a la ONU (aunque fue fundada en 1919, casi treinta años antes que esta), cuyo objetivo es emitir normas y políticas en materia de trabajo (“convenios” y “recomendaciones”), dirigidas a sus países miembros (187, a la fecha). Está basada en el “tripartismo”, es decir, a diferencia de otras organizaciones internacionales (que están conformadas solo por sujetos de derecho internacional público), la OIT está integrada por tres actores: gobiernos, trabajadores y empleadores. Ese “tripartismo” se refleja en su organismo máximo (la Conferencia Internacional del Trabajo -CIT) y en su organismo ejecutivo (el Consejo de Administración -CA). Un tercer organismo suyo tiene un carácter técnico y administrativo: la Oficina Internacional del Trabajo, que ejerce el secretariado permanente de la organización.

Desde el punto de vista normativo, la OIT se expresa principalmente mediante dos instrumentos expedidos por la CIT: los convenios (y en algunos casos, protocolos) y las recomendaciones.

La OIT cuenta principalmente con tres “organismos de control”, que son responsables de monitorear el cumplimiento de sus normas (particularmente de los convenios). Dos de ellos son tripartitos (la Comisión de Normas de la CIT y el Comité de Libertad Sindical -CLS), y un tercero, de carácter técnico jurídico (no tripartito): la ya mencionada Comisión de expertos (CEACR), integrada por 20 juristas.

2. El debate sobre el derecho de huelga

El origen remoto de la controversia sobre si la huelga es o no un derecho consagrado en los instrumentos de la OIT se remonta a 1959, cuando la CEACR produjo un Estudio General sobre la libertad sindical, en el cual afirmó que la

prohibición de la huelga por parte de los estados *“podía constituir una limitación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales”*².

Posteriormente, en otros informes generales de ese organismo (por ejemplo, los de 1973 y 1989), esa Comisión afirmó que la huelga es un derecho deducible del C87 -pese a la ausencia de una disposición específica en dicho convenio sobre ella-, ya que constituye uno de los medios esenciales con que cuentan los trabajadores para defender y promover sus intereses. Los empleadores expresaron su desacuerdo con esta postura y afirmaron que la CEACR excedía su mandato al colegir el derecho de huelga del C87.

A finales de la “guerra fría” la polémica se avivó. Así, a raíz del Estudio General de la CEACR presentado a la 81ª reunión de la CIT en 1994, en el que la comisión reafirmó su postura de que *“la huelga es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio núm. 87”*³, la Comisión de Normas de la Conferencia fue escenario de intensas discusiones y el grupo de los empleadores de nuevo puso en tela de juicio que un derecho de huelga *“tan global, preciso y detallado”*⁴ como lo describía la CEACR, pudiera derivarse directamente del texto de tal convenio.

Pero la caja de los truenos se abrió en la Conferencia 101ª de la OIT, en el año 2012. En su Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008, en el capítulo dedicado al C87, la CEACR afirmó que la huelga *“es un derecho fundamental”* -si bien reiteró que no es un derecho absoluto ni ilimitado-, que emana *“esencialmente del artículo 3 del Convenio que consagra el derecho de las organizaciones de trabajadores a organizar sus actividades y a formular sus programas de acción y del artículo 10 donde se indica que el objetivo de estas organizaciones es fomentar y defender los intereses de los trabajadores”*⁵. La CEACR afirmó que sus planteamientos se basaban en los principios formulados de antaño por el CLS, que es un organismo tripartito.

² OIT-1959, pág. 135 y 136, párr. 68.

³ OIT-1994a, pág. 71, párr. 151.

⁴ OIT-1994b.

⁵ OIT-2012, pág. 48.

En contra de esas afirmaciones de la CEACR, el grupo de los empleadores señaló que *“ni los trabajos preparatorios del convenio 87, ni una interpretación basada en la Convención de Viena (...)”*, proporcionan una base para elaborar a partir de ese convenio -como lo hace la CEACR-, *“reglas exhaustivas y excesivas sobre el ámbito de aplicación y las condiciones del derecho de huelga”*, y que *“como mucho, el Convenio 87 establece un derecho general a la huelga que, no obstante, no se regula en detalle en las disposiciones del convenio”*. Agregaron que cuando la CEACR expresa detalladamente pautas sobre el derecho de huelga, excede su función, al aplicar *“un enfoque único y válido para todos [los países]”*, sin reconocer las diferencias nacionales en cuanto al desarrollo económico o industrial, etc. Por todo ello, pidieron a la CEACR que reconsiderara sus interpretaciones sobre la materia y que suspendiera inmediatamente toda referencia de este derecho en sus futuros informes, hasta tanto no se celebrara una discusión tripartita al respecto^{6 7}.

Por tal disenso, en la CIT de 2012 los empleadores se abstuvieron de participar en el examen de casos de incumplimiento grave del C87 por parte de estados miembros, examen que se hace de consuno con los trabajadores y los gobiernos presentes en la conferencia. A causa de esa abstención de los empleadores, en aquel año la Comisión de Normas de la CIT no examinó ningún caso individual, lo que nunca había sucedido desde su creación en 1926.

En síntesis, los empleadores no desconocen que existe el derecho de huelga (en las legislaciones nacionales y en otros instrumentos internacionales), pero cuestionan que la CEACR pretenda llenar el vacío normativo del C87, al afirmar que la huelga sea un corolario de éste. Por tanto, sostienen que, cuando la CEACR emite directrices prolijas sobre la huelga y evalúa las legislaciones estatales frente a ellas, está extralimitando su misión, ya que es a esos órdenes normativos nacionales a los que corresponde regular detalladamente la huelga. También insisten en que la CEACR debe integrar mejor la diversidad de los sistemas de relaciones laborales en sus evaluaciones de cumplimiento.

⁶ OIT-2012, pág. 49.

⁷ OIE-2014 -Organización Internacional de Empleadores-, 2014, *passim*.

Por su parte, la CEACR sigue sosteniendo que el derecho de huelga “se deriva del convenio 87”, y -reiterando lo dicho en su informe general del 2012-, afirma que la ausencia de una disposición concreta sobre ese derecho en el mencionado convenio “*no es determinante en la medida que el contenido del convenio debe ser interpretado teniendo en cuenta su objeto y fin*”⁸. Y que, si bien los trabajos preparatorios de un convenio son una importante fuente de interpretación de éste, debe darse lugar a otros elementos hermenéuticos, en particular a una práctica utilizada durante más de cincuenta años⁹. Admite que su mandato no la autoriza a realizar interpretaciones definitivas de los convenios, pues reconoce que tal competencia solo la tiene la Corte Internacional de Justicia. Sin embargo -afirma-, para que la CEACR, pueda cumplir su mandato debe interpretar los convenios, así sea de una forma no definitiva y no vinculante¹⁰, pues la comisión no tiene carácter de tribunal contencioso.

A su vez, el grupo de los trabajadores ha rechazado los argumentos de los empleadores y acogido plenamente la postura de la CEACR, esgrimiendo -entre otros-, el de que, sin derecho de huelga, la libertad sindical (a la que se refiere fundamentalmente el C87), pierde todo significado y afirmando que la CEACR “*no ha sobrepasado nunca su mandato cuando ha elaborado sus principios sobre el derecho de huelga*”¹¹. Esta postura se ha reiterado en los años sucesivos¹².

3. Las dos propuestas de solución a la discrepancia

Luego de arduas discusiones, sin llegarse a una solución de consenso, finalmente se plantearon dos propuestas al CA, para salir de la crisis:

⁸ OIT-2012, p. 50, párr. 118 y 119.

⁹ Ha de recordarse que el CLS -otro órgano de control de la OIT-, ha emitido desde su fundación a mediados del siglo pasado toda una doctrina sobre el derecho de huelga. Sin embargo, mientras el CLS emite recomendaciones a los países con respecto a las violaciones que se pueden dar *en la práctica y en casos concretos y particulares*, sobre la libertad sindical (incluyendo el derecho de huelga), la CEACR profiere “observaciones” y “solicitudes directas” a los países miembros, sobre cómo ellos deben aplicar *en sus legislaciones* los convenios de la OIT ratificados.

¹⁰ OIT-2022, párr. 45, pág. 23.

¹¹ OIT-2013, párr. 24, pág. 10.

¹² CSI-2013, *passim*. Ver al respecto, por ejemplo, la manifestación de la Confederación Sindical Internacional (CSI), del año 2013, disponible en [ituc_comments-spanish.pdf \(ituc-csi.org\)](http://ituc_comments-spanish.pdf)

- i) La propuesta presentada por el grupo empleador y algunos gobiernos, consistente en que el Consejo de Administración incluyese urgentemente un punto normativo en el orden del día de la 112ª reunión de la CIT (junio de 2024), dirigido a adoptar un Protocolo¹³ al C87, que especifique con autoridad el ámbito y los límites del derecho de huelga en el contexto de ese convenio.
- ii) La propuesta presentada inicialmente por el grupo de los trabajadores y por 36 gobiernos (entre ellos 6 suramericanos), consistente en remitir urgentemente a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de conformidad con el párrafo 1 del artículo 37 de la Constitución de la OIT, la controversia relativa a la interpretación del C87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, en lo atinente al derecho de huelga. El grupo de los empleadores ha objetado esta proposición desde tiempo atrás, pues, a su juicio, ella sería el último recurso, pues en primer término debería intentarse un diálogo social exhaustivo e inclusivo en la Conferencia, como *“la única manera de lograr una solución sostenible y jurídicamente sólida”*.

Las dos propuestas fueron discutidas en las sesiones extraordinarias del 10 y 11 de noviembre de 2023 del CA¹⁴, pero ante la imposibilidad de arribar a un consenso, fueron sometidas a votación, resultando ganadora por mayoría la propuesta de solicitar una opinión consultiva a la CIJ.

4. La Corte Internacional de Justicia tiene la palabra

La decisión adoptada por el CA se fundamenta en el art. 37 de la Constitución de la OIT, que dice que la CIJ es la autoridad competente para

¹³ OIT-Normlex. Según la OIT, un protocolo es un instrumento, con carácter de tratado internacional -y por tanto ratificable-, vinculado con un determinado convenio, que permite dar más flexibilidad a este, o que concreta sus obligaciones. O sea, busca dar mayor pertinencia y actualidad al respectivo convenio, ya que permite adaptarlo a condiciones cambiantes y hacer frente a las dificultades prácticas que pueden surgir como consecuencia de la adopción del convenio. Hasta la fecha, la CIT ha adoptado cinco protocolos (relativos a los convenios sobre inspección de trabajo, trabajo nocturno, las plantaciones, la marina mercante y seguridad y salud de los trabajadores).

¹⁴ OIT-CA-2023: GB.349bis/PV/Proyecto y GB.349 ter/PV/Proyecto.

solventar “*Todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación*” de esa Constitución “*y de los convenios*” producidos por tal organización.

Las opiniones consultivas de la CIJ se rigen por los artículos 65 a 68 de su Estatuto. El # 1 del primer artículo mencionado señala que ese alto tribunal podrá emitir tales opiniones “*respecto de cualquier cuestión jurídica, a solicitud de cualquier organismo autorizado para ello por la Carta de las Naciones Unidas (...)*”¹⁵.

El director de la OIT, entonces, ha solicitado a la CIJ una opinión consultiva que dé respuesta a la siguiente pregunta: “*¿Está protegido el derecho de huelga de los trabajadores y de sus organizaciones en virtud del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)?*”.

En toda la historia de la OIT (104 años), esta es la segunda vez que ella acude a la CIJ para dilucidar un conflicto interpretativo sobre el alcance de uno de sus convenios. La primera vez fue en 1922, cuando la organización solicitó una opinión consultiva a la Corte Permanente de Justicia Internacional (antecesora de la CIJ), acerca de la interpretación del convenio 4 sobre el trabajo nocturno de las mujeres. En otras cinco ocasiones (entre 1922 y 1932), la OIT también recurrió a ese alto tribunal, pero no para solicitar una interpretación sobre un convenio, sino sobre aspectos atinentes a su Constitución o a sus competencias como organismo internacional.

La CIJ deberá dirimir el asunto conforme a las reglas de interpretación contenidas en el art. 38 de su Estatuto, así como, sobre todo, en el art. 31 de la Convención de Viena. Para el efecto, la Corte tendrá a la vista y evaluará los enfoques interpretativos aducidos tanto por la CEACR como por los empleadores: el axiológico, finalista o valorista (CEACR)¹⁶ y el positivista y

¹⁵ La ONU y la OIT celebraron en 1946 un acuerdo que rige las relaciones entre ambas (art. IX-2) y que incluye la posibilidad de que la OIT pueda solicitar opiniones consultivas a las Corte Permanente de Justicia Internacional (hoy CIJ)

¹⁶ OIT-2007. La CEACR ha argüido (por boca de su entonces presidente), en pro de una interpretación finalista (“derecho viviente”) de los convenios, que estos “*son instrumentos vivos que no deben ser interpretados únicamente en el contexto de las condiciones existentes en el momento de su adopción*”. Esta postura fue formulada a propósito de la hermenéutica del convenio 29 sobre trabajo forzoso. CIT, 96ª reunión (2007), Actas provisionales, núm. 22, primera parte, párr. 133.

semántico, de cariz originalista o intencionalista (los empleadores). Un típico debate hermenéutico contemporáneo. Para ello escuchará a los sujetos contendientes, y luego definirá si el derecho de huelga emana o no del C87.

Ha de recordarse que, según el art. 31 de la Convención de Viena, *“un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*. O sea, para responder a la consulta formulada por la OIT, la CIJ deberá atender preferentemente al texto del C87 en sentido estricto (parte dispositiva, preámbulo y anexos), así como los acuerdos referidos a ese instrumento, concertados entre las partes, y también el objeto y fin del mismo. Además, como medios de interpretación complementaria (art. 32 de la Convención de Viena), el tribunal de La Haya podrá acudir a los trabajos preparatorios del convenio y a las circunstancias de su celebración. Pero estos medios complementarios solo podrían ser considerados en caso de que la interpretación derivada del texto del convenio arroje un sentido ambiguo u oscuro, o *“conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”*. Todo ello, con observancia del principio de buena fe, que es básico en el derecho internacional, y que gira alrededor del postulado *“pacta sunt servanda”*¹⁷.

5. Fuerza vinculante de la opinión consultiva de la CIJ y sus consecuencias

Aunque las opiniones consultivas proferidas por la CIJ no tienen poder vinculante por sí mismas (como si lo tienen sus fallos contenciosos), las organizaciones internacionales, que según sus propios estatutos puedan recurrir a ese tribunal para que emita tales opiniones, pueden conferirles esa fuerza. Tal es el caso de la OIT, que en el art. 37 de su Constitución indica que las divergencias en la interpretación de un convenio podrán ser sometidas a la CIJ *“para su resolución”*. Es decir, el pronunciamiento de la CIJ no es para la OIT una “opinión” (que pueda acoger o no), sino una decisión que ella y sus mandantes deberán acatar.

¹⁷ Díez de Velasco, Manuel, 2003, pág. 183 y ss.

O sea, la resolución de la CIJ resolverá definitivamente el diferendo jurídico acerca de si el derecho de huelga emana o no del C87 y con qué alcance, y, en consecuencia, si quedan en firme, o no, los pronunciamientos que la CEACR haya proferido hasta ahora sobre el derecho de huelga.

La CIJ, en este caso, podrá decidir en alguno de los siguientes sentidos:

- a. Que el C87 solamente contempla un derecho *genérico* a la huelga, sin que puedan deducirse de él directamente regulaciones detalladas (como las proferidas por la CEACR). Si ese fuera el dictamen de la CIJ -en mi opinión-, se impondría la necesidad de emitir posteriormente un Protocolo complementario del C87, con pautas concretas sobre el derecho de huelga, con base en las cuales la OIT (particularmente la CEACR), pudiera ejercer control sobre las legislaciones y prácticas de los países miembros atinentes a ese derecho.
- b. Que, además de consagrar un derecho genérico a la huelga, pueden derivarse directamente del C87 directrices específicas sobre ella, sin necesidad de expedir un instrumento complementario (protocolo). En este caso, sin duda, la OIT podría ejercer ese control sobre los estados miembros, consistente especialmente en el envío de memorias periódicas sobre el cumplimiento que ellos están dando al C87 -y específicamente sobre la huelga- en sus legislaciones y prácticas. En consecuencia, la CEACR podría continuar emitiendo directrices en tal materia.
- c. Que el derecho de huelga no es, en ningún caso, corolario del C87; o sea, que dicho convenio tiene un vacío normativo en la materia. En este caso, la OIT no podrá ejercer controles sobre los países miembros en lo atinente al derecho de huelga (legislación y prácticas) y, para poder hacerlo, sería necesaria la expedición de un convenio específico que consagrara y regulara el derecho de huelga, pero siempre y cuando dicho instrumento fuera ratificado por los países miembros sobre los cuales se ejerciera dicho control.

Las anteriores son -a mi juicio y desde el punto de vista estrictamente jurídico-, las posibilidades del pronunciamiento de la CIJ, ante la consulta de la OIT.

Queda una inquietud en el terreno político: ¿en el caso de que la CIJ determinara que la huelga es corolario indisociable del convenio 87 y se avalaran, así, las doctrinas que la CEACR ha establecido sobre ella, persistirán los empleadores en su postura contraria, largamente sostenida? O sea, ¿la decisión de la CIJ en tal sentido ahondará la crisis en el sistema de control de la OIT, en lugar de solucionarla?

Amanecerá y veremos.

Bibliografía

- DÍEZ DE VELASCO, M. (2003). *Instituciones de Derecho Internacional público*, Madrid, Ed. Tecnos, 14ª edición.
- OIT (1959). Informe III (Parte IV). Conferencia Internacional del Trabajo, CIT 43a reunión, 1959.
- OIT (1994a). CEACR, Informe III (Parte 4B), Estudio general de las memorias sobre los convenios 87 y 98. CIT, 81ª reunión.
- OIT (1994b). Actas Provisionales núm. 25. Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe de la Comisión de Aplicación de Normas. CIT, 81ª reunión.
- OIT (2012). *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*. CIT, 101ª reunión.
- OIT (2013). Informe III (Parte 1A). Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2013. CIT, 102ª reunión.
- OIT (2022). Informe III (Parte A). Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2022. CIT, 110ª reunión.

Recursos electrónicos

- CSI (2013). Manifestación de la Confederación Sindical Internacional (CSI). Disponible en [ituc_comments-spanish.pdf \(ituc-csi.org\)](https://www.ituc-csi.org/ituc_comments-spanish.pdf).
- OIE (2014). Organización Internacional de empleadores (OIE). *Los convenios 87 y 98 de la OIT ¿reconocen el derecho de huelga?*. Disponible en: [El derecho de huelga en los Convenios 87 y 98 \(ioe-emp.org\)](https://www.ioe-emp.org/).
- OIT. Normlex. Disponible en [NORMLEX Guía \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/normlex/).
- OIT (2007). Actas provisionales, núm. 22, primera parte. CIT, 96ª reunión. Disponible en [Microsoft Word - ILC96-PR22-270-Sp.doc \(ilo.org\)](https://www.ilo.org/public-arch/condoc/dbhtml/ILC96-PR22-270-Sp.doc).
- OIT-CA (2023). Consejo de Administración, reuniones extraordinarias 349bis (10 de noviembre de 2023) y 349ter (11 de noviembre de 2023), proyectos de

actas. Disponibles en [Proyecto de actas de la 349.^a bis reunión \(extraordinaria\) del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo \(ilo.org\)](#) y [GB.349<i>ter</i>/PV/Draft: Proyecto de actas de la 349.^a <i>ter</i> reunión \(extraordinaria\) del Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo \(ilo.org\)](#).

ELEMENTOS DEL TELETRABAJO EN LA REGULACIÓN CENTROAMERICANA

ELEMENTS OF TELEWORKING IN THE CENTRAL AMERICAN REGULATION

Lorgia Yolanda MÁRQUEZ MORA

Abogada y Notario Público; Magíster en derecho empresarial con mención en asesoría legal por la UNAN-León (Nicaragua); Máster en derecho empresarial por CETAE-Managua (Nicaragua), docente adjunto Facultad de ciencias económicas y empresariales UNAN-León (Nicaragua).

lorgia.marquez@ce.unanleon.edu.ni

Fecha de envío: 21/06/2023

Fecha de aceptación: 02/10/2023

ELEMENTOS DEL TELETRABAJO EN LA REGULACIÓN CENTROAMERICANA

Lorgia Yolanda MÁRQUEZ MORA

UNAN-León (Nicaragua)

Resumen: El teletrabajo es una nueva forma de organización del trabajo su masificación ha sido impulsada por las grandes transformaciones sociales, económicas y jurídicas que ha sufrido la sociedad en su historia reciente atendiéndose así las necesidades del mercado laboral y la organización.

La implementación del teletrabajo en algunas naciones centroamericanas ha sido impulsada por la crisis sanitaria provocada por la pandemia del coronavirus en otras, existe ausencia de regulación sobre el teletrabajo ello dificulta la determinación de sus elementos fundamentales lo que no permite sistematizarlos y homogenizarlos a fin de obtener sus aspectos generales de aplicación.

Se realiza un estudio comparativo en la regulación centroamericana sobre el teletrabajo lo que permite identificar concepto, evolución y las bases fundamentales de los elementos del teletrabajo, semejanzas y diferencias y sustentar los parámetros generales para la aplicación de los acuerdos de esta modalidad de ejecución del trabajo.

Algunas de sus semejanzas en la regulación centroamericana son coincidentes con sus elementos fundamentales así tenemos: la voluntariedad, el contrato original, su modificación o adenda, la revocación unilateral, la excusión laboral, la regulación en el Estado y la empresa privada, distintas modalidades, flexibilidad de horario, derecho a desconexión digital, obligación de suministro, condiciones de tiempo y espacio, obligación entre las partes.

Palabras clave: Teletrabajo - Elementos fundamentales - Centroamérica

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y evolución. 2.1. El teletrabajo. 3. La regulación del teletrabajo en el derecho positivo centroamericano. 3.1. El teletrabajo en Guatemala. 3.2. El teletrabajo en El Salvador. 3.3. El teletrabajo en Honduras. 3.4. El teletrabajo en Nicaragua. 3.5. El teletrabajo en Costa Rica. 3.6. El teletrabajo en Panamá. 4. Cuadro comparativo de la regulación del teletrabajo en Centroamérica. 5. Conclusiones.

Abstract: Teleworking is a new form of work organization, its massification has been driven by the great social, economic and legal transformations that society has undergone in its recent history, thus meeting the needs of the labor market and the organization.

The implementation of teleworking in some Central American nations has been driven by the health crisis caused by the coronavirus pandemic in others, there is an absence of regulation on teleworking, which makes it difficult to determine its fundamental elements, which does not allow them to be systematized and homogenized in order to obtain its general aspects of application.

A comparative study is carried out in the Central American regulation on telework, which allows to identify the concept, evolution and the fundamental bases of the elements of telework, similarities and differences and support the general parameters for the application of the agreements of this modality of work execution.

Some of its similarities in the Central American regulation coincide with its fundamental elements, such as: voluntary, original contract, its modification or addendum, unilateral revocation, labor excusion, regulation in the State and private company, different modalities, schedule flexibility, right to digital disconnection, supply obligation, time and space conditions, obligation between the parties.

Keywords: Teleworking - Fundamental elements - Central America

Summary: 1. Introduction. 2. Concept and evolution. 2.1. Teleworking. 3. The regulation of teleworking in the Central American positive law. 3.1. Teleworking in Guatemala. 3.2. Teleworking in El Salvador. 3.3. Teleworking in Honduras. 3.4. Teleworking in Nicaragua. 3.5. Teleworking in Costa Rica. 3.6. Teleworking in Panama. 4. Comparative table of the regulation of telework in Central America. 5. Conclusions. 6. Recommendations.

1. Introducción

El teletrabajo¹ como una nueva forma de organizar el trabajo ha sido originado por las crisis petroleras², sociales, económicas y ha sido impulsado por la crisis sanitaria de la covid-19 ha evolucionado a lo largo de varias décadas, determinándose como una herramienta de eficiente uso para hacerle frente a las problemáticas que emergen en tales momentos críticos en la historia reciente de la humanidad atendándose así las necesidades del mercado laboral y la empresa.

En los años 90's el teletrabajo empezó a crecer a consecuencia de la difusión de los ordenadores, el desarrollo de redes, el inicio del uso generalizado del correo electrónico como instrumento de trabajo y un mayor uso de teléfonos móviles, según destaca BAYÓN y ZERBI³.

Según las voces de FERNÁNDEZ⁴ su masificación y repunte fue generado por la crisis provocada por la covid-19 lo que permitió que muchas empresas tuvieran que favorecer su implementación para mantener la actividad económica a flote, toda vez que por su naturaleza se permita realizar el trabajo

¹ Las notas conceptuales del teletrabajo fueron acuñadas por Jack Nilles en la década de los 70's del siglo XX a consecuencia de la crisis petrolera. Jack Nilles, físico e ingeniero de profesión en plena crisis del petróleo, buscaba formas de ahorro energético, abogaba por el trabajo a distancia con el uso de las entonces incipientes tecnologías de la comunicación. Su idea consistía en llevar el trabajo al trabajador y no el trabajador al trabajo, proponía una nueva fórmula de organización del trabajo, ésta daba respuesta a la interrogante ¿y si en lugar de llevar al trabajador al trabajo lo hacemos al revés? sentó así las bases del teletrabajo. Ver a María Daniela MOLINA ORDÓÑEZ, en "Análisis de cargo que se adoptaron de mejor manera al teletrabajo, según las medidas tomadas durante la crisis del Coronavirus" (tesis de Master, Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador, 2020), 1, 2, autora que cita al mismo Nills, J. (1994). Esto también es ratificado por CASTILLO, José Alejandro, en *El teletrabajo y la importancia de su adopción en los sistemas jurídicos laborales de los países centroamericanos* en Revista Cuaderno Jurídico, volumen 2, 2016, Nicaragua, pág. 3-29.

² Ministerio de Educación Cultura y Deporte. Teletrabajo y comercio electrónico. (2018) España. Disponible en: <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/PdfServlet?pdf=VP18905.pdf&area=E>

³ BAYÓN PÉREZ, Jessica y Zerbi, Anna, "El teletrabajo: avances y retos dentro de la sociedad actual" *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* 1-13, (2020), https://ejcls.adapt.it/index.php/rjde_adapt/issue/view/92 (Consultado el 10 de noviembre 2022).

⁴ FERNÁNDEZ, Jesús Barceló, en Cláusulas nulas en el acuerdo de trabajo a distancia. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022 en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2022) 6, no. 63, pág. 406-425.

en el domicilio de la persona trabajadora, reducir los efectos negativos de la situación de confinamiento y restricciones de movilidad y distanciamiento físico.

Una de las principales razones que ha motivado la implementación del teletrabajo en las naciones centroamericanas ha sido la crisis sanitaria provocada por la covid-19 en otros casos existe ausencia de regulación sobre el teletrabajo lo que dificulta la identificación de sus elementos fundamentales, sistematizarlos y homogenizarlos a fin de obtener aspectos generales de aplicación.

Por ello, resulta pertinente realizar un estudio comparativo en la regulación centroamericana sobre el teletrabajo⁵ por tratarse de una nueva forma de organización del trabajo cuya implementación ha sido impulsada por las grandes transformaciones sociales, económicas y jurídicas que ha sufrido la sociedad en su historia reciente.

Este estudio proporcionará las bases fundamentales de los elementos del teletrabajo en el marco legislativo centroamericano lo que permitirá sustentar parámetros generales para la aplicación de los acuerdos que establecen esta modalidad de ejecución del trabajo.

De acuerdo con lo antes dicho, el presente trabajo de investigación permite identificar el concepto y evolución del teletrabajo y analizar la regulación del teletrabajo en el derecho positivo centroamericano.

El modelo de investigación utilizado es el análisis teórico-jurídico con el que se relaciona el concepto, evolución y elementos fundamentales del teletrabajo, dentro de los planteamientos legislativos, doctrinales y jurisprudenciales centroamericanos.

Los aportes o resultados de la investigación están orientados al análisis comparativo de la legislación centroamericana sobre el teletrabajo lo que permite identificar la regulación específica de cada nación, elementos comunes y las diferencias que proponen estos modelos.

⁵ El presente trabajo de investigación refiere El acápite de la tesis para optar al grado de Magíster en derecho empresarial con mención en asesoría jurídica en la Facultad de ciencias jurídicas y sociales UNAN-León, Nicaragua.

2. Concepto y evolución

El teletrabajo ha evolucionado a partir de la década de los 70's y su evolución ha permitido que en el escenario laboral se conozcan varias modalidades se parte de su género que es el trabajo a distancia hasta sus especies como el teletrabajo, el trabajo a

domicilio y el trabajo remoto.

Según sustenta FUENTES⁶, antes de los años setenta las iniciativas con respecto al teletrabajo eran pocas y aisladas ni se concebía su denominación. En esta época, surge el término telecommuting y el teledesplazamiento propiciados por las crisis energéticas y los grandes problemas de congestión del tráfico que se daba en grandes ciudades, ello destacado también por CASTILLO⁷.

En los años ochenta se producen aportaciones referentes a clarificar más el concepto del teletrabajo. En Europa se empiezan a investigar las implicaciones del teletrabajo para el desarrollo rural y las implicaciones sociales, es decir la protección de los teletrabajadores, así como también los aspectos tecnológicos dentro de los primeros programas de investigación y desarrollo tecnológico.

La crisis económica mundial de la primera mitad de los años noventa hace que las empresas busquen fórmulas para reducir costes ante la caída de la demanda, el teletrabajo constituye un instrumento para esa reducción de costes. En la segunda mitad de la década las empresas emplean el teletrabajo para estar más cerca de sus clientes. Fenómenos como la explosión de la internet contribuyen al desarrollo del teletrabajo.

Desde inicios del siglo XXI, el teletrabajo ha tomado un auge impresionante a nivel mundial con el desarrollo de las tecnologías de la

⁶ Bárbara Viviana FUENTES IZQUIERDO, en "El teletrabajo y su interpretación en el derecho laboral guatemalteco", (tesis de grado, Universidad de San Carlos, San Carlos, Guatemala, 2005), 50.

⁷ CASTILLO, José Alejandro, 2016, Op. cit. pág. 3.

información y la comunicación, legislándose en diversos países y considerándose una de las modalidades principales de organización del trabajo.

2.1. El teletrabajo

Según GÓMEZ⁸ en el caso específico del teletrabajo nos encontramos ante una forma de organizar y prestar los servicios mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de comunicación.

Es una forma de organizar el trabajo sin estar presente físicamente en la entidad; la comunicación y el intercambio de información necesaria para desarrollar la labor depende de las tecnologías de la información y las comunicaciones LAM⁹.

La organización internacional del trabajo 2011 lo define como la forma de organizar y realizar el trabajo a distancia mediante la utilización de las TIC, en el domicilio del trabajador o en lugares o establecimientos ajenos al empleador.

De las definiciones expuestas apreciamos elementos comunes: 1) es una modalidad del trabajo a distancia, 2) requiere para su implementación el uso de los sistemas informáticos y 3) la deslocalización que implica el desarrollo de la labor en algún otro lugar distinto al centro de operaciones de la empresa.

3. La regulación del teletrabajo en el derecho positivo centroamericano

El dato más antiguo de regulación del teletrabajo en Centroamérica, lo encontramos en Costa Rica en el año 2008, se considera su regulación reciente en el istmo.

3.1. El teletrabajo en Guatemala

⁸ GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, en “*La nueva regulación del trabajo a distancia*”, en revista Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, pág. 27.

⁹ LAM PEÑA, Reynaldo Jorge, en *El reglamento de teletrabajo y trabajo a distancia en Cuba. Criterios interpretativos sobre su configuración normativa* en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* 4, no. 4, 2022, pág. 193-211.

De acuerdo con FUENTES¹⁰ en Guatemala el contrato bajo esta modalidad se da en la creación de páginas web y su mantenimiento, contabilidades, asesorías y consultorías.

La pandemia generada por la covid-19 y las disposiciones gubernamentales para evitar su propagación, obligaron su implementación como una alternativa a la continuidad de las relaciones comerciales y laborales según apunta ACUÑA¹¹.

Según reporte del congreso de Guatemala 2022¹² en 2020 la comisión de trabajo del congreso de Guatemala analizó varias iniciativas de ley; cuatro de ellas relacionadas con el teletrabajo, la implementación del convenio no. 175 y convenio sobre el trabajo a tiempo parcial 1994. Las iniciativas 5626 y 5768 fueron unificadas por el congreso por tener similitud y la propuesta legislativa establece los parámetros necesarios para garantizar los principales derechos del trabajador al promover la igualdad de trato en cuanto a derechos, garantías y beneficios laborales entendiéndose esto como la homologación del trabajo presencial y el teletrabajo.

Según el congreso de Guatemala 2022¹³ la iniciativa de ley no. 5764 del 20 de abril

del 2020, en adelante la iniciativa de ley, presenta como propuesta que la implementación del teletrabajo es voluntaria, puede acordarse desde el inicio de la relación laboral o acordarse una vez iniciada las prestaciones bien de mutuo acuerdo o de forma unilateral por el empleador, a la vez puede darse tanto en el sector público como en el privado.

Las condiciones, jornadas, derechos, obligaciones del empleador y teletrabajador y los requisitos del contrato se establecerán de acuerdo con la

¹⁰ FUENTES IZQUIERDO, Bárbara Viviana, 2005, Op. cit. pág. 83.

¹¹ ACUÑA, Lizandro., "Teletrabajo en Guatemala: consecuencias de su implementación durante la pandemia covid-19" *Revista Análisis de la realidad nacional*, (2021), <https://ipn.usac.edu.gt/wp-content/uploads/2021/12/Lizandro-37.pdf> (Consultado el 4 de noviembre 2022).

¹² Congreso de la república de Guatemala. Iniciativas de ley enfocada a la dignificación y protección del trabajador. (2022). Disponible en: https://www.congreso.gob.gt/noticias_congreso/5605/23.021/3#gsc.tab=0

¹³ Congreso de la república de Guatemala. Consulta Legislativa (2022). Disponible en: https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5700

normativa general laboral. Queda claramente prescrito que los teletrabajadores gozarán de los mismos derechos y obligaciones con relación al resto de trabajadores.

FUENTES¹⁴ señala sobre la formalización del contrato de teletrabajo que, debe ser por escrito, estar emitido en tres ejemplares que contengan los requisitos mínimos establecidos por el artículo 29 del Código del Trabajo de Guatemala 1961¹⁵, tales son: calidades de ley; fecha de inicio; indicación de los servicios; o la naturaleza de la obra a ejecutar, se especifica características y condiciones de trabajo.

También debe contener: el lugar para ejecutar la obra, lugar donde vive si se presta en lugar distinto; si es indefinido o su duración; la jornada de trabajo; el salario, beneficio, comisión o participación que debe recibir el trabajador y la manera de computarse; la forma, período y lugar de pago; el lugar y la fecha de celebración del contrato; demás estipulaciones legales en que convengan las partes y las firmas de los contratantes o la impresión digital.

3.2. El teletrabajo en El Salvador

De acuerdo con el Ministerio del trabajo y previsión social de El Salvador 2022 su implementación ha sido motivada por la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia de la covid-19 en este sentido las empresas han sufrido transformaciones en su organización para no detener por completo la producción y sus actividades y ser capaces de desarrollar sus labores desde áreas seguras para evitar contagios derivados de la emergencia sanitaria que se vive a nivel mundial por la covid-19.

El Salvador dictó el decreto 600, ley de regulación del teletrabajo (2020)¹⁶, en adelante ley del teletrabajo que le asigna al trabajo una función social y que no puede ser considerado como un artículo de comercio.

¹⁴ FUENTES IZQUIERDO, Bárbara Viviana, 2005, Op. cit. pág. 74-76.

¹⁵ Decreto 1.441/1961, del 29 de abril, por el que se aprueba el código de trabajo de Guatemala, (Gaceta diario oficial No. 14 del 16 de junio 1961).

¹⁶ Decreto no. 600/2020, del 20 de marzo, por el que se aprueba ley de regulación del teletrabajo de El Salvador, (Gaceta diario Oficial no. 427, del 16 de junio del 2020).

Define el teletrabajo como una forma de desempeñar la relación laboral de carácter no presencial, total o parcialmente, por tiempo determinado o de manera indefinida, fuera del centro de trabajo y con la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

De acuerdo con esta ley, el teletrabajo, puede clasificarse como sigue:

1. Por el lugar de desempeño: autónomo: el teletrabajador utiliza su domicilio u otro lugar determinado, móviles: no tiene un lugar de trabajo determinado, o suplementarios: es una conjunción de las dos modalidades anteriores: autónomo, móvil y presencial.

2. Por la fijación de horario y jornada de trabajo: teletrabajo conectado: permanentemente conectado y sujeto a supervisión, teletrabajo desconectado: la comunicación con la organización no es permanente, no hay sujeción a una jornada determinada ni a control. Sin embargo, al final de la jornada se mide el desempeño con el reporte de informe y resultados.

La ley del teletrabajo regula el principio de voluntariedad para su implementación.

Si se pacta en contrato original la revocación no surte efecto solamente a convenio de partes de otro modo la revocabilidad puede ser unilateral dentro del término de 30 días de iniciada las labores después de este plazo serán por acuerdo de partes.

En caso de que se pacte desde el inicio de la relación se debe suscribir un contrato de teletrabajo de pactarse a posteriori será necesario suscribir una adenda y sus requisitos deben ser: -dirección exacta del lugar o lugares donde se desarrollarán las labores o telecentro, con previa autorización; -las principales tareas a realizar.

Del mismo modo se requiere plasmar: -especificaciones de equipos, programas, soportes, plataformas y demás implementos informáticos y otras herramientas que proporcionará el empleador o bien el teletrabajador; - mecanismos de evaluación para horarios, metas, desempeño, seguridad de la información; -confidencialidad y protección de datos; -condiciones de seguridad de la información; -protección de datos y confidencialidad, previamente aceptadas.

Las obligaciones de los empleadores en el sector privado están reguladas en el artículo 8 de la ley del teletrabajo prescribiéndose a como sigue: - reconocimiento del salario en la forma, cuantía, fecha y lugar pese a que no reciba herramientas o se dañe el equipo o por falla del sistema operativo.

Otras obligaciones son: -proveer los equipos, conexiones, herramientas, programas y aplicaciones que fueren necesarios e indispensables para la ejecución de las labores, si el teletrabajador las proporciona voluntariamente se compensará su depreciación; -conceder licencias y pagar las prestaciones sociales, en los mismos términos y condiciones que los trabajadores presenciales.

También se debe: -coordinar el restablecimiento de las funciones ante situaciones en las que no pueden realizar sus labores o estas se vean interrumpidas; -capacitar para el adecuado manejo y uso de equipos y programas; -establecer políticas sobre las condiciones del teletrabajo; -asumir el costo del funcionamiento de los equipos tecnológicos, de conexiones, herramientas y programas que se utilicen para el teletrabajo.

En cuanto a las obligaciones de los teletrabajadores, podemos indicar: - desempeñar el trabajo convenido, en la forma, tiempo y lugar autorizado; - informar de inmediato a su empleador cuando ocurran causas que impidan u obstruyan prestación de los servicios; -mantenerse a disposición del empleador durante la jornada de trabajo y en el horario establecido.

Los teletrabajadores también deben: -conservar y restituir en buen estado los equipos, herramientas, programas, aparatos, dispositivos, plataformas u otros mecanismos entregados por el empleador, salvo el deterioro por uso natural, por caso fortuito y fuerza mayor, o la mala calidad de fabricación; - guardar secreto de toda la documentación proporcionada por el empleador.

Así mismo deben observar que: -los equipos son de uso exclusivo del teletrabajador, quien tiene la obligación de restituirlos una vez concluida la relación laboral o revocada la modalidad; -facilitar los equipos a efectos de actualizarlos, auditorías o mantenimiento, si estos fueron proporcionados por el empleador.

Sobre los elementos del contrato de teletrabajo, la ley nos remite al código del trabajo de El Salvador 1995¹⁷, el que de acuerdo con el artículo 23 deberá de contener: -calidades de ley de cada contratante con relación de su cédula de identidad o documento fehaciente o relación de dos testigos; -se precisa el trabajo que se desempeñará.

Se debe relacionar: -su duración o si el teletrabajo es por tiempo indefinido y relación de la circunstancia del plazo; -la fecha en que se iniciará el trabajo, de surgir primero la relación laboral se hace constar la fecha de inicio y se firma contrato con posterioridad; -el lugar en que habrá de prestarse los servicios y si el patrono se obliga a proporcionarle alojamiento.

Se debe puntualizar también: -el horario de trabajo; el salario, forma, período y lugar de pago; la cantidad, calidad y estado de las herramientas y materiales proporcionados por el patrono; -nombre y apellido de las personas que dependan económicamente del trabajador; -las demás estipulaciones en que convengan las partes; -lugar y fecha de la celebración del contrato; -firma de los contratantes o la impresión digital.

3.3. El teletrabajo en Honduras

El teletrabajo en la legislación hondureña no está regulado su implementación deriva de la pandemia generada por la covid-19. Honduras ha promovido esta modalidad de trabajo vía normativa con la aplicación de la ley de aceleración económica y protección social 2020¹⁸, en adelante ley económica.

La misma norma en su artículo 8 autoriza la implementación del teletrabajo con la observación de varios requisitos destacándose que los empleados de cualquier entidad pública o privada pueden desarrollar sus labores de manera total o parcialmente a distancia de su local de trabajo y se emplean las tecnologías de la información y la comunicación.

¹⁷ Decreto no. 15/1972, del 23 de junio, por el que se aprueba código del trabajo El Salvador, (Gaceta no. 142, del 31 de julio 1972).

¹⁸ Decreto 31/2020, del 13 de marzo por el que se aprueba ley especial de aceleración económica y protección social frente a los efectos del coronavirus covid-19, (Gaceta no. 35,199, del 13 de marzo 2020).

Dentro del análisis de esta disposición se afirma que son elementos normados en el contrato de teletrabajo las siguientes: -se requiere la existencia de una relación o contrato de teletrabajo; el contrato de teletrabajo puede ser parcial o total; -las reglas de propiedad, uso y cuidados de los equipos.

Otros elementos son: -la forma de pago de interconexión, la propiedad de los datos o información transmitida y los procesos para garantizar su almacenamiento; -la jornada se negocia con el empleador con respeto de su límite laboral; -tratamiento igualitario al trabajo presencial sobre el respeto a los derechos, beneficios y protecciones de los trabajadores.

La ley económica hace una clara remisión sobre los elementos del contrato de teletrabajo al artículo 37 del código de trabajo de Honduras 1977¹⁹ estos son: calidades de ley de los contratantes y relación de la tarjeta de identidad de los contratantes u otro documento fehaciente, o acreditación con dos testigos idóneos que también firmarán el contrato; -descripción y naturaleza del servicio a prestar; -especifica las características, las condiciones del trabajo y el lugar de ejecución.

Se relaciona, así mismo: -si es por tiempo indefinido o la duración del contrato y la fecha en que se iniciará el trabajo; -el lugar preciso donde habitará el trabajador, cuando la prestación fuere en sitio diferente al lugar donde habitualmente vive y en virtud del convenio el patrono se obligue a proporcionarle alojamiento; -la jornada de trabajo y las horas en que deberá prestarse.

Se establece también: -si el servicio es por unidad de tiempo, de obra, por tarea o a destajo, o por dos o más de estos sistemas; -el salario, beneficio, comisión o participación; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera y la forma, período y lugar de pago.

Otros elementos son: -beneficios que suministre el patrono en forma de habitación, luz, combustible, alimentación, etc., si el patrono se ha obligado a proporcionarlos y la estimación de su valor; -las demás estipulaciones en que convengan las partes; -lugar y fecha de la celebración del contrato y firma de los contratantes o impresión digital con firma de otra persona a su ruego.

¹⁹ Decreto no. 189/1959, del 1° de junio por el que se aprueba código de trabajo de Honduras, (Gaceta *diario oficial* No. 16,827 del 15 de julio de 1959).

De acuerdo con ZELAYA y DÍAZ²⁰ otro esfuerzo legislativo en Honduras es el anteproyecto de ley de teletrabajo el que esencialmente amplía lo establecido en la ley económica, define el teletrabajo y algunos conceptos vinculados a él, establece la forma de organización del teletrabajo.

También expresa la obligatoriedad de los empleadores de proveer los equipos, licencias y la conexión necesaria para desempeñar las labores y habilita la creación de una inspección especial para garantizar los derechos de los trabajadores, establece el respeto de los horarios, los días hábiles de trabajo, la entrega de insumos, equipo, conexión, concertándose algunas condiciones de manera voluntaria a partir del acuerdo de partes.

Otras de las disposiciones nuevas en el anteproyecto de ley es la creación de un incentivo fiscal para las empresas e instituciones que promuevan el teletrabajo, pero presenta algunos vacíos como el no reconocer las modalidades de teletrabajo, no define el incentivo fiscal, el cómo se obtiene el beneficio y otros elementos que se dejan para el reglamento de la ley. Finalmente, manda a crear la política pública de teletrabajo en la cual se establecen cuatro prioridades para el desarrollo de este instrumento: la formación, el acceso a tecnología, los incentivos para la promoción del teletrabajo y la creación de alianzas público-privadas para el desarrollo y fomento de la modalidad.

3.4. El teletrabajo en Nicaragua

En el derecho positivo nicaragüense no se encuentra taxativamente prescrito el teletrabajo sin embargo, debemos subrayar que, se regula una modalidad del trabajo a distancia que es el trabajo a domicilio.

En el artículo 155 del código del trabajo 1996, en adelante C.T.²¹ se establece el trabajo a domicilio como el que es ejecutado por el trabajador en su

²⁰ ZELAYA, Samuel y DÍAZ, Héctor., "Aproximaciones al teletrabajo en Honduras", #Tomapartido 13, (2022), <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/19507.pdf> (Consultado el 15 enero 2022).

²¹ Ley 185/1996, del 5 de septiembre por el que se aprueba el código del trabajo de Nicaragua, (Gaceta no. 205 del 30 de octubre de 1996).

propio hogar, en taller de familia o en lugar que él escoge libremente por cuenta de un patrón, pero fuera de la dirección o vigilancia inmediata.

En esta modalidad tenemos presencia de la subordinación, es decir, la obra se realiza por cuenta de un patrón o empleador, se sujeta a las calidades especificadas por el patrón y se obliga al pago de un salario.

La misma norma aclara que no se debe considerar trabajo a domicilio el que se realiza para el expendio directo de lo manufacturado, esto es, si lo producido se realiza en el taller para destinarlo a la comercialización y no por encargo se trata de la modalidad de trabajo autónomo.

Sin embargo, pese a la falta de regulación se han presentado prácticas de trabajo a distancia que bien pueden tipificarse como teletrabajo, offshore o trabajo transfronterizo y es que gracias a la dinámica empresarial se contratan trabajos de naturaleza intelectual bajo estas modalidades sirviéndose de modelos internacionales para no violentar prerrogativas fundamentales de los trabajadores.

El Tribunal nacional laboral de apelaciones de Nicaragua en sentencia no. 735/2021²² del 7 de diciembre máxima autoridad judicial en material laboral y de seguridad social indica que, lo desarrollado en este país es trabajo remoto, figura que no está regulada en esta legislación laboral de forma específica precisamente porque su puesta en práctica es de carácter circunstancial y que ha sido una modalidad de trabajo que se ha implementado para mantener las actividades laborales.

A la vez, la referida autoridad define el trabajo remoto como “la modificación del lugar de trabajo que cambia del centro de labores fijado por el empleador hacia el domicilio del trabajador o el lugar donde éste elija realizarlo a través de medios tecnológicos o a través de cualquier otro medio bajo la supervisión y control del empleador”.

También señala que, “en Nicaragua anteriormente y a causa de la pandemia, lo que se ha puesto en práctica es, precisamente, el trabajo remoto

²² La sentencia que se comenta n° 735/2021, dictada el 7 de diciembre del 2021 por Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones de Nicaragua. La sentencia comentada se puede recuperar en <https://es.scribd.com/document/659119079/1641311744556>

dado que el teletrabajo no se encuentra regulado pues lo únicamente regulado es el trabajo a domicilio modalidad laboral distinta del teletrabajo”.

3.5. El teletrabajo en Costa Rica

Según CASTILLO²³ las razones que han dado nacimiento a la regulación del teletrabajo son entre otras la crisis energética y vial así Costa Rica en el esfuerzo por modernizar el Estado ha promulgado al menos 3 decretos que regulan el teletrabajo en el servicio público tales son: decreto no. 34704, Promoción del teletrabajo en las instituciones públicas (2008), decreto no. 37695, Promoción del teletrabajo en las instituciones públicas (2013) y decreto no. 39225, Aplicación del teletrabajo en las instituciones públicas (2015).

Todos ellos promueven la protección del trabajador como aspecto fundamental en el marco de su legislación laboral común. El decreto ejecutivo no. 39225 del 14 de septiembre 2015²⁴ señala en su artículo 7 que el teletrabajo modificará única y exclusivamente la organización y la forma en que se efectúa el trabajo, sin afectar las condiciones de la relación de servicio del funcionario, manteniéndose los mismos derechos, beneficios y obligaciones de aquellos servidores que desarrollen sus funciones en las instalaciones de cada institución del sector público.

Hasta 2015 Costa Rica no contaba con una normativa que estableciera condiciones de implementación del teletrabajo en el sector privado, su primera regulación es impulsada por el Ministerio de trabajo y seguridad social Costa Rica 2018 quien emitió guía técnica para la implementación del teletrabajo en las empresas. En 2019 se promulga la ley no. 9738, ley para regular el teletrabajo 2019²⁵, en lo sucesivo ley del teletrabajo, ésta constituye la base jurídica para su

²³ CASTILLO, José Alejandro., “Implementación de la figura del teletrabajo en el sector público de Costa Rica: avances y desafíos” *Cuaderno jurídico y Político* 4-5, (2017), doi: <https://doi.org/10.5377/cuadernojurypol.v3i9.11069> (Consultado el 4 de enero 2022).

²⁴ Decreto ejecutivo 39225/2015, del 14 de septiembre, por el que se aprueba ley de aplicación del teletrabajo en las instituciones públicas, (Gaceta no. 204, del 21 de octubre del 2015).

²⁵ Ley 9738/2019, del 18 de septiembre por el que se aprueba ley para regular el teletrabajo en Costa Rica, (Gaceta no. 184, del 30 de septiembre del 2019).

implementación en las empresas privadas, así como su reglamento, decreto no. 42083 2019²⁶.

La ley define al teletrabajo como una modalidad de trabajo que se realiza fuera de las instalaciones del centro de trabajo, con la implementación de las tecnologías de la información y la comunicación con el desarrollo normal del oficio, sujetándose al principio de oportunidad-conveniencia y medición de resultados y que debe ser voluntario para las dos partes.

A la vez se indica la tipología de teletrabajo: teletrabajo domiciliario el que se da cuando las personas trabajadoras ejecutan sus actividades laborales desde su domicilio, teletrabajo móvil se da cuando las personas trabajadoras realizan sus funciones de manera itinerante ya sea en el campo o con traslados constantes con ayuda del uso de equipos móviles que sean fácilmente utilizables y transportables.

El artículo 7 de la ley del teletrabajo establece las reglas generales del teletrabajo tanto en el sector público y privado éstas son: -se suscribe un acuerdo voluntario entre la institución y el servidor que contenga las condiciones de ejecución del trabajo, en caso de no pactarse el teletrabajo en contrato original; -se mantiene la jornada original del trabajador; flexibilidad en el horario.

La misma norma regula: -medición, evaluación y controles del teletrabajador previamente establecidos y equivalentes al trabajo presencial; la revocación del teletrabajo es potestad de la institución y puede ser aplicada a conveniencia de acuerdo con sus políticas, se establece que, en al menos diez días naturales de su implementación el teletrabajador podrá solicitar su reingreso al trabajo presencial, toda vez que se decrete por el procedimiento establecido.

Se establece también: -el equipamiento del teletrabajador a costa de la institución, o a disposición voluntaria de aquel; -la institución diseña procedimientos obligatorios para el control de datos públicos obtenidos de procesamiento de información oficial; -acceso a la formación y oportunidades de desarrollo, acceso a los mismos derechos colectivos del trabajador presencial; -aplicación de normativas de condiciones de salud y seguridad ocupacional con

²⁶ Decreto ejecutivo 42083/2019, del 20 de diciembre por el que se aprueba reglamento para regular el teletrabajo, (Gaceta no. 243, del 20 de diciembre de 2019.

adecuación de los espacios donde se teletrabaje; -las condiciones en la empresa privada se pactan entre el empleador y el teletrabajador.

De acuerdo con el artículo 10 de la ley del teletrabajo, las obligaciones del empleador son: -proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos, los programas, el valor de la energía determinado según acuerdo entre las partes, se debe aclarar en el contrato o adenda si los equipos son personales del teletrabajador y se exime de responsabilidad a la persona empleadora sobre el uso del equipo y se garantiza el acceso a la información propiedad del patrono.

El mismo artículo prescribe como obligación: -capacitar al teletrabajador para el adecuado manejo y uso de los equipos y programas necesarios para desarrollar sus funciones; -cumplimiento de las normas y directrices de salud ocupacional y prevención de los riesgos de trabajo, de acuerdo a la normativa vigente para esta materia; -coordinar el restablecimiento de las funciones de la persona teletrabajadora ante imposibilidad de realizar sus labores, aplica la excusión laboral y reconocimiento de pago si no recibe herramientas o los programas, si se daña el equipo debidamente reportado o por falla de los sistemas.

El artículo 11 de la ley del teletrabajo señala las obligaciones de las personas teletrabajadoras, estas son: -cumplir con criterios de medición, evaluación y control determinados en el contrato o adenda, sujetarse a las políticas y los códigos de la empresa sobre temas de relaciones laborales, comportamiento, confidencialidad, manejo de la información y demás disposiciones aplicables.

Son obligaciones también; -coordinar en el término de veinticuatro horas el restablecimiento de sus funciones en caso de imposibilidad laboral o daño u otro imprevisto en los equipos y será responsable en caso de comprobarse la intención del daño; -debe cumplir con el horario establecido, su jornada laboral y estar disponible para la persona empleadora durante dicho horario y jornada, caso contrario aplica el abandono laboral.

Para la ley citada, el teletrabajo se constituye a partir de un contrato de trabajo o bien a partir de una reforma tipificada como adenda.

Los artículos 8 y 9 de esta norma y el artículo 5 del reglamento señalan que en el contrato se deben suscribir las condiciones, obligaciones y derechos de las partes en la relación tales como, proveer, garantizar el mantenimiento de los equipos, programas, valor de energía según la medición posible, viáticos según se requiera a favor del teletrabajador, obligaciones como el cumplir con los criterios de medición, evaluación y

control establecido en el contrato o adenda, se aplican las reglas del abandono laboral.

Así también el artículo 5 del reglamento, establece de manera taxativa el contenido del contrato de teletrabajo así señala que se deben establecer los siguientes aspectos: -las condiciones de servicio; -las labores que se deberán ejecutar bajo esta modalidad; -los medios tecnológicos y de ambiente requeridos; -los mecanismos de comunicación con la persona teletrabajadora.

Parte del contenido es, así mismo, -la forma de ejecutar el teletrabajo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio; -los días y horarios en que la persona teletrabajadora ejecutará la modalidad; -las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo; -el procedimiento de la asignación del trabajo por parte de la persona empleadora y la entrega del trabajo por parte de la persona teletrabajadora y las medidas de seguridad informática que éste debe conocer y cumplir.

La revocación unilateral del teletrabajo es tratada por el artículo 7 del reglamento el que establece la posibilidad que el empleador la practique cuando así lo considere conveniente, con previa notificación al teletrabajador, siempre y cuando esto no implique perjuicio o ruptura de la relación laboral, ni debe obedecer a prácticas discriminatorias o represalias.

El reconocimiento por parte del Estado al fomento de la práctica del teletrabajo se regula en el reglamento el que prescribe en sus artículos 8 y 9 la creación de reconocimiento gubernamental de la persona tele-empleadora, sean físicas o jurídicas, dejándose claro que tal reconocimiento no es cuantitativo sino cualitativo, el que se traduce en estímulos de acompañamiento o de políticas fiscales al tele-empleador.

3.6. El teletrabajo en Panamá

De acuerdo con LÓPEZ²⁷ en Panamá, el teletrabajo no es una modalidad de trabajo muy popular. Debido a la covid-19 las empresas se han visto obligados a su implementación como consecuencia de las restricciones de movilidad y el cierre de actividades económicas.

En el caso de Panamá, al igual que en Costa Rica y El Salvador, existe una regulación específica sobre el teletrabajo, la ley no. 126, ley que establece y regula el teletrabajo en la república de Panamá y modifica un artículo del código del trabajo 2020²⁸ en adelante la ley sobre el teletrabajo, cuyo objeto es establecer y regular el teletrabajo como modalidad de relación de trabajo en el país.

La ley lo define como prestación de servicios subordinados, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores.

Su implementación resulta del acuerdo entre las partes en contrato original o en adenda con independencia de si es parcial, es decir el trabajador labore al menos una jornada de trabajo a la semana en la instalación o en una de las instalaciones del empleador, o total, esto es el trabajador labore todas las jornadas de trabajo en lugar o lugares distintos a las instalaciones del empleador.

Subraya la voluntariedad del trabajador en aceptar esta modalidad y ante su rechazo no se deben tomar represalias. Para el retorno a labores presenciales el empleador dará un preaviso al trabajador.

El contrato será por escrito y deberá contener: -la manifestación de carácter voluntario del teletrabajo; -la manifestación del carácter reversible del

²⁷ Fernando Miguel LÓPEZ PIÑEIRO JAÉN, en “Teletrabajo y su efecto sobre la sostenibilidad ambiental y la calidad de vida en la ciudad de Panamá”, (tesis de grado, Colegio de Estudios Superiores de Administración, Bogotá Colombia 2020) https://repository.cesa.edu.co/bitstream/handle/10726/3273/ADM_904886_2020_2.pdf?sequence=9&isAllowed=y (Consultado el 4 de noviembre 2022), 15.

²⁸ Ley 126/2020, del 18 de febrero por el que se establece y regula el teletrabajo en la república de Panamá y modifica un artículo del código del trabajo, (Gaceta no. 28965-A, del 19 de febrero 2020).

teletrabajo, el término del preaviso a efectos de retornar a trabajo presencial; -la determinación puntual si el teletrabajo será parcial o completo; -se señala el tiempo de la jornada de trabajo.

También debe contener: -la declaración por parte del trabajador, en la que indique que cuenta con instalaciones adecuadas para realizar sus funciones como teletrabajador; -la cláusula de confidencialidad mediante la cual se indique la forma en la que se tratará la información manejada por el teletrabajador y el tratamiento que se le dará a los datos sensibles que se manejen; -la descripción clara del puesto de trabajo y sus funciones; -los términos de la remuneración; -el domicilio de las partes.

Se reconoce la subvención del empleador en cuanto a los costos adicionales de velocidad de ancho de banda o de velocidad de la red pudiéndose incluir en el cálculo de prestaciones laborales.

4. Cuadro comparativo de la regulación del teletrabajo en Centroamérica

País	Regulaciones	Semejanzas	Diferencias
Guatemala	<ol style="list-style-type: none"> 1- Existe una propuesta de ley, iniciativa de ley no. 5764, del 2021. 2- Se fundamenta en la modernización de las relaciones laborales en el sector público y el sector privado. 3- El teletrabajo será voluntario para las dos partes. 4- El Mintrab es el que va a establecer las regulaciones procedimentales para la implementación del contrato de teletrabajo, es una transferencia de facultades. 5- El teletrabajo será implementado en servicios de naturaleza material e intelectual. 6- Remisión de la regulación de la jornada laboral, derechos, obligaciones de las dos partes, requisitos del contrato, de común 	<ol style="list-style-type: none"> 1- El Salvador, Costa Rica y Panamá tienen una ley específica sobre el teletrabajo. 2- Costa Rica, El Salvador, Panamá son coincidentes en conceptualizar el teletrabajo: el que se realiza en local distinto a la empresa sin presencia física del trabajador y con el uso de las TIC. 3- Guatemala, Honduras y Nicaragua no tienen 	<p>Guatemala:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- El Mintrab tiene competencias procedimentales modificar el teletrabajo. 2- Guatemala define servicios materiales o intelectuales para teletrabajar. 3- En Guatemala los acuerdos de parte resuelven pormenores del contrato. <p>El Salvador:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- Las obligaciones de las partes contratantes están

	<p>acuerdo, conforme a su normativa laboral general.</p> <p>7- Seguridad social equitativa entre teletrabajadores y trabajadores presenciales.</p> <p>8- Contrato de teletrabajo originario o por modificación o adenda.</p> <p>9- Una única modalidad de teletrabajo que se establecerá, teletrabajo móvil, cuando no se tiene un lugar específico donde teletrabajar.</p> <p>10- El caso fortuito y fuerza mayor son motores de teletrabajo temporal, a regularse en el reglamento.</p> <p>11- Se regula la igualdad de derechos entre el teletrabajador y el trabajador presencial.</p>	<p>ley específica sobre el teletrabajo lo regulan de manera indirecta.</p> <p>4- La implementación en Guatemala, El Salvador, Honduras, Costa Rica es voluntaria.</p> <p>5- Panamá, Costa Rica, El Salvador, Guatemala reconocen el contrato original y la adenda.</p> <p>6- Costa Rica, El Salvador reconocen diferentes modalidades de teletrabajo.</p>	<p>prescritas en la ley específica.</p> <p>2- Los equipos son proporcionados por el empleador o bien por el mismo teletrabajador con reconocimiento de depreciación.</p> <p>Honduras: 1- 3 normativas regulan indirectamente el teletrabajo: ley económica, normas administrativas, decretos.</p>
<p>El Salvador</p>	<p>1- Norma específica: decreto no. 600, ley del teletrabajo del 2020.</p> <p>2- La ley contiene prescripciones específicas para el teletrabajo en el sector público y en el sector privado.</p> <p>3- Subclasificación del teletrabajo: I- Por el lugar de desempeño: a- autónomo. b- móviles. c- suplementarios. II- Por la fijación de horario y jornada de trabajo: a- teletrabajo conectado. b- teletrabajo desconectado.</p> <p>4- La jornada de trabajo se regula en la ley 600.</p> <p>5- El empleador estatal o privado proporcionará el equipamiento necesario al teletrabajador o bien el teletrabajador voluntariamente puede proporcionar sus equipos contra reconocimiento de depreciación.</p> <p>6- Se regula la revocación unilateral del teletrabajador en el plazo de 30 días posteriormente será por acuerdo de partes.</p> <p>7- Se establece excusión laboral, es decir no laborar, con reconocimiento de pago, por daño al equipo o mal funcionamiento de los sistemas operativos o por falta de carga laboral.</p> <p>8- Los elementos del contrato de teletrabajo están contenidos en el</p>	<p>7- Panamá, El Salvador y Honduras regulan la parcialidad del teletrabajo.</p> <p>8- Panamá y Costa Rica decretan el estado de emergencia.</p> <p>9- Costa Rica y El Salvador regulan la excusión laboral por causas que dependen del empleador.</p> <p>10- Costa Rica, Panamá, Guatemala, Honduras hacen una remisión al código del trabajo sobre la jornada laboral.</p> <p>11- El Salvador, Costa Rica regulan la revocación unilateral.</p> <p>12- Guatemala, El Salvador, Costa Rica regulan el</p>	<p>Nicaragua: 1- No tiene ley específica sobreviven otras modalidades del trabajo a distancia.</p> <p>Costa Rica: 1- Decreta reconocimiento cualitativo por implementación del teletrabajo. 2- No reconoce depreciación por disposición de equipos. 3- El reglamento de ley regula los elementos del contrato. 4- El costo de la energía es asumido por el empleador. 5- Regula el abandono laboral.</p> <p>Panamá: 1- Crea la red nacional del teletrabajo para el intercambio de aprendizaje y experiencia de implementación. 2- Regula una política de capacitación,</p>

	<p>código del trabajo ello implica es una remisión.</p> <p>9- Igualdad de derechos para el teletrabajador y el trabajador presencial.</p> <p>10- Reconoce los locales denominados telecentros donde se puede teletrabajar.</p> <p>11- En el caso de los derechos, deberes y prohibiciones de los teletrabajadores públicos hay una remisión de la ley 600 a leyes de orden administrativos tales como: ley de servicio civil, ley de carrera administrativa municipal, ley del seguro social, ley de comisión ejecutiva hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), reglamentos, contrato colectivo laboral y demás fuentes de obligaciones laborales.</p>	<p>teletrabajo en el Estado y en la empresa privada.</p> <p>13- Guatemala, El Salvador regulan igualdad de derechos entre el teletrabajador y el trabajador presencial.</p> <p>14- Costa Rica y El Salvador regulan los telecentros, lugar para teletrabajar.</p>	<p>normas ambientales, protección de datos.</p> <p>3- Regula la figura del preaviso del empleador para que se retorne a modalidad presencial.</p>
<p>Honduras</p>	<p>1- No existe ley específica sobre el teletrabajo su regulación está establecido en otras leyes.</p> <p>2- Existe anteproyecto de ley de teletrabajo que establece la obligatoriedad de los empleadores de proveer los equipos, licencias y la conexión necesaria para desempeñar las labores, inspección para garantizar los derechos de los trabajadores, establece la jornada y el suministro de insumos.</p> <p>3- La implementación del teletrabajo se basa en el arto. 8 del decreto 31-2020, ley especial de aceleración económica y protección social frente a los efectos del coronavirus</p> <p>4- Aparece el decreto 33-2020, como la reforma de la ley de firmas electrónicas, para el reconocimiento de acuerdos de manera virtual y promueve el desarrollo del sector de telecomunicaciones, se promueve la implementación del teletrabajo y reducción de la brecha digital en Honduras.</p> <p>5- Se dictó norma administrativa: circular SPGP 022-2020, por la secretaría de la presidencia, que regula el teletrabajo en el sector público, manual y guía de implementación del teletrabajo, donde se regula el</p>		

	<p>concepto de teletrabajo y tres modalidades de teletrabajo (autónomo, móvil y suplementario).</p> <p>6- El contrato de teletrabajo puede ser parcial o total.</p> <p>7- Regula los siguientes elementos en el contrato: propiedad, uso y cuidados de los equipos, de los datos o información transmitida, forma de pago, interconexión, la propiedad de los datos o información transmitida y la garantía de almacenamiento de la información.</p> <p>8- La jornada se regula bajo la prescripción del código laboral de Honduras, 44 horas equivalentes a 48 horas de salario.</p> <p>9- Son 3 normativas las que están orientadas a la regulación del teletrabajo en Honduras.</p>		
Nicaragua	<p>1- No existe ley específica que regule el teletrabajo.</p> <p>2- El código del trabajo regula una modalidad del trabajo a distancia denominada: trabajo a domicilio.</p> <p>3- La práctica empresarial hace posible la existencia del offshore o trabajo transfronterizo para trabajos intelectuales.</p> <p>4- Para el tribunal nacional laboral de apelaciones de nicaragua la modalidad de trabajo a distancia que se aplica es el trabajo remoto.</p> <p>5- Acuerdo tripartito laboral para atender la emergencia nacional del covid-19, es el primer antecedente normativo que se registra sobre el teletrabajo.</p>		
Costa Rica	<p>1- Inicialmente el teletrabajo se reguló en el sector público en tres decretos: decreto ejecutivo no. 34704 del 2008, decreto ejecutivo no. 37695 del 2013, decreto ejecutivo no. 39225 del 2015, que promueven la protección del trabajador y el procedimiento para la implementación del teletrabajo en el Estado.</p> <p>2- Para el sector privado se dictó primero: guía técnica para la implementación del teletrabajo en las empresas 2018 por el Ministerio del</p>		

	<p>trabajo y posteriormente a nivel legislativo la ley 9738 del 2019.</p> <p>3- Nace la ley no. 9738, ley para regular el teletrabajo en 2019.</p> <p>4- Nace su reglamento, decreto ejecutivo no. 42083, 2020.</p> <p>5- Nace el decreto ejecutivo no. 42227 del 2020, donde se decreta estado de emergencia nacional por la pandemia del covid-19, ordena que la entidad pública y privada utilicen el teletrabajo.</p> <p>6- Para los aspectos comunes y generales de la contratación laboral se hace remisión a la ley no. 2, código del trabajo de 1943.</p> <p>7- Una fortaleza en el sistema jurídico costarricense es el desarrollo de telecentros, que son centros comunitarios inteligentes por sus siglas CECl, donde se tiene disponibles equipos de cómputo con acceso a internet gratuito, de los que la comunidad en general puede hacer uso.</p> <p>8- En la ley sobre el teletrabajo se regulan 2 modalidades: a- El teletrabajo domiciliario. b- El teletrabajo móvil.</p> <p>9- Se reconoce el contrato de teletrabajo original y la modificación del original o adenda.</p> <p>10- Se regula reconocimiento cualitativo a favor de la entidad que emplee el teletrabajo.</p> <p>11- El reglamento regula los elementos del contrato de teletrabajo.</p> <p>12- La ley regula el teletrabajo en el sector público y en el privado.</p> <p>13- Es voluntario para las dos partes.</p> <p>14- Se regula la obligación del empleador de proveer o garantizar el mantenimiento de equipos y programas.</p> <p>15- Los equipos los puede proporcionar voluntariamente el teletrabajador, no hay reconocimiento de depreciación.</p> <p>16- El costo de la energía es asumido por el empleador.</p> <p>17- Obligación del trabajador: cumplir con criterios de medición, evaluación y control.</p>		
--	--	--	--

	<p>18- Se regula el abandono laboral.</p> <p>19- El reglamento regula la revocación unilateral del contrato por parte del empleador, caso que se haya aplicado la adenda, en un plazo de diez días naturales de su inicio.</p> <p>20- Se establece excusión laboral por causas que dependen del empleador, con reconocimiento de pago.</p> <p>21- El código laboral es el que regula la jornada de trabajo: ordinaria, nocturna, mixta. Ordinaria: 8 horas diarias, 48 semanales.</p>		
<p>Panamá</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Está regulado la ley no. 126 sobre el teletrabajo. 2. Reconoce un concepto de teletrabajo. 3. Reconoce el contrato original o adenda. 4. Reconoce el teletrabajo parcial o total. 5. Se regula el preaviso para regresar a la modalidad presencial. 6. El trabajador declara si tiene las instalaciones adecuadas para teletrabajar. 7. Existe una remisión al código del trabajo sobre jornada de trabajo que será de 42 horas y sobre las obligaciones de las partes. 8. Se regula el reconocimiento de subvención por el empleador por la velocidad de banda ancha. 9. Reconocimiento expreso en materia de riesgo profesional por motivo del trabajo realizado y durante la vigencia de la relación laboral. 10. Se regula una política de capacitación, normas ambientales, protección de datos. 11. Se crea la red nacional del teletrabajo donde se realizará el intercambio de aprendizajes, investigaciones y buenas prácticas en teletrabajo. 		

5. Conclusiones

1. El teletrabajo se define como una forma de organizar el trabajo sin estar presente físicamente en la entidad, se establece la comunicación y el intercambio

de información necesaria para desarrollar la labor y depende de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

2. En el siglo XXI el teletrabajo ha tomado un auge impresionante a nivel mundial con el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación legislándose en diversos países y considerándose una de las modalidades principales de organización del trabajo.

3. Se analizó la regulación del teletrabajo en el derecho positivo centroamericano, se tiene como resultado que Costa Rica, El Salvador y Panamá tienen una ley específica que regula el teletrabajo, Guatemala y Honduras tienen actualmente un proyecto de ley sobre teletrabajo ésta última, lo regula indirectamente con una ley de naturaleza económica. Nicaragua no tiene ley específica.

4. Existen algunas semejanzas identificadas de la regulación del teletrabajo en Centroamérica lo que es coincidentes con sus elementos fundamentales, tales como: la voluntariedad, el contrato original, su modificación o adenda, la revocación unilateral, la excusión laboral, la regulación en el Estado y la empresa privada, distintas modalidades, flexibilidad de horario, derecho a desconexión digital, obligación de suministro, condiciones de tiempo y espacio, obligación entre las partes.

5. Finalmente, se recomienda a los Estados centroamericanos donde existe ausencia de regulación específica, establecer políticas de Estado que permitan estimular la implementación del teletrabajo, establecer coordinaciones interinstitucionales que permiten homologar criterios para su tratamiento e impulsar el proceso legislativo a fin de regular de manera concreta el teletrabajo.

6. A los sujetos de la relación laboral, se recomienda elaborar una propuesta de acuerdo de teletrabajo, en base a los elementos fundamentales identificados y la experiencia normativa centroamericana lo que permitirá la correcta aplicación de sus prerrogativas de ley.

Bibliografía

- CASTILLO, J. A. (2016). “El teletrabajo y la importancia de su adopción en los sistemas jurídicos laborales de los países centroamericanos”, *Revista Cuaderno Jurídico*, volumen 2, Nicaragua.
- FERNÁNDEZ, J. B. (2022). “Cláusulas nulas en el acuerdo de trabajo a distancia. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de marzo de 2022”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, no. 63, España.
- FUENTES IZQUIERDO, B. V. (2005). “El teletrabajo y su interpretación en el derecho laboral guatemalteco”. Tesis de grado, San Carlos, Guatemala.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2020). “La nueva regulación del trabajo a distancia”, *Revista Tirant lo Blanch*, Valencia.
- LAM PEÑA, R. J. (2022). «El reglamento de teletrabajo y trabajo a distancia en Cuba. Criterios interpretativos sobre su configuración normativa», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, no. 4, 193-211.
- MOLINA ORDÓÑEZ, M. D. (2020). “Análisis de cargo que se adoptaron de mejor manera al teletrabajo, según las medidas tomadas durante la crisis del Coronavirus”. Tesis de Master, Universidad del Azuay, Cuenca, Ecuador.

Recursos electrónicos

- ACUÑA, L. (2021). “Teletrabajo en Guatemala: consecuencias de su implementación durante la pandemia covid-19”. *Análisis de la realidad nacional*, <https://ipn.usac.edu.gt/wp-content/uploads/2021/12/Lizandro-37.pdf>.
- BAYÓN PÉREZ, J. y ZERBI, A. (2020). “El teletrabajo: avances y retos dentro de la sociedad actual. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, https://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/issue/view/92.
- CASTILLO, J. A. (2017). “Implementación de la figura del teletrabajo en el sector público de Costa Rica: avances y desafíos”, *Cuaderno jurídico y Político*, doi: <https://doi.org/10.5377/cuadernojurypol.v3i9.11069>.

LÓPEZ PIÑEIRO JAÉN, F. M. (2020). “Teletrabajo y su efecto sobre la sostenibilidad ambiental y la calidad de vida en la ciudad de Panamá”, Tesis de grado, Bogotá Colombia https://repository.cesa.edu.co/bitstream/handle/10726/3273/ADM_904886_2020_2.pdf?sequence=9&isAllowed=y.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL DE EL SALVADOR (2022). Teletrabajo en El Salvador. Factibilidad y retos ante la pandemia de la Covid-19. EL Salvador, Disponible en: https://simel.mtps.gob.sv/wp-content/uploads/2021/09/Teletrabajo-en-El-Salvador_v1.pdf.

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, COSTA RICA (2018). Guía Técnica para la Implementación del Teletrabajo en las Empresas. Costa Rica, Disponible en: https://www.mtss.go.cr/elministerio/despacho/teletrabajo/guia_teletrabajo_sector_privado.pdf.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE (2018). Teletrabajo y comercio electrónico. España. Disponible en: <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/PdfServlet?pdf=VP18905.pdf&area=E>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2011). Manual de buenas prácticas en teletrabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_bai_pub_143.pdf.

ZELAYA, S. y DÍAZ, H. (2022). “Aproximaciones al teletrabajo en Honduras”, #Tomapartido, <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/19507.pdf>.

**DESPIDO DISCRIMINATORIO Y DESPIDO INDIRECTO.
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO NICARAGÜENSE**

**DISCRIMINATORY DISMISSAL AND CONSTRUCTIVE
DISMISSAL. SPECIAL REFERENCE TO NICARAGUAN LAW**

Ingrid LÓPEZ BLANDÓN

Abogada y académica en la Universidad Americana UAM (Nicaragua). Doctorando en derecho por la Universidad Americana (Nicaragua) en co-tutela con la Universidad de Salamanca (España).

ingridb.alemanyasociadosnic@gmail.com

Fecha de envío: 29/12/2023

Fecha de aceptación: 15/02/2024

DESPIDO DISCRIMINATORIO Y DESPIDO INDIRECTO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO NICARAGÜENSE

Ingrid LÓPEZ BLANDÓN

Universidad Americana UAM (Nicaragua)

Resumen: Este artículo denominado “Despido discriminatorio y despido indirecto. Especial referencia al derecho nicaragüense”, se propone abordar de manera crítica y exhaustiva estas modalidades de despido mediante una metodología que combina el análisis cualitativo y documental. La investigación se cimentará en una perspectiva legal, constitucional y de derechos humanos, con la intención de arrojar luces sobre las implicaciones y repercusiones de estos despidos menos explorados en la realidad laboral nicaragüense, así como su tratamiento jurídico en el país.

Palabras clave: Despido discriminatorio - Despido indirecto - Tutela de derechos fundamentales - Discriminación laboral

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho a la No Discriminación en el Empleo: Fundamentación Constitucional y Compromiso Estatal. 2.1. Marco Constitucional. 2.2. Derecho internacional. 2.3. Marco legal. 3. El despido discriminatorio y el despido indirecto. 3.1. Despido discriminatorio: una afrenta a los derechos humanos en el entorno laboral. 3.2. Despido Indirecto: Desafíos y Consecuencias para los Trabajadores. 3.3. Reintegro laboral. Garantía frente a despidos injustos. 3.4. Procedimientos especiales. 4. Jurisprudencia Aplicable: Un Marco Normativo Integral. 4.1. Jurisprudencia Interamericana. 4.2. Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones. 5. Conclusiones.

Abstract: This article, titled “Discriminatory Dismissal and Constructive Dismissal: Special Reference to Nicaraguan Law” aims to critically and comprehensively address these forms of dismissal using a methodology that combines qualitative and documentary analysis. The research will be grounded in a legal, constitutional, and human rights perspective, intending to shed light on the implications and repercussions of these less-explored dismissals in the Nicaraguan labor context, as well as their legal treatment in the national reality.

Keywords: Discriminatory dismissal - Constructive dismissal - Protection of fundamental rights - Labor discrimination

Summary: 1. Introduction. 2. Right to Non-Discrimination in Employment: Constitutional Foundation and State Commitment. 2.1. Constitutional Framework. 2.2. International right. 2.3. Legal framework. 3. Discriminatory dismissal and indirect dismissal. 3.1. Discriminatory dismissal: an affront to human rights in the workplace. 3.2. Indirect Dismissal: Challenges and Consequences for Workers. 3.3. Job reinstatement. Guarantee against unfair dismissals. 3.4. Special procedures. 4. Applicable Jurisprudence: A Comprehensive Regulatory Framework. 4.1. Inter-American Jurisprudence. 4.2. National Labor Appeal Tribunal. 5. Conclusions.

1. Introducción

En el contexto nicaragüense, el tejido legal que regula los derechos laborales encuentra su fundamento principal en el Código del Trabajo promulgado en el año 1996 (CT, 1996). Este cuerpo normativo aborda diversas facetas de las relaciones laborales, profundizando en aspectos críticos como la terminación de empleo, tanto por causas injustificadas (CT, 1996, art. 45) como por causas justificadas (CT, 1996, art. 48), temas que han sido objeto de minuciosos análisis por parte de expertos en la materia.

A pesar de la atención concentrada en estas formas de despido, es importante destacar la existencia de otras modalidades de terminación de la relación laboral menos exploradas en la literatura jurídica nacional y, por ende, menos comprendidas en la práctica laboral nicaragüense. Específicamente, me refiero al despido discriminatorio y el indirecto, que surgen como fenómenos que, además de contravenir la normativa laboral, vulneran los derechos humanos y las normas constitucionales vigentes en el país al constituir acciones discriminatorias que afectan la dignidad de las personas afectadas.

En este artículo abordo de manera crítica y exhaustiva estas modalidades de despido mediante una metodología que combina el análisis cualitativo y documental. La investigación se cimentará en una perspectiva legal, constitucional y de derechos humanos, con la intención de arrojar luz sobre las implicaciones y repercusiones de estos despidos menos explorados en la realidad laboral nicaragüense, así como su tratamiento jurídico en el país.

Para ampliar el conocimiento y la comprensión de estos fenómenos, se llevará a cabo un análisis detallado de casos concretos y situaciones prácticas que ilustren la ocurrencia y manifestación de los despidos discriminatorios e indirectos en el contexto laboral del país. Este enfoque permitirá identificar patrones, vulnerabilidades y posibles lagunas en la legislación actual, así como proponer recomendaciones para fortalecer la protección de los trabajadores frente a estas prácticas perjudiciales.

Al resaltar la importancia de abordar de manera integral y crítica estos aspectos menos explorados en la legislación laboral nicaragüense, se busca

fomentar un debate informado y contribuir al desarrollo de medidas y reformas que fortalezcan la protección de los derechos laborales, humanos y constitucionales en el país. En última instancia, se aspira a construir un marco más robusto y equitativo que salvaguarde la dignidad de los trabajadores y promueva un entorno laboral justo y respetuoso en Nicaragua

2. Derecho a la No Discriminación en el Empleo: Fundamentación Constitucional y Compromiso Estatal

2.1. Marco Constitucional

La Constitución Política de la República de Nicaragua, promulgada el día 07 de enero del año 1987 (Cn, 1987), establece un sólido fundamento para los derechos laborales y el derecho a la no discriminación, cimentados en los principios fundamentales de dignidad humana, igualdad ante la ley y protección de derechos humanos.

Son principios de la nación nicaragüense, la libertad, la justicia, el respeto a la dignidad de la persona humana, el pluralismo político y social [...] Los valores cristianos aseguran el amor al prójimo, la reconciliación entre hermanos de la familia nicaragüense, el respeto a la diversidad individual sin discriminación alguna, el respeto e igualdad de derecho de las personas con discapacidad y la opción preferencial por los pobres. (Cn, 1987, art.5)

El artículo 5 constitucional reconoce el principio de la "dignidad de la persona humana" como piedra angular de toda la estructura legal, resaltando la importancia de reconocer la valía inherente a cada individuo. De manera complementaria, el artículo 6 destaca que el Estado tiene la responsabilidad de promover valores que dignifiquen al pueblo, subrayando la preeminencia de los Derechos Humanos como guía fundamental para su actuación.

Nicaragua es un Estado independiente, libre, soberano, unitario e indivisible. Se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho, que promueve como valores superiores la dignificación del pueblo a través de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la

responsabilidad social y, en general, la preeminencia de Derechos Humanos, la ética y el bien común. (Cn, 1987, art. 6)

Un elemento crucial del marco constitucional es la disposición consagrada en el artículo 46 de la Carta Magna nicaragüense, que otorga rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. Este reconocimiento implica un compromiso formal del Estado nicaragüense de acatar las normativas y principios establecidos en estos tratados, fortaleciendo así la base legal para la protección de los derechos fundamentales.

[...] toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos [...] (Cn, 1987, art. 46)

En el contexto específico de la no discriminación, el artículo 27 constitucional reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación de todas las personas, con única excepción respecto a los derechos políticos que son exclusivos para los nacionales. Esta disposición constitucional consolida un principio esencial sobre todo en el ámbito laboral, enfatizando la necesidad de un trato justo y libre de discriminación para todas las personas.

En el ámbito de los derechos laborales, el artículo 80 de la Constitución reconoce el trabajo como un derecho de todas las personas y una responsabilidad social. Este reconocimiento no solo destaca la importancia del empleo en la vida del trabajador y su familia, sino que también compromete al Estado a garantizar la ocupación plena y productiva de todos los ciudadanos “en condiciones que garanticen los derechos fundamentales”. Esta disposición constitucional promueve la dignidad, la igualdad y la no discriminación como pilares fundamentales para el desarrollo sostenible de la sociedad nicaragüense.

2.2. Derecho internacional

El país que se encuentra comprometido con el respeto a los derechos humanos laborales de todas las personas trabajadoras, por lo tanto, participa en el ámbito internacional en organizaciones que fomentan y promueven estos derechos, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos: Sistema Interamericano (SIDH) y Sistema Universal (SUDH).

Este compromiso no solo se traduce en la suscripción de las normas internacionales que refuerzan y protegen los derechos laborales, sino también en el hecho de que el país reconoce la competencia de los órganos de tratados como la OIT, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para conocer, tramitar y resolver casos sobre discriminación laboral cuando fallan las instituciones estatales en su deber de garantía.

Nicaragua como Estado fundador de la OIT forma parte del organismo desde el año 1919. Hasta la fecha, ha ratificado todos los convenios fundamentales, dentro de ellos los Convenios 87 sobre libertad sindical del año 1948 y el 98 sobre negociación colectiva del año 1949, así como el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo del año 1952.

Estos instrumentos de carácter internacional establecen principios esenciales para garantizar un entorno laboral proteccionista. Además, el país ha ratificado otros convenios prioritarios y convenios técnicos que imponen obligaciones particulares para el Estado, fortaleciendo así el compromiso internacional en la protección de los derechos humanos laborales.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Nicaragua es parte de la Convención Americana y de otros tratados que prohíben la discriminación de manera general. Además, ha ratificado el protocolo de San Salvador que protege los derechos laborales desde la perspectiva de derechos humanos. La Corte Interamericana, a través de sus opiniones consultivas y sentencias, se ha pronunciado sobre la no discriminación, incluso en el ámbito laboral. Tal es el caso de la Opinión Consultiva 27/21 del 5 de mayo de 2021 o

las sentencias Lagos del Campos vs Perú del 31 de agosto de 2017; San Miguel Sosa y otras versus Venezuela del 8 de febrero de 2018 o Pavez Pavez vs Chile del 4 de febrero de 2022.

En la Opinión consultiva la Corte IDH recuerda que la protección contra la discriminación no solo opera frente al despido, “sino también cualquier eventual medida discriminatoria que se adopte durante el empleo tales como traslados, suspensiones, postergaciones u otros actos perjudiciales” (párr. 80). A veces los traslados o la disminución de condiciones sustanciales son un despido indirecto, ya que el trabajador se ve acorralado a renunciar, pero no de manera voluntaria, sino frente a las presiones de la que es víctima frente a la desmejora de sus condiciones laborales.

Nicaragua ha ratificado convenciones interamericanas, como la “Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, que subraya la importancia de proteger los derechos de este grupo vulnerable, así como otras convenciones especializadas que están orientadas a proteger a otros grupos como las mujeres, personas afrodescendientes y poblaciones indígenas, niñez, entre otras. Grupos que por lo general están expuestos a la violencia laboral y a la discriminación.

En el ámbito del sistema universal de derechos humanos, también ha asumido compromisos relevantes mediante la ratificación o adhesión a tratados internacionales de derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 2, el principio de no discriminación, reflejando un compromiso a favor de la igualdad de derechos. Además de otros tratados que contribuyen a consolidar el marco normativo que prohíbe la discriminación en todas sus manifestaciones, como los siguientes:

Tabla 1

Principio de igualdad y no discriminación en tratados internacionales de derechos humanos

Tratado	Contenido normativo
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966	<p>Artículo 26</p> <p>Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p>
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del año 1966	<p>Artículo 2</p> <p>2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.</p>
Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, del año 1965	<p>Artículo 2</p> <p>1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto:</p> <p>a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades</p>

Tratado	Contenido normativo
	públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación;
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, del año 1979	<p data-bbox="703 439 847 472">Artículo 2</p> <p data-bbox="608 495 1359 808">Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:</p> <p data-bbox="608 824 1359 1137">a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;</p> <p data-bbox="608 1153 1359 1355">b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;</p> <p data-bbox="608 1370 1359 1684">c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación</p>

Elaboración propia

El país, a través de su participación en estos tratados internacionales y en los organismos de control de éstos, ha reafirmado su compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos laborales, consolidando un marco normativo integral que busca erradicar la discriminación en todas sus

formas. Esto refleja el compromiso de construir una sociedad donde cada persona, sin importar su origen, género o condición, pueda disfrutar plenamente de sus derechos laborales fundamentales.

2.3. Marco legal

En el ámbito legal, el Código del Trabajo de Nicaragua establece dentro de sus principios de manera explícita la prohibición de discriminación.

Se garantiza a los trabajadores salario igual por trabajo igual en idénticas condiciones de trabajo, adecuado a su responsabilidad social, sin discriminaciones por razones políticas, religiosas, raciales, de sexo o de cualquier otra clase, que les asegure un bienestar compatible con la dignidad humana. (CT, 1996, título preliminar XIII)

La legislación laboral contempla protección reforzada de personas que se encuentran más expuestas y vulnerables a despidos de esta naturaleza (discriminatorios), por ejemplo, en Nicaragua como en la mayoría de los países que forman parte de la Organización Internacional del Trabajo el despido a líderes sindicales o el despido de mujeres en estado de gestación o disfrutando del reposo pre o postnatal está prohibido.

La trabajadora en estado de gravidez o gozando de permiso pre y postnatal, no podrá ser despedida, salvo por causa justificada previamente establecida por el Ministerio del trabajo. (CT, 1996, art. 144)

Fuero sindical es el derecho de que gozan los miembros de las directivas sindicales a no ser sancionados ni despedidos sin mediar causa justa. El trabajador amparado por el fuero sindical no podrá ser despedido sin previa autorización del Ministerio del Trabajo, fundada en una justa causa prevista en la ley y debidamente comprobada. El despido realizado en contra de lo dispuesto en este artículo constituye violación del fuero sindical. (CT, 1996, art. 231)

Estos son ejemplos ilustrativos de casos en los que la ley se adelanta a cualquier acción discriminatoria y blinda de una protección legal a trabajadores que se encuentran más expuestos a este tipo de abusos. Sin embargo, la legislación laboral no contempla todos los supuestos de despido discriminatorio

y por tanto en la práctica estos son muy comunes, como lo evidencian las sentencias del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones

Los despidos discriminatorios en contra de estas personas son despidos ilegales por atentar en contra de una prohibición expresa establecida en la norma. De ahí que este tipo de trabajadores pueda solicitar reintegro laboral, además de demandar por el pago de los salarios caídos, es decir, de los salarios dejados de percibir durante el tiempo que el trabajador no continuó laborando por motivos del despido. No obstante, como ya lo establece el Código del Trabajo nicaragüense, el reintegro laboral solo puede ser ordenado por la autoridad judicial, no siendo posible su obtención vía administrativa.

Cuando la terminación del contrato por parte del empleador se verifique en violación a las disposiciones prohibitivas contenidas en el presente código y demás normas laborales, o constituya un acto que restrinja el derecho del trabajador, o tenga carácter de represalia contra éste por haber ejercido o intentado ejercer sus derechos laborales o sindicales, el trabajador tendrá acción para demandar su reintegro ante el Juez del Trabajo, en el mismo puesto que desempeñaba y en idénticas condiciones de trabajo, quedando obligado el empleador, si se declara con lugar el reintegro, al pago de los salarios dejados de percibir y a su reintegro. (CT, 1996, art. 46)

En el Derecho laboral nicaragüense no existe una norma en la que se reconozca explícitamente el despido discriminatorio o el despido indirecto, por lo que es necesario promover estudios doctrinales que ilustren tanto a las autoridades legislativas como a las autoridades judiciales respecto a la forma en la que se manifiestan este tipo de prácticas.

3. El despido discriminatorio y el despido indirecto

3.1. Despido discriminatorio: una afrenta a los derechos humanos en el entorno laboral

La discriminación puede ser entendida como cualquier acción que menoscabe el ejercicio pleno de los derechos humanos y libertades de las

personas; se manifiesta de diversas maneras en el ámbito laboral. El despido discriminatorio, en particular, representa una afrenta directa a los derechos fundamentales de los trabajadores, al ocurrir cuando la terminación del empleo se basa en elementos desvinculados del desempeño laboral.

Los motivos que pueden dar lugar a un despido discriminatorio son amplios e incluyen aspectos como el origen étnico o nacional, color de piel, cultura, sexo, género, edad, discapacidades, condición social, económica, de salud o jurídica, religión, apariencia física, características genéticas, situación migratoria, embarazo, lengua, opiniones, preferencias sexuales, identidad o filiación política, estado civil, situación familiar y/o responsabilidades familiares, el idioma y antecedentes penales. Al respecto, el Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación del año 1968

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Este tipo de práctica laboral vulnera los derechos del trabajador afectado, así como en el clima laboral, propagando un ambiente de temor e inseguridad entre los demás empleados. Además, contribuye a la disminución de la diversidad en el entorno de trabajo, un aspecto crucial para la innovación y el desarrollo sostenible de las empresas y organizaciones.

El despido discriminatorio no tiene su base en la capacidad o desempeño laboral del individuo, sino en características personales inherentemente inalterables. La raza, el género, la orientación sexual, la religión o la edad no deben ser criterios para la toma de decisiones en el ámbito laboral. A pesar de la existencia de leyes en muchos países que prohíben el despido discriminatorio y buscan proteger a los trabajadores, la persistencia de esta práctica indica la necesidad de una mayor concienciación y aplicación efectiva de la ley.

Es esencial que tanto los empleadores como los empleados comprendan la importancia de un entorno laboral inclusivo y respetuoso, donde las decisiones de empleo se tomen en función de la capacidad y el desempeño, y no en base a

características personales protegidas por los derechos humanos. La lucha contra el despido discriminatorio requiere un compromiso constante con la promoción de la igualdad y la diversidad en todos los niveles de la sociedad y el mundo laboral.

Un aspecto particularmente problemático en este ámbito es cuando el empleador decide aplicar la figura del despido sin justa causa para no evidenciar la acción discriminatoria. Este no solo es un fenómeno que ocurre en el derecho laboral nicaragüense, sino que forma parte de un contexto más amplio como ya se ha reconocido en otros trabajos:

En el Derecho Laboral, los despidos sin causa pueden encubrir motivaciones discriminatorias. En estos supuestos, tal como señala Álvarez. E (2011), el empleador no tiene por finalidad despedir, lo que quiere es discriminar y para lograr esta finalidad elige como instrumento el despido. (López, 2022, p. 22)

3.2. Despido Indirecto: Desafíos y Consecuencias para los Trabajadores

El despido indirecto, también conocido como autodespido, emerge como una problemática laboral de gran relevancia, aunque no siempre reconocida de manera generalizada. Esta situación se materializa cuando, en lugar de despedir directamente al empleado, el empleador crea condiciones laborales tan intolerables que la única opción que le queda al trabajador es renunciar, pero esta renuncia es involuntaria debido a que no se trata del ejercicio de la libertad de decidir la permanencia o no en el empleo, sino más bien una decisión motivada por presiones externas ocasionadas por el empleador.

Este concepto, a menudo desconocido para muchos, encierra implicaciones sustanciales para los derechos de los trabajadores. El despido indirecto se manifiesta cuando las acciones del empleador generan un entorno de trabajo insoportable, forzando al empleado a tomar la difícil decisión de renunciar.

Las formas que puede adoptar el despido indirecto son diversas, abarcando desde la reducción salarial y la reubicación geográfica no consentida hasta el acoso laboral, entre otras. Estas acciones, al ser percibidas como intolerables por el empleado, resultan en una renuncia que se considera, en esencia, un despido indirecto.

El impacto de este tipo de despido puede ser devastador para el trabajador afectado. Se traduce no solo en la pérdida de ingresos, sino también en estrés emocional y desafíos para encontrar un nuevo empleo. Además, la naturaleza subjetiva y sutil de estas situaciones hace que probar legalmente el despido indirecto sea una tarea ardua, dejando al empleado en una posición vulnerable y sin un recurso claro.

A pesar de que en muchos países el despido indirecto está tipificado como ilegal, demostrarlo ante un tribunal de justicia puede ser complicado. Requiere que el empleado presente pruebas contundentes de que las acciones del empleador fueron la causa directa de su renuncia. No obstante, si se logra demostrar, el empleado puede tener derecho a una indemnización que compense los perjuicios sufridos.

Es relevante destacar que, en Nicaragua, el despido indirecto no está reconocido ni regulado en el Código del Trabajo. Esta ausencia de regulación específica puede dejar a los trabajadores en una situación de vulnerabilidad adicional, subrayando la necesidad de considerar y abordar esta problemática en la legislación laboral del país.

3.3. Reintegro laboral. Garantía frente a despidos injustos

La legislación laboral de Nicaragua contempla de manera explícita la figura del reintegro laboral como una salvaguarda esencial ante despidos ilegales o discriminatorios.

El reintegro asegura el derecho fundamental de los trabajadores a la estabilidad laboral, permitiéndoles ser reinstalados en sus puestos de trabajo originales cuando fueron afectados de por un despido ilegal. Además del reintegro se declara la obligación para el empleador de compensar los salarios

caídos, es decir, aquellos ingresos dejados de percibir durante el periodo de inactividad laboral a casusa del despido ilegal.

El despido ilegal se configura en situaciones claramente definidas por la ley, como en el caso de trabajadoras en estado de embarazo, en periodos pre y posnatales, empleados con fuero sindical o aquellos disfrutando de períodos de vacaciones. Estas prohibiciones explícitas establecen la imperiosa necesidad de justa causa para la terminación del contrato laboral, con un procedimiento legal específico y la autorización del Ministerio del Trabajo.

Es fundamental destacar que, de acuerdo con el Código del Trabajo y la jurisprudencia del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones, la orden de reintegro laboral puede ser emitida únicamente por un juez laboral y no por una autoridad administrativa como el Ministerio del Trabajo. Esta disposición subraya la importancia de un proceso judicial justo y equitativo en la resolución de casos de despidos injustos.

En caso de que el empleador se niegue a reincorporar al trabajador, se establece la obligación de pagar una indemnización adicional, según lo estipulado en el Código del Trabajo. Si bien es cierto que esta penalización económica busca asegurar la efectividad del reintegro, puede tener un efecto adverso, al permitir a los empleadores a liberarse de una obligación emanada de una sentencia al abonar una suma de dinero. En Nicaragua las sentencias son de ineludible cumplimiento (Cn, 1987, art. 167), por lo que apoyar esta práctica, atenta en contra del Estado de derecho en virtud del cual todas las sentencias deberían ser de estricto cumplimiento.

[...] Cuando el reintegro se declare con lugar y el empleador no cumpla con la resolución judicial, este deberá pagarle al trabajador, además de la indemnización por la antigüedad, una suma equivalente al cien por ciento de la misma [...] (CT, 1996, art. 46)

Asimismo, la ley laboral reconoce la excepción del reintegro para trabajadores y trabajadoras de confianza, optando en su lugar por la determinación de una indemnización específica en casos de desvinculación laboral. Este reconocimiento de la imposibilidad de reintegro en ciertos contextos

fortalece la claridad y la equidad en las disposiciones legales relacionadas con la figura del reintegro laboral en Nicaragua.

Cuando se trate de trabajadores de confianza descritos en el acápite a) del Artículo 7 del presente Código no habrá reintegro, pero el empleador deberá pagar en concepto de indemnización una cantidad equivalente entre dos meses y hasta seis meses de salario, siempre y cuando el trabajador tenga un mínimo de un año continuo de trabajo, sin perjuicio del pago de otras prestaciones o indemnización a que tuviere derecho. (CT, 1996, art. 47)

3.4. Procedimientos especiales

En Nicaragua, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) del año 2012 establece un capítulo para regular las modalidades especiales de juicio, dentro de ellos el proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales (arts. 105-111).

Art. 105 Solicitud de tutela judicial

1. Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical o cualquier otro derecho fundamental podrá pedir su tutela a través del proceso regulado en este capítulo, incluso cuando se haya interpuesto solicitud de despido por causa justa ante la autoridad administrativa. En este último caso, a requerimiento judicial, la autoridad administrativa suspenderá la tramitación de la solicitud y le remitirá todo lo actuado.

2. A estos efectos se entenderá por derechos fundamentales:

[...]

d. Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, referidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, adoptada en 1998 por la Organización Internacional del Trabajo.

Debido a su naturaleza especial, este proceso tiene carácter preferente respecto a cualquier otro proceso administrativo o judicial que se esté tramitando ya sea ante las autoridades del Ministerio del Trabajo, los juzgados laborales o el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones que involucre a los actores. Es

requisito de este tipo de procesos que la parte sustente suficientemente los hechos que provocan la violación alegada (CPTSS, art. 107).

Además, este proceso especial establece las siguientes reglas:

i. **Suspensión de los efectos del acto impugnado:** En el mismo escrito de interposición de la demanda el actor podrá solicitar como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto impugnado. Sólo se podrá deducir esta petición cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación (CPTSS, 2012, art. 108)

ii. **Procedimiento:** Admitida a trámite la demanda, la autoridad judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los diez días siguientes al de la admisión de la demanda. La autoridad judicial dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración de la audiencia de juicio notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes. (CPTSS, 2012, art. 109).

iii. **Efectos de la resolución judicial:** Cuando el despido sea declarado arbitrario por discriminatorio o por producirse con lesión del derecho de libertad sindical o demás derechos fundamentales, la autoridad judicial así lo declarará y condenará al empleador al reintegro obligatorio en el mismo puesto y condiciones de trabajo con el pago de los salarios dejados de percibir. A estos efectos no operará la opción de pago de doble indemnización a que se refiere el artículo 46 del Código del Trabajo (CPTSS, 2012, art. 110)

iv. **Exclusividad del procedimiento:** Las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo. En dichas demandas se expresarán el derecho o derechos fundamentales que se estimen infringidos. (CPTSS, 2012, art. 111)

4. Jurisprudencia Aplicable: Un Marco Normativo Integral

Tanto en Nicaragua como a nivel interamericano, existen experiencias en las que se ha analizado y declarado la existencia de despidos discriminatorios o situaciones equivalentes, lo que sienta bases jurisprudenciales sobre el tema.

La esfera jurídica relacionada con el despido discriminatorio en Nicaragua se ve enriquecida por una extensa línea jurisprudencial, abordada tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones.

Esta diversidad de precedentes fortalece el marco legal y brinda orientación fundamental en la salvaguarda de los derechos laborales.

4.1. Jurisprudencia Interamericana

La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce una influencia en el ámbito regional. Al ser Nicaragua parte integral del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país y sus autoridades, tanto administrativas como jurisdiccionales, están obligadas a realizar un control de convencionalidad sobre las sentencias emitidas por la Corte y aplicar sus criterios. La Corte Interamericana ha tratado casos paradigmáticos relacionados con la discriminación en el ámbito laboral.

i. En el caso “San Miguel Soza contra Venezuela”, abordó despidos discriminatorios por motivos políticos. El caso aborda el despido de trabajadores en Venezuela luego de haber apoyado un referendo revocatorio.

ii. En el caso “Pavez Pavez versus Chile”, se centró en situaciones de discriminación por orientación sexual. En ambos casos, la Corte recordó a los Estados la imperiosa necesidad de reconocer y garantizar la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral.

Estas sentencias no solo establecen precedentes cruciales, sino que también subrayan la obligación ineludible del Estado de salvaguardar los derechos laborales, reforzando la importancia de políticas y prácticas que promuevan la igualdad y la no discriminación en el ámbito del trabajo.

4.2. Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones

A nivel doméstico, el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones en Nicaragua contribuye activamente al desarrollo de la jurisprudencia laboral. Sus fallos y decisiones no solo interpretan y aplican la legislación laboral nacional, sino que también adaptan y complementan las normativas existentes para abordar desafíos emergentes. El TNLA es la máxima instancia laboral del país.

La jurisprudencia del Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones se convierte así en un elemento fundamental para la resolución de casos de despido discriminatorio a nivel nacional. Su interpretación cuidadosa de las leyes laborales y su alineación con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación contribuyen a la creación de un entorno legal robusto y equitativo en el ámbito laboral nicaragüense.

Dentro del robusto cuerpo jurisprudencial relacionado con este tema se encuentran las siguientes sentencias:

1. Sentencia no. 317/2013 del 15 de abril de 2013: Se reconoce el despido por discriminación por motivos de orientación sexual, además de elementos relacionados con discriminación por hacer uso de la libertad de expresión en contra de un trabajador con orientación homosexual. En consecuencia, el TNLA deniega el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, reitera la sentencia de primera instancia y en consecuencia ordena el reintegro del trabajador.

2. Sentencia no. 787/2020 del 30 de noviembre del año 2020: El caso trata sobre un despido discriminatorio por motivos de salud que se notifica mientras el trabajador se encuentra de subsidio, lo cual supone una vulneración de los derechos laborales, primero porque durante un subsidio no puede ser notificada ninguna decisión que perjudique al trabajador; segundo, porque de mala fe se le informó al trabajador que había un cierre de la empresa, motivo por el cual se estaban realizando los despidos, y tercero, porque de acuerdo a la Ley de los derechos de las personas con discapacidad, Ley n° 763, aprobada el 13 de abril del 2011, el trabajador debía ser reubicado por motivo de su discapacidad visual producto de un incidente laboral, en lugar de ser despedido.

Estas sentencias sirven para ilustrar el recorrido jurisprudencial que a nivel nacional se viene forjando en este ámbito, demostrando que poco a poco se va solventando la debilidad legislativa para garantizar una mayor protección a los trabajadores.

5. Conclusiones

En el análisis de las prácticas laborales en Nicaragua, específicamente en relación con el despido discriminatorio y el despido indirecto, se han revelado diversas conclusiones que arrojan luz sobre la complejidad y las implicaciones de estas problemáticas en el contexto nacional.

A pesar de que la legislación laboral nicaragüense prohíbe la discriminación, no existe un reconocimiento específico del despido discriminatorio en el Código del Trabajo de 1996. Esta brecha normativa destaca la necesidad de revisar y fortalecer las disposiciones legales para abordar de manera más específica y efectiva esta práctica laboral. Sin embargo, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de 2013 sí contempla la base jurídica del despido discriminatorio y un procedimiento especial para garantizar un recurso judicial efectivo frente a esta mala práctica.

Aunque la ley prohíbe el despido discriminatorio, su persistencia indica que se requiere un esfuerzo adicional en la concienciación y aplicación efectiva de las leyes existentes. La sensibilización tanto de empleadores como de empleados es crucial para erradicar esta práctica y fomentar un entorno laboral inclusivo.

La diversidad en el lugar de trabajo es esencial para la innovación y el crecimiento sostenible. El despido discriminatorio no solo afecta individualmente al trabajador, sino que también tiene un impacto negativo en la dinámica laboral, subrayando la importancia de promover la diversidad como un activo valioso para las empresas y organizaciones.

El despido indirecto por su parte tampoco está reglamentado en el Código del Trabajo nicaragüense. Esta falta de marco legal específico deja a los trabajadores en una situación vulnerable y subraya la necesidad de considerar

la inclusión de disposiciones que aborden esta forma encubierta de terminación laboral.

El despido indirecto, aunque ilegal en muchos países, presenta desafíos significativos para su prueba en un tribunal de justicia. La dificultad radica en demostrar que las acciones del empleador fueron la causa directa de la renuncia del empleado. Esta complejidad destaca la importancia de revisar los mecanismos legales para brindar una mayor protección a los trabajadores en situaciones de despido indirecto.

La ausencia de reconocimiento legal específico para el despido indirecto resalta la importancia de establecer protecciones legales claras que aborden estas prácticas y proporcionen recursos efectivos para los trabajadores afectados. La inclusión de disposiciones específicas en la legislación laboral contribuiría a una mayor seguridad y justicia en el ámbito laboral.

Recursos electrónicos

LÓPEZ, G. B. (2022). *El despido como instrumento de discriminación. Análisis interpretativo sobre la aplicación de la Ley N.º 23.592 en materia laboral.*

<https://repositorio.21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/26351/TFG%20-%20L%c3%b3pez%20Gisela%20B.pdf?sequence=1>.

ONU. (2005). Observación general N° 18: El derecho al trabajo. Ginebra.

<https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-18-derecho-al-trabajo>.

**LECTURAS SOBRE UNA POSIBLE REFORMA DE LA
PROTECCION POR DESPIDO EN ARGENTINA**

**ANALYSIS OF A POSSIBLE REFORM OF PROTECTION
AGAINST DISMISSAL IN ARGENTINA**

Lorenzo P. GNECCO

Abogado especializado en Derecho del trabajo y la Seguridad Social. Docente de grado y de posgrado de distintas universidades e instituciones académicas. Publicista. Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

ingridb.alemanyasociadosnic@gmail.com

Fecha de envío: 24/10/2023

Fecha de aceptación: 15/12/2023

LECTURAS SOBRE UNA POSIBLE REFORMA DE LA PROTECCION POR DESPIDO EN ARGENTINA

Lorenzo P. GNECCO

Asociación Argentina de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: En el curso de los últimos tiempos, diferentes proyectos de reforma de la ley laboral fueron presentados en Argentina, algunos de ellos relacionados con el sistema de protección contra el despido injusto que establece la ley actual respecto de los trabajadores que se desempeñan en el sector privado. El presente estudio se propone abordar desde distintos puntos de vista las posibles repercusiones y consecuencias que, en varios aspectos, serían susceptibles de producirse a partir de una visión del *corpus iuris* de los derechos humanos.

Palabras clave: Despido - Derechos humanos - Reforma

Sumario: 1. Introducción. Proyectos de reforma y fundamentos. 2. Reforma del régimen de protección por despido. 3. Una primera perspectiva de análisis: la naturaleza y finalidad de la indemnización. 4. Una segunda perspectiva de análisis: la relación entre las fuentes. 5. Una perspectiva distinta: una cuestión anterior.

Abstract: In the course of recent times different labor law reform projects were proposed in Argentina, some of them related to the system of protection against unfair dismissal established by the current law with respect to workers who perform tasks in private sector. This study aims to address from different points of view the possible repercussions and consequences that, in various aspects, could be produced from a perspective of the *corpus iuris* of human rights.

Keywords: Dismissal - Human rights - Reform

Summary: 1. Introduction. Reform projects and bases. 2. Reform of the dismissal protection regime. 3. A first perspective of analysis: the nature and purpose of severance payment. 4. A second perspective of analysis: the relationship between sources of law. 5. A different perspective: a previous question.

1. Introducción. Proyectos de reforma y fundamentos

a) Algunos años atrás, en la legislación italiana se registraron varias propuestas de reforma en torno al régimen de estabilidad en el empleo que derivaron en la ley 183/2014¹, como así también en el Decreto Legislativo 23/2015 del 4 de marzo, las cuales fueron apoyadas en la necesidad de incrementar la incorporación al mundo del trabajo², como igualmente en la finalidad de salvaguardar la economía nacional en un marco que imponía mayor flexibilidad³, y donde se destacaba la necesidad de generar mayor ocupación redistribuyendo en equidad las tutelas del mercado de trabajo⁴. Empero, según los críticos, dichas reformas no habrían producido los resultados augurados y las propuestas justificativas revelaron escaso fundamento teórico y práctico. En la consideración de SPEZIALE, las mismas habrían sido desmentidas por distintos estudios teóricos y particularmente por la evidencia empírica⁵, y, al decir de PERULLI, configurarían argumentaciones apoyadas en “*creencias no demostradas*”⁶.

Otro tanto resultaría dable avizorar en la legislación española, donde, en el período 2010 al 2016, hubieron de registrarse distintas y profundas reformas en el ámbito laboral. En relación a la reforma operada en el 2010, que propugnara -entre otros fines declarados- la reducción de la rotación laboral involuntaria, la doctrina se ocupó de señalar que no habría rendido los frutos

¹ Art. 1. C. 7, Ley 183/2014.

² Evitando desalentar nuevas altas laborales. Conf. RODANO, Giorigio, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs act*. 2015, p. 18.

³ Según las sugerencias de la Comunidad Europea “in subjecta materia” (conf. ICHINO, Pietro., *Il Lavoro e il mercato*, Milán, 1996) de . Véase la crítica de PENSABENE LIONTI, Giuseppina, *El artículo 18 del Estatuto de los trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales*, Traducción española, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, Univ. de Valencia, agosto de 2015, p. 653.,

⁴ CARINCI, Franco, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, Argomenti di Diritto del Lavoro, 2015, t- I, p. 1 y ss.

⁵ SPEZIALE, Valerio, *La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de “tutela creciente”, entre el derecho, economicismo y los imperativos constitucionales*, traducción española, Temas laborales, núm. 131/2015, Rev. Andaluza de trabajo y bienestar social, p. 14.

⁶ PERULLI, Adalberto, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, en FIORILLO, L., y PERULLI, A, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, 2015, p. 12; SPEZIALE, V., cit., p. 16.

propuestos⁷, al igual que con la del 2012⁸ que, según refería, se proponía facilitar la contratación y sentar las bases para crear empleo estable⁹. Algo parecido parecería haber ocurrido en torno a la flexibilidad del sistema de relaciones laborales de dicho país, y que SALA FRANCO considerara en su momento como una de las cuestiones más debatidas durante años¹⁰.

b) 1. En Argentina parecería haber ocurrido otro tanto. Desde hace tiempo se registraron propuestas de reforma legislativa en relación a variadas materias. Algunas de ellas, atinentes al régimen de protección contra el despido arbitrario, el cual, en ejecución de lo dispuesto por la Constitución¹¹, fuera reglamentado por la ley laboral general respecto del empleo privado¹². Dichas postulaciones reformadoras fueron justificadas, entre otros motivos, en la necesidad de implementar una *actualización* del citado marco a los fines de poder *generar empleo* e inclusión social. Así también, en la necesidad de salvaguardar las empresas, como fuente significativa de generación de empleo.

b) 2. Sin perjuicio de las invocaciones formuladas, la evidencia disponible acerca de la experiencia en las últimas décadas parecería arrojar, no obstante, y según un sector de opinión, que las propuestas de flexibilización y las modificaciones en materia de desvinculación no habrían generado un incremento del empleo efectivo ni tampoco un descenso de la informalidad en ese campo¹³. Asimismo, en cuanto a la protección de las empresas se refiere, resultaría indudable, conforme ha señalado la OIT, que las mismas pueden muchas veces afrontar grandes dificultades para operar de acuerdo a cómo sea el marco regulatorio vigente en los países, ello es, según fuera el entorno de regulación y

⁷ Véase CONDE- RUIZ, J. Ignacio, FELGUEROSO, Florentino y GARCÍA PÉREZ, J. Ignacio, *Reforma laboral 2010: una primera evaluación y propuestas de mejora*, Rev. de Economía Aplicada, Núm. 57, 2011, p. 147 y ss.

⁸ Real Decreto 3/2012 del 10 de febrero

⁹ Programa electoral del PP, del 4/11/2011; Discurso de investidura del presidente ante el pleno del Congreso de Diputados del 19/12/2011.

¹⁰ SALA FRANCO, Tomás, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, año 2001, Núm. 39, p. 19.

¹¹ El artículo 14 bis de la misma, que prescribe que *el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes*, las cuales deberán asegurar al trabajador, entre otras garantías, *protección contra el despido arbitrario*, así como *estabilidad del empleado público*.

¹² La Ley de Contrato de Trabajo, LCT, en su artículo 245.

¹³ CAPALDI, Ana y otros en AAVV, *Un horizonte de trabajo diferente*, Octubre 2023, p. 6, 9 y ss.

legislación, el cual puede tanto favorecer como frenar su desarrollo¹⁴, así como tampoco podría desconocerse la contribución positiva que pueden aportar al progreso económico y social y el papel crucial que, según también señalara dicho organismo, las mismas desempeñan en la búsqueda de la sostenibilidad en cuanto fuente principal de crecimiento, creación de riqueza, empleo y trabajo decente contribuyendo a la inclusión social¹⁵. La creación de marcos propicios para el empleo y las empresas ayudando a evaluar y adaptar, cuando sea pertinente, políticas, leyes y normativas para fomentar las inversiones y la iniciativa empresarial y el desarrollo de la empresa, aparecen como una inquietud permanente en el espíritu que abriga el citado organismo internacional¹⁶.

No obstante, no menos indudable es también que, según igualmente refiriera el referido organismo, dichas posibilidades no deberían significar una habilitación discrecional a los marcos normativos y sin pautas ni reglas de delimitación. En dicho sentido, toda iniciativa reformadora atinente al régimen de terminación de la relación de trabajo no podría soslayar la necesidad de ser precedida de equilibrio y debida prudencia, dados los negativos efectos¹⁷ que todo despido puede significar para el trabajador y su familia, y de igual modo tratar de que el mismo constituya un último recurso, que las cesantías sean justas y no acarreen un impacto desproporcionado en los trabajadores¹⁸. Al decir de la propia OIT, procurar evitar que el mismo constituya una experiencia traumática para el trabajador y su familia¹⁹.

2. Reforma del régimen de protección por despido

a) Una de las propuestas que han sido formuladas en la Argentina en los últimos años en torno a la tutela ante al despido injusto ha sido la de instituir un

¹⁴ OIT, *Un breve perfil. Empresas sostenibles*, Junio de 2012.

¹⁵ OIT, *Un breve perfil*, cit.

¹⁶ OIT, *Empresas sostenibles en América Latina y el Caribe*.

¹⁷ "Un morir un poco" (BENAVENTE, David, *A medio morir cantando: 13 testimonios de cesantes*, Santiago de Chile, 2007).

¹⁸ OIT, *Seguridad en el empleo*, terminación de la relación de trabajo.

¹⁹ El Convenio 158 -no ratificado por Argentina- y la Recomendación 166 fueron puestos a la atención Grupo de Trabajo sobre Normas Internacionales del trabajo (1987) quien recomendó que se los promoviera de manera prioritaria.

reemplazo parcial del régimen legal vigente desde hace tiempo, que es de estabilidad relativa impropia con pago de una indemnización²⁰, para trasladar la responsabilidad indemnizatoria del empleador hacia un fondo especial por cesación del empleo, el cual asumiría la cobertura de las reparaciones por preaviso y despido sin causa. Dicho esquema (parecido al ya vigente en nuestro país respecto del trabajo en la industria de la construcción)²¹, se implementaría a través de una **delegación de la ley a favor de la autonomía privada colectiva** a fin de que, mediante la negociación en dicho plano, se establezca la implementación de tal mecanismo de cobertura.

La intención reformadora no resultaría novedosa debido a que reconocería antecedentes tanto nacionales como extranjeros. En el ámbito local, la ley 11729 de 1934 instituyó en su momento la posibilidad de que los empleadores sustituyeran las obligaciones indemnizatorias por preaviso y despido injusto a través de la contratación de un seguro constituido a favor de los trabajadores²². En una senda parecida, y según se señalara, la constitución de un fondo de cese laboral se encuentra también previsto en Argentina dentro de los denominados regímenes laborales especiales, específicamente en el ámbito de la industria de la construcción²³, y también fue contemplado por algún tiempo en la ley laboral reguladora del ámbito de las pequeñas y medianas empresas²⁴. Algunos proyectos anteriores de reforma en nuestro país también hubieron de considerar la institución de un fondo para dichos fines, como lo fueron la cuenta de capitalización por antigüedad prevista en el proyecto remitido por el PEN al Congreso en octubre de 1996²⁵, así como la cuenta de igual tipo contemplada en el proyecto de 1998²⁶.

En la legislación foránea, algunos países han contemplado también la creación por medio de una ley de un fondo de despido, como ocurriera en

²⁰ Por el cual, salvo determinados supuestos (vgr. que pudiera estimarse despido discriminatorio), el despido, aun injusto, es eficaz y se traduce en el pago de una indemnización graduada en base a la remuneración y la antigüedad en el empleo.

²¹ Ley 22250 según ley 25371.

²² Artículo 160. Apartado C, ley cit.

²³ Artículo 15, ley 22250 modif. por ley 25371.

²⁴ Artículo 92, ley 24467, luego derogado por la ley 25877 (art. 41).

²⁵ 53-P.E.-96.

²⁶ Expte. Dip. 1586-D-98.

Austria²⁷, Chile²⁸, Colombia²⁹ y España, aunque en este último caso con un resultado peculiar. En efecto, la Disposición Adicional Décima de la Ley 35/2010 de dicho país -que reprodujera el programa del Real Decreto Ley 10/2010- estableció el compromiso gubernamental -previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas- de aprobar un proyecto de ley que regulase la constitución de un Fondo de Capitalización para los trabajadores en supuestos de despido, movilidad geográfica, desarrollo de actividades formativas o jubilación. No obstante, sometido el mismo a un Grupo de Expertos -como resultado de un acuerdo entre el Gobierno y aquellas entidades- y habiendo sido materia de observaciones diversas, pese al transcurso del tiempo, el mismo no hubo de ser aprobado³⁰.

b) De acuerdo con las propuestas presentadas en nuestro país, el fondo que se procuraría implementar se constituiría por aportes del empleador que no ingresarían a un fondo común de seguro social, sino a una cuenta individual que se abriría a nombre del trabajador, y de la cual éste podría disponer al cese de la vinculación. El mismo constituiría un patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador con determinadas seguridades establecidas a su respecto. Todo ello importaría, según sus promotores, una garantía o mayor certeza de cobro por el trabajador afectado por la extinción contractual, así como de su percepción en una manera temporalmente más rápida.

A diferencia de lo establecido en las legislaciones de Austria, Chile y Colombia, donde el fondo de despido fuera creado mediante una ley, y ha sido ella la que fijara las pautas de funcionamiento del fondo, el proyecto de reforma en Argentina propugnaría una *delegación* de la ley a favor de los convenios colectivos de trabajo, de modo que el establecimiento del referido fondo dependería en definitiva de lo que al efecto resuelvan los agentes negociales para el sector de actividad de que se trate.

²⁷ Ley de junio de 2002.

²⁸ Ley 19728.

²⁹ Ley 50/90.

³⁰ CONFALONIERI, Juan A.(h), *Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto Laboral de 2018*, TySS, Junio de 2018, p. 525.

3. Una primera perspectiva de análisis: la naturaleza y finalidad de la indemnización

Distintas serían las aproximaciones que, a nuestro entender, podrían hacerse en derredor de la citada propuesta. A los fines del presente trabajo y por razones de espacio nos focalizaremos solamente en tres de ellas en atención a las particulares cuestiones que presentarían en cuanto al escrutinio de su constitucionalidad y convencionalidad.

a) El primero de los abordajes que, según creemos, podría realizarse sobre la postulación de reforma, se vincula a la **naturaleza y finalidad** que posee la indemnización instituida por la ley para los casos de despido injustificado en el régimen de empleo privado en Argentina. Al citado respecto, y en similar sentido al de un amplio sector de opinión, hemos considerado a la misma, en primer término, como una forma de **reparación** de los daños provocados con motivo de la decisión extintiva adoptada por el empleador sin que medie razón justificada suficiente para tal fin. En tal caso, la ley presumiría en un sentido lógico, y en forma *iuris et de iure*, la existencia de un daño como producto de la intempestiva decisión rupturista y pondera en forma tarifada los daños irrogados por tal motivo. Existirían, no obstante, ciertos supuestos en los que -y bajo ciertas condiciones- resultaría factible la obtención de una reparación integral o mayor del daño³¹.

El referido sistema de protección contra el despido arbitrario, basado en el deber de abonar una reparación económica, fue considerado constitucionalmente válido por la Corte Suprema de Justicia argentina y desde temprana época, la cual sostuvo que no podía buenamente afirmarse *que la obligación para los patronos de indemnizar al obrero, en determinadas*

³¹ Los contratos por tiempo determinado o por temporada (arts. 95 y 97, LCT). Y también, según ha venido sosteniendo desde hace un tiempo una parte de la jurisprudencia, en relación a los contratos de tiempo indeterminado cuando la ruptura pudiera producirse en el marco de la comisión por la empleadora de conductas que constituyan un ilícito delictual o cuasidelictual, o de lesiones a los derechos inherentes a la personalidad, en los cuales se ha admitido la procedencia de condenación por el daño moral infligido (CNAT Sala V, 19/05/2021, *Vitale, Ignacio c/ Austral Líneas Aéreas*; CNAT, Sala VII, 17/08/2018, *Fin, Marcela c/ NGV Communications Group SA*; CNAT Sala II, 21/05/2007, *Poy, Cristian M. c/ Automóviles San Jorge*; CNAT Sala X, 13/02/2007, *Benítez, Enio c/ Formatos Eficientes SA*, entre otros).

condiciones, en virtud del contrato de empleo, sea contraria al derecho de contratar ni importe una violación del derecho de propiedad³². Y dijo también que, de no ser así interpretado, toda la legislación dictada al amparo de la Constitución, como un requerimiento de las necesidades sociales, padecería del mismo vicio³³. Lo propio hubo de hacer con posterioridad a la reforma de la Ley Fundamental argentina operada en 1957, señalando el Alto Tribunal en tal sentido, que constituía un deber inexcusable del Congreso asegurar al trabajador una serie de derechos inviolables, entre los cuales se encuentra, en destacada forma, el de *contar con protección contra el despido arbitrario* (art 14 bis C.N.)³⁴.

b) 1. Pero además de la citada finalidad *reparadora* que posee la indemnización establecida en la ley, habida cuenta la amplificación o reconceptualización operada en torno a las funciones de la responsabilidad, hay también inserta en la misma una función *adicional* e inescindible, que sería de **orden político y moral**³⁵, y que conlleva una finalidad **disuasoria y ejemplarizadora** bajo la forma de una prevención, y al mismo tiempo, sanción, ya que la obligación de abonar la misma se propone tornar más difíciles hacia futuro los despidos por mero capricho, estimados reprochables bajo un aspecto moral, especialmente en el caso de empleados antiguos³⁶. En otros términos, establecer un freno económico al deseo del empleador de desprenderse injustificadamente de personal³⁷ y procurar limitar sustancialmente la arbitrariedad empresarial respecto de la extinción del contrato conforme al límite constitucional establecido al despido injusto, puesto que la norma claramente intentaría persuadir al empleador para que se abstenga de recurrir a la conclusión voluntaria e incausada de la relación dados los perjudiciales efectos que produce, estimulando la continuidad del contrato.

³² CSJN, 22/10/1937, *Quinteros, Leónidas c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina*, Fallos 179:113; id. Fallos 181:209.

³³ CSJN, fallos citados en el punto anterior.

³⁴ CSJN, 28/03/1962, *Mata, José M. c/ Ferretería Francesa*, Fallos 252:158.

³⁵ Según la lúcida apreciación de DEVEALI (Mario L., *Naturaleza de la indemnización por despido*, pub. en DT, 1941-305 y ss; id. *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, textos ord. por BRITO PERET, J.- GOLDIN, A. e IZQUIERDO, R., Bs. As., 1983, t. I, p. 623).

³⁶ DEVEALI, op. cit.

³⁷ UNSAIN, Alejandro, *Empleados de comercio*, Bs. As., p. 157.

En ese sentido, la indemnización no tendría ciertamente un fin únicamente “*contractualista*”, sino que iría más allá al hostigar económicamente a través de la obligación impuesta por la ley con la clara intención de que el dador de empleo se sustraiga de la ruptura injusta del contrato que opera tanto en perjuicio del trabajador como de la comunidad en general, y que estima reprochable.

b) 2. En dicho cuadro, la propuesta de instituir una sustitución y traslado hacia un tercero -un fondo- de la obligación indemnizatoria por despido injusto, presentaría a nuestro entender serias dudas desde un punto de vista ético jurídico en orden a la finalidad del instituto. Ello así, pues parecería resultar conceptualmente *disvalioso* que, al menos en lo que atañe específicamente a las reparaciones por despido injusto, se pudiera establecer la posibilidad de sustituir al responsable a través de su traslación a un tercero, desde que ello importaría prescindir de una de las funciones igualmente significativas que, además del resarcimiento del daño, y según fuera visto, también reviste la indemnización en el sentido de operar como reproche moral y elemento de disuasión frente al hecho injusto. Porque la factibilidad de dicho reemplazo podría, salvo determinadas situaciones³⁸, neutralizar completamente cualquier acción moralizadora o moderadora contenida en la obligación de abonar la indemnización por despido. Si la razón formal del Derecho consiste en una ordenación inmediata de la conducta al merecimiento del otro y una ordenación mediata de dicha conducta al fin social³⁹, no parecería difícil concluir que el referido traslado de la responsabilidad pecuniaria a un tercero, como lo sería un fondo económico, importaría una pérdida de sentido de dicha parte o finalidad ejemplarizadora de la norma, desde que, como se dijo, existe además en la misma, un reproche ético-social y un propósito, que es buscar disuadir su posible reiteración produciendo convicción en el agente en ese sentido.

Creemos que no cabe, ciertamente, desdeñar o restar significación a dicha otra finalidad de la norma con respecto al obrar humano en el mundo

³⁸ Tal como, vgr, las hipótesis de falencia ulterior de la empresa, fallecimiento del empleador en los casos que su persona revista condición esencial del vínculo laboral, y los otros supuestos de extinción que, aun cuando proceda una compensación por el cese, respondan a motivos diferentes a la decisión unilateral y arbitraria del empleador.

³⁹ Véase LAMAS, F. A., *La experiencia jurídica*, Bs. As., IEF Santo Tomás de Aquino, p-367

jurídico, desde que la acción, en cuanto hecho humano resulta, además de hecho de naturaleza, también un hecho de voluntad⁴⁰, de modo que, sin perjuicio de su elemento extrínseco, el mismo importa a la vez una entidad psíquica, una intención, una afirmación de voluntad, y de allí que para el Derecho revista gran importancia la valoración de los motivos que concurren a determinar un acto⁴¹, y la posibilidad de incidir sobre ellos, porque tiene en cuenta los motivos que informan las acciones y las determinan. Y es por ello también, que sobre dicha base pretende operar cuando establece un orden objetivo de convivencia para, en muchas ocasiones, limitar, prohibir o encauzar las acciones de acuerdo con un fin moralizador. Entendemos en ese sentido que, dada la entidad de los derechos en juego, específicamente el derecho humano *al trabajo* y el de estabilidad en el empleo, y en atención a dicha finalidad que perseguiría también la reparación estipulada en la ley, la posibilidad de sustituir la carga indemnizatoria instituida por el traslado de la responsabilidad hacia un fondo de cesación del empleo haría perder a la misma uno de sus sentidos sin dudas singularmente valioso, como lo sería su finalidad sancionadora y disuasoria, para asumir, en cambio, un *carácter premial*.

Ninguna virtualidad ejemplificadora ni estimuladora hacia la corrección de futuras conductas dañosas y jurídicamente disvaliosas basadas en una pura discrecionalidad parecería concurrir en la hipótesis de reforma promovida sobre el aspecto, donde la finalidad moralizadora, inserta también en la obligación reparadora, aparecería ciertamente desvanecida. Desde dicho punto de vista, la propuesta parecía lucir susceptible de cuestionamiento constitucional, habida cuenta que la norma postulada resultaría irrazonable o injusta en orden a la finalidad perseguida ya que, según destacara el Alto Tribunal, las leyes resultan afectadas de dicho déficit cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización se procura o consagran una manifiesta iniquidad⁴², ya que

⁴⁰ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, trad. esp. 9ª, ed, Barcelona, p. 312.

⁴¹ DEL VECCHIO, Giorgio, op. cit, p. 313.

⁴² CSJN, Fallos 299:428, 430, considerando 5º y sus citas; íd *Avico c/ De la Pesa*, Fallos 172:21; íd. Preámbulo de la Constitución que establece como objetivo el de “afianzar la justicia”.

ello tiene implicancias que se vinculan con la noción misma del Derecho y de la justicia.

4. Una segunda perspectiva de análisis: la relación entre las fuentes

Independientemente de la cuestión anteriormente abordada, creemos que el contenido de la propuesta ofrecería adicionales aspectos para su evaluación. Uno de ellos, el atinente al mecanismo de “**deslegalización**” que se propugnaría instrumentar de la ley a favor del negocio colectivo para la regulación del instituto; esto es, una ley que delegaría en el convenio la reglamentación de una garantía reconocida en la Constitución, que es la manda allí establecida dirigida a la ley de brindar protección contra el despido arbitrario⁴³.

a) En dicho escenario, la primera cuestión que incumbiría señalar es que ley (tanto la Constitución como la ley común) operaría, según el decir de SIECKMANN, como una *norma de competencia* instituyendo una capacidad de ciertos actores para determinar una cierta situación normativa por su propia acción⁴⁴, ello es, y entre otras funciones, una situación donde la ley operaría como una permisión o habilitación⁴⁵, en el sentido de determinar el contenido o marco posible de las normas inferiores creadas en el ejercicio de las facultades jurídicas, de donde resulta factible que en ocasiones el ejercicio de una competencia pueda resultar obligatoria, prohibida o permitida. En dicho marco, y como señala HART, los límites a la facultad legislativa constituyen parte de la regla que confiere autoridad para legislar⁴⁶.

En ese cuadro, WRÓBLEWSKI ha desarrollado el concepto de *validez sistémica*, donde la validez de una norma se encuentra determinada por la pertenencia a un sistema jurídico, conforme a lo cual una norma es válida si y sólo si (entre otras exigencias) ha sido dictada por una autoridad con habilidad

⁴³ Artículo 14 bis, C.N.

⁴⁴ SIECKMANN, Jan R., *Norma jurídica*, en Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, FABRA ZAMORA y NUÑEZ VAQUERO, A. (coords.), Vol. 2, p. 911.

⁴⁵ Aunque no se limitaría a ello. Véase al efecto, BULYGIN, Eugenio, *On norms of Competence*, Law and Philosophy, vol. 11, 1992, p. 201/216: id ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª. ed., trad. esp., Madrid, p. 202 y 22.

⁴⁶ HART, Herbert L. A., *El concepto del derecho*, trad. G. CARRIO, Bs. As., 1968, p. 86/87

para ello, y, además, si la norma es *coherente* con las normas válidas en el sistema⁴⁷.

La idea de *sistema jurídico*, concepto sobre el cual se han propuesto determinaciones diversas⁴⁸, haría referencia, entre otros aspectos, a la común derivación formal, lo cual se traduce en la delegación de un poder o potestad en favor de otro, para producir nuevas normas jurídicas⁴⁹. En nuestro caso, la Ley Fundamental operaría como norma autorizante última y sustento de validez de lo que la norma legal debería hacer, así como límite a lo que no podría hacer, operando como condición suficiente y necesaria de pertenencia de normas dependientes. Haría a la justificación de lo prescripto, lo que equivale a su validez según las concepciones normativas, y a su obligatoriedad o fuerza vinculante⁵⁰.

b) Conforme es sabido, los límites directos al contenido de la negociación colectiva se encuentran en la ley y, por supuesto, en la Constitución Nacional, de manera que las mismas operan como límites para la libertad negocial de regular contenidos. Y, antes aún que ello, la propia Constitución actúa como norma de competencia última, norma autorizante y de “fundamento de validez” y frontera a la propia ley para instituir delegaciones en favor de la autonomía privada colectiva, de modo que es en definitiva la propia Ley Fundamental el elemento normativo sobre el cual ha de girar el espacio de habilidad de la norma legal para el otorgamiento de atribuciones en beneficio del espectro autonómico. En dicho cuadro, la relación de mandato instituida por la norma constitucional a favor de la ley, así como la naturaleza jurídica que exhiba la norma o precepto legal, resultarían cuestiones ciertamente sustantivas para verificar la validez de

⁴⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Validità e struttura del sistema giuridico. Metatoria e Teoria Pura del Diritto*, en GIANFORMAGGIO, L. (comp.), “Sistemi normativi statici i dinamici, análisis di una tipologia kelseniana”, Torino, 1991, p. 308.

⁴⁸ Por caso, las de SAVIGNY, de PUCHTA, IHERING, GIERKE de la vieja dogmática jurídica alemana, así como del iusnaturalismo jurídico racionalista (véase al respecto, GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en “Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979. Asimismo, TARELLO, Giovanni, *Cultura giuridica e politica del Diritto*, Bolonia, 1988, p. 164 y ss.).

⁴⁹ LÓPEZ RUIZ, Francisco, *Sistema jurídico y criterios de producción normativa*, Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, Núm. 40, Enero-Abril 1994, p. 163 y ss.

⁵⁰ PEÑA FREIRE, Antonio M., *Validez y vigencia de las normas jurídicas: algunas precisiones conceptuales*, Anuario de Filosofía del Derecho, España, 1999, p. 100.

la delegación, así como delimitar el propio contenido regulador que se pretende atribuir al convenio.

En el particular supuesto que aquí se analiza, resulta dable apreciar que la manda o directiva establecida en el texto constitucional argentino -norma de competencia última- imponiendo asegurar al trabajador “protección contra el despido arbitrario” (art. 14 bis), fue expresamente instituida *en cabeza de la ley* y no de la negociación colectiva, y ninguna autorización hubo allí de conferirse al legislador para “*deslegalizar*” dicha materia a favor de una fuente autonómica. En dicho marco, la referida manda de reglamentación aparece prescripta y en forma unitaria hacia la ley, y, en las condiciones que aparece efectuada, cerraría el paso a nuestro entender, a la posibilidad de cualquier injerencia de la negociación colectiva en el tema por vía de una delegación legislativa ulterior⁵¹. Se trataría de un problema concerniente a la validez de las normas, desde que, para ser tales, las normas jurídicas no sólo deben formar parte de un ordenamiento, sino que se requiere también que hayan sido creadas observando los criterios de producción que el ordenamiento establece⁵² y, como fuera dicho, resultar asimismo *coherentes* con las demás normas válidas del sistema⁵³.

La directiva constitucional en el punto constituiría, a nuestro juicio, una norma de carácter ***imperativo absoluto***, e inmodificable, por tanto, en cualquier sentido por la norma legal destinataria, que no podría trasladar libremente la atribución de competencia que le fuera diferida hacia una fuente normativa inferior y distinta. En ese sentido, la asignación prescripta por la fuente constitucional en favor de la ley se hallaría establecida en interés público por una norma de orden público inderogable e inalterable, y no dependería de la voluntad del órgano legislativo destinatario ni podría ser objeto de modificación por éste ya que dicha directiva funcional respondería al *acto constitucional*, en cuanto provee de sentido jurídico al Estado, lo organiza y distribuye sus competencias supremas. Todo el accionar del Estado encuentra su fundamento primario y su límite en la Constitución Nacional y en el sistema de juridicidad que de ella se

⁵¹ En igual sentido, CONFALONIERI, Juan A. (h), op. cit., p. 532.

⁵² LÓPEZ RUIZ, Francisco, op. cit. p. 165.

⁵³ WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Validità e struttura*, cit., p. 308.

deriva, y, en el aspecto que nos convoca, la misma no aparecería habilitando una transferencia parcial del ejercicio de la competencia asignada a la ley hacia la autonomía privada colectiva, desde que no se advertiría la existencia de una *permisión expresa* ni de una *permisión amplia*⁵⁴ o *poderes implícitos* para ello⁵⁵, ya que la asignación a favor de la ley aparecería atribuida con miras a su idoneidad específica (art. 75, inc. 12, C.N.).

c) Pero aún si por un instante pudiera prescindirse de dicha objeción esencial y -bajo una concepción diferente- se considerara que el órgano legislativo se encontraría facultado a hacer todo lo que implícitamente pudiera surgir del texto de la norma constitucional y que ello admitiría concluir en una suerte de habilitación implícita de la ley para delegar la asignación deferida por la ley fundamental, menester resultaría señalar que aún en tal hipótesis el contenido de una transmisión como la que se postularía instituir en el tema no parecería tampoco reflejar adecuado apego a lo establecido por la norma superior, norma fundante y de validez. En dicho último aspecto, el contenido de la norma de validez, la Constitución, como igualmente la propia ley delegatoria, configurarían condicionantes de la función normativa que se propondría habilitar para su desempeño por la negociación colectiva.

c) 1. Según es sabido, a diferencia de lo que acontece en el Derecho común, las normas laborales se caracterizarían, en general, por tratarse de normas denominadas de **derecho necesario relativo**, las cuales difieren de las normas absolutamente imperativas así como de las absolutamente dispositivas, y entre aquéllas se diferencian normas de derecho necesario relativo que prescriben *máximos* y las que establecen *mínimos* para la negociación colectiva y la contratación individual, sin perjuicio de las normas de derecho necesario absoluto. Y, en cuanto a la relación de la fuente legal con la convencional colectiva se refiere, resultaría factible distinguir: (i) normas *absolutamente imperativas*, ello es, normas absolutamente inderogables y aplicables a todo

⁵⁴ LINARES, Juan F., *La competencia y los postulados de la permisión*, RADA, N° 2, Bs. As., 1971, p. 14 y ss. (en referencia a la competencia estatal administrativa).

⁵⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V. (op. cit. t. 9. p. 513) en relación a los citados poderes del Congreso. Asimismo, GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A., *Derecho constitucional*, Bs. As., 3ª. ed., t. 3, p. 228.

caso, y que inhiben siquiera la negociación colectiva sobre las materias por ellas reguladas; (ii) normas *relativamente imperativas*, que conforman *máximos de derecho necesario* y permiten la negociación colectiva sobre las materias reguladas por ellas a condición de respetar dichos máximos; (iii) normas *relativamente imperativas* configuradoras de *mínimos de derecho necesario*, (iv) normas *absolutamente dispositivas*⁵⁶.

En dicho cuadro normativo, entre las normas legales y los convenios colectivos pueden darse otras relaciones distintas a las estrictamente jerárquicas basadas en la mayor o menor imperatividad de la actuación de la norma inferior, tal como lo constituyen las relaciones de complementariedad o articulación donde existe una remisión de una norma a otra para completar determinados aspectos de su regulación, o también, para su regulación completa, a través del mecanismo de reenvío de la primera a los segundos para completar o regular la norma estatal incompleta o inexistente⁵⁷.

c) 2. Pues bien, en el particular escenario que nos ocupa una eventual delegación de la ley a favor del convenio no podría prescindir que, según fuera visto, existen normas legales y reglamentarias que resultan *absolutamente imperativas*, que impiden cualquier negociación colectiva en relación a las materias reguladas por las mismas⁵⁸, así como *máximos* y *mínimos de derecho necesario*, normas relativamente imperativas, que sólo habilitarían la negociación colectiva por debajo o encima, respectivamente, de lo instituido por la norma legal o reglamentaria, cuestión que debería resolverse por conducto de la aplicación de la *norma más favorable* para el trabajador. De ese modo, sin perjuicio de la prelación jerárquica, la norma más elevada ha de operar, en su contenido, sólo como un punto de partida para la construcción de las normas

⁵⁶ SALA FRANCO y BLASCO PELICIER, op. cit., p. 14/15. Asimismo, CAMPS RUIZ, Luis M., *Los principios de la norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*, Madrid, ET, 1976, p. 119.

⁵⁷ SALA FRANCO y BLASCO PELICIER, op. cit. p. 15.

⁵⁸ BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, *Introducción al Derecho español del Trabajo*, Madrid, 1978, p. 450.

subalternas⁵⁹, en el sentido de ampliar o mejorar la cobertura del sujeto digno de especial tutela.

Por tal motivo, aún si conjeturalmente pudiere pregonarse la existencia de una eventual autorización tácita constitucional para ello, el referido cuadro indicaría que la delegación a favor de la norma convencional colectiva no podría significar en el caso una habilitación “*abierta*” de la ley que permitiera la negociación colectiva sin límite alguno y en cualquier sentido, dado que, según entendemos, no se estaría ante una norma absolutamente dispositiva, sino, en rigor, de una norma *relativamente imperativa* configurativa de *mínimos de derecho necesario*, que sólo permitiría la negociación colectiva sobre dicha materia en un solo sentido, el de *mayor beneficio* para el trabajador. La propia manda constitucional dirigida al legislador así también lo prescribiría.

Y en dicho marco, cabría entonces formularse el interrogante de si la delegación que se procuraría instituir supondría necesariamente un mayor beneficio para el trabajador comprendido, o, en cambio, si ello no podría configurar un traspasamiento de los límites directos de la negociación colectiva que surgirían de los contenidos de la ley y de la Constitución Nacional. En otras palabras, el análisis acerca de si el medio propuesto por la reforma cumplimentaría, como expresión razonable, la finalidad de la norma para legitimar su contenido, en el sentido de si resultaría adecuado o no a la concreción citada condición de *mayor favorabilidad*. Creemos, de acuerdo a lo que ha sido visto -y lo que se verá seguidamente-, que la respuesta resultaría de connotación *negativa*.

5. Una perspectiva distinta: una cuestión anterior

a) En *La metamorfosis*⁶⁰, Gregor, el personaje imaginario de KAFKA, al amanecer luego de un sueño intranquilo y ante la profunda transformación operada durante la noche, se plantea toda una serie de reflexiones y fuertes

⁵⁹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *La norma más favorable: su determinación*, Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2004, 57 p. 347.

⁶⁰ De Franz KAFKA, publicada en Leipzig, en 1915.

vacilaciones acerca de la profesión que eligiera y de cómo habría de justificar ante su familia y sus superiores su previsible tardanza al empleo, las posibles excusaciones a brindar y los distintos escenarios factibles de configurarse en esa circunstancia, dejando momentáneamente de lado para todo ello lo que constituía la causa principal y última de su situación.

En la materia que nos ocupa parecería ocurrir otro tanto. Pensamos que sin perjuicio de los abordajes hasta aquí realizados, el análisis de la cuestión no debería limitarse al espectro de la óptica contractual y de la obligación indemnizatoria establecida en la ley laboral como traducción de la manda de protección establecida por la Constitución Nacional, sino que el mismo debería extenderse para abarcar un espacio mayor y anterior habida cuenta que el tema interesaría al trabajador en sus aspectos vitales, como así también, y al propio tiempo, al Estado y a la comunidad general en virtud de encontrarse en juego derechos fundamentales de la persona. Y en el referido contexto, creemos que debería reposarse el examen en un estadio *anterior* al análisis de la obligación económica, para alcanzar la observación a la circunstancia misma de la adecuación constitucional y convencional⁶¹ de la *facultad rescisoria* en sí del empleador en el contrato laboral cuando no media causa de justificación para ello.

En otros términos, que sin perjuicio del análisis que cupiera en relación a la indemnización por despido y de las finalidades que la misma persigue, así como de la eventual prohibición -o restricción en su caso- que enfrentaría la ley para instituir una delegación de la función normativa hacia la autonomía privada colectiva para la regulación de un traslado de la responsabilidad resarcitoria, cabría, antes que ello, y en el actual marco del *corpus iuris* de derecho internacional de los derechos humanos, indagarse si la facultad que atribuye la legislación nacional de disponer la extinción contractual sin causa justificada se halla ajustada o no a la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales

⁶¹ O “control de convencionalidad”, según la CIDH, para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, mediante la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia (CIDH, *Control de convencionalidad*, Cuadernillos de Jurisprudencia, N° 7, p. 4 y ss).

de derechos humanos que, con similar jerarquía - y también con jerarquía inferior pero supralegal- integran el ordenamiento patrio argentino. Tal vez, la cuestión última que debería ser analizada primero.

b) En dicho escenario, cabría principiar por señalar que no siempre las iniciativas normativas observan los *principios* y *directrices* sustantivos que informan la disciplina especial, así como tampoco la *jerarquía existente* en el orden normativo considerado en su integridad ni la *prelación particular de las fuentes* de la misma, ni su debida armonización con las pautas que resultan de los *instrumentos internacionales* de derechos humanos incorporados al ordenamiento de nuestro país, pese a que todo ello debería suponerse presente en la conciencia y diseño del legislador. Ello así, puesto que en no pocas ocasiones las propuestas de reforma *vienen a instalarse sobre campos que atienen a circunstancias que son consideradas particularmente valiosas por el ordenamiento*, no sólo interno, sino también internacional, dada su vinculación con aspectos esenciales de la persona humana, como lo serían los denominados *derechos humanos laborales*, campo sobre el que, y según la clara expresión de CANESSA MONTEJO, hubo de operarse un **proceso de “redefinición”**⁶², habida cuenta que el contenido tradicional del *derecho “al” trabajo* hubo de ser trastocado por el impacto de la aplicación de los referidos derechos y de los principios que de ello se derivan.

El proceso de *constitucionalización* de los derechos sociales iniciado a principios del Siglo pasado, y recogido después por un importante número de Declaraciones y Tratados Internacionales de derechos humanos, hubo de conducir al reconocimiento de *derechos fundamentales* de las personas, y, entre ellos, los vinculados al trabajo humano. En las últimas décadas, y como consecuencia de dicho decurso, se ha asistido a una suerte de “*revaloración*” del Derecho internacional de trabajo en la que su reposicionamiento se ha visto fortalecido con los *derechos humanos laborales*, espacio de intersección entre el Derecho internacional del trabajo y el Derecho internacional de los derechos

⁶² CANESSA MONTEJO, Miguel, *La redefinición del derecho del trabajo desde los derechos humanos*, en AAVV, ARESE, César (dir.), “Desafíos actuales en derechos humanos laborales”, Córdoba, 2022, p. 25.

humanos⁶³, y en cuyo marco se habría producido un *cambio cualitativo* en el Derecho internacional debido a que un grupo de *derechos laborales* pasó a quedar incluido dentro del selecto listado de los *derechos humanos*, derechos cuyo fundamento residiría en última instancia en el valor intrínseco que poseen las personas, su *dignidad*. Entre otros, se localizarían allí el derecho “*al*” trabajo, la protección contra el desempleo y la protección contra el despido.

Dicho “*redimensionamiento*” del Derecho internacional del trabajo⁶⁴ habría trasladado el énfasis de la protección de los derechos humanos laborales hacia los sistemas universales y regionales de derechos humanos, y es dicho marco desde donde, según creemos, debería partir el análisis de toda propuesta de reforma en la materia. Según es sabido, los *instrumentos internacionales de derechos humanos imponen obligaciones a los Estados*, tal como la de *respetar los derechos y las libertades* recogidos en ellos, la obligación de *proteger*, además, los citados derechos y libertades, no discriminar en la titularidad, goce y ejercicio de los mismos, y la *obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos y libertades* receptados en el instrumento internacional.

c) En el cuadro de los llamados “derechos humanos laborales”, el tema que nos ocupa atiene específicamente al *derecho “al” trabajo*, el cual *plurales tratados e instrumentos internacionales* incluyen entre los derechos humanos laborales que *deben garantizarse* a todas las personas por su condición de tales.

Los tratamientos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales realizados a su respecto a nivel nacional como extranjero, muestran *marcadas diferencias* tanto respecto a su concepción cuanto a sus alcances. El modelo de “*estabilidad*” instituido en nuestro país de condición *relativa impropia*⁶⁵, no constituye una cuestión precisamente pacífica, sino materia de largos y profundos debates que se mantienen aún al presente.

⁶³ CANESSA MONTEJO, Miguel, *Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional*, PUCP, Rev. de la Facultad de Derecho, N° 63, 2009, p. 349.

⁶⁴ CANESSA MONTEJO, Miguel, *La protección iberoamericana de los derechos humanos laborales*, PUCP, Anuarios de Investigación del CICAJ, 2015, p. 211.

⁶⁵ Ello es, que el despido que se dispone sin mediar causa de justificación, es considerado eficaz por la ley y se traduce en el pago de una reparación económica.

El derecho “al” trabajo, según es sabido, se encuentra presente en plurales instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento patrio argentino con similar jerarquía que la Ley Fundamental, y también con jerarquía supralegal. Una serie de Tratados Internacionales de Derechos Humanos que ya se encontraban incorporados, pero que tenían, empero, y hasta la reforma constitucional de 1994, una jerarquía sólo legal.

Entre los instrumentos internacionales señalados se encuentra el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, el cual, en concordancia con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (art. 23.1), establece el **reconocimiento de los Estados al derecho al trabajo**, comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, y el compromiso de aquéllos de tomar medidas adecuadas para garantizar ese derecho. El citado derecho aparece también en la *Declaración Americana de los Derechos del Hombre* (art. XIV) y en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 5.e.i). El *Protocolo de San Salvador*, de jerarquía **supralegal**, consagra también el derecho “al trabajo” (art. 6), así como igualmente el principio de “estabilidad” (art. 7 inc. d) como una derivación del mismo, y establece asimismo que, en caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, la readmisión en el empleo, o cualquier otra prestación prevista por la legislación (art. cit.).

d) En cuanto a la *forma* en que deben ser aplicados los citados instrumentos en el ámbito interno de Argentina, el art. 75 inc. 22 de la Constitución prescribe que los tratados internacionales incorporados rigen en el ámbito interno “**en las condiciones de su vigencia**”, expresión ésta que, según fuera interpretado por la Corte Suprema de nuestro país en el caso *Giroldi*⁶⁶ y otros precedentes, importaría que sus cláusulas deben ser aplicadas en el ámbito interno **tal como han sido interpretadas por los órganos internacionales encargados del control de su efectividad**.

⁶⁶ Caso “*Giroldi*” (sent. del 7/04/1995, Fallos 318:514, consid. 11).

La apreciación en cuestión no resulta menor, ya que, según es sabido, el órgano pertinente encargado del control relativo al PIDESC (el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), dictó en su momento su **Observación General 18** sobre el “derecho al trabajo”⁶⁷, donde señalara que el derecho al trabajo **incluye el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta, ilegítima o injustificada**.

A su vez, y en cuanto a la *reparación “in natura”* se refiere, es también conocido que los tribunales y órganos internacionales han sostenido históricamente que la violación de los derechos humanos debe ser reparada, siempre y cuando resultara posible, restituyendo a la víctima en el goce del derecho vulnerado. Así, la Corte Interamericana (CIDH) en los precedentes *Velázquez Rodríguez c/ Honduras* de 1989, como igualmente en *Baena c/ Panamá* de 2001-entre otros-, sostuvo que *el principio en materia de violación a derechos y libertades humanas fundamentales es el de la reparación in natura, o restitutio in integrum*, ello es, garantizar el derecho conculcado mediante el *restablecimiento de la situación anterior a la comisión de la transgresión*⁶⁸.

e) Los pronunciamientos del Alto Tribunal argentino respecto al derecho “al trabajo”.

En orden a la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales antes citados en nuestro país en relación al “derecho al trabajo”, el Máximo Tribunal hubo de formular distintas apreciaciones a su respecto - principalmente en relación al empleo público así como a situaciones de discriminación arbitraria- que revestirían singular importancia e interés y *cuya doctrina trascendería los casos concretos* en que se dieran pues, según estimamos, resultarían también de aplicación respecto del empleo privado y a casos donde no necesariamente mediara un supuesto de discriminación prohibida.

e) 1. En un caso que se debatiera la estabilidad respecto del empleo público⁶⁹, la Corte señaló que la medida de “reinstalación”, en caso de violación

⁶⁷ En fecha 24/11/2005.

⁶⁸ CIDH, 21/07/1989, caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, Serie C Nro. 7, párr. 26.

⁶⁹ En el caso *Madorrán*, del 3/05/2007, Considerando 8°.

del derecho al trabajo, *guardaría coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales en materia de derechos humanos*, y citó al efecto el caso *Baena vs. Panamá* resuelto por la CIDH⁷⁰. Pero el tribunal hubo también de invocar dicho mecanismo en casos en que se debatía la estabilidad respecto del empleo privado –bien que relacionado con el principio de *no discriminación*-⁷¹ expresando que el *objetivo primario* de las reparaciones en materia de derechos humanos *debería ser la rectificación o restitución* en lugar de la compensación, pues sólo ella repone precisamente lo que le fue quitado a la víctima en tanto la otra sólo proporciona a la misma algo equivalente a lo que fue perdido. Las consideraciones allí efectuadas por el Alto Tribunal y su sostenimiento en el espectro de los derechos humanos vislumbrarían exceder claramente, a nuestro juicio, el caso específico en que las mismas se dieran para proyectarse también allende la naturaleza específica de la relación laboral de que se trate y de la concurrencia o no de una discriminación.

e) 2. En otro precedente referido al empleo privado⁷², luego de señalar que el trabajador constituye un sujeto de *preferente tutela constitucional*⁷³ y recordar que el “derecho al trabajo” configura un *derecho humano*⁷⁴, expresó que éste resulta “*comprendido del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera sea la clase de éste*”⁷⁵, lo cual -dijo también- debe ser considerado “*inalienable de todo ser humano*” de acuerdo con la terminología de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (art. 11.1.a). Tiempo después, en otro caso atinente a una relación de empleo privado⁷⁶ recordó que, conforme establecen los instrumentos internacionales, el “*derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo*”⁷⁷, y del mismo modo memoró en otro precedente de igual ámbito⁷⁸, que

⁷⁰ CIDH, sent. del 2/02/2001.

⁷¹ Caso *Álvarez c/ Cencosud*, del 7/12/2010.

⁷² Caso *Vizotti, Carlos c/ AMSA*, sent. del 14/09/2004.

⁷³ Consid. 9°.

⁷⁴ Consid. 8°, párr. 3.

⁷⁵ Consid. 10°, párr. 2.

⁷⁶ En el precedente *Pérez c/ Disco S.A.*, del 7/09/2009.

⁷⁷ Consid. 5° del voto de la mayoría.

⁷⁸ Caso *Álvarez c/ CENCOSUD*, de fecha 7/12/2010.

el Estado argentino asumió la obligación de proteger los derechos humanos, lo cual le exige la adopción de “medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho “al” trabajo”⁷⁹, apreciación ésta que reiteraría después en otros casos⁸⁰ de igual espectro.

e) 3. En el caso ya citado atinente a una relación de empleo público⁸¹, la Corte dijo también que el “derecho a trabajar” resulta “comprendido del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo” y que, si bien la Declaración Universal “no impone la reinstalación, tampoco la descarta”⁸². Vale recordar que la citada Declaración no establece distinción alguna en función del carácter que invistiera la vinculación de trabajo, y la Corte tampoco hubo de realizarlo en su pronunciamiento. De igual manera, la Corte argentina citó también al efecto la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional español en su sentencia 22/1981, donde se prescribiera que el “derecho al trabajo” también se concreta en “el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo”, ello es, “a no ser despedido si no existe una justa causa”⁸³. La referida sentencia extranjera, cabe también ser apuntado, luego de analizar el aspecto individual y colectivo del citado derecho no formula tampoco distinción alguna en relación a la protección del mismo con base a la clase de vinculación laboral. Antes bien, el caso allí resuelto y al que ocurriera la Corte argentina correspondía a un trabajador ligado por una relación de derecho privado⁸⁴.

f) La fundamentación del derecho “al trabajo” en los fallos de la Corte Suprema argentina.

El Alto Tribunal hubo a su vez de considerar como basamentos del citado derecho humano laboral una serie de pautas y principios cuya esencia y aplicación trascenderían también los particulares casos en que se expidiera, y que no se hallan necesariamente relacionadas ni condicionadas por el tipo de relación de empleo de que se trate. Tampoco dependerían necesariamente de

⁷⁹ Consid. 6°, del voto de la mayoría.

⁸⁰ *Pellicori c/ Colegio Público de Abogados*, del 15/11/2011, Consid. 5°.

⁸¹ *Madorrán c/ Administración Nacional de Aduanas*.

⁸² Consid. 8°.

⁸³ TC de España, sent. 22/1981, del 2de julio de 1981.

⁸⁴ Cfr. Sentencia citada, punto 8 y cc. (ECLI:ES:TC:1981:22, Consejo Gral. del Poder Judicial, España).

la existencia de un supuesto de discriminación prohibida, aun cuando en algún supuesto pudiera haberse referido a dicha materia.

f) 1. Dignidad del trabajador. Uno de los fundamentos principales a los que ha ocurrido el Alto Tribunal para explicar el derecho que nos ocupa ha sido el de la dignidad humana. Así, en el marco de un contrato laboral de derecho privado, y con particular referencia a las facultades del empleador, la Corte hubo de sostener el derecho humano al trabajo en la *dignidad* de la persona, donde señaló también que, a la luz del *corpus iuris de los derechos humanos*, el contenido y alcances de las facultades de “organización” y “dirección de la empresa” e “integración del personal”, así como la discrecionalidad de su ejercicio, por amplios que hipotéticamente fuesen, “*en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador...*”⁸⁵, y que “un ejercicio sin taludes ni medidas de los señalados poderes, desbarataría la natural jerarquía de los valores asentados por el bloque de constitucionalidad, máxime cuando la dignidad humana (...) es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional adoptado”⁸⁶. Sostuvo también, que la dignidad de la persona constituye el *fundamento definitivo de los derechos humanos*⁸⁷, y su preservación -según señalara a su vez en otro precedente- se insertaría en un proceso más comprensivo concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo⁸⁸, y que la prestación del trabajador, constituida por la actividad humana, resulta “*inseparable e indivisible de la persona del hombre y, por tanto, de su dignidad*”⁸⁹. Sobre ello mismo señaló también el Alto Tribunal, que *dignidad* y *trabajo* se relacionan en términos “naturalmente entrañables”⁹⁰, siendo dichas características del trabajo humano las que impondrían su consideración con

⁸⁵ CSJN, fallo *Álvarez c/ Cencosud*, Consid. 10 del voto de la mayoría, donde invocara también el *ius cogens* relativo al principio de igualdad y prohibición de discriminación, habida cuenta lo debatido en el caso.

⁸⁶ Fallo citado.

⁸⁷ Precedente *Álvarez c/ Cencosud*, Considerando 5° de la mayoría.

⁸⁸ Caso *Pérez, Anibal c/ Disco S.A.*, sent. del 1/09/2009, Consid. 4° de la mayoría.

⁸⁹ Idem *Pérez c/ Disco*. Igualmente fue sostenido, entre otros, en el precedente *Álvarez c/ Cencosud*, Consid. 6° del voto de la mayoría.

⁹⁰ Caso *Madorrán*, Fallos 330;1989; id. *Álvarez c/ Cencosud*, Consid. 6° de la mayoría.

criterios propios⁹¹. Y aludió también la Corte al *principio protectorio* y al *plexo de derechos que de él se derivan*, de igual modo que los enunciados de las Declaraciones y Tratados con jerarquía constitucional, que han hecho del trabajador un sujeto de “preferente tutela constitucional”⁹², y destacó también en otro caso, “*la unidad de naturaleza del género humano*” y su *inseparabilidad “de la dignidad esencial de la persona”*⁹³.

f) 2. La Justicia Social. Además del principio anterior, y en ocasiones conjuntamente con él, la Corte argentina hubo también de ocurrir para el sostenimiento del derecho al trabajo a la *justicia social*. Así, al referirse al art. 14 bis de la Constitución Nacional en relación a la protección del citado derecho, señaló que ha sido esa clase de justicia la que habría inspirado la elaboración y sanción de dicho precepto constitucional⁹⁴, y que la evolución tutelar de la disciplina laboral, así como los motivos que la impulsaron, impusieron, entre otras muchas consecuencias, que en la relación individual de trabajo *se rebase el cuadro conmutativo sobre la base de una igualdad estricta, para estar regida por aquélla*. La Corte señaló también, que ha sido también la “justicia social” el valor que ha guiado a la OIT desde su creación, y que ello fue reafirmado por la Declaración de dicho organismo sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008. Resaltó también que dicha clase de justicia preside una pluralidad de instrumentos internacionales, los Preámbulos de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y también que la citada justicia social constituye un *valor fundamental*⁹⁵.

f) 3. El Comportamiento fraterno. En una perspectiva más amplia relativa a los derechos humanos en general, y con referencia a los deberes y derechos de las partes en la relación de trabajo, la Corte hubo de acudir también

⁹¹ CSJN fallo citado con remisión al precedente de Fallos 304:425, *Mansilla c/ Compañía Azucarera Juan M. Terán*.

⁹² Fallo *Pérez c/ Disco*, Consid. 5° de la mayoría.

⁹³ Caso *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A.*, fallo del 7/12/2010, Consid. 4° del voto de la mayoría.

⁹⁴ Caso *Pérez c/ Disco*, Consid. 6° de la mayoría.

⁹⁵ Así, vgr, en el precedente *Álvarez Maximiliana c/ Cencosud S.A.*, del 7/12/2010.

como sustento de dichos derechos⁹⁶ al precepto -con jerarquía constitucional- que prescribe que los hombres “*deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”, conforme resulta de la Declaración Universal (art 1) y la Declaración Americana (Preámbulo, párrafo primero). El tribunal sostuvo al efecto que dicho precepto supone *el cumplido respeto y realización de los derechos humanos en las relaciones entre los particulares*⁹⁷. Esa misma obligación -cabe ser recordado- hubo de ser puntualizada también por la CIDH en su Opinión Consultiva 18/2003⁹⁸, que señaló que la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, además de existir en las relaciones entre los Estados y los particulares, *se da también en una proyección horizontal, ello es, que “también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales”* y que ello alcanza al “marco de la relación laboral privada, en la que *el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores*”⁹⁹.

g) Acerca del modo de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos según la Corte Nacional.

En sus abordajes sobre la temática de los derechos humanos, la Corte Suprema argentina hubo de establecer determinadas pautas acerca del *modo* en que deberían ser objeto de interpretación los instrumentos internacionales en la materia. En tal sentido, hubo de señalar que debería observarse el *principio de progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos* que dichos textos reconocen, como también el *principio pro homine*, connatural con dichos documentos, de manera que el intérprete debería *escoger, en el marco que la norma posibilite, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana*¹⁰⁰, y recordó que ya en otros precedentes anteriores¹⁰¹ había censurado toda exégesis restrictiva de los derechos sociales contraria a la jurisprudencia de dicho tribunal concordante con la doctrina universal e invocó en esa misma línea el “*principio de favorabilidad*”.

⁹⁶ En el caso *Pérez c/ Disco* de fecha 1/09/2009.

⁹⁷ Consid. 6° del voto de la mayoría.

⁹⁸ Opinión Consultiva 18/03 del 17/09/2003 solicitada por México, *Condición jurídica y derechos los migrantes indocumentados*

⁹⁹ Opinión Consultiva OC 18/03, cit.

¹⁰⁰ Causa *Madorrán*, Consid. 8°.

¹⁰¹ El caso *Berçaitz* del año 1974, y la sentencia publicada en Fallos 293:26, Consid. 4°.

En ocasiones la Corte ha recurrido también en su apoyo interpretativo a *las normas internacionales provenientes de la Organización Internacional del Trabajo*, tal como el Convenio 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, de jerarquía supralegal en nuestro país¹⁰², y que, según remarcará, se inscribiría en el cuadro de la ya citada Declaración de dicho organismo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, donde se expresara el compromiso de los miembros de la OIT, *aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, de respetar, promover y hacer realidad los principios atinentes a los derechos fundamentales objeto de dichos convenios*¹⁰³.

h) Interpretación dinámica de la Constitución Nacional.

A lo largo del tiempo distintos fallos del Alto Tribunal argentino evidenciaron una evolución o adaptación en su jurisprudencia en derredor de algunas materias¹⁰⁴, que reflejaría la forma en que las instituciones estarían respondiendo a los cambios que se fueran produciendo en la realidad. La propia Corte destacó desde hace tiempo¹⁰⁵, que *el control de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales*, sin que pueda oponerse a ello un concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de una manera diferente¹⁰⁶, y que, como principio de interpretación de la Constitución Nacional *no resultaría adecuada una exégesis estática de la misma y sus normas reglamentarias que estuviera restringida por las circunstancias de su sanción*, siendo que las normas constitucionales se encuentran destinadas a perdurar regulando la evolución de la vida nacional, a la cual han de acompañar¹⁰⁷.

Dicha exigencia de una interpretación “*dinámica*” de las normas constitucionales y el establecimiento de *nuevas pautas de examen* del texto fundamental en relación a la protección contra el despido arbitrario aparecen

¹⁰² Tal como en el caso *Álvarez c/ Cencosud* antes citado.

¹⁰³ Consid. 3° del voto de la mayoría.

¹⁰⁴ FERA, Mario, M., *El Derecho del trabajo en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As., 2020, t. II, p. 18.

¹⁰⁵ Caso *Merck de Argentina* (Fallos 211:62); *Nación Argentina c/ Prov. Bs As*, set 1963 (Fallos 256:588).

¹⁰⁶ CSJN, *S.A. Merck de Argentina*, Fallos 211:162.

¹⁰⁷ CSJN, Fallos 256:588.

reflejadas en pronunciamientos sobre dicha materia¹⁰⁸, así como así también en relación a otras cuestiones distintas¹⁰⁹.

i) La traducción de la protección frente al despido, una cuestión debatida.

i) 1. Pese a la pluralidad de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que fueran incorporados al ordenamiento argentino con igual jerarquía que la Constitución Nacional, y también otros con rango infraconstitucional pero supralegal, la determinación de cuál sería la posible y más apropiada traducción de la protección al derecho humano al trabajo no constituye una cuestión para nada pacífica en la actualidad, sino objeto de sensibles discrepancias. No se discute mayormente la calidad de derecho humano que reviste el derecho en análisis, sino la forma con que se corporizaría la protección, ello es, la *intensidad* de la tutela respecto de los trabajadores vinculados por una relación de empleo privado.

i) 2. Un sector de opinión sostiene al efecto que la materialización de la tutela del citado derecho que mandan instrumentar la Ley Fundamental y los instrumentos internacionales, debería traducirse en la aplicación del principio de la *restitutio in integrum* o de reparación *in natura* que contemplarían los Tratados incorporados. Otro importante sector disiente, empero, con la citada postulación, considerando que dichos trabajadores sólo gozarían de una estabilidad de tipo *impropia*¹¹⁰, dado que la Constitución no aseguraría una protección de mayor entidad como sí haría con los trabajadores del sector público. Evocan sus seguidores lo sostenido en el aspecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto a los afectados por violaciones al derecho del trabajo, donde indicara que los mismos tienen *derecho a una reparación adecuada*, y que la misma, según lo prescripto por el Protocolo de San Salvador, art. 7.d, “*puede*” adoptar (ello es, *no necesariamente*) la forma de *restitución*.

¹⁰⁸ Caso *Alvarez c/ CENCOSUD*.

¹⁰⁹ Tal como, vgr. en relación a las responsabilidades familiares (CSJN, *Puig, Fernando R. c/. Minera Santa Cruz S. A.*; Fallos 343:1037).

¹¹⁰ O “*relativa impropia*” según la clasificación de DE LA FUENTE (*Estabilidad en el empleo*, en VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, “Tratado de Derecho del Trabajo, Bs. As., 1^a. ed, 1982, t. 3, p. 570) y demás autores (VÁZQUEZ VIALARD, A., *Derecho del trabajo y seguridad social*, Bs. As., 1^a. ed., reimp., p. 225 y ss.).

Sostienen también que dicha pauta surgiría también de la Observación General N° 18 del citado Comité, como también de la Observación General N° 16 sobre “La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales” del año 2005¹¹¹.

i) 3. La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, se ha encolumnado en similar tesitura puntualizando que el PIDESC, luego de establecer que los Estados Partes “reconocen el derecho a trabajar” (art. 6.1), prescribe *una serie de alternativas* posibles de reparación para el caso de privación injusta del trabajo (puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición), y no una sola posibilidad, y que de ello se seguiría que el Pacto *no expresaría preferencia alguna* hacia una de esas formas de reparación en particular¹¹². Refieren asimismo que, según el propio Comité en su Observación Gral. 18, para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en dicho instrumento “cada Estado Parte *tiene un margen en el que puede ejercer su criterio* para decidir qué medidas son más convenientes para hacer frente a esas circunstancias específicas”¹¹³.

Dijo también que, según su entender, la traducción de la protección contra el despido, consistente en el pago de una indemnización dineraria, no resultaría contraria a la Ley Fundamental ni las pautas establecidas en la materia por los Tratados internacionales incorporados al ordenamiento patrio¹¹⁴, y que -según su apreciación- no existiría documento internacional alguno con vigencia en el Derecho positivo argentino que autorice a aplicar un régimen de estabilidad absoluta respecto de los trabajadores dependientes privados regidos por el derecho laboral. Señaló asimismo en tal sentido, que el Protocolo de San Salvador acuerda al efecto al empleador una serie de *opciones o alternativas* posibles, pudiendo consistir en la reinstalación (en los casos de despido

¹¹¹ CSJN, voto de la minoría, Consid. 17, del fallo *Álvarez c/ Cencosud*.

¹¹² SCBA, fallo *Romero, Silvia G. c/ L Y H S.A.* del 9/03/2021, Consid. II.3, voto Dr Genoud.

¹¹³ Observación General 18, Comité de Derechos Económicos y Sociales, *El derecho al trabajo* (parágrafos 4, 6, 48 y 37).

¹¹⁴ SCBA, sent. del 9/03/2021, caso *Romero, Silvia Graciela c/ L Y H S.A.*, causa L. 122-152, voto Dr Pettigiani al que adhirieran los restantes ministros.

discriminatorio o sindical), un resarcimiento económico, conforme al mecanismo de la ley general de empleo privado¹¹⁵, o una prestación diversa (tal como el subsidio por desempleo, regulado por la LNE)¹¹⁶.

Por último, y en relación a la posibilidad de aplicación de las pautas contempladas por el Convenio 158 de la OIT, memoró que el mismo no ha sido aún ratificado por nuestro país, amén de que no se encontraría incluido en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo establecidos por la citada Organización.

j) Posición de la Corte Nacional acerca de la protección contra el despido establecida en la ley.

El Alto Tribunal ha seguido a través del tiempo un rumbo no siempre lineal sobre el tema, y al presente la posición sobre el mismo luciría *desconcertante*, a nuestro entender, a la luz de las pautas y directrices que emergerían del *corpus iuris* de los derechos humanos en la materia, y muy pese a los reiterados ocurrimientos e invocaciones de los instrumentos internacionales a los que el tribunal se adentrara con singular despliegue en diversas ocasiones. Esto es, que pese a la doctrina establecida en sus distintos fallos señeros en torno a la aplicación en nuestro Derecho interno y con la jerarquía superior pertinente, de las normas, pautas y doctrinas propias del Derecho Internacional de Derechos Humanos así como del Derecho Internacional del Trabajo, y pese también a la profusión de invocaciones formuladas en torno a la tutela del derecho humano al trabajo que se derivaría de los distintos instrumentos internacionales incorporados, la posición del Máximo Tribunal en el tema específico se mostraría aún a la fecha en un curso desorientador.

j) 1. En alguna época¹¹⁷ la Corte convalidó el mecanismo de estabilidad *propia* establecido por un régimen especial de trabajadores del sector privado (los trabajadores bancarios y de seguros), sosteniendo al efecto que el espíritu

¹¹⁵ Artículo 245 de la Ley de Contrato de trabajo

¹¹⁶ Considerando III. 2.d, del caso *Romero*, voto del Dr Pettigiani al que adhirieran los restantes miembros.

¹¹⁷ Autos *Rodsevich, Estanislao c/ Banco Polaco Polska Kasa Opieki*, sent. del 10/11/1949, Fallos 215:191.

plasmado en la ley respectiva¹¹⁸ había sido que los empleados “*tienen derecho a la estabilidad*” por lo que no podían ser separados de sus cargos sino por las causas graves allí taxativamente contempladas. Años después, volvió a considerar ajustada a la Constitución dicha tutela del régimen especial, señalando al efecto que dicho mecanismo importaba “una de las formas posibles de efectivizar la garantía legal de la estabilidad, cuyo acierto o conveniencia no es susceptible de contralor judicial”¹¹⁹.

j) 2. No obstante, con posterioridad habría de modificar radicalmente dicho criterio al descalificar como contrario a la Constitución un régimen de similar tenor, señalando que el mismo *afectaba la libertad constitucional de contratar del empleador*¹²⁰, y del mismo modo lo hizo en otros precedentes ulteriores sosteniendo que “la protección contra el despido arbitrario... (art 14 bis, C.N.) típica de la contratación laboral privada... *se resuelve en el pago de una indemnización*”¹²¹, como también que correspondía al legislador, en cumplimiento del deber constitucional de asegurar la protección del trabajador contra el despido arbitrario, establecer las bases jurídicas que reglamentan las relaciones del trabajo y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato laboral, y que los jueces no se encontrarían facultados para decidir sobre el mérito o conveniencia de la legislación sobre la materia¹²². Dijo también, en relación a la forma de cálculo de la indemnización por despido injusto, que ello se encuentra comprendido en el ejercicio de facultades conferidas al Poder Ejecutivo para determinar la política económica y social, a las que corresponde reconocer una razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general¹²³, siempre que la cuantía de la reparación que se reconozca cumpla con el requisito de su *razonabilidad*¹²⁴, ello es, que no grave el patrimonio del empresario de

¹¹⁸ La ley 12637.

¹¹⁹ CSJN, 27/12/1965, *Flores, Elvio c/La Inmobiliaria Cía. Argentina de Seguros Generales*, Fallos 263:545.

¹²⁰ CSJN, 23/02/1969, *De Luca, José E. y otro c/ Banco Francés del Río de la Plata*, Fallos 273:87; asimismo, Fallos 281:223; 302:321; 302:1489; 304:335; 306:1208.

¹²¹ CSJN, 12/05/1998, *Báez, Mirta B. c/ Obra Social U.N.R.*; id. 31/03/1999, *Donatti, Luis A. c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires*, Fallos 322:600.

¹²² CSJN, Fallos 238:60 y sus citas; Íd, 10/12/1997, *Villareal, Adolfo c/ Roemmers*.

¹²³ CSJN, Fallos 306:1984, Consid. 6°.

¹²⁴ CSJN, caso *Mata* cit, íd. Fallos 302:654 y 304:543.

manera expoliatoria o exorbitante¹²⁵, y al propio tiempo que no signifique una desnaturalización del derecho que se pretende asegurar o que el importe sea establecido en forma absurda o arbitraria¹²⁶.

j) 3. Más acá en el tiempo, algunos fallos recientes del tribunal parecerían conducir a similar situación de incertidumbre respecto de la interpretación y aplicación en nuestro ordenamiento de las pautas y directrices que fluirían de los instrumentos de derechos humanos laborales en el tema. En ese sentido, la Corte sostuvo que *no se encontraría vedado en nuestro ordenamiento el despido sin causa*¹²⁷, y así también *que podría afectarse la libertad de contratar en caso de forzarse el reingreso de un trabajador despedido*¹²⁸. Dichas afirmaciones no permitirían apreciar una modificación o nítida “evolución” en la jurisprudencia de la Corte sobre el tema, una *interpretación dinámica* de las normas constitucionales en su conjunto, en su integración con los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos laborales y que recoja sus elaboraciones, particularmente respecto del derecho al trabajo, como como tantas veces pregonara el propio tribunal que debería realizarse, ni una determinación aún definida y clara a ese respecto.

k) Nuestra apreciación sobre el tema.

k) 1. En el presente estado de situación, creemos que todo análisis que pudiera hacerse sobre el tema no podría soslayar la profunda evolución operada en el Derecho constitucional de nuestro país, el cual contiene, particularmente a partir de la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos, toda una serie de principios y directivas que han significado una sensible transformación en el abordaje y tratamiento de las cuestiones relativas a los derechos y obligaciones contemplados por dichos instrumentos.

En dicho espectro, la existencia misma de un sistema de reparación tarifada, como toda traducción protectoria del derecho humano *al trabajo*,

¹²⁵ CSJN, caso *Mata* cit.

¹²⁶ CSJN, Fallos 306:1964.

¹²⁷ Caso *Varela c/ Disco SA*, del 4/09/2018, Fallos 341:1106, Consid. 9°

¹²⁸ Así, en el caso *Laurenzo, Juan M. c/ Unión Platense SRL*, sent. del 4/06/2020 (aunque, en este último caso, con base a una posible anticipación de la decisión de fondo en el marco de una pretensión cautelar).

podrían en la actualidad ser materia de una valoración opinable o adversa a la luz de los instrumentos internacionales citados. Creemos en tal sentido, que de la doctrina de los propios fallos del Alto Tribunal en la materia fluiría la respuesta en torno a la relación de constitucionalidad que cabría al referido sistema de tutela corporizado en el ordenamiento laboral general argentino.

En efecto, dicha forma de protección parecería haber quedado “desacomodada”, por “des-actual”, habida cuenta la profunda evolución operada en el ordenamiento nacional e internacional en relación a la tutela conferida al derecho en cuestión, y que no habría acompañado el cambio cualitativo, el “redimensionamiento” operado en el Derecho internacional del Trabajo. La condición misma de derecho humano al que la normativa internacional manda proteger, vale recordar, importa la exigencia de realizar por parte del Estado acciones positivas dirigidas a evitar su afectación o desnaturalización, y ello no parecería haberse cumplimentado en la especie.

A la luz del *corpus iuris* de los derechos humanos, las facultades atinentes a las vinculaciones individuales nunca dejarían de estar naturalmente limitadas por el respeto a la dignidad del trabajador. El precepto de jerarquía constitucional atinente al deber de *comportamiento fraterno* entre las personas¹²⁹ supondría, al menos, y según la Corte Interamericana, el debido respeto y realización de los derechos humanos en las vinculaciones laborales, desde que proyecta también sus efectos en las relaciones interindividuales¹³⁰.

La doctrina establecida por la Corte nacional, como asimismo la CIDH y demás organismos internacionales en relación a la aplicación de los *principios fundamentales* de los derechos humanos para el Derecho del trabajo, constituirían elementos sustantivos de los que no podría prescindir cualquier evaluación que pudiera hacerse en la materia.

k) 2. Es cierto, como se sostiene por la doctrina discrepante, que el dispositivo del art. 6.1 del PIDESC, así como el art. 7 del Protocolo Adicional a

¹²⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1°; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo, párrafo primero).

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, OC, 18/03 del 17/09/2003, *Condición jurídica de los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (párrafos 146 y 151).

la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹³¹, no establecerían una única y exclusiva fórmula como vehículo de la traducción protectoria, ni tampoco una prioridad, sino que acuerdan en todo caso cierto margen a los Estados para identificar, de acuerdo con las circunstancias de las industrias y de las profesiones, cuál han de estimar el mecanismo más apropiado para ello.

Pero no menos cierto parecería también resultar, al propio tiempo, que las normas de los textos internacionales, y las apreciaciones que han formulado a su respecto los organismos internacionales respectivos, aportan así también líneas directrices y contenidos valorativos de los que no cabría tampoco prescindir en las cuestiones que versan sobre los citados derechos. Los pronunciamientos de dichos organismos adviértense así también incluidos¹³² como “*prácticas de las organizaciones internacionales*”¹³³ que contribuyen al marco de las costumbres internacionales, como igualmente al desarrollo de los principios generales de dicho escenario.

La propia Corte Suprema nacional, en ocasión de considerar la protección del derecho a trabajar reconocido por el citado art. 6.1 del PIDESC, puntualizó, según se viera, que, si bien ello “no impone la reinstalación, tampoco la descarta”¹³⁴.

En dicho escenario, las directrices relativas a los principios **pro homine**, el de **favorabilidad** y el de **progresividad** que reconocen los textos internacionales y rigen en materia de derechos humanos en general -a los que recurriera reiteradamente la propia Corte-, así como su fundamento último, la **dignidad** de la persona, parecerían constituir guías esenciales para el abordaje a la hora de analizar dicha cuestión. Y, a luz de dichas pautas y premisas, cabría buenamente indagarse entonces si la modalidad de protección del régimen privado laboral (indemnización económica por despido injusto) contenido aún en

¹³¹ Artículo 7, inciso d), Protocolo de San Salvador.

¹³² SALAS, Graciela, *Fuentes del derecho internacional*, RDU, UNCba., p. 1, GONZÁLEZ CAMPOS, Julio y otros, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid, 2003, p. 127 y ss; Díez DE VELAZCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional*. Madrid, 2018, p. 113.

¹³³ SALAS, G., op. cit. p. 6.

¹³⁴ CSJN, fallo *Madorrán*.

la actualidad en la legislación argentina, configuraría o no “*el resultado que protege en mayor medida a la persona humana*”¹³⁵. O también, si esa forma de traducción protectoria no podría ser estimada como una inteligencia *restrictiva* de los derechos humanos contraria a la doctrina universal del “principio de favorabilidad”.

Por otra parte, si como el propio Alto Tribunal sostuviera, el *objetivo primario* de las reparaciones en materia de derechos humanos sería la rectificación o *restitución en lugar de la compensación*, pues sólo ello repondría precisamente lo que ha sido sacado o quitado¹³⁶, parecería entonces resultar en lo menos opinable, desde la perspectiva de los derechos humanos laborales, toda eventual concepción legislativa que pudiera significar una convalidación implícita de mecanismos que no guardaren singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, alejándose del objetivo primario de las reparaciones en la materia.

Asimismo, si como también el mismo tribunal señalara, el fundamento definitivo de los derechos humanos lo constituiría la *dignidad de la persona*¹³⁷ y, como también ha puntualizado¹³⁸, dignidad y trabajo se relacionan en términos naturalmente entrañables, conforme resultaría del art. 14 bis de la Constitución y el PIDESC en su art. 7.a.ii, así como la Declaración Americana y Universal de 1948, e igualmente la Declaración de los Fines y Objetivos de la OIT de 1944 (que prescribiera que todos “tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica..”), pues entonces ello implicaría que pesa sobre el Estado una obligación fundamental mínima de preservar adecuadamente ese derecho al trabajo y a su mantenimiento en su debida intensidad.

La *dignidad del trabajo*, bien ha destacado RODRÍGUEZ MANCINI, se deriva de quien lo ejecuta, porque quien lo ejecuta es una persona, de modo que las fuentes de la dignidad del trabajo deben buscarse entonces, no en su

¹³⁵ Como el propio Tribunal sostuviera in re: *Cardozo*, Fallos 329:2265, 2272/2273; íd. *Madorrán*, p. 2004.

¹³⁶ Fallo en el caso *Álvarez c/ Cencosud*, Consid. 8° de la mayoría.

¹³⁷ CSJN; fallo *Álvarez c/ Cencosud*, Consid.5° del voto de la mayoría.

¹³⁸ Entre otros, en el citado caso *Álvarez c/ Cencosud*.

dimensión *objetiva*, sino en su dimensión *subjetiva*¹³⁹. E, innecesario parece decirlo, la dignidad de la persona que trabaja, centro sobre el cual giran los derechos fundamentales, no depende del carácter que pudiera investir la específica relación de empleo de que se trate, ni de la clase de trabajo que realice, sino de la *condición esencial que ostenta la persona humana*, cualquiera sea el ámbito donde se desempeñe (público o privado) y cualquiera sea la vinculación en virtud de la cual lo haga. Ello mismo parecería fluir de algún reciente pronunciamiento del propio tribunal, en cuanto, compartiendo el dictamen la Procuración Fiscal, hubo de señalar que las normas atinentes al trabajo deben ser interpretadas de conformidad con los principios que rigen en materia laboral, entre los cuales se destaca el principio protectorio surgente del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que establece que “el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes”, lo que incluye al que se desarrolla tanto en el ámbito privado como en el público¹⁴⁰.

k) 3. En cuanto a los demás argumentos sostenidos por el sector de opinión discrepante, cabría reconocer que es cierto también que el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo no ha sido ratificado por nuestro país y que técnicamente no formaría parte del ordenamiento positivo doméstico, en cuanto tal. Pero no menos cierto es también, al propio tiempo, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado en su Observación General N° 18, que los alcances del derecho al trabajo *son determinables a la luz del instrumento convencional citado*, al menos en cuanto “impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente”¹⁴¹.

Y por lo demás, el ya citado Convenio 111 de la OIT sobre discriminación en el empleo y ocupación, y que sí fuera ratificado por Argentina, y con jerarquía

¹³⁹ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, op. cit., en remisión a la Encíclica de Juan Pablo II, *Laborem excercens*, n° 26.

¹⁴⁰ CSJN, caso *Oviedo, Adolfo Catalino c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado y otros*, sentencia del 4/07/2023 (haciendo suyo el dictamen de la PGN del 13/10/2020, que reiteraba, a su vez, otro anterior del 14/08/2019 en la causa *Escalona, Martín Reynaldo y otro c. Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios (RENATEA)*, y sus citas).

¹⁴¹ Observación general N° 18, párr. 11.

supralegal, se inscribiría en el cuadro de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, ya mencionada, la cual expresó que todos los miembros de dicho organismo, *aun cuando no hubiese ratificado los convenios respectivos*, “tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios”.

Y de igual manera, cabría recordar que la Comisión de Expertos de la OIT en su informe sobre Protección contra el despido injustificado de 1995, puntualizó que el referido Convenio, si bien prevé otras vías de reparación, *da preferencia* a la anulación de la terminación y a la readmisión como medios de reparación de la terminación injustificada¹⁴²-.

k) 4. Pensamos, para concluir, que si como la propia Corte nacional ha destacado, en el ámbito del Derecho del Trabajo debe buscarse siempre una interpretación valiosa de lo que las normas han querido mandar, y que, aun en caso de duda, debería prevalecer el criterio que sea favorable al trabajador¹⁴³, no parecería, en dicho cuadro y en la inteligencia que fluiría de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento, existir demasiado espacio para otra inteligencia que no fuera estar a la exégesis que más se avenga con la mayor protección del derecho humano en cuestión. En otros términos, a la estabilidad en el empleo en su mayor expresión.

La unidad que los instrumentos internacionales citados conforman con la Ley Fundamental argentina, y las pautas de hermenéutica establecidas por el propio Alto Tribunal a su respecto (que en más de un aspecto trascenderían claramente a nuestro entender el marco de los específicos casos en que se dieran, para alcanzar también al empleo privado), parecerían, a su luz, y en una visión actualizada o *dinámica* de la Constitución conjuntamente con los tratados

¹⁴² Conf. OIT, *Protección contra el despido injustificado*, Informe de la Comisión de Expertos, Conferencia Internacional del Trabajo, 82^a. Reunión, 1995, p. 91, párrafo 219.

¹⁴³ CSJN, Fallos 310:558, *Padín Capella*, Consid, 5^o; *id.* sentencia caso *Oviedo Alfonso C. c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado*, del 4/07/2023.

que integran el bloque de constitucionalidad, sugerir fuertemente una presunción de contrariedad constitucional del criterio aún mantenido por la legislación nacional como toda traducción de la protección del derecho humano en cuestión.

El propio texto de los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento y su inteligencia, así como los propios fallos del Tribunal Supremo, conducirían -a nuestro entender- a la conclusión de actual disconformidad constitucional y convencional del esquema legal de tutela aún vigente.

Bibliografía

- BORRAJO DACRUZ, E. (1978). *Introducción al Derecho español del Trabajo*, Madrid.
- BULYGIN, E. (1992). *On norms of Competence*, Law and Philosophy, vol. 11.
- CAMPS RUIZ, L. M. (1976). *Los principios de la norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del Derecho Español del Trabajo*, Madrid, ET.
- CANESSA MONTEJO, M. (2009). *Los derechos humanos laborales en el Derecho internacional*, PUCP, Rev. de la Facultad de Derecho, N° 63.
- CANESSA MONTEJO, M. (2015). *La protección iberoamericana de los derechos humanos laborales*, PUCP, Anuarios de Investigación del CICAJ.
- CANESSA MONTEJO, M. (2022). *La redefinición del derecho del trabajo desde los derechos humanos*, en AAVV, ARESE, C. (Dir.), “Desafíos actuales en derechos humanos laborales”, Córdoba.
- CAPALDI, A. y otros (2023). En AAVV, *Un horizonte de trabajo diferente*.
- CARINCI, F. (2015). *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, Argomenti di Diritto del Lavoro.
- CONDE-RUIZ, J. I., FELGUEROSO, F. y GARCÍA PÉREZ, J. I. (2011). *Reforma laboral 2010: una primera evaluación y propuestas de mejora*, Rev. de Economía Aplicada, Núm. 57.
- CONFALONIERI, J. A. (2018). *Primeras reflexiones sobre el fondo de cese laboral sectorial previsto en el Proyecto Laboral de 2018*, TySS.
- DEVEALI, M. L. (1941). *Naturaleza de la indemnización por despido*, pub. en DT.
- DÍEZ DE VELAZCO, M. (2018). *Instituciones de Derecho Internacional*. Madrid.
- FERA, M. (2020). *El Derecho del trabajo en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. y otros (2003). *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid.
- GONZÁLEZ VICÉN, F. (1979). *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en “Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.

- HART, H. L. A. (1968). *El concepto del derecho*, trad. G. CARRIO, Bs. As.
- ICHINO, P. (1996). *Il Lavoro e il mercato*, Milán
- LINARES, J. F. (1971). *La competencia y los postulados de la permisión*, RADA, N° 2, Bs. As.
- LÓPEZ RUIZ, F. (1994). *Sistema jurídico y criterios de producción normativa*, Revista Española de Derecho Constitucional, año 14, Núm. 40, Enero-Abril.
- OIT (1995). *Protección contra el despido injustificado*, Informe de la Comisión de Expertos, Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª. Reunión.
- OIT (2012). *Un breve perfil. Empresas sostenibles*.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (2004). *La norma más favorable: su determinación*, Derecho, Pontificia Universidad Católica de Perú.
- PENSABENE LIONTI, G. (2015). *El artículo 18 del Estatuto de los trabajadores italiano a la luz de las últimas reformas laborales*, Traducción española, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, Univ. de Valencia.
- PEÑA FREIRE, A. M. (1999). *Validez y vigencia de las normas jurídicas: algunas precisiones conceptuales*, Anuario de Filosofía del Derecho, España.
- PERULLI, A. (2015). *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, en FIORILLO, L., y PERULLI, A, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino.
- RODANO, G. (2015). *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs act.*
- SALA FRANCO, T. (2001). *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios, Núm. 39.
- SPEZIALE, V. (2015). *La nueva regulación en Italia del contrato indefinido de “tutela creciente”, entre el derecho, economicismo y los imperativos constitucionales*, traducción española, Temas laborales, núm. 131/2015, Rev. Andaluza de trabajo y bienestar social.
- TARELLO, G. (1988). *Cultura giuridica e politica del Diritto*, Bolonia.
- WRÓBLEWSKI, J. (1991). *Validità e struttura del sistema giuridico. Metatoria e Teoria Pura del Diritto*, en GIANFORMAGGIO, L. (comp.), “Sistemi normativi statici i dinamici, análisis di una tipologia kelseniana”, Torino.

**EL CONTRATO A HONORARIO EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA CHILENA. LA SUBORDINACIÓN LABORAL COMO
SOLUCIÓN PARA UNA PROTECCIÓN JURÍDICA EFECTIVA**

**THE FEE CONTRACT IN THE CHILEAN PUBLIC
ADMINISTRATION. LABOR SUBORDINATION AS A SOLUTION
FOR EFFECTIVE LEGAL PROTECTION**

Reynaldo LAM PEÑA

*Doctorando en Derecho, Universidad Diego Portales (Chile) y Master en Derecho
Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana (Cuba). Becario ANID 2022.*

reynaldolam21@gmail.com

Fecha de envío: 03/03/2024

Fecha de aceptación: 05/03/2024

EL CONTRATO A HONORARIO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CHILENA. LA SUBORDINACIÓN LABORAL COMO SOLUCIÓN PARA UNA PROTECCIÓN JURÍDICA EFECTIVA

Reynaldo LAM PEÑA

Universidad Diego Portales (Chile)

Resumen: Las personas contratadas bajo la modalidad de honorarios son una figura jurídica atípica del ordenamiento jurídico chileno. Su configuración puede entenderse como aquella que “navega entre las aguas” del Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo. Sobre el tema existe un amplio desarrollo jurisprudencial que reconoce la naturaleza laboral de la misma a partir de la técnica del haz de indicios que acrediten una relación de subordinación laboral. Sin embargo, la doctrina nacional no es tan amplia al respecto. Debido a ello el presente ensayo se plantea explicar los criterios teóricos que se utilizan para acreditar la presencia de una relación de trabajo subordinada. Para ello, el presente artículo se divide en dos partes. En la primera, propone una sistematización del marco normativo de la figura y las posiciones teóricas que analizan la naturaleza del vínculo, tomando partido por la tendencia laboralista que manifiesta la existencia de elementos de subordinación y dependencia frente a desviaciones en la forma de ejecutar las labores. En un segundo momento, y sobre la base de la corriente que se apoya, se analiza el contenido de la subordinación laboral para comprender la base teórica sobre la cual la reciente jurisprudencia chilena interpreta estos indicios de dependencia. Estos objetivos propuestos nos permitirán llegar a la conclusión fundamental de que los criterios teóricos que se utilizan para acreditar la presencia de una relación de trabajo subordinada en el personal honorario de la Administración Pública es el exceso de las facultades de dirección sobre las labores de este personal, la pertenencia al grupo organizado del ente público cumpliendo estándares de conducta

impuestos unilateralmente y el control a la forma y resultados de trabajo de estos sujetos.

Palabras clave: Personal a honorarios - Subordinación - Relación jurídica de trabajo

Sumario: 1. Ideas iniciales. 2. El personal a honorarios en el ordenamiento jurídico chileno. 3. El debate chileno sobre la naturaleza del vínculo jurídico entre el personal a honorario y la Administración Pública. 4. Los presupuestos de subordinación laboral en la prestación de trabajo del personal contratado a honorarios. 5. Conclusiones.

Abstract: People hired on a fee basis are an atypical legal figure in the Chilean legal system. Its configuration can be understood as one that “navigates between the waters” of Administrative Law and Labor Law. There is extensive jurisprudential development on the subject that recognizes its labor nature based on the technique of the bundle of evidence that proves a relationship of labor subordination. However, the national doctrine is not so broad in this regard. Due to this, this essay aims to explain the theoretical criteria used to prove the presence of a subordinate employment relationship. To this end, this article is divided into two parts. In the first, it proposes a systematization of the normative framework of the figure and the theoretical positions that analyze the nature of the link, taking sides with the labor trend that manifests the existence of elements of subordination and dependence in the face of deviations in the way of executing tasks. In a second moment, and based on the current supported, the content of labor subordination is analyzed to understand the theoretical basis on which recent Chilean jurisprudence interprets these indications of dependency. These proposed objectives will allow us to reach the fundamental conclusion that the theoretical criteria used to prove the presence of a subordinate employment relationship in the honorary staff of the Public Administration is the excess of management powers over the work of this staff. , membership in the organized

group of the public entity, complying with unilaterally imposed standards of conduct and control over the form and work results of these subjects.

Keywords: Fee-based personnel - Subordination - Legal employment relationship

Summary: 1. Initial ideas. 2. Fee-based personnel in the Chilean legal system. 3. The Chilean debate on the nature of the legal link between honorary personnel and the Public Administration. 4. The budgets for labor subordination in the provision of work by personnel hired on a fee basis. 5. Conclusions.

1. Ideas iniciales

El Derecho del Trabajo desde sus orígenes como ciencia jurídica se enmarcó en la protección de los derechos de los trabajadores frente a sus empleadores. Este resguardo se basa en la existencia de una relación de poder entre ambos sujetos sustentada en la superioridad del empleador como titular de una actividad empresarial. Los trabajadores se incorporan a la organización empresarial del empleador para desempeñar funciones productivas bajo las normas y parámetros impuestos por este. Prestan servicios personales, poniendo a disposición su persona y su trabajo. Ceden parte de su libertad¹ a las exigencias y obligaciones laborales del empleador.

Así, el reconocimiento de una relación de poder y la necesidad de crear mecanismos para salvaguardar la libertad de los trabajadores como seres humanos a partir de la dinámica de poder inherente a las relaciones laborales configuran un régimen jurídico protector². Este fundamento axiológico ha estado vigente durante toda la evolución del Derecho del Trabajo. Sin embargo, con base en dicha premisa el sujeto al cual protegen las normas laborales ha ido ampliando sus contornos. La doctrina iuslaboralista ha construido una cláusula de entrada a la protección jurídica que se sostiene en el reconocimiento del principio de primacía de la realidad³. Según este, todas las formas de trabajo humano donde se identifiquen los elementos de subordinación, ajenidad y remuneración (Pérez, 1962. p. 25) se consideran de naturaleza laboral con las

¹ Ugarte entiende que la finalidad del Derecho del Trabajo se sustenta en la búsqueda de la libertad del trabajador, entendida como espacio de no dominación del obrero dentro de la relación laboral y frente al ejercicio de los poderes del empleador. Para ello cuenta con dos modelos de tutela: la tutela legal que ofrecen las normas laborales y la tutela colectiva que se logra a partir de los derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Según UGARTE “La finalidad central del Derecho del Trabajo es la interdicción de la arbitrariedad del poder empresarial en las relaciones laborales. Fin necesario para asegurar un espacio de libertad exento de dominación. (Ugarte, 2014, p. 79)

² “Partiendo del reconocimiento de que la relación social que el Derecho del Trabajo pretende regular jurídicamente traduce una marcada desigualdad socio-económica de carácter estructural entre el empleador dueño de los medios de producción y el trabajador aportante de la fuerza de trabajo, el principio protectorio procura atenuarla, introduciendo desigualdades jurídicas compensatorias en favor del trabajador.” (Orsini, 2010. p. 499)

³ Plá define el principio de primacía de la realidad como: (...) en caso de contradicción entre lo que se establece en la práctica y los hechos y lo que ocurre en documentos e instrumentos jurídicos debe dársele preferencia a lo que ocurre en la realidad. (Plá, 2015. p. 271-271)

consecuencias y garantías jurídicas que el ordenamiento establece. A partir del primero de estos criterios, la doctrina y la jurisprudencia, han fundamentado la cobertura jurídica a nuevas manifestaciones de trabajo. Para ello, detectan indicios⁴ fácticos que demuestren la existencia de una relación subordinada entre dos sujetos donde uno ejerza facultades de dirección, control y disciplina y, el otro, tiene el deber de obedecer durante el desempeño de las labores encomendadas.

Desde esta perspectiva, el Derecho del Trabajo ha configurado regímenes jurídicos especiales para los trabajadores que se desempeñan en labores específicas. Una de estas labores ha sido la de los trabajadores públicos, donde se pueden analizar tres supuestos de cobertura jurídica. La primera es otorgarles la titularidad de determinados derechos laborales como pueden ser la libertad de sindicación, la negociación colectiva, la desconexión digital, entre otros. La segunda, ha sido reconocer la naturaleza laboral del vínculo jurídico para algunos agentes públicos. En tercer lugar, se ha otorgado la facultad al aparato administrativo para contratar personas naturales bajo el régimen laboral del Código de Trabajo. Dichos ejemplos han generado polémica doctrinal dentro de un fenómeno denominado laboralización de la función pública⁵.

Colocando este debate en Chile, pueden encontrarse ejemplos donde las normas laborales han ido permeando el estatuto funcionarial vigente. Uno de ellos, ha sido el reconocimiento, a través de la propia norma jurídica, de determinados derechos laborales al personal de la Administración Pública⁶. Sin

⁴ La referencia a la detección de indicios se conoce en la doctrina como “técnica del haz de indicios”. Para Supiot “la técnica del haz de indicios otorga al juez una amplia discrecionalidad en el sentido de que podrá desplazar las fronteras a veces estrechas del trabajo subordinado en función de la evaluación que haga de los indicios y de la idea que tenga de la necesidad de protección que el trabajador, en el caso concreto, necesita. Por tanto, mediante el uso de la técnica de la que hablamos se puede extender el dominio fáctico de la subordinación, tanto como estrecharlo”. (Supiot, 2004, pp. 144-145)

⁵ La laboralización es el resultado de la mezcla entre los regímenes de función pública y los regímenes laborales, ámbitos según Parada cambiantes provocando que aquello que puede diferenciar a uno de otro mañana no sea un criterio diferenciador.⁵ Es el resultado de una permeabilidad de las normas estatutarias por las normas laborales a partir del reconocimiento del trabajo humano tanto en el sector privado como público. (Parada, 2000. p. 372)

⁶ Tal es el caso de las normas sobre la protección de la maternidad (artículo 194, Código de Trabajo), el acoso laboral (reconocido por la Ley 20607/2012) o la tutela de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos (reconocido por la Ley 21280/2020).

embargo, uno de los mayores focos de atención lo acapara una figura particular del ordenamiento chileno: el personal contratado a honorario. El contrato a honorario es una posibilidad que establece el Estatuto Administrativo del Empleado Público -Ley 18834- mediante la cual pueden contratarse personas para determinadas actividades según los requisitos que establece la ley por medio de un contrato de prestación de servicios sin ser considerados funcionarios públicos.

Sobre esta figura la Corte Suprema ha dado, en los últimos años, un giro copernicano sobre la naturaleza del vínculo entre el personal honorario y la Administración Pública. Múltiples recursos de unificación de jurisprudencia⁷ reconocen la existencia de los elementos de subordinación y dependencia debido a la forma en que se ejecutan las funciones, atribuyéndoles protección jurídica por el ordenamiento laboral. Se identifica un exceso en las facultades de mando y control sobre estos trabajadores lo cual genera un estado de precarización laboral⁸. Además, existe un débil resguardo de sus derechos en circunstancias como la modificación de sus condiciones laborales, la terminación del vínculo jurídico y la tutela judicial de sus derechos.

Por ende, a partir de identificar la débil protección jurídica de los derechos del personal honorario frente a la Administración Pública este ensayo se plantea explicar los criterios teóricos que se utilizan para acreditar la presencia de una relación de trabajo subordinada⁹. Para ello, el presente artículo se divide en dos

⁷ Ejemplos de sentencias judiciales nacionales pueden leerse en el resto del artículo, ya que se utilizan indistintamente para sustentar los argumentos que se proponen.

⁸ Este fundamento es uno de los relevantes para una parte de la jurisprudencia judicial, la cual concluye la existencia de empleos precarios para los trabajadores a honorarios porque se identifica un exceso en las facultades de dirección y mando ya que, se contratan a estos trabajadores para labores que exceden el calificativo de accidentales y además se incumplen con obligaciones previsionales. Vid: VERGARA BLANCO, Alejandro. "Precariedad del empleo público a honorarios.(parte III) Actualidad jurisprudencial en la Corte Suprema y en la Contraloría". Disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/30753-profesor-alejandro-vergara-precariadad-del-empleo-publico-a-honorarios-parte-iii-actualidad-jurisprudencial-en-la-corte-suprema-y-en-la-contraloria>

⁹ Este objetivo se sostiene además en que en la muestra se sentencias judiciales de recursos de unificación de jurisprudencia valorados en el presente ensayo, los jueces esgrimen los mismos argumentos sin analizar la trascendencia de los indicios que detectan para el funcionamiento de los servicios personales de trabajo que presta el personal a honorarios para la Administración Pública. Las sentencias consultadas pueden consultarse en las referencias bibliográficas del ensayo.

partes. En la primera, propone una sistematización del marco normativo de la figura y las posiciones teóricas que analizan la naturaleza del vínculo, tomando partido por la tendencia laboralista que manifiesta la existencia de elementos de subordinación y dependencia frente a desviaciones en la forma de ejecutar las labores. En un segundo momento, y sobre la base de la corriente que se apoya, se analiza el contenido de la subordinación laboral para comprender la base teórica sobre la cual la reciente jurisprudencia chilena interpreta estos indicios de dependencia. Estos objetivos propuestos nos permitirán llegar a la conclusión fundamental de que los criterios teóricos que se utilizan para acreditar la presencia de una relación de trabajo subordinada en el personal honorario de la Administración Pública es el exceso de las facultades de dirección sobre las labores de este personal, la pertenencia al grupo organizado del ente público cumpliendo estándares de conducta impuestos unilateralmente y el control a la forma y resultados de trabajo de estos sujetos.

2. El personal a honorarios en el ordenamiento jurídico chileno

El debate sobre la naturaleza del vínculo jurídico que une a la Administración Pública con el personal honorario es un tema que “navega entre dos aguas”, ya que sus argumentaciones transitan entre el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo.

Tradicionalmente se ha distinguido el régimen jurídico de los trabajadores del sector público y privado. Para los primeros, las normas legales establecen la forma de organización del personal - régimen de función pública¹⁰- a partir de modelos que regulen su contratación, deberes, derechos, incompatibilidades, responsabilidad etc. Estos modelos pueden ser cerrados, abiertos o mixtos (Alessi, 1970, p. 96) a juzgar por el origen del régimen de derechos y obligaciones de los funcionarios. El modelo cerrado crea un marco estatutario

¹⁰ Según Bermúdez Soto “Debe entenderse por función pública el conjunto de recursos humanos, las mujeres y hombres, que se encuentran directamente al servicio del Estado, pero también las funciones y servicios públicos que éstos desempeñan y el régimen jurídico y la organización en que se encuadran”. (Bermúdez, 2014. p. 435)

legal que determina el contenido de las funciones, derechos y deberes de los servidores públicos, diferente al régimen abierto que no posee esta especialización. Empero, en la actualidad los modelos avanzan hacia una tendencia mixta en virtud de la cual no se concibe la existencia de ninguno de ellos en estado puro. En este contexto, el modelo contemporáneo de organización de la función pública se construye, atendiendo a las particularidades de cada ordenamiento sobre la observancia de principios cardinales como la especialidad, igualdad, mérito y capacidad, imparcialidad y estabilidad.

La Administración Pública en Chile posee varias normativas relativas al régimen jurídico de su personal. En primer lugar, se encuentra la Ley No. 18575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, la cual definió que su personal se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones. En coherencia se promulgó la Ley No. 18834 sobre Estatuto Administrativo¹¹, que definió el contenido de la relación jurídica entre la Administración Pública y sus funcionarios, partiendo de la base estatutaria definida por la ley orgánica anterior. Con ello, el legislador estableció en Chile un régimen cerrado, legal y unilateral que ordena el marco conductual del personal administrativo. Igualmente, clasificó su elemento humano como de planta, contrata y honorario. A los primeros les reconoció la posesión de un cargo público¹², mientras que para los honorarios configuró una cláusula de exclusión del régimen funcional. De esta manera, el personal honorario¹³ quedó

¹¹ Esta normativa no constituye la única norma que regula el régimen jurídico del personal que labora en el sector público, ya que se configuran una serie de regímenes particulares en dependencia de los organismos en que se desempeñen los sujetos. Entre ellos pueden citarse: Estatuto de los funcionarios municipales o Ley No. 18.883, el de los funcionarios de la salud municipal o Ley N°o. 19.378, el de los profesionales de la educación o D. F. L. No. 1/1996 MINEDUC o el del personal de las Fuerzas Armadas o D. F. L. (G) No. 1 /1997.

¹² **Artículo 3, inciso a).** Cargo público: Es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa.

¹³ **Artículo 11.-** Podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante resolución de la autoridad correspondiente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.

sometido legalmente a las reglas que estableciera el contrato que le sirviera de continente, según definió el propio precepto normativo¹⁴.

Unido a esto, el Código de Trabajo, como norma general ordenadora de las relaciones de trabajo en el sector privado, definió que sus normas no se aplicarían a los funcionarios de la Administración centralizada o descentralizada, Congreso Nacional, Poder Judicial y trabajadores de empresas e instituciones de Estado. No obstante, estableció excepcionalmente su carácter supletorio¹⁵ condicionado a dos criterios que resume Varas Marchant (2016, p. 445) de la siguiente manera:

“(i) Que exista una omisión de regulación o vacío legal, es decir, el Código del Trabajo y sus leyes complementarias podrían ser aplicables respecto de materias o aspectos no regulados en los estatutos de los trabajadores del sector público,

(ii) Que exista una compatibilidad de regímenes, es decir, que las materias que resulten aplicables en razón del vacío legal existente en sus estatutos no sean contrarios a estos últimos¹⁶.”

El panorama presentado no define un marco de protección jurídica de las personas que se contratan bajo la modalidad de honorarios. Primeramente, porque poseen una cláusula de exclusión del régimen administrativo. Segundo, porque al prestar servicios para la Administración Pública las normas laborales no los reconocen, en principio, como trabajadores y tampoco se define una

Además, se podrá contratar sobre la base de honorarios, la prestación de servicios para cometidos específicos, conforme a las normas generales.

Las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto.

¹⁴ De igual manera quedó regulada la figura del honorario en el artículo 4 de la Ley 18883 de 29 de diciembre de 1989. Estatuto Administrativo para funcionarios municipales.

¹⁵ Artículo 1, Código de Trabajo Chile. Asimismo, puede definirse tal cual se menciona en la Nota *Supra* No. 7, que puede existir una mención expresa del legislador para aplicar ciertos derechos o garantías del ordenamiento laboral a los funcionarios públicos.

¹⁶ Esta afirmación ha sido argumentada por la Corte Suprema en la sentencia de unificación de jurisprudencia Rol No. 28694- 2021: “Empero, también encierra una contra excepción que abarca a todos los trabajadores de los entes detallados, a quienes se vuelve a la vigencia del Código del Trabajo, sólo en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que no sean contrarios a estos últimos. En otros términos, se someten al Código del Trabajo y leyes complementarias los funcionarios de la Administración del Estado no acogidos por ley a un estatuto especial y, aun de contar con dicho régimen peculiar, en carácter de subsidiario, sobre los aspectos o materias no reglados en particular, cuando no se oponga a su marco jurídico”. También puede verse la sentencia Rol. No. 4907-2019 Corte Suprema.

previsión normativa expresa¹⁷ referida a la situación de estos empleados públicos.

De igual manera, no está delimitado en la norma legal vigente su régimen jurídico. Esto ha servido de base a diversas interpretaciones y conflictos que han encontrado solución frente a los tribunales. El personal a honorarios está regulado en el artículo 11 en el Estatuto Administrativo. Este solo delimita las condicionantes de su contratación, a saber, que pueden ser profesionales y técnicos de educación superior o expertos nacionales o extranjeros y para labores accidentales o de cometido específico. Sin embargo, su parca definición normativa posee ambigüedades que han sido clarificadas por la jurisprudencia judicial y administrativa.

Una de ellas ha sido las características de las funciones que pueden ejecutar los honorarios. Según la norma deben ser “*accidentales y que no sean las habituales de la institución*” o para “*cometidos específicos*”. Es decir, las funciones administrativas propias del órgano no podrán ser derivadas al personal contratado a honorario pues deberán ser cubiertas por los funcionarios que ostenten cargo público (planta y contrata).

Sin embargo, la Corte Suprema en múltiples recursos de unificación ha precisado el alcance de las características de las funciones que desarrollan los honorarios. Así define que:

“(...) los trabajos que se efectúan conforme a esta última calidad jurídica constituyen una modalidad de prestación de servicios particulares, que no confiere al que los desarrolla la calidad de funcionario público, y los derechos que le asisten son los que establece el respectivo contrato; siendo labores accidentales y no habituales del órgano respectivo aquéllas que, no obstante ser propias de dicho ente, son ocasionales, esto es, circunstanciales, accidentales y distintas de las que realiza el personal de planta o a contrata; y por cometidos específicos, es decir, aquéllas que están claramente

¹⁷ Para Ugarte esto es la opción de que el sistema legal incluye una cláusula legal de entrada al derecho del trabajo para estos trabajadores. Dicho de otro modo se provee al sistema legal de una referencia explícita a la situación explícita de estos trabajadores atendida a su progresiva masificación y los consecuentes conflictos políticos laborales a los que de lugar. (Ugarte, 2021, p. 32)

determinadas en el tiempo y perfectamente individualizadas, y que, excepcionalmente, pueden consistir en funciones propias y habituales del ente administrativo, pero, bajo ningún concepto, se pueden desarrollar de manera permanente conforme dicha modalidad.”¹⁸

Sobre la misma temática aclara la Contraloría General de la República que el cometido específico en que deberán desempeñarse serán las “labores puntuales, claramente individualizadas y determinadas en el tiempo”. No obstante, la reiteración periódica de estos cometidos específicos desvirtúa la existencia misma de la excepción y, finalmente, conlleva una desviación de facultades. Es así como la prerrogativa de que se trata no puede significar que el órgano público llegue a desarrollar indefinidamente sus labores habituales, utilizando los servicios de personas contratadas a honorario, pues para tales fines el ordenamiento jurídico contempla las dotaciones de personal de planta y los empleos a contrata.”¹⁹ Este instrumento, como otros semejantes,²⁰ acotan el límite temporal para la vigencia del contrato, el cual no puede exceder del 31 de diciembre del año en curso debido a los efectos presupuestarios²¹. Sin embargo, la propia Contraloría asume que estos pueden renovarse. Por tanto, la temporalidad no se aprecia como un límite a la contratación, sino como un criterio financiero del aparato público. Igualmente, fue quien precisó la naturaleza civil del contrato de prestación de servicios con la Administración Pública²².

¹⁸ Rol No. 28694- 2021. Corte Suprema. Además puede citarse la sentencia Rol. No. 30188-2020 y Rol No. 21.083-2020, ambas sentencias de recurso de unificación de jurisprudencia de la Corte Suprema.

¹⁹ Dictamen de la Contraloría General de la República No. 20045/2003 dirigido a la División de Extensión Cultural del Ministerio de Educación. También puede citarse el Dictamen No. 25095/1994 a la Municipalidad de Pudahuel en el cual se dice que “se entiende por labores accidentales y no habituales del Servicio, aquellas que, siendo propias del organismo, son ocasionales, es decir, circunstanciales y distintas de las realizadas por el personal de planta o a contrata”.

²⁰ Ver por ejemplo los Dictámenes No. 51949/2003 dirigido a la Dirección General de Obras Públicas y No. 77146/2014 dirigido a la Subsecretaría de Servicios Sociales.

²¹ Dictamen de la Contraloría General de la República No. 15417/1998 dirigido a Servicio de Salud Metropolitano Occidente.

²² De acuerdo al Dictamen de la Contraloría General de la República No. 7266/2005 “...solamente serán aplicables en estas convenciones, las normas contenidas en el respectivo contrato, así como la normativa del Título XXIX, Libro IV del Código Civil (artículos 2116 y siguientes), relativas al mandato”. Además, Dictámenes No. 52084/2007 dirigido al Servicio de Bienestar Social del Ejército de Chile y No. 43368/2012 dirigido a la Municipalidad de Huechuraba.

Por su parte la doctrina reconoce que los criterios objetivos para la contratación de los honorarios han sido desvirtuados, creándose un conflicto jurídico en torno a la verdadera naturaleza de las actividades que pueden desarrollar²³. En este sentido, la doctrina administrativista indica que “el carácter de ocasional y no habitual de los prestadores de servicios a “honorarios” ha mutado hacia una permanencia laboral, otorgando al personal mayores responsabilidades, pero sin que ello se colija con estabilidad en el cargo y reglas mínimas que garanticen ciertos derechos mínimos para el ejercicio de sus funciones” (Guzmán, 2022, p. 155).

Ha sido este conflicto el que despertó la preocupación de la jurisprudencia reciente ya que aparece una figura que no opera en los términos de la regulación administrativa permitida²⁴ y, a su vez, ejecuta servicios personales de trabajo. De esta manera, al no pertenecer al régimen funcionarial por explícita exclusión, le corresponde al régimen laboral aplicar su cláusula de inclusión contenida en el artículo 8 del Código de Trabajo. En palabras de Valdebenito Pedrero (2017, p. 37):

“(...) los estatutos justifican la contratación a honorarios para la realización de labores accidentales o específicas que no sean habituales de la institución. En principio, estos trabajadores deberían desarrollar sus labores con autonomía

²³ “La aludida normativa fue concebida originalmente para contratar a expertos que colaborasen con la gestión de la Administración y así contribuir al ejercicio de una mejor función pública, lo que suponía que esa pericia no se encontraba entre los funcionarios que prestaban servicios de manera habitual en la institución, o bien que se trataba de un conocimiento específico que no era propio de la gestión habitual del organismo. Asimismo, la legislación previó la contratación a honorarios para apoyar transitoriamente al personal cuando se enfrentaran situaciones excepcionales que impidieran hacerse cargo de las labores habituales con la dotación de planta y a contrata, la que resultaba insuficiente frente a ese aumento coyuntural de la actividad administrativa” Diario Constitucional. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/01/15/cgr-limita-contrataciones-a-honorarios-en-los-organismos-del-estado-y-ordena-el-traspaso-a-contrata-en-las-condiciones-que-indica/>.

²⁴ Sentencia Corte Suprema Rol. No. 84.296-2021: “Una primera conclusión, entonces, es que quienes son contratados por un órgano del Estado, a honorarios, podrán quedar sujetos a las normas del Código del Trabajo, en la medida que la vinculación reúna, en los hechos, las características propias de una relación laboral, en conformidad a lo establecido en los artículos 7 y 8 del Estatuto del Ramo. Desde luego, lo regular es que si se contrata a honorarios rijan las normas del derecho civil, pues un contrato de prestación de servicios tiene la naturaleza de un arrendamiento de servicios personales. Sin embargo, como se sabe, las cosas son lo que son en la realidad y no lo que se dice que son, por eso es que al examinar una determinada relación, formalmente convenida a honorarios, es posible que se encuentren cuestiones subyacentes que digan lo contrario.”

y de forma temporal. Sin embargo, esta forma contractual se ha desvirtuado, exigiéndoseles deberes propios de los trabajadores dependientes (regularidad de sus servicios, cumplimiento de horarios, desempeño de sus funciones en un lugar determinado, etc.), sin ser garantes de sus mismos derechos (derecho a sindicalizarse, derechos maternales y paternales, licencias médicas, vacaciones, etc.)”²⁵

Este presupuesto genera una prestación de servicios personales bajo condiciones diferentes a las dispuestas en el artículo 11 del Estatuto Administrativo. Sobre este particular la jurisprudencia ha expresado una opinión semejante al plantear que:

“De este modo, corresponden a una modalidad de prestación de servicios particulares, que no confiere al que los desarrolla la calidad de funcionario público, y los derechos que le asisten son los que establece el respectivo contrato. Sin embargo, en el caso que las funciones realizadas en dicho contexto excedan o simplemente no coincidan con los términos que dispone la normativa en comento, sino que revelan caracteres propios del vínculo laboral que regula el Código del Trabajo, es dicho cuerpo legal el que debe regir, al no enmarcarse sus labores en la hipótesis estricta que contempla el artículo 11 señalado.”²⁶

De esta forma, puede concluirse que el ordenamiento jurídico chileno establece la separación del régimen jurídico de los funcionarios públicos de los trabajadores del sector privado. Asimismo, regula la contratación de personal a honorarios bajo determinados requisitos legales que han propiciado diversas interpretaciones en la práctica, siendo solucionados por la jurisprudencia judicial y administrativa, la cual determina que ante el exceso en la aplicación de los preceptos normativos, se desnaturaliza la prestación del honorarios. En

²⁵ Además, se pueden agregar como problemáticas las que menciona Rajevic cuando expresa que “La utilización de la contratación a honorarios para atender labores habituales de los servicios y no solo labores accidentales o no habituales, transformando a esta categoría en un personal de carácter permanente que sirve de válvula de ajuste final. Ello, pues, hasta 2016 permitía exceder incluso la dotación autorizada en la Ley de Presupuestos, algo que variaría con la Ley de Presupuestos de 2017 que estableció, por primera vez, una “dotación máxima” de honorarios a través de glosas por cada servicio. Además, La sucesiva renovación de contratos y honorarios que en los hechos los transforma en una especie de estamento que, sin gozar de estabilidad en términos jurídicos, se convierte en permanente”. (Rajevic, 2018, p. 409)

²⁶ Rol No. 1597-2020 Corte Suprema. En idénticos términos puede citarse la sentencia Rol No. 4.907-2019 Corte Suprema.

consecuencia, el ordenamiento laboral debe proteger dicha prestación de trabajo si identifica los elementos esenciales de la relación jurídica laboral.

3. El debate chileno sobre la naturaleza del vínculo jurídico entre el personal a honorario y la Administración Pública

Las decisiones de la jurisprudencia en los últimos años fue un motor impulsor para debatir sobre el personal honorario. A partir de ella se han establecido dos posturas a los extremos del banquillo que defienden la titularidad sobre el vínculo jurídico personal honorario. Por un lado, la doctrina administrativa²⁷ sostiene la improcedencia de otorgar la naturaleza laboral a los honorarios. Algunos de sus argumentos se amparan en la incompatibilidad de la Administración Pública para cumplir con los derechos laborales que reconoce el Código de Trabajo, la inaplicabilidad de la contratación laboral porque no posee la potestad legal para suscribir un contrato de trabajo vulnerando el principio de juridicidad de la Constitución Política. Además, en la libre voluntad del personal a honorarios para aceptar el régimen jurídico y las cláusulas del instrumentos suscritos.

Por otro lado la doctrina laboralista²⁸ defiende la naturaleza laboral del vínculo a partir de la existencia de los elementos de subordinación y dependencia que pueden estar presentes. En palabras de Varas Marchant (2016, p. 437) “si la contratación a honorarios efectuada por algún servicio público no se ajusta a los supuestos previstos por el Estatuto Administrativo, el Estado debe someter su acción a lo dispuesto en su legislación supletoria o derecho laboral común – el Código del Trabajo–, por lo que a la luz del principio de primacía de la realidad

²⁷ Entre los autores pueden situarse: (FERRADA y SALDIVIA, 2019, pp. 9- 34); (CARCAMO, 2016, pp. 409-434)

²⁸ Dicha posición es apoyada por: (GUZMÁN, 2022, pp. 158-160); VERGARA BLANCO, Alejandro. *Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio. Diario El Mercurio* Legal. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/320044720_2016_Comentario_EML_Contratos_a_honorarios_para_servicios_personales_habituales_y_dependientes_en_la_Administracion_publica_su_naturaleza_laboral_El_Codigo_del_Trabajo_como_estatuto_comun_y_supletorio; (PONCE, 2016, pp. 1-18)

y la técnica de los indicios de laboralidad, en caso de reunirse los elementos propios de una relación de trabajo dependiente, debe sancionarse a la Administración, de manera de desenmascarar a los falsos honorarios para concluir que en la especie se está ante una relación típicamente laboral, con todos los efectos que ello genera”.

Esta última posición, la cual se comparte por quien redacta estas líneas resulta más acertada frente al fin protector del Derecho del Trabajo el cual no puede ignorar las expresiones de trabajo humano que presenten indicios de subordinación y dependencia. La Corte Suprema en línea semejante ha argumentado que:

“(…) para determinar las reglas aplicables a un contrato de prestación de servicios a honorarios, será necesario constatar cómo se ejecutaron en la práctica y observar si concurren elementos de subordinación y dependencia en la forma como el trabajador desempeñó su función, relacionados con indicios o índices de laboralidad, tales como, deberes de asistencia y cumplimiento de horario, obediencia a las instrucciones impartidas por el empleador, sujeto a su súper vigilancia, control y directivas, en forma continua y permanente, que, de comprobarse, moverán su adecuación normativa a las disposiciones contenidas en el Código del ramo, excluyendo las estatutarias. Es por eso que, aun cuando no se escribiera un contrato de trabajo o se celebre bajo una denominación distinta, regirá la presunción establecida en su artículo 8”.²⁹

²⁹ Rol No. 21.083-2020. Corte Suprema. Además puede citarse la sentencia Rol No. 1598-2020 Corte Suprema la cual concluyó que *“los servicios prestados por el actor no coinciden con el marco regulatorio de la contratación a honorarios, y que, por el contrario, se ajustan al propio de un vínculo laboral, teniendo en consideración que en la faz de la realidad, las labores desempeñadas no corresponden a un cometido específico, dadas su extensión temporal, superior a tres años, la amplitud de sus tareas, cuya descripción contractual da cuenta de su naturaleza genérica y amplia, y, principalmente, porque se refieren a actividades propias y permanentes del servicio en cuestión.”* También, la sentencia Rol No. 6.047-2015. Corte Suprema que resumen que: *“Además, con la prueba rendida - planilla de asistencia- el actor cumplió una jornada de trabajo de cuarenta y cuatro horas semanales, distribuidas de lunes a viernes, controlada con registro de huellas dactilares, al inicio y término de la jornada (...) el actor desarrolló las labores encomendadas de manera dependiente, por cuenta ajena, recibiendo mensualmente una retribución monetaria, es decir, no cumplió un cometido específico, -como lo exige la normativa estatutaria-, puesto que la forma en que las desplegó dan cuenta de una especificidad propia de una labor determinada y concreta, más aún si tenemos en cuenta que, como ya se dijo, que “no eran taxativas” como lo requiere la norma especial; de manera que, en*

Esta postura rechaza los criterios que autores y autoras del área administrativa esbozan³⁰. En primer lugar, es necesario reconocer los principios por el cual funciona el ordenamiento jurídico en su conjunto sin clausurar en cajones estancos las distintas materias del Derecho. Válido es recordar que los criterios de los laboristas no intentan suprimir la figura del personal honorario, sino que intervienen cuando el ente público excede los límites que define la ley para su contratación.

Uno de los criterios dicotómicos lo constituye el respeto al principio de juridicidad que le impone la Constitución Política a la Administración Pública³¹. Según esta justificante el ente público no tiene atribución legal para contratar laboralmente a personas naturales, salvo cuando la propia ley así lo disponga. Este criterio es cierto ya que el principio de vinculación positiva somete a la Administración Pública a las facultades y obligaciones que le reconoce la Ley. Sin embargo, no debe ser invocado para vulnerar esas propias normativas jurídicas, ya que se contrata personal en calidad de honorarios para labores no permitidas por el estatuto correspondiente. Desarrollar esta acción contradice el orden legal administrativo y genera un estado de precarización laboral³² que vulnera las normas de orden público laboral. Los principios y derechos que protegen a los trabajadores emanan del bloque de constitucionalidad que se reconoce en el texto magno y en los tratados internacionales suscritos por el país. “Esta idea conlleva en la práctica que las leyes laborales en caso de conflicto con un precepto procedente de otra fuente del derecho ostentan un rango superior, salvo cuando la otra norma sea más favorable al trabajador. En estos casos, entender que prima la ley No. 18.883 por sobre la normativa laboral significa dejar en clara desventaja a aquellos funcionarios contratados bajo el

estas condiciones, la naturaleza de la relación contractual que surgió entre las partes es de carácter laboral (...)”.

³⁰ Vid *Supra* Pie de página 31.

³¹ Artículo 6 y 7. Constitución Política de Chile.

³² Este criterio quedó sentado desde las primeras sentencias de la Corte Suprema por las cuales reconoció el vínculo laboral. Así: “no solo porque la vigencia del Código de Trabajo constituye la regla general en el campo de las relaciones personales, sino porque no es dable admitir la informalidad laboral y suponer que por tratarse de un órgano del Estado que debe someterse al principio de juridicidad recogido en los artículos 6 y 7 e la Constitución Política, puede invocar esa legalidad para propiciar precariedad o informalidad laboral, la que por demás se encuentra proscrita en un Estado de Derecho”. Ver. Sentencia Corte Suprema Rol No. 11.584-2014.

supuesto de honorarios pero que desarrollan sus funciones bajo subordinación y dependencia” (Ponce, 2016. P. 13).

Por tanto, no es correcto sostener la vulneración al principio de juridicidad, ya que como se ha mencionado, el reconocimiento del vínculo laboral, no se realiza en contradicción con el régimen administrativo. Al contrario, este opera en los casos en que la propia Administración Pública excede los límites que la propia ley le impone en relación al tipo de actividades para las que se encuentra autorizado a contratar³³. El aparato administrativo debe respetar las normas de orden público ya que el principio de juridicidad impone la existencia de normas jurídicas que vinculan a la Administración cuando actúa y que de este modo la someten a Derecho. Por ello, ante la vulneración de la misma emerge la protección laboral a los trabajadores honorarios³⁴.

Asimismo, la potestad administrativa otorgada para contratar honorarios utilizada a sabiendas de incumplir los requisitos legales establecidos puede generar un vicio de desviación de poder³⁵. Esto se debe a que la potestad para contratar personal bajo la modalidad de honorarios debe dirigirse a actividades no habituales y específicas. Así, un uso distinto representa una desviación de la

³³ “Pero resulta que, como vimos, dicha excepción excluye a los trabajadores o funcionarios sometidos por ley a un estatuto especial. El fallo no señala en parte alguna cuál es este estatuto legal especial aplicable a los trabajadores a honorarios de la Administración. Pregunta válida si se tiene en cuenta que el propio Estatuto Administrativo los excluye de su ámbito de aplicación. ¿Habrán entendido los sentenciadores que dicho “Estatuto especial” es, precisamente, su contrato a honorarios, al cual remite el artículo 10 inciso final del Estatuto Administrativo? Como lo dijimos en un comienzo, el Código del Trabajo alude a un régimen legal, no contractual”. (Palavecino, 2000. p. 75)

³⁴ Este fundamento fue reconocido por la jurisprudencia nacional. “Si se trata de una persona natural que no obstante estar sometida a un estatuto especial, no prestó servicios en la forma que dicha normativa prescribe, o tampoco lo hizo en las condiciones específicas previstas para los servicios públicos –ingresando como planta, contrata o suplente-, resulta inconcuso que la disyuntiva se orienta hacia la aplicación del Código del Trabajo, si, además, concurren los rasgos característicos de este tipo de relaciones –prestación de servicios personales, bajo subordinación y dependencia a cambio de una remuneración-, no sólo porque su vigencia constituye la regla general, sino porque no es dable admitir que, por tratarse de un órgano del Estado, que debe someterse al principio de juridicidad recogido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, puede invocar esa legalidad para mantener la precariedad de sus trabajadores”. Rol No. 21.083-2020. Corte Suprema. También, puede citarse la sentencia Rol No. 11.584-2014. Corte Suprema.

³⁵ Desde los estudios chilenos Oelckers distingue dos tipos de desviación de poder. La primera, una general, que ocurre cuando la Administración al actuar no persigue el fin que caracteriza a la función administrativa: la finalidad de servicio público. La otra de carácter particular, cuando ese actuar no persigue el fin determinado y concreto para cuya consecución le ha sido conferido por la ley el poder y la posibilidad de desarrollar esa acción. (Oelckers, 1977. pp. 478-479)

finalidad que el ordenamiento jurídico le concede a la Administración Pública para emplear este personal. Si bien se plantea que el ente público no posee la potestad expresa para contratar laboralmente, tampoco la tiene para hacer un mal uso de las que le confiere la ley. Al violar dicha prerrogativa se coloca la prestación del personal honorario en los predios del orden laboral el cual debe invocar la presunción legal del artículo 8.

A través de esta presunción -principio de primacía de la realidad-, adquiere más valor la realidad fáctica que los criterios formales que quieran las partes. Tal como menciona Varas Marchant (2016, p. 441) al citar oportunamente un extracto de sentencia:

“las normas que regulan la prestación de servicios bajo subordinación y dependencia son imperativas e irrenunciables y conforman lo que se ha denominado el orden público laboral. En ese contexto, el derecho del trabajo refleja valores que son de patrimonio de toda la humanidad, por lo que su aplicación no puede quedar sujeta a los avatares del derecho positivo y de los gobiernos de turno. En consecuencia, basados en este orden público laboral, las normas laborales tienen plena aplicación en todas las relaciones de trabajo del país –públicas o privadas–, son inmediatas y priman por sobre otras fuentes del derecho en caso de conflicto”.

En consecuencia, no puede tampoco invocarse el criterio de la teoría de los actos propios y la voluntariedad de las personas en someterse al régimen especial. Actualmente la teoría de los actos propios en materia laboral ha sido superada por la aplicación del principio de la primacía de la realidad, en este sentido se ha indicado por la doctrina, que la principal manifestación de dicho principio se da cuando se trata de disimular a un trabajador subordinado bajo la apariencia de ser un trabajador independiente contratado a honorarios. Esto lleva a los tribunales a establecer la verdadera naturaleza de la prestación (Caamaño, 2009). La irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en la naturaleza de orden público de las normas laborales que establecen un núcleo de derechos esenciales que protegen la dignidad de los que trabajan. Por ello, ante la tergiversación de las condiciones de trabajo es imprescindible la intervención del Derecho del Trabajo, bajo los principios del Estado del Derecho.

Los elementos planteados someramente permiten apoyar la opinión que se sostiene en este artículo en torno a la pertinencia de la decisiones judiciales de la Corte Suprema en los últimos años. Tal como se plantea, al cerrarse la puerta del régimen administrativo por previa decisión legal y no cumplirse las condiciones para contratar en esta modalidad, le corresponde al Derecho del Trabajo asumir su rol protector. La decisión la contiene la cláusula de apertura del precepto 8, el cual faculta a los jueces para detectar los indicios de subordinación y dependencia en la realidad.

4. Los presupuestos de subordinación laboral en la prestación de trabajo del personal contratado a honorarios

La subordinación fue esencial (Uriarte, 2002, p. 282) en el origen de un Derecho del Trabajo autónomo. Algunos de los autores más clásicos como Cabanellas (1949, p. 201), la entendieron como la sumisión del trabajador respecto del empleador. “Esta sumisión -para otros dependencia- existe porque el trabajador se incorpora al manto directivo y organizativo del titular de la actividad; facultando a este último para la emisión de órdenes, indicaciones, directivas y reglamentaciones³⁶ que tienen como causa la necesidad de dirigir la actividad hacia los beneficios que desea de forma mancomunada”. Dichas facultades directivas emanan de un poder legitimado por el ordenamiento que posee el titular de la actividad dentro de la estructura jerarquizada.

Igualmente, como correlativo, puede controlar el desarrollo de las funciones e indicaciones que emite para el desarrollo del trabajo y exigir su cumplimiento. Para ello, impone un régimen de disciplina que no solo le faculta para establecer un grupo de normas de conductas, sino sancionar cuando se incumplen las ordenes o funciones asignadas. De esta manera se configura un control disciplinario que puede imponerse debido a que el empleado se incorpora

³⁶ En el ámbito nacional puede citarse la definición de Caamaño, el cual entiende que la subordinación “es un concepto jurídico que describe una forma especial de trabajo en la que el dependiente que presta un servicio personal (trabajador) debe sujetarse a las órdenes e instrucciones que le imparte quien lo recibe y beneficia (empleador) en función del tiempo, lugar y forma”. (Caamaño y Varela, 2021. p. 29)

al manto organizativo de la institución y desempeña sus funciones bajo la dirección del superior y en beneficio de este. En resumen, el manto organizativo al que se somete comprende la coordinación, jerarquía, disciplina y control.

Para Ugarte (2020, p. 27)³⁷ la subordinación es un poder propio de la relación de trabajo que posee dos dimensiones fundamentales: dirección y control. Sin embargo, desde el otro lado de la relación, se configura un deber de obediencia, que autores como De la Cueva³⁸, entienden clave en su definición de subordinación. No vale el poder de dirigir y controlar, sino existe el deber de acatar dichas expresiones disciplinarias y directivas. Asimismo, dicho acatamiento tendrá límites en las normas jurídicas constitucionales y legales que conforman el ordenamiento jurídico laboral. Estas disposiciones normativas intervienen en las relaciones laborales para modular, a través del contrato de trabajo y con el uso de otros mecanismos jurídicos individuales o colectivos, la subordinación del trabajador a la supremacía del titular de la actividad.

A juzgar por lo expuesto, los criterios de dirección, organización, control y obediencia permiten la identificación de la subordinación en un supuesto fáctico determinado. El diapasón de la dependencia puede apreciarse desde la emisión de normas e indicaciones; la configuración del vínculo jurídico de mando y obediencia y a partir del vínculo jurídico construido desde la pertenencia a una organización que permite al superior jerárquico la dirección de los procesos productivos.

De esta manera, tal cual como se ha expresado en líneas anteriores, el orden laboral debe detectar la presencia de indicios³⁹ de subordinación laboral

³⁷ Perez Botija también define la subordinación como un poder de disposición que se da sobre el objeto de trabajo. (Perez, 1955. p. 31). Igualmente, Kahn Freund reconoce en las relaciones de trabajo la existencia de un poder inherente entre el empleador y el trabajador, ubicando dicho poder en el lado del empresario y que existe con independencia del Derecho. (Kahn Freund, 2019. pp. 48-50)

³⁸ Para este autor la subordinación es “una relación jurídica que se descompone en dos elementos: una facultad jurídica del patrón en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue convenientes para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo.” (DE LA CUEVA, 1975, p. 203)

³⁹ La técnica del “haz de indicios” se compone de elementos empíricos extraídos de la realidad que se identifican en una prestación de servicios. Supiot ha expresado que “la técnica del haz de indicios otorga al juez una amplia discrecionalidad en el sentido de que podrá desplazar las fronteras a veces estrechas del trabajo subordinado en función de la evaluación que haga de los

en la prestación de trabajo del personal a honorarios. Ello ocurrirá cuando los jueces descubren que la Administración Pública excedió los requisitos normativos que su propio estatuto define para la configuración de esta relación jurídica. Por ello, los jueces deben identificar indicios de dirección, organización y control en el contenido de trabajo y funciones de los honorarios para poder acreditar un vínculo de subordinación entre estos y la Administración Pública.

Por ejemplo, en sentencia de la Corte Suprema se concluyó que:

“La actora desempeñó sus labores sujeta a una jornada de trabajo, realizando sus funciones en el edificio consistorial, utilizando insumos de la demandada para cumplir su labor, vistiendo uniforme municipal, debiendo emitir un informe mensual o quincenal⁴⁰ para recibir el pago de una contraprestación en dinero por sus servicios, características que configuran el vínculo de subordinación y dependencia, que, de acuerdo a los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, permiten distinguir al contrato de trabajo de otras modalidades de prestación de servicio. De manera que la presencia de esas circunstancias determina que una prestación de servicios personales, retribuida con una remuneración mensual fijada en forma previa, deba ser calificada como una relación laboral”.⁴¹

De su lectura se aprecian indicios de subordinación correctamente delimitados, a saber, la utilización de insumos de la entidad, la disciplina del uniforme municipal, la ejecución de las funciones en la sede física de la entidad y la elaboración de informes como medio de control previo al pago de su remuneración. Estos indicios constituyen una expresión técnica⁴² de dependencia ya que acredita el sometimiento del trabajador honorario a los parámetros de conducta de la Administración Pública. Se expresa una limitación

indicios y de la idea que tenga de la necesidad de protección que el trabajador, en el caso concreto, necesita. Por tanto, mediante el uso de la técnica de la que hablamos se puede entender el dominio fáctico de la subordinación, tanto como estrecharlo.” (Supiot, 2004, pp. 144-145)

⁴⁰ El subrayado es de autoría de quien redacta.

⁴¹ Rol No. 65898-21. Corte Suprema.

⁴² Según GRISOLIA, hay una expresión técnica que como aquella donde “el trabajador dependiente siempre estaría sujeto al derecho de dirección del empleador, en cualquier momento y con relación a las modalidades de la ejecución, careciendo de toda autonomía al respecto”. (Grisolia, 2016, p. 123)

a la autonomía de este para definir, en este caso, la forma de vestirse y el lugar que se determina para la ejecución de las labores.

Elementos semejantes pueden detectarse en la sentencia⁴³ Rol. No. 30.717-2020 de la Corte Suprema que identifica los siguientes indicios:

“El 1 de julio de 2003, la demandante ingresó a prestar servicio (...) mediante convenio a honorarios con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003, en jornada de 44 horas semanales, distribuidas de lunes a viernes, a cambio de la suma de \$8.000.000, (...) quedando sus labores sujetas a la *supervigilancia y aprobación del jefe directo, quien actuará como contraparte técnica, y debiendo emitir informes mensuales de su asesoría*⁴⁴. (...) Que tales antecedentes permiten concluir que los servicios prestados por la actora no coinciden con el marco regulatorio de la contratación a honorarios, (...) puesto que siempre ejecutó sus tareas en departamentos o direcciones del ministerio en cuestión, encargadas de la ejecución de obras públicas sea en forma directa o a través de concesiones a privados, apoyando el cumplimiento de los fines y objetivos del órgano público que la contrató. Además, se estableció que desempeñó sus labores en forma personal, sujeta a una jornada de trabajo y a las órdenes e instrucciones de su jefatura, a cambio de un estipendio fijo pagado en forma mensual, y que se le reconocieron derechos referidos a feriados y permisos”.

Así se aprecia una situación jurídica dependiente ya que se restringe la autonomía del honorario para realizar su trabajo. Rodríguez Piñero (1966, p. 157) valora que:

“(...) al dirigir y disponer de la fuerza de trabajo del trabajador (normalmente destinándole una función correspondiente a un puesto de trabajo) dentro de sus correspondientes límites, el empleador exterioriza un poder sobre la persona del trabajador que se encuentra sometida y sujeta a ésta por la decisión de trabajo, es la manifestación fundamental de la subordinación del trabajador, constituye su dependencia. No cabe hablar propiamente de

⁴³ También, pueden señalarse con indicios semejantes las sentencias Rol No. 4907-2019, Rol. No. 30.717-2020, Rol No. 92.016-2020, Rol No. 28694-21; Rit O-7815-2018. Juzgado de Letras de Trabajo de Santiago.

⁴⁴ La cursiva es de autoría de quien redacta.

dependencia en sentido jurídico sino haciendo referencia a esta vinculación personal a este compromiso de la persona”.

En este considerando judicial vuelve a estar presente el sometimiento a las indicaciones de la autoridad administrativa que determina el espacio físico en que debe desarrollar su trabajo y supervigila sus labores, restandole independencia al honorario.

Estas sentencias son reflejo de la afinidad que los jueces encuentran entre las manifestaciones de subordinación laboral y determinados indicios reales como pueden ser, la exigencia de una jornada laboral rígida, el cumplimiento de normas de conducta y los mecanismos de control de asistencia y desempeño laboral. Además, el cumplimiento de funciones de trabajo orientadas por quienes detentan el poder directivo. No obstante, es válido sostener que no necesariamente la definición de una jornada de trabajo, como criterio reincidente en las sentencias anteriores, significa la desnaturalización de la figura del honorarios. Al contrario, la propia Contraloría General ha valorado que esto es solo una posibilidad⁴⁵ y puede pactarse en las cláusulas del contrato del honorario. Con ello, se afirma, que este es solo uno de los elementos a tener presente para un análisis en conjunto con otros presentes en el supuesto fáctico que evidencien dirección y control.

Por otro lado, la argumentación jurídica de los jueces debe explicar el valor de dichos indicios para la configuración de una prestación de servicios personales dependientes. Mas allá de su detección es necesario crear una relación entre ellos y lo que representan con respecto a la limitación de la autonomía del honorario para realizar su trabajo ya que este es el criterio esencial para entender la dinámica sobre la que se desarrolla la prestación laboral. La vinculación que los jueces establecen entre las órdenes⁴⁶ y su

⁴⁵ Dictamen No. 18.433/2018 Contraloría General de la República (Dirección Regional de Vialidad de Valparaíso). “Por otra parte, en relación con la manera en que la autoridad ejerció un control efectivo del cumplimiento de la jornada laboral, respecto del convenio aprobado mediante la resolución, se debe indicar, conforme con lo señalado en el dictamen, de este origen, que no es imperativo que los contratos a **honorarios** fijen una determinada jornada de trabajo o un horario de trabajo, como es el caso de que se trata, siendo dicha cláusula solo una posibilidad o alternativa de la modalidad de la prestación de los servicios que deberá adoptarse”.

⁴⁶ Sentencia Rol No. 21.083-2020. Corte Suprema. “(...) se describe el deber de la demandante de cumplir jornada o turno diario y nocturno, participar en reuniones con su jefatura y de

cumplimiento⁴⁷ es válida. Sin embargo, dejan de lado un elemento más amplio que solo es posible comprender a partir del análisis teórico de la subordinación laboral. Se habla de la incorporación de los honorarios a una organización⁴⁸. El criterio organización es importante ya que este es expresión del poder (Lucas, 2002, p. 137) de su titular para conseguir los fines públicos asignados por Ley.

Este último criterio forma parte de las tendencias más recientes sobre la interpretación de la subordinación laboral. El control físico del trabajador mediante la exigencia de jornada laboral estricta se ha dilatado ante las nuevas formas de organización. El vínculo jurídico entre los sujetos (el que manda y el que obedece) se manifiesta a través de la verificación de los resultados productivos. Los trabajadores ya no laboran necesariamente en un mismo espacio físico, no cumplen funciones que se concatenan de forma mecánica, no son especializados o instruidos en sus labores por los conocimientos del superior. Ahora, ejecutan sus tareas con un cierto grado de autonomía a partir de su formación profesional o especialización técnica. Sin embargo, estas tareas siguen siendo indicadas por el empleador que controla y verifica los resultados de la actividad según parámetros de eficiencia, calidad o económicos que este determina⁴⁹.

obediencia a sus instrucciones, incluso “acoger, apoyar las modificaciones de horarios de trabajo según planificación e indicación de jefatura directa y/o dirección del establecimiento”; cláusulas que, en los términos relacionados y tal como fueron pactadas, dan cuenta de un sinnúmero de labores imposibles de precisar, por su generalidad, y que otorgan a la empleadora directa un abanico de posibilidades que inciden, necesariamente, en un poder de mando y disposición amplio, que exceden a las de sólo cuidar adultos mayores, por lo que dicha relación, claramente configura una evidente prestación de servicios personales, sujeta a dependencia y subordinación y por la cual la demandante recibía una remuneración mensual.⁴⁶

⁴⁷ (...)Da cuenta de esto, que sus funciones se realizaban de manera habitual y permanente, lo que se reafirma con la cantidad de tiempo en que prestaron sus servicios, desarrollando diversas labores, sometidos a deber de obediencia, recibiendo en la especie órdenes directas de parte de su superior, en este caso don Roberto Betancourt conforme declaran los testigos de la demandante”. Rol. No. 30188-2020. Corte Suprema.

⁴⁸ Supiot la denomina subordinación funcional y menciona una nueva característica “la integración de los trabajadores a un grupo organizado”. (Supiot, 2008, p. 223)

⁴⁹ Supiot en otras de sus obras describió esta forma de organización y ejercicio de las laborales de la siguiente manera. “El control del trabajador no desaparece, sino su objeto se desplaza. En vez de referirse a la manera de efectuar una tarea determinada, se referirá más al resultado de esta tarea. De ahila implantación en las empresas de normas destinadas a evaluar la aportación propia de cada trabajador. A la normalización de las operaciones que caracterizaba el esquema de Taylor sucede entonces una normalización de las personas.” (Supiot, 2004, p. 13).

Este es un rasgo característico de la prestación de los honorarios. La regulación legal determina que “*podrán contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias*”⁵⁰. Esta es una de las causas en las que se apoya su contratación por la Administración Pública. A su vez, este requisito permite una cierta “independencia” en la realización de las laborales. Sin embargo, son sometidos a formas de sumisión que no se expresan directamente en un control sobre la jornada de trabajo, si no en los resultados de sus funciones. Las dependencias administrativas son estructuras organizadas donde existe de un orden conductual preconfigurado para la consecución de un fin. Este orden disciplinario se visualiza mediante el establecimiento de normas conductuales que se traducen en los deberes funcionales de obligatorio cumplimiento. Por ello, la acción de rendir cuentas de su trabajo mediante informes supone, también, la configuración y pertenencia a un aparato burocrático disciplinado ya que el poder de decisión del empleado se somete al del superior.

Varias sentencias han reconocido la emisión de informes periódicos como requisito previo al pago de las remuneraciones. Esto es una forma de control que no necesita la presencia física del empleado en la entidad, pero expresa una dependencia en su trabajo. El honorario es vigilado por el superior a través de la comprobación final de sus labores para verificar habitualmente el cumplimiento de los parámetros previamente definidos por el titular que controla. La sentencia Rol. No. 1598-2020⁵¹ de la Corte Suprema argumenta que:

“El sometimiento a controles tales como una jornada y horario de trabajo, instrucciones por parte de la jefatura, y el reconocimiento de beneficios como feriados, licencias médicas y otros permisos, puedan formar parte de una relación estatutaria desarrollada en un órgano jerarquizado y disciplinado; no debe perderse de vista que dichas características son precisamente las que configuran el vínculo de subordinación y dependencia, que, de acuerdo a los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, caracteriza al contrato de trabajo y

⁵⁰ *Vid Supra* Pie de página No. 15.

⁵¹ Además, puede citarse: Rol No. 35.091-2017 Corte Suprema, Rol. No. 31160-2016. Corte Suprema.

permite distinguirlo de otras modalidades contractuales, siendo esos elementos los que determinan que una prestación de servicios personales, retribuida con una remuneración mensual fijada en forma previa, deba ser calificada como una relación laboral.”

Esta visión en torno a la subordinación permite entender bajo que parámetros el Derecho del Trabajo detecta las condiciones para intervenir en la relación de empleo que realizan los honorarios. Aporta a la comprensión sobre valor de los indicios ya que pueden expresarse de diferentes formas. La exclusión de jornada de trabajo, de obligatoriedad de asistencia o uso de vestuario o insumos de la entidad pueden ser inexistentes. No obstante, en su lugar el elemento del control a través de los resultados de trabajo denota por sí solo la pertenencia a un aparato organizacional, ya que esto es expresión de la sumisión a los criterios y parámetros impuestos por otro de forma unilateral. Con este criterio no se afirma que los honorarios no deben ser sometidos al control; al contrario, desempeñar funciones para el interés colectivos y con fondos públicos necesita estrictas formas de supervisión.

Sin embargo, circunscribir el trabajo del honorario a una vigilancia periódica que condicione su remuneración puede suponer una pertenencia organizacional. Los procesos y estándares de conducta que se establecen al interior de un grupo jerarquizado son una expresión del poder del titular. Ello responde a una lógica precisa. La Administración Pública siempre velará por los fines encomendados constitucionalmente, por tanto, vigilará la forma del trabajo, para lo cual impondrá normas disciplinarias al interior de su unidad jerárquica. En este sentido la disciplina aparece como una manera de posibilitar la extracción de trabajo ajeno de la forma menos accidentada posible, para lo cual se hacen necesarios ciertos dispositivos. Estos dispositivos pueden ser mecanismos de dirección y control que operan dentro el manto de una organización. Así el criterio organizacional se construye como un calificativo importante dentro de la verificación de la dependencia, pero que no puede operar en solitario, si no que necesita ser fundamentado dentro de un conjunto de indicios propios del supuesto fáctico.

Las normas laborales no intentan imponerse a la fuerza, si no que poseen sus propios preceptos legales imperativos para otorgar resguardo a formas de trabajo. Estos preceptos no necesariamente se contraponen en la Administración Pública, ya que tanto el régimen administrativo y el laboral se configuran bajo los mandatos de juridicidad, Estado de Derecho y respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos. Además, la universalidad de los derechos laborales se impone frente a una tendencia reduccionista. El Estado-empleador no está ajeno de respetar los derechos de los ciudadanos realizando actos ilegales⁵².

5. Conclusiones

Las líneas anteriores analizaron un tema controvertido en la jurisprudencia y doctrina nacional. La regulación actual del régimen jurídico del personal honorario permite la vulneración de sus derechos ya que no forman parte del estatuto funcional que otorga derechos y deberes al resto del personal de la Administración. Además, en ocasiones genera un exceso en las potestades de dirección y control que se ejercen sobre estos, tal como reconoce la jurisprudencia en múltiples sentencias de unificación, que vulneran los límites que el propio Estatuto Administrativo define para su contratación.

Bajo esta premisa el Derecho del Trabajo, con vocación protectoria hacia las formas del trabajo humano, aplica la presunción legal del precepto 8 del Código Laboral. Por consiguiente, reconoce la existencia de una relación de subordinación y dependencia entre los honorarios y el ente público. Este reconocimiento se sostiene en la presencia de una potestad jurídica dentro de la organización administrativa que genera la sumisión técnica y organizativa del personal honorario al aparato público. Asimismo, esta potestad no tendrá naturaleza administrativa ya que el orden legal excluye el vínculo jurídico de los honorarios del régimen funcional, dándole una naturaleza civil.

⁵² Tal como defiende Varas Marchant, se aprecia una laboralización de la función pública en su vertiente débil ya que se reconoce tal como ocurre en la relación privada, que en el ámbito público hay un trabajador que presta un servicio personal, material e intelectual, para un tercero -El Estado- quien organiza, dirige y controla ese trabajo obligándose a pagar por dichos una remuneración determinada. (Varas, 2021. p. 225)

Por ende, surge una dinámica relacional que se enmarca en los indicios de dependencia que hacen presumir la existencia de una relación jurídica de trabajo, que funciona bajo las previsiones que establece el ordenamiento jurídico laboral en su conjunto. Así, la subordinación laboral se asemeja a las expresiones de organización, dirección jerárquica y control que existen en la organización administrativa. La Administración Pública es un aparato organizativo estructurado con normas de conductas y modos de hacer, los cuales, al excederse de las condiciones que define el Estatuto Administrativo, permiten la intervención del orden legal laboral.

Asumir este criterio permite una protección jurídica más eficiente a los derechos de los honorarios. Otorga un resguardo bajo máximas de orden público laboral que imponen límites al aparato público para evitar la precarización de los trabajadores públicos. Igualmente, no contrapone la convivencia entre ambos regímenes jurídicos -administrativo y laboral- ya que se sostienen según las máximas de juridicidad y Estado de Derecho como principios esenciales del ordenamiento jurídico chileno.

De esta manera, la protección laboral del personal honorario se avala por una amplia línea judicial afincada en múltiples sentencias que resuelven recursos de unificación de jurisprudencia en los últimos 8 años. Esta jurisprudencia se sustentó en una interpretación acorde de los conceptos abiertos de subordinación y dependencia. Así, identificó de la realidad indicios suficientes que acreditan el exceso en las prerrogativas del ente y brindaron una solución acorde a las máximas de justicia y dignidad.

Bibliografía

- ALESSI, R. (1970). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. 3era traducción de la versión italiana por Benaventura Pellisé Prats. Ed. Bosh.
- BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. 3era Edición actualizada. Legal Publishing Thomson Reuters.
- CAAMAÑO ROJO, E. y VARELA FRECKENSTEIN, A. (2021). *Esquemas de Derecho Individual del Trabajo en Chile*. Editorial Tirant lo Blanch.
- CAAMAÑO ROJO, E. (2009). “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. No. 32.
- CABANELLAS, G. (1949). *Tratado de Derecho Laboral*. Tomo II. Contrato de Trabajo. Editorial El Gráfico Impresores.
- CARCAMO RIGHETTI, A.. (2016). “La desnaturalización de los contratos a honorarios en la Administración del Estado: una interpretación jurisprudencial peligrosa”. En Javier Couso, *Anuario de Derecho Público 2016*. Universidad Diego Portales.
- CRUZ VILLALÓN, J. (2018). “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo. *Revista de Derecho Social*. Editorial Bomarzo.
- DE LA CUEVA, M. (1975). *El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. 3era Edición. Editorial Porrúa.
- ERMIDA URIARTE, O y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O. (2022). “Crítica de la subordinación”. *Revista Ius et Veritas*. No. 25.
- FERNÁNDEZ TOLEDO, R. (2016). *El poder disciplinario del empleador*. Editorial Thomson Reuters La Ley.
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C. y SALDIVIA HERRERA, G. (2019). El contrato de honorarios en la Administración Pública y su laboralización por la jurisprudencia. En *Revista Chilena de la Administración del Estado*. No. 2. Centro de Estudios de la Administración del Estado.
- GAMONAL CONTRERAS, S. y GUIDI MOGGIA, C. (2015). *Manual del Contrato de Trabajo*. 4ta Edición. Revisada y aumentada. Thomson Reuters. La Ley.

- GOERLICH, J. M. (2016). *Derecho Individual de Trabajo. Nueva aproximación a la legislación y la jurisprudencia*. Editorial Tirant lo Blanch.
- GRISOLIA, J. (2016). *Manual de Derecho Laboral*. 7ma Edición (actualizada y revisada). Editorial Abeledo Perrot.
- GUZMÁN ZÚÑIGA, J. E. (2022). “Análisis sentencia ROL de Corte Suprema 3679-19. Declaración de la existencia de la relación laboral de prestadores de servicios a honorarios en municipios y sus efectos”. En *Revista de Derecho. Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción*. No. 40.
- HEPPLE, B. (1994). *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución nueve países hasta 1945*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- KAHN FREUND, O. (2019). *Trabajo y Derecho*. Editorial Comares.
- LUCAS MORIN, A. (2022). *Sociología de la empresa*. Quinta Edición ampliada. Ibérico Europea de Ediciones.
- MERCADER UGUINA, Jesús. (2020). *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 13 Edición. Editorial Tirant lo Blanch.
- NEIRA REYES, F. J. y ROJAS MUÑOZ, Á. (2016). “Trabajadores a honorarios. La Municipalidad como transgresor del orden público laboral. En, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Vol. 7. No. 13.
- OELCKERS CAMUS, O. (1977). “Notas a la potestad discrecionalidad de la Administración Pública”, En, *Revista de Derecho*. Año XLIV. No. 165.
- ORSINI, J. I. (2010). “Los principios del Derecho del Trabajo”. En, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Año 7. No. 40.
- PALAVECINO CACERES, C. (2000). “La contratación a Honorarios en la Administración Pública: El Estado como fuente de Empleo Precario”. En, *Revista Laboral Chilena*. No. 88 (7).
- PARADA VÁZQUEZ, R. (2000). *Derecho administrativo. Organización y empleo público*. Tomo I. 14ª ed. Marcial Pons.
- PÉREZ BOTIJA, E; BAYÓN CHACÓN, G. (1962). *Manual de Derecho del Trabajo*. Volumen I, 3era edición. Editorial Marcial Pons.
- PEREZ BOTIJA, E. (1955). *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos.

- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1978). *Curso de Derecho Laboral*. Volumen I. Tomo II. Contrato de Trabajo. Editorial Acali.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015). *Los principios del Derecho del Trabajo*. 4ta Edición. Fundación Universitaria.
- PONCE HEINOHN, I. (2016). Profesionales contratados a honorarios según la Ley 18883. Algunas reflexiones sobre su acertado tratamiento jurisprudencial. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 4. No. 3.
- RAJEVIC, E. (2017). *Textos Legales sobre gestión de personas y empleo público en Chile*. Dirección del Servicio Civil.
- RAJEVIC, E. (2018). “La crisis la regulación del empleo público en Chile. Ideas para un nuevo modelo.” En, *Un Estado para la Ciudadanía. Estudios para su modernización*. Centro de Estudios Públicos.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1966). “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”. En, *Revista de Política Social*. No. 71.
- ROMÁN, M. D. (1992). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Editorial Grapheus.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2010). *Derecho Administrativo. Parte General*. 6ta ed. Ed. Tecnos. España.
- SUPIOT, A. (2004). “Trabajo asalariado y trabajo independiente”. *Actas del VII Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo*. (Versión transcrita por la Universidad Nacional de Colombia).
- SUPIOT, A. (2008). *El Derecho del Trabajo*. Editorial Heliasta SRL.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2005). “La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo”. En, *Revista Gaceta Laboral*. Vo. 11. No. 1. Universidad de Zulia.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2014). *Derecho del Trabajo: Invención, teoría y crítica*. Thomson Reuters. Chile.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2020). “Trabajo en empresas de plataformas: subordinación y más allá”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. No. 35.
- UGARTE CATALDO, J. L. (2021). Trabajadores de empresas de plataforma: subordinación y más allá. *Revista Chilena de Derecho Privado*. No. 35.

- VALDEBENITO PEDRERO, S. (2017). ¿Cuántos trabajadores emplea el Estado en Chile? Problematicación y orden de magnitud de la contratación a honorarios. En, *Empleo Público en Chile. ¿Trabajo Decente en el Estado? Apuntes para un debate*. Sonia Yañez, Irene Rojas (Coord.) FLACSO.
- VARAS MARCHANT, K. (2021). “La laboralización de la función pública. Reflexiones a propósito del debate sobre la aplicación de la acción de tutela de los derechos fundamentales a los trabajadores públicos.” En, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. No. 56.
- VARAS MARCHANT, K. (2016). “La problemática del personal a honorario”. En, Javier Couso, *Anuario de Derecho Público 2016*. Universidad Diego Portales.

Recursos electrónicos

- VERGARA BLANCO, A. “Precariedad del empleo público a honorarios.(parte III) Actualidad jurisprudencial en la Corte Suprema y en la Contraloría”. Disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/30753-profesor-alejandro-vergara-precariedad-del-empleo-publico-a-honorarios-parte-iii-actualidad-jurisprudencial-en-la-corte-suprema-y-en-la-contraloria>.
- VERGARA BLANCO, A. Contratos a honorarios para servicios personales habituales y dependientes en la Administración pública: su naturaleza laboral. El Código del Trabajo como estatuto común y supletorio. *Diario El Mercurio Legal*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/320044720_2016_Comentario_EML_Contratos_a_honorarios_para_servicios_personales_habituales_y_dependientes_en_la_Administracion_publica_su_naturaleza_laboral_El_Codigo_del_Trabajo_como_estatuto_comun_y_supletorio.

**DEBATE: VIDA Y OBRA DE HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA
EN OCASIÓN DEL CENTENARIO DE SU NACIMIENTO**

**DISCUSSION: LIFE AND WORK OF HÉCTOR-HUGO
BARBAGELATA ON THE OCCASION OF THE CENTENARY OF
HIS BIRTH**

El equipo editorial de la Revista Jurídica del Trabajo ha decidido dedicar la sección de debate de este N° 12, a repasar la vida y obra de Héctor-Hugo Barbagelata en ocasión del centenario de su nacimiento.

Por ende, se trata este de un número especial que pretende recordar a uno de los más importantes e ilustres iuslaboralistas de nuestro medio, cuya obra científica constituye una referencia para todas las generaciones que lo han sucedido.

En esta oportunidad, se incorporan dos trabajos que destacan la calidad académica de Héctor-Hugo Barbagelata, desde diferentes puntos de vista.

Por un lado, Juan Raso hace énfasis en una de las facetas del profesor Barbagelata, buscando puntos de conexión entre su construcción académica y su desarrollo en el mundo de las artes escénicas (particularmente, el teatro). Es a partir de una conversación personal mantenida entre ambos, y de la importancia de la obra de “El particularismo del Derecho del Trabajo” que Raso baja al terreno del teatro e introduce nuevas ideas sobre el derecho del trabajo, su rol presente y futuro. Particularmente, en este escenario sin monólogos y en constante transformación, explica, según su perspectiva, cuál será el rol de los sindicatos, los nuevos objetivos del conflicto y las distintas formas de acción sindical y reacción empresarial, y la ampliación de los espacios de la negociación colectiva.

Por otro lado, Jorge Rosenbaum también rinde homenaje al destacado iuslaboralista, por un lado, aportando una descripción de su obra y aportes doctrinarios, y por otro lado, buscando un hilo conductor de la construcción dogmática de Barbagelata, al destacar a dos de sus más trascendentales obras publicadas en 2009, como lo son el “Curso sobre la Evolución de Pensamiento Juslaboralista” y la versión actualizada y ampliada sobre “El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales”. Asimismo, Rosenbaum destaca varias reflexiones del profesor Barbagelata, que trasuntan en grandes temas del pensamiento iuslaboral de la actualidad. Así, a vía de ejemplo, la superación del criterio o doctrina de la subordinación jurídica; la noción de la “flexiseguridad” como un instrumento de “soft law”; la creciente flexibilización del tiempo de trabajo; el predominio de la idea del despido libre;

entre otros. El trabajo finaliza planteando la necesidad de un nuevo gran pacto social universal, justificado en lo que Barbagelata entendía necesario para concretar un efectivo derecho universal del trabajo, al requerirse un entendimiento especial de que esta rama del derecho debe proteger el trabajo y los trabajadores bajo todas sus formas y modalidades.

Federico Rosenbaum Carli¹
(Coordinador del tema de debate del N° 12)

¹ *Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Asociado e investigador de alta dedicación (PiAD), Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>. Correo electrónico: federico.rosenbaum@ucu.edu.uy.*

ACTORES Y ESCENARIOS DE LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI

ACTORS AND SCENARIOS OF LABOR RELATIONS OF THE 21ST CENTURY

Juan RASO DELGUE

Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Prof. Titular (grado 5) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de Teoría de las Relaciones Laborales en la Facultad de Derecho, Universidad de la República (ret.) (Uruguay).

juanraso@redfacil.com.uy

Fecha de envío: 28/02/2024

Fecha de aceptación: 03/03/2024

ACTORES Y ESCENARIOS DE LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI

Juan RASO DELGUE

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: El trabajo pretende rendir un homenaje a la obra de Héctor-Hugo Barbagelata, destacando su influencia en la formación académica y en la concepción de las relaciones laborales como una compleja actuación teatral. En concreto, discute la importancia de ampliar la visión de las relaciones laborales, de la mano de los derechos sindicales, así como la internacionalización de la negociación colectiva en un contexto global. Enfatiza la necesidad de que los sindicatos se unan a nivel transnacional para proteger a los trabajadores en un entorno laboral cada vez más complejo. El texto también aborda el desafío de promover acciones globales y construir alianzas para extender la protección de los trabajadores más allá de las fronteras nacionales. Concluye reflexionando sobre los cambios en las relaciones laborales en el siglo XXI y la importancia de comprender el trabajo en su totalidad.

Palabras clave: Héctor-Hugo Barbagelata - Relaciones laborales - Rol del sindicato - Acción sindical - Internacionalización de la negociación colectiva

Sumario: 1. A modo de introducción: relaciones laborales y teatro. 2. “Las relaciones laborales no son un monólogo”. 3. Las transformaciones del trabajo y su impacto en el escenario laboral. 4. El rol de los sindicatos y los nuevos actores. 5. Nuevos objetivos del conflicto. 6. Distintas formas de acción sindical y reacción empresarial. 7. Ampliación de los espacios de la negociación colectiva. 7.1. Los colectivos no asalariados y la negociación colectiva. 7.2. La internacionalización de la negociación colectiva. 8. Conclusiones.

Abstract: The work aims to pay tribute to the work of Héctor-Hugo Barbagelata, highlighting his influence on academic training and the conception of labor relations as a complex theatrical performance. Specifically, it discusses the importance of expanding the vision of labor relations, hand in hand with union rights, as well as the internationalization of collective bargaining in a global context. It emphasizes the need for unions to come together transnationally to protect workers in an increasingly complex work environment. The text also addresses the challenge of promoting global actions and building alliances to extend worker protection beyond national borders. It concludes by reflecting on the changes in labor relations in the 21st century and the importance of understanding work in its entirety.

Key words: Héctor-Hugo Barbagelata - Labor relations - Role of the union - Union action - Internationalization of collective bargaining

Summary: 11. By way of introduction: labor relations and theater. 2. "Labor relations are not a monologue." 3. The transformations of work and their impact on the work scenario. 4. The role of unions and new actors. 5. New objectives of the conflict. 6. Different forms of union action and business reaction. 7. Expansion of collective bargaining spaces. 7.1. Non-salaried groups and collective bargaining. 7.2. The internationalization of collective bargaining. 8. Conclusions.

1. A modo de introducción: relaciones laborales y teatro

La severidad intelectual del Prof. Barbagelata exigía – para valorar una persona – que ésta "calzara los puntos", como solía afirmar. Aunque no pueda afirmar que yo calzara esos puntos, lo cierto es que él me dispensó una atención y un afecto mayor al que merecía. Entre ambos existía una particular conexión sensible – una "afinidad electiva" en palabras de Goethe – que iba más allá de lo estrictamente intelectual y que se resumía en el amor por el teatro, amor que se transformaba en pasión cuando hablábamos de la Comedia del Arte, ese fenómeno de "hacer teatro" que caracterizó el Renacimiento italiano. Esa afinidad permaneció viva hasta los últimos días del Maestro.

Este vínculo tan especial estuvo bien presente en la gestación misma de la Carrera de Relaciones Laborales en la Universidad de la República. Era el año 1994: Plá Rodríguez había sido nombrado decano; Oscar Ermida dirigía el proyecto Relasur (luego naufragado por el escaso apoyo del gobierno nacional), Barbagelata era Director del Instituto de Derecho del Trabajo. Era indispensable lograr la aprobación de la Carrera y para ello le solicité que como Director del Instituto oficializara el interés del laboralismo universitario por la novedosa Tecnicatura. Me invitó a visitarlo y sentados en su jardín de invierno del apartamento del Panamericano, nos quedamos hablando sobre de la carrera y el teatro, luego que me entregara la ansiada carta de apoyo.

- ¿Sabe Raso?, las relaciones laborales son una comedia. Diría más: una comedia a la manera de la "comedia del arte", sin un texto definido de antemano, con actores, mimos y saltimbanquis, actuando a partir de un simple cañamazo o "canovaccio", como dicen los italianos.

Lo escuchaba fascinado: - Tiene razón profe; las relaciones laborales son una comedia, a la manera de la comedia del arte. Lástima que sus reflexiones no se puedan escribir; podrían juzgarse poco académicas.

- ¿Usted cree?, - me miró con ojos desafiante y ahí concluyó nuestro encuentro.

En junio de 1995 (la Carrera había comenzado a dictar sus cursos en abril) me entregó un ejemplar de El Particularismo del Derecho del Trabajo: La primera

edición de ese trabajo extraordinario que completaría en su segunda edición de 2009.

No se había olvidado de nuestra charla, y al entregarme el libro, me dijo:

- “Lea, caro Raso, el segundo capítulo. Nunca pierda el coraje de escribir lo que piensa y dice”.

Leí ese texto que tanto marcaría en los años siguientes mi forma de “pensar” las relaciones laborales:

Las relaciones laborales no transcurren como un monólogo, sino que existe una pluralidad de actores, que desempeñan cada uno roles complejos que, a veces, se desdoblán y otras se agrupan, según un libreto que se asemeja al simple cañamazo, a partir del cual las máscaras de la “Commedia dell’arte” creaban la verdadera acción.

... Como en el teatro, podemos distinguir protagonistas y figuras secundarias, e incluso meros figurantes, por la importancia del papel que desempeñan, sin perjuicio de la que en definitiva adquieran, por el condicionamiento de la situación o por la habilidad con que son actuados¹.

2. “Las relaciones laborales no son un monólogo”

Como hemos citado, para Barbagelata las relaciones laborales no son un monólogo (o un *stand-up*, como diríamos hoy), sino una compleja actuación en la que interviene una pluralidad de actores, de diversa jerarquía, que se alejan y se agrupan según las circunstancias con la improvisación propia de un plan, que tiene muchas veces altas dosis de improvisación.

En relaciones laborales no hablamos de “sujetos”, sino de “actores” ¿Por qué?: porque es el actor quien se involucra en una situación dramática, caracterizada por el conflicto de quienes desempeñan los diferentes roles.

Barbagelata individualiza los tres actores principales - trabajadores, empleadores y Estado – que organizan las relaciones laborales a través de lo

¹ Barbagelata, H. H., El particularismo del Derecho del Trabajo, FCU, 1a Edición, Montevideo 1995, p. 33 y 34.

que da en llamarse “tripartismo”, fenómeno al origen y fortalecimiento de la Organización Internacional del trabajo².

Individualiza en el reparto una variada serie de actores secundarios, que van desde las organizaciones internacionales, hasta los llamados “operadores jurídicos” y asesores de las organizaciones de empleadores y trabajadores. Estos, a veces, siguen meramente directivas de los protagonistas, como pueden ser los inspectores del trabajo o los jefes de personal de las empresas, pero otras asumen roles más creativos, como los asesores de las organizaciones de empleadores y trabajadores.

También “en el reparto” están las organizaciones que luchan contra las diferentes formas de discriminación, respaldando a las mujeres, los migrantes, los minusválidos, los jóvenes, los ancianos. etc.

Tampoco puede olvidarse – concluye -. el papel que juegan en algunas situaciones los familiares de los trabajadores, aunque generalmente sus voces vienen desde atrás del escenario.

Con relación a la escenografía, expresa que una misma situación laboral puede variar, según el marco escenográfico, la iluminación que cada actor recibe en un determinado momento, la justeza con que dé una réplica, que, aunque esperada, puede tener un efecto distinto en cada representación³.

Con relación al público, Barbagelata recuerda que “no hay actuación dramática sin público” y desde ya es posible señalar evidencias de la significación del público en las relaciones laborales: un amplísimo público rodea el desarrollo de las relaciones de trabajo; les presta, según los momentos, más o menos atención, toma partido por alguno de los personajes o los repudia. Ese “público” ...

integra lo que da en llamarse el mundo del trabajo, que está formado por quienes, al mismo tiempo que presencian los acontecimientos, participan en ellos y, en cualquier momento, suben al escenario o son iluminados en la propia sala. Muchas veces es el público que llega a decidir la continuación de la acción o una transformación radical de su sentido⁴.

² *Ibidem*, p. 35.

³ *Ibidem*, p. 34.

⁴ *Idem*.

Concluye expresando:

el “gran teatro del mundo del trabajo” está registrando permanentemente cambios; los actores mudan su maquillaje o sus vestimentas, o se ponen diferentes máscaras, alteran la entonación o el discurso, e incluso son sustituidos por otros en los mismos roles, como en esas obras que quedan muchos años en el cartel.

... Conociendo a los intérpretes que en cada lugar encarnan los personajes, se podrá entender mejor lo que va ocurriendo y hasta prever el desenlace de los distintos episodios. Por otra parte, en tanto público, todos podemos, en alguna medida participar de la acción. Y por nuestra parte, la difusión de nuestras opiniones nos permitirá asumir, desde luego en términos modestos, el rol de operadores jurídicos⁵.

A esos cambios que - para Barbagelata - son naturales en el “gran teatro del mundo del trabajo”, nos referiremos en los próximos numerales.

3. Las transformaciones del trabajo y su impacto en el escenario laboral

Hemos expresado en diversas oportunidades que vivimos un cambio de época que en lo laboral se expresa no solo en el extraordinario impacto de las tecnologías, sino también en las transformaciones de los modos de producción y de una cultura que privilegia la dimensión individual frente a la solidaridad del grupo.

En el nuevo contexto económico y social, se pierden las referencias tradicionales del trabajo típico: el empleador como realidad física y tangible, la fábrica como lugar de la “subordinación”, los tiempos fijos, la categoría predeterminada y el salario forfaitario como compensación por las tareas realizadas. Se diluye la dependencia como rasgo específico del contrato de trabajo, sobre el que se construyeron las tutelas laborales y un sistema de seguridad social, fundado en la nítida separación entre la condición de empleador y trabajador.

⁵ Ibidem, p. 59.

Ingresa a escena un nuevo actor que reclama cada vez más protagonismo: es la Inteligencia Artificial que asume su rol a través de máquinas, robots y algoritmos que superan muchas veces la actuación humana.

Estamos ante un escenario con características muy disimiles a las que conocíamos en el siglo pasado. Los nuevos procesos productivos exigen cada vez menos una dimensión espacial fija. El “espacio físico determinado” desaparece como paradigma del trabajo “para otro” porque las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante *TICs*) permiten trabajar a distancia, fuera del local de la empresa a través de instrumentos como celulares, laptop, ordenadores, etc.

A tono con lo que expresáramos anteriormente, la escenografía cambia vaciándose de muchos de sus tradicionales decorados. Lo material cede espacio a una ambientación inmaterial, liviana y incorpórea y en ese nuevo contexto los actores deben aprender nuevas formas de actuación entre luces, planos y bastidores antes desconocidos.

El trabajador subordinado – actor típico de las relaciones laborales del siglo pasado – es sustituido cada vez más por trabajadores autónomos o semidependientes. No es una forma nueva de trabajo (existió el trabajo de los artesanos y de muchos profesionales universitarios, por ejemplo). Lo nuevo es que en el siglo XXI el trabajo independiente se desarrolla en forma exponencial, debido a dos factores nuevos: el desarrollo de los servicios, que va de la mano con la aparición de tecnologías de fácil acceso. Si hasta el siglo XX era necesaria la acumulación de capital para abrir una empresa, instalar un comercio o equipar una fábrica, las nuevas tecnologías y en especial las actividades vinculadas a los servicios facilitan la acción de los emprendedores individuales.

La crisis sanitaria del COVID 19 expandió el trabajo remoto en una dimensión desconocida en el pasado, lo cual nos permite hoy hablar de “nómades digitales” para referirnos a una nueva categoría de teletrabajadores independientes, cuya actividad los traslada a lo largo de la dimensión digital de un lugar a otro del mundo, en busca de oportunidades de trabajo. El futuro inmediato indica que el metaverso - es decir un nuevo escenario virtual que

propone una realidad de tipo “inmersiva” - será el lugar de trabajo de grandes franjas de la población mundial.

Ya no es tan fácil distinguir a los actores principales de los secundarios en una actuación en la que estos últimos reclaman cada vez más protagonismo. En el fondo del escenario están los figurantes, que hoy representan a números crecientes de informales, desempleados y subsidiados, cuya compleja presencia reclama un rol más importante en la trama. Han cambiado las luces y las perspectivas en el escenario de las relaciones laborales, mientras las formas de actuar adquieren cada vez más connotaciones individuales.

La solidaridad del modelo industrialista – ese “coro” con sus categorías y reglas rígidas -, es sustituida por un individualismo propio de un sistema productivo que premia según metas, habilidades y conocimientos propios de cada trabajador, perdiéndose las referencias de la dimensión colectiva del trabajo. Los intereses u objetivos del sindicato en muchos casos ya no coinciden con los intereses individuales de los trabajadores, lo cual produce una fractura entre las cúpulas y las bases del colectivo.

Ante la realidad del siglo XXI es posible resumir en tres aspectos el impacto de los cambios sobre el escenario de las relaciones laborales:

a) La actuación de nuevos colectivos de trabajadores (ejemplo de ello son los trabajadores de las aplicaciones), que han perdido su identidad como “clase” o grupo homogéneo con intereses y objetivos propios, para promover una creciente competencia intraindividual;

b) La necesidad del sindicato de promover nuevos objetivos e intereses de “lucha”: es necesario enriquecer el “guion” ante experiencias distintas del pasado, que obligan a renovar la línea argumental, porque el desafío es lograr unificar a trabajadores diferenciados por localización geográfica, naturaleza del vínculo laboral y aspiraciones.

c) La amplia dimensión digital de las nuevas relaciones laborales, obliga a incorporar nuevas estrategias de lucha en el conflicto laboral: el “discurso” típico del modelo taylorista pierde fuerza, mientras es necesario adecuar el discurso a las nuevas expresiones del mundo del trabajo. La escenografía

realista del industrialismo de fábrica cede espacio a escenas abstractas, donde importa cada vez menos el lugar y el tiempo de la acción.

Intentaremos expresar nuestra propia visión, concentrando la mirada en tres aspectos fundamentales que caracterizarán la “actuación” futura de las relaciones laborales: a) el rol de los sindicatos; b) los nuevos objetivos del conflicto y c) las distintas formas de acción sindical y reacción empresarial; d) ampliación de los espacios de la negociación colectiva.

4. El rol de los sindicatos y los nuevos actores

El sindicato nació como la expresión de lucha solidaria de la llamada “clase trabajadora”. Se gestó y consolidó en los movimientos obreros de las fábricas, para luego extenderse a toda actividad laboral de naturaleza subordinada. El concepto tradicional de sindicato responde por lo tanto a la idea de trabajadores subordinados organizados para equilibrar la asimetría de poder con la contraparte más fuerte, es decir el empleador o empresa.

Más de una vez hemos señalado que en el Derecho del trabajo existe un pecado original: nació como un derecho “exclusivo y excluyente”. Su objeto – pese al nombre engañoso – no fue proteger en términos generales al “trabajo”, es decir a todos los trabajos, sino tutelar solo un determinado tipo de trabajo: el trabajo subordinado. Esta limitación se proyectó al sindicato, como organización de trabajadores en régimen de dependencia y de trabajo por cuenta ajena.

Las transformaciones en acto, al reducir la dimensión de trabajo subordinado, base del movimiento sindical, erosionan uno de los aspectos centrales de los derechos sindicales: su titularidad. En el nuevo sistema de relaciones laborales desaparece en muchos casos la subordinación y la “presencialidad”, que eran requisitos básicos para organizar en asambleas de fábrica (o de oficina) al sindicato.

En la sociedad digital del siglo XXI - con sus nuevas modalidades de trabajo de naturaleza semi-dependiente o independiente - y en muchos casos con colectivos de trabajadores dispersos en diversos países del globo, el concepto mismo de “sindicato” sufrirá inevitables ajustes. Si las nuevas formas

de trabajo ponen en cuestión las propias fronteras de la disciplina, debemos entender que también entran en crisis conceptos tradicionales como la subordinación para legitimar la organización sindical y sus derechos.

Las preguntas no son pocas: ¿Los trabajadores semidependientes de las aplicaciones podrán organizarse en estructuras con derechos similares al sindicato, y serán titulares de los derechos de huelga y negociación, cuyo amparo está garantizado por nuestras normas constitucionales y legales? ¿La defensa colectiva de los intereses profesionales se justificará en forma genérica por la condición de ser trabajador, prescindiendo de la naturaleza del vínculo? ¿Otros colectivos unidos por el género, la condición de migrantes, la defensa del ambiente, etc. podrán ejercer los derechos atribuidos al “sindicato”, como tradicionalmente lo conocemos? ¿El sindicato tradicional continuará siendo la voz de los trabajadores dispersos - e inmersos - en la dimensión digital?

Estas preguntas nos remiten a los temas y problemas que plantea el futuro del trabajo en materia de derecho colectivo, donde se comienza a debatir la cuestión de la ampliación del concepto de sindicato y de interés profesional. Entendemos que las nuevas formas de trabajo no asalariado justificarán la constitución de “sindicatos” o “agremiaciones” que reúnan grupos hoy no alcanzados por los derechos sindicales limitados a los trabajadores subordinados. Sin embargo, no siempre será fácil el ensamblaje del sindicato tradicional con nuevas organizaciones representativas de trabajo no subordinado.

También compleja puede ser la determinación de atribuir la calidad de organización gremial o sindical a trabajadoras y trabajadores - subordinados o no -, unidos por otras formas de solidaridad, como podría ser la que genera una agrupación feminista o un colectivo de migrantes, situaciones que bien pueden dar lugar a conflictos intrasindicales, es decir entre las propias organizaciones sindicales. En nuestra opinión, la titularidad de los derechos sindicales alcanzará en el futuro no solo al sindicato - tal cual lo definimos tradicionalmente - sino también a otros colectivos en función de características específicas del grupo de trabajadores, que reúne. Son los “nuevos actores” en la escenografía de las

relaciones laborales que comienzan a reclamar protagonismo en sus actuaciones.

El tema de la titularidad de los derechos colectivos estará vinculado también al rol que desempeñarán los sindicatos para ampliar sus criterios de afiliación, atrayendo a trabajadores no subordinados y a aquellos cuyos intereses responden a otras condiciones como el género, la situación de migrante, la informalidad, el desempleo, la protección del ambiente, etc. El sindicato, de no ampliar su rol inclusivo, sufrirá inevitablemente un debilitamiento funcional producido por la disminución de los trabajadores subordinados, derivando al mismo tiempo el conflicto social a las organizaciones feministas, ambientalistas, indigenistas y otras minorías, que reclaman su protagonismo en la trama de la época actual.

5. Nuevos objetivos del conflicto

Más allá del debate sobre las finalidades de carácter profesional o político de la huelga, la evolución histórica muestra que los trabajadores organizados recurren a las medidas de conflicto para reivindicar generalmente mejores salarios y condiciones de trabajo.

Diversos factores han atenuado en nuestra opinión la fuerza de las tradicionales reivindicaciones de los sindicatos: por un lado, en las sociedades occidentales se ha legislado y regulado sobre un creciente número de tutelas específicas para el trabajo (salud, siniestralidad, desempleo, régimen de ajustes salariales, jornadas y descansos, etc.); por otro lado, los diversos tipos de crisis que afectan periódicamente las sociedades capitalistas dificultan las posibilidades de mejorar las retribuciones y las condiciones laborales. Hay en la actualidad - obviamente es una opinión muy personal - menos margen para reclamos de salarios y condiciones laborales que en el pasado, lo cual en diversos casos quita una importante motivación a la acción sindical.

La comprobación de tal realidad, el miedo a la sustitución de mano de obra por máquinas y también una mayor cultura social de muchas organizaciones sindicales - especialmente en Europa - determinan que nuevos

objetivos se sumen o sustituyen las reclamaciones tradicionales del sindicato. Pensamos en tres contenidos concretos que debe marcar el “guion” del conflicto en los tiempos presentes: a) la cogestión tecnológica; b) el tema ambientalista; y c) la aplicación de los derechos humanos a nivel de la empresa. Aunque es evidente que estas cuestiones aún no han aterrizado en los sistemas de relaciones laborales latinoamericanos, el desarrollo en Europa de estos frentes de acción permite presagiar su expansión a otros países, como los de nuestra región.

Examinaremos brevemente los tres objetivos enunciados:

a) La cogestión tecnológica

Pese al impacto que las nuevas tecnologías tienen sobre la destrucción de empleos tradicionales y el consiguiente debilitamiento de la organización sindical, en América Latina la cogestión tecnológica a nivel de la empresa no parece estar en la agenda de las organizaciones de trabajadores.

Las decisiones sobre la incorporación de tecnología en los procesos de producción y/o control del trabajo siguen siendo privativas de la empresa y a lo sumo el sindicato despliega el conflicto como una forma de reacción/resistencia. Entre estos temas debe preocupar en especial la cuestión de la protección de datos personales y la privacidad del trabajador. La tradicional protección de datos (*habeas data*) regulada por las leyes de los principales países del continente en la primera década de nuestro siglo, se limitó básicamente a establecer tutelas a nivel individual. Será necesario abrir un debate y futuras negociaciones sobre la tutela de los datos a nivel de colectivos de trabajadores, pues la actual captación de los mismos a nivel global trasciende la esfera individual, porque impacta sobre derechos humanos fundamentales como las libertades individuales y colectivas, la discriminación, la diversidad, etc.

Vinculada a la cuestión de la protección de la intimidad y privacidad del trabajador, es la necesidad de exigir límites a los instrumentos de control de los empleadores, que van desde las antiguas cámara y GPS, a los modernos

sensores de datos biométricos, a la ropa inteligente (*wearables*) y a los más recientes chips neurológicos, que anuncian empresas como Neuralink.

Otro tema que ingresará necesariamente en el conflicto laboral es el que refiere a la construcción de los algoritmos para definir la acción de la Inteligencia Artificial en los modelos de organización del trabajo. La cuestión “laboral” en torno a los algoritmos se planteará con relación a los datos que alimentan ese proceso de decisión y a la legitimidad del uso de los mismos. Deberá ser objetivo del sindicato el conocimiento de los criterios que determinaron la introducción de esos datos en la programación de decisiones de la empresa, porque lo mismo podría lesionar los derechos humanos de la persona, en temas como la contratación, la ejecución del contrato de trabajo y la extinción del mismo. El objetivo del conflicto apuntará a asegurar el llamado “derecho a la transparencia algorítmica”, que se expresa en la posibilidad que la organización sindical pueda tomar conocimiento de los datos que alimentaron los algoritmos en la definición de las decisiones de la Inteligencia Artificial.

El tema de los derechos sindicales del futuro - en la extensión que le damos en estas reflexiones - se vuelve ya una realidad en el ejemplo de la huelga de los guionistas y actores/actrices de Hollywood del año 2023. En primer lugar, con referencia al numeral anterior, destacamos que es una huelga de “trabajadores autónomos” organizados en fuertes gremios, que despliegan acciones típicamente sindicales.

La segunda cuestión refiere al nudo del conflicto, que no es otro que la necesidad de proteger el trabajo humano (en el caso, de los guionistas y actores), ante una IA cada vez más preparada para redactar guiones, multiplicar apariencias, alterar voces e interpretaciones en una actuación. El conflicto de Hollywood radica precisamente en definir los límites contractuales que deberán aplicarse a la IA, para la reproducción de imágenes de actores y actrices, o para la construcción de un relato o una historia “cinematográfica”. En este escenario, comprobamos que la IA ha dado un paso más hacia el futuro: ha nacido “la IA generativa”, es decir aquel proceso tecnológico que puede generar contenidos originales a partir de datos existentes. Este ejemplo permite confirmar la

presencia de la Inteligencia Artificial como un nuevo actor con características propias en el nuevo escenario de las relaciones laborales.

b) El tema ambientalista

Las condiciones ambientales y los principios del desarrollo sustentable se vuelven objetivo de muchos grupos de presión, especialmente en el continente europeo, mientras que en América Latina el tema no ha adquirido aún la importancia debida.

El derecho a un medio ambiente de trabajo seguro y saludable se recoge en el artículo 1 del Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo (2006), mientras que la Declaración de la OIT aprobada en la 10a Conferencia de 2022, incluye el derecho a un entorno de trabajo seguro y saludable entre los derechos fundamentales de la organización (Declaración de 1998).

Cuando hablamos de derechos ambientales y trabajo nos referimos a dos dimensiones: a) la dimensión interna de la empresa, que está referida a las condiciones ambientales al interno del lugar de trabajo (el “entorno” del trabajo) y b) la dimensión externa: es decir la proyección (o la contaminación) que el lugar de trabajo produce en el medio-ambiente general.

Entre esas dos dimensiones, existe una profunda interconexión, porque el ambiente interno condiciona la calidad y seguridad del trabajo, pero al mismo tiempo se proyecta y se retroalimenta (para bien o para mal) con el medio-ambiente externo.

La cuestión ambientalista está por lo tanto presente en la agenda de los sindicatos europeos, interesados por un lado en la propia sobrevivencia de la empresa y en el contexto ecológico en el que ésta opera, y por el otro en la definición de nuevos espacios de conflictividad y diálogo, en los que podrían asumir protagonismo.

En tal sentido se destaca la trascendencia que tuvo la joven activista sueca Greta Thunberg, que convocó el movimiento estudiantil “Fridays for future” en diversos países en los últimos años para desarrollar acciones, que los medios

de prensa calificaron como “huelgas estudiantiles”. El éxito de esta experiencia determinó que los sindicatos se sumaran a los reclamos ambientalistas: a modo de ejemplo recordamos la huelga convocada por las centrales españolas CCOO, UGT y USO, respaldando la huelga mundial del 27 de setiembre de 2019 contra el cambio climático. Las mismas centrales sindicales convocaron posteriormente a una acción conjunta para participar en el “Día Mundial de Acción Climática en los Centros de Trabajo” celebrado el 22 de junio de 2022. A su vez, organizaciones ambientalistas convocaron el 3 de marzo de 2023 a la “huelga climática europea”, una de las mayores en los últimos años.

Las políticas ambientales vigentes - y las que se implementarán en el futuro - plantean reconversiones energéticas con aumentos de costos, que pueden tener como contrapartida la contención de los aumentos de salarios y/o la sustitución de trabajadores con tecnologías avanzadas. También en este caso, el desafío ambientalista obliga al sindicato a adquirir los conocimientos técnicos necesarios para elaborar propuestas racionales que compatibilicen la sustentabilidad del ambiente y la protección de los trabajadores en temas tan “nuestros” como la deforestación, la minería, las emisiones de gases, la calidad del agua, etc.

Al mismo tiempo, los “ambientalistas” son nuevos actores que entran en escena en las relaciones laborales con sus exigencias relativas a la limitación de efectos contaminantes de los emprendimientos y a la promoción de estrategias productivas en un marco conceptual de *desarrollo sostenible*.

c) La defensa de los derechos humanos a nivel de la empresa

Si bien, como ya hemos señalado, el eje del conflicto laboral (especialmente en América Latina) es la defensa del salario y de las condiciones estrictamente laborales, entendemos que se impone con especial fuerza la tutela de “otros derechos” laborales a nivel de la empresa. Son aquellos derechos humanos denominados “derechos fundamentales inespecíficos”, que, atribuidos con carácter general a los ciudadanos, son al propio tiempo, verdaderos derechos laborales cuando el sujeto es un trabajador.

Son derechos humanos porque están vinculados estrechamente a la propia condición humana, y si bien están reconocidos al más alto nivel (Pactos Internacionales, Convenios OIT, Constituciones nacionales, etc.), no siempre reciben efectiva tutela especialmente a nivel de la empresa. Trabajadores discriminados por razones de raza o género, o víctimas de acoso moral o sexual, no encuentran muchas veces en el sindicato la necesaria tutela de sus intereses, debiendo en la mayoría de los casos recurrir a instancias judiciales o simplemente abandonar su empleo ante la imposibilidad de una adecuada protección.

Entre los derechos humanos inespecíficos - además de aquellos que afectan a la intimidad y privacidad del trabajador - el sindicato deberá ser proactivo a nivel de empresa y de actividad en cuestiones como la violencia en el trabajo (y en especial la erradicación de todas las formas de acoso moral y sexual), la tutela contra toda forma de discriminación, la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, la erradicación del trabajo infantil, etc.

La huelga en estos casos se vuelve instrumento de tutela directa de los derechos humanos del trabajador, activando mecanismos de prevención y reparación de las posibles violaciones de los mismos. En este rol, el sindicato - a partir de la acción gremial y el control sobre el empleador - eleva su posición ética y jurídica, al volverse instrumento directo de defensa de derechos personalísimos en un ámbito - la empresa -, donde no siempre llega (o llega tarde) la intervención del juez.

6. Distintas formas de acción sindical y reacción empresarial

La huelga del futuro se expresará menos en suspensiones concertadas de trabajo y más en acciones y denuncias a través de redes sociales, comunicaciones vía aplicaciones como *whatsapp* y portales *on-line*, que busquen explicar las razones del conflicto, y al mismo tiempo dañar la imagen y la conducta de la empresa a través de denuncias públicas.

En esta primera aproximación, entendemos que las disputas sindicales del futuro se inscribirán básicamente en el concepto de “modalidades atípicas de

huelga”, que supondrán perjuicios para la empresa, no derivados necesariamente de la paralización de tareas.

Más allá del debate sobre la licitud de las formas atípicas de conflicto, comprobamos que la evolución de los derechos sindicales acepta cada vez más expresiones de conflicto sindical, que no se inscriben en el tradicional concepto de huelga como abstención colectiva del trabajo. Por lo tanto, nuevas formas de acción sindical surgirán en la nueva realidad digital, de la que no es ajena la expansión del trabajo remoto, por lo cual los trabajadores - separados entre sí - recurrirán cada vez más a instrumentos que faciliten la comunicación, la información y la denuncia “a distancia”. Podríamos afirmar que en el futuro el “celular” será uno de los más importantes instrumentos de la acción sindical. Para ello resultará también importante que los teletrabajadores puedan tener acceso a los correos o teléfonos de sus colegas, en el país y en el exterior.

En esta línea destacamos el Real Decreto-ley español 28/2020 de 22 de setiembre 2020, cuyo art. 19 regula los derechos colectivos de las personas que trabajan a distancia. Entre otras previsiones, la norma indica que la empresa debe suministrar a la representación legal de los trabajadores los elementos para el desarrollo de su actividad representativa, entre ellos: “el acceso a las comunicaciones y direcciones electrónicas de uso en la empresa y la implantación del tablón virtual, cuando sea compatible con la forma de prestación del trabajo a distancia”. Agrega la norma que “deberá asegurarse que no existen obstáculos para la comunicación entre las personas trabajadoras a distancia y sus representantes legales, así como con el resto de personas trabajadoras”.

Con relación a Uruguay, entendemos que el derecho del sindicato de tener acceso a las direcciones electrónicas de los trabajadores de la empresa podría fundamentarse en el art. 4 de la Ley N° 18.566 de 11/09/2009 que reconoce el derecho de las partes a “intercambiar informaciones necesarias a fin de facilitar un desarrollo normal del proceso de negociación colectiva”. El mismo derecho debería reconocerse al sindicato para conocer la “plantilla remota” de los trabajadores de la empresa.

Con relación a lo que la normativa española denomina el “tablón virtual”, el texto amplio del art. 8 de la Ley N° 17.940 de 2 de enero de 2006 habilita en

nuestro derecho al uso de una cartelera digital, que podrá estar instalada en el servidor de la propia empresa. En tal sentido, hemos expresado con anterioridad que la tradicional cartelera para la colocación de avisos sindicales debe ser entendida en el contexto tecnológico del siglo XXI. Por lo tanto, entendemos que un lugar para colocar avisos o *cartelera sindical* puede ser un tablero donde pegar folletos y comunicados, pero también un *espacio* en el servidor de la empresa donde *colgar* material informativo de la organización.

Pero también es cierto que las nuevas tecnologías facilitarán formas de reacción empresarial. ante la huelga y el conflicto. Por un lado, las nuevas formas de control empresarial a través de los sistemas de monitoreo y de las TICs permiten una mayor vigilancia y atención ante todo intento de promover por parte del sindicato medidas de conflicto; por el otro lado, la recopilación de datos de los trabajadores facilita la elaboración de verdaderas listas negras digitales con amplia información sobre los respectivos perfiles. Estas listas serán alimentadas no solo por los datos que de forma oculta puedan recabarse, sino también por la propia complicidad de los trabajadores que hoy no dudan en poner en las “vidrieras” digitales de las redes contenidos privados de su vida y de su forma de pensar.

Otra forma de reacción empresarial activada por las nuevas tecnologías podrá ser la del “esquirolaje transnacional”, será la contratación de... actores extranjeros, es decir la posibilidad de contratar rompeshuelgas en otros países, especialmente en aquellas actividades donde es posible desarrollar formas de trabajo remoto. Si bien, la doctrina y la jurisprudencia consideran una práctica desleal la contratación tradicional de rompeshuelgas o *esquirolaje*, no es siempre fácil controlar y reprimir esta práctica cuando hace uso de conexiones remotas con trabajadores, que en muchos casos viven en otros países. A ello se agregan las dificultades para legitimar ante los tribunales nacionales formas de contratación internacional a través del uso de los instrumentos tecnológicos de comunicación.

Por lo tanto, cuando hablamos de la huelga digital, no debemos olvidar que en general las nuevas tecnologías no han debilitado los poderes del empleador; todo lo contrario. Además, esas avanzadas tecnologías permiten

sustituir el trabajo de los huelguistas también con robots y artificios tecnológicos, como acontecía en el antiguo teatro griego y romano con el “deus ex machina”, es decir un personaje mecánico que una grúa hacía descender sobre el escenario para resolver las complejidades de la trama.

Finalmente, ante la acción de los huelguistas, las empresas que operan en red - es el caso principalmente de las transnacionales, aunque ello no excluye las grandes empresas nacionales - pueden derivar la producción que tareas asignadas a los huelguistas a otras unidades productivas que operan en el entramado de la red productiva.

7. Ampliación de los espacios de la negociación colectiva

7.1. Los colectivos no asalariados y la negociación colectiva

Como expresáramos al hablar del sujeto sindical, los derechos sindicales en esta nueva época se extenderán inevitablemente también a colectivos de trabajadores no asalariados.

Este necesario proceso de ampliación de la titularidad del derecho de huelga, se proyectará inevitablemente sobre la negociación colectiva. El reconocido Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo - elaborado por 27 destacados expertos independientes y presentado a la 108 Asamblea de la OIT en el año 2019 - enfatiza sobre el derecho de “todos los trabajadores” de “disfrutar del reconocimiento de su libertad sindical y del derecho de negociación colectiva, con el Estado como garante de esos derechos”⁶. Agrega el documento que no pueden caber dudas sobre la extensión de la negociación a todas las categorías de trabajadores, porque ello constituye una “Garantía Laboral Universal” que comprende los derechos fundamentales de la libertad sindical y de la negociación colectiva⁷. La Comisión concluye aclarando sin posibilidades de duda que “todos los trabajadores –incluidos los

⁶ OIT, “Trabajar para un futuro más prometedor”, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra 2019, p. 14. El referido Informe fue presentado a la Asamblea General de la OIT en junio de 2019, que lo aprobó en una versión restringida.

⁷ *ibidem*, p. 41.

autónomos y los de la economía informal– y todas las empresas deberían disfrutar de libertad sindical y de asociación, y del reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”⁸.

La cuestión de la ampliación de las hipótesis de organizaciones laborales con derechos sindicales no es menor, porque refiere al derecho de nuevos colectivos a defender sus intereses del mismo modo que los sindicatos y poder acceder a la autonomía regulatoria, es decir celebrar convenios colectivos, con el mismo valor jurídico que aquellos suscritos por sindicatos de trabajadores subordinados.

7.2. La internacionalización de la negociación colectiva

Ante un sistema productivo global, que confía a empresas transnacionales amplias franjas de producción, se vuelve imperioso para el movimiento sindical organizar la negociación colectiva a nivel transnacional.

La evolución de las relaciones laborales a lo largo de las última décadas ha potenciado la dimensión internacional del trabajo, pasando de un escenario nacional o una locación mundial. Ya no es necesarios que los trabajadores se trasladen a la sede de una empresa del exterior, o que ésta instale una filial en el país de residencia del trabajador. Las tecnologías han permitido la expansión del trabajo remoto, que ha multiplicado los problemas vinculados a la tutela del trabajo en la dimensión global. A ello se suma la nueva realidad de las cadenas mundiales de suministro (CMS), que recogiendo los antecedentes de la “fábrica delgada” y de la externalización del trabajo, apuntan a algo más: crear un modelo de gestión, cultura, mercadeo y en definitiva una nueva forma de producir y distribuir, organizada en algo así como una cadena de montaje, que cruza diversas fronteras nacionales para armar su producto final y comercializarlo. Las CMS se desarrollan en un contexto de economía global o de producción transnacional. Son expresión de una etapa avanzada del proceso de internacionalización de la economía, que concluye en productos, en los que

⁸ *ibidem*, p. 46.

resulta imposible identificar un origen nacional: son productos fabricados “en el mundo”.

Pese a ello, es difícil encontrar estrategias firmes de las organizaciones sindicales para defender a trabajadores insertos en la llamada “dimensión internacional del trabajo”: Mientras naturalizamos las alianzas de los Estados y las empresas multinacionales en un contexto de economía de mercado global, más dificultosa es la unión de organizaciones sindicales fuera de sus territorios. Aun no se ha logrado construir una solidaridad regional o internacional, que permita potenciar una acción sindical común en los espacios transnacionales. Entendemos que las organizaciones sindicales latinoamericanas siguen ancladas en ideologías y regulaciones nacionales muy marcadas, que les impiden construir la necesaria unidad regional, que es la base para la promoción de una verdadera y eficaz acción transnacional.

Los problemas laborales a nivel internacional son cada vez más complejos: ¿cómo controlar el “espacio” digital de las relaciones laborales a nivel global?, ¿que normas regularán las condiciones básicas del trabajo fuera de las fronteras de nuestros países?, ¿cómo organizar la solidaridad y promover la acción colectiva de una fuerza de trabajo dispersa por todo el mundo?

El gran desafío del sindicato en el futuro será promover acciones globales, construyendo alianzas con organizaciones similares de otros países para extender la tutela de sus trabajadores fuera de los ámbitos nacionales. De no lograrse este propósito, los trabajadores dispersos por el mundo carecerán de suficiente protección o la misma será ejercida por organizaciones a-sindicales, como podrían ser estudios jurídicos, centro de información laboral, negociadores laborales u organizaciones no gubernamentales de asistencia a trabajadores extranjeros.

8. Conclusiones

A modo de reflexión final, conectamos la nueva realidad del derecho colectivo del trabajo (en una visión por supuesto muy personal) a ese escenario de las relaciones laborales tan bien descrito por el Prof. Barbagelata en su libro

sobre el “Particularismo” de nuestra disciplina. La escena se ha ampliado hasta alcanzar una dimensión global; los actores – subordinados, autónomos y semidependientes - alternan sus intervenciones con robots y máquinas, mientras disputan entre sí los roles de primeras figuras en la obra. La escena, tal como estaba concebida tradicionalmente, cambia y aparece una vasta pléyade de figurantes, conformada por desempleados, informales, subsidiados, etc., que presiona en demanda de sus propios derechos como personas.

Comprobamos además que en el siglo XXI no solo ha cambiado la escena. El guion, los gestos, el decorado ya son otros, mientras también es diferente la forma en que los asistentes técnicos diseñan los espacios y colocan las luces. Aunque nos resistamos a admitirlo, la dramaturgia y el modo de interpretación ya no repiten las formas de declamación del pasado.

También el público ha cambiado: se ha vuelto más intolerante y exigente; quiere actuaciones rápidas que satisfagan con inmediatez su curiosidad e intereses; mide en definitiva la obra no por sus valores, sino por el resultado concreto que produce en su visión individual y circunstancial.

Para nosotros – laboralista que ocupamos nuestros asientos entre el público – el desafío es el de comprender la obra en toda su dimensión, porque como expresa el Maestro, “todos podemos en alguna medida participar de la acción. Asimismo, al difundirse las opiniones emitidas por cada quien, aún sin que haya habido un propósito deliberado, estaremos asumiendo, desde luego en términos modestos, el rol de operadores jurídicos”⁹.

⁹ Barbagelata H. H., ob. cit., p 59.

Bibliografía

BARBAGELATA, H. H. (1995). *El particularismo del Derecho del Trabajo*, FCU, 1a Edición, Montevideo.

OIT (2019). “Trabajar para un futuro más prometedor”, *Informe de la Comisión sobre el Futuro del Trabajo*, Ginebra.

HILOS CONDUCTORES deL PENSAMIENTO Y LA DOCTRINA DEL PROFESOR HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA

DRIVING THREADS OF THE THOUGHT AND DOCTRINE OF PROFESSOR HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Académico de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay. Miembro Correspondiente de la Academia Brasileira de Derecho del Trabajo.

jrosen@adinet.com.uy

Fecha de envío: 28/02/2024

Fecha de aceptación: 03/03/2024

HILOS CONDUCTORES DEL PENSAMIENTO Y LA DOCTRINA DEL PROFESOR HÉCTOR-HUGO BARBAGELATA

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: En el marco del centenario del nacimiento del Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, el artículo pretende presentar brevemente las aportaciones del prestigioso académico, docente y autor uruguayo que, por su destacado relieve, han contribuido al desenvolvimiento conceptual y sustantivo del Derecho del trabajo. Una contribución que supo superar el ámbito nacional, pasando a formar parte de las referencias más destacables para la disciplina, principalmente en la región, pero también a nivel mundial. Se procura exponer las ideas principales que han guiado el razonamiento y la preocupación del jurista en el proceso de construcción de numerosos elementos identitarios, con los que supo abordar los temas y problemas relativos al mundo del trabajo y su regulación jurídica. En ese marco, se analizan algunas de sus obras cúlmines en torno a la evolución del pensamiento juslaboralista y los particularismos del Derecho del trabajo y los Derechos Humanos laborales, como fuentes principales que convergieron en la elaboración de una teoría sobre el alcance universal de la disciplina.

Palabras clave: Héctor-Hugo Barbagelata - Pensamiento juslaboralista - Derechos Humanos laborales - Bloque de constitucionalidad - Derecho universal del trabajo

Sumario: 1. Sobre la obra y los aportes doctrinarios. 2. Búsqueda de los hilos conductores del pensamiento del autor. 3. Grandes temas del actual pensamiento juslaboral. 4. Hacia un efectivo derecho universal del trabajo.

Abstract: Within the framework of the centenary of the birth of Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, the article aims to briefly present the contributions of the prestigious Uruguayan academic, teacher and author who, due to their outstanding importance, have contributed to the conceptual and substantive development of Labor Law. A contribution that was able to go beyond the national level, becoming part of the most notable references for the discipline, mainly in the region, but also at a global level. An attempt is made to present the main ideas that have guided the reasoning and concern of the jurist in the process of constructing numerous identity elements, with which he was able to address the issues and problems related to the world of work and its legal regulation. In this framework, some of his culminating works are analyzed regarding the evolution of juslaboralist thought and the particularisms of Labor Law and Labor Human Rights, as main sources that converged in the development of a theory on the universal scope of the discipline.

Key words: Héctor-Hugo Barbagelata - Jus-labor thought - Human labor rights - Constitutional block - Universal labor law

Summary: 1. About the work and doctrinal contributions. 2. Search for the guiding threads of the author's thoughts. 3. Major themes of current labor law thought. 4. Towards an effective universal right to work.

1. Sobre la obra y los aportes doctrinarios

La personalidad intelectual, artística y humana de Héctor-Hugo Barbagelata se descubre también a través de la contribución doctrinaria que el mismo ha legado.

Se trata la suya, de una obra profusa, que atesora un altísimo valor académico y pedagógico, contribuye grandemente a la fundamentación objetiva y a la particularización del Derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma¹ y le permite trascender su rol esencial en la protección del trabajo, dentro del sistema social y jurídico de cualquier lugar y época (y hasta, como sostenía Américo Plá Rodríguez, de cualquier sistema económico, político o social²).

Basta recorrer lo que el autor ha publicado, para registrar la gama inagotable de temas que han sido expuestos y desmenuzados al detalle, fruto de su pensamiento siempre elaborado y puesto al servicio de la realidad, del empleo de un método –si se me permite- espartano, así como de la búsqueda permanente e incansable de la perfección. Si se quiere, muchas de sus posturas adquieren ese valor dogmático de quien se rige por principios indelebles de los que difícilmente haya abdicado a lo largo de su vastísima tarea de elaboración conceptual.

Y ello porque Héctor-Hugo Barbagelata supo escapar a lo que el filósofo y escritor español, Fernando Savater, describe como “el facilitismo” o el gusto de salir de la incertidumbre, por la puerta falsa de pasar por alto cuanto nos contradice.³ Su mérito, al contrario, es el de recibir y consignar siempre las diferencias de opinión, arremeter con fuerza y porfía contra ellas cuando le asiste convicción, pero sin esgrimir epítetos descalificativos, sino abordando la

¹ En nuestra opinión, la autonomía va más allá de una simple especialización formal; pasa por comprender que la materia civil y la comercial – el llamado derecho “común”-no condicen ni satisfacen adecuadamente los intereses sociales que conforman la realidad del trabajo y su regulación jurídica (Rosenbaum Rimolo, Jorge, La recreación de un proceso laboral autónomo, en rev. Derecho Laboral N° 239, Montevideo, abril-junio 2009).

² Plá Rodríguez, Américo, El derecho del trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas, en rev. Derecho laboral N° 110, Montevideo, abril-junio 1978).

³ Savater, Fernando, “dar caña”, El Tiempo, 28 de mayo de 2014, Bogotá.

sustancia y exponiendo –sin fisuras- más de un fundamento para redoblar sus certezas.

Más allá de las innúmeras colaboraciones que aparecieran desde 1948 en la revista Derecho Laboral en Montevideo (dirigida por Francisco De Ferrari), o en Derecho del Trabajo en Buenos Aires (bajo la dirección de Mario Deveali - 1941 a 1972-), la obra “mayúscula” comienza a generarse con *El Reglamento de taller* (1951) y *Panorama de la Legislación del Trabajo* (editado por FUECY 1953).

Mostrando una tenacidad incansable, aparecen los libros en los que se profundiza y compendia la disciplina para su comprensión integral: Manual de Derecho del Trabajo (Montevideo, 1965), Introducción a las Instituciones del Derecho de Trabajo en América Latina (Lovaina, 1985) y Derecho del Trabajo en sus 3 volúmenes (Montevideo, 1995 y sus ediciones sucesivamente actualizadas con la colaboración de Daniel Rivas).

En esa etapa, se compagina de algún modo la pionera y fecunda producción en materia de formación y aprendizaje profesional, a través de un tríptico de libros pioneros en el medio, y sustantivamente fundamentales: La institucionalización de la certificación profesional y la promoción de los trabajadores (1980), El tripartismo y la formación profesional en América Latina (1980) y Formación y Legislación del trabajo (1996), en el espacio de publicaciones de CINTERFOR/OIT, donde María Ducci y Pedro Wienberg le abren las puertas generosas de edición al autor, a sabiendas de que los suyos constituyen aportes centrales sobre este tópico. Y detrás de ello, una pléyade de estudios permite especial destaque a la que fuera denominada como Escuela Uruguaya del Derecho del Trabajo (Ermida, Barretto, Garmendia, Racciatti, Giuzio y muchos otros que han formado parte en este decálogo).

2. Búsqueda de los hilos conductores del pensamiento del autor

Pero enfrentando una búsqueda selectiva y ante el desafío que siempre representa tener que elegir, particularmente por la carga de subjetivismo que ello conlleva, habremos de poner el acento en lo que –a nuestro juicio- componen

dos de sus obras excelsas, publicadas en el año 2009: por un lado, el Curso sobre la Evolución de Pensamiento Juslaboralista y, por el otro, la versión actualizada y ampliada sobre El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales.

Pensamos que ambos trabajos contribuyen grandemente a perfilar una identidad propia de Héctor-Hugo Barbagelata, a través de sus concepciones y designios sobre la esencia de la disciplina, lo que los hace ingresar definitivamente al acervo universal escrito de las grandes obras del Derecho laboral.

Por ser tarea imposible la de desarrollar siquiera una síntesis de sus ideas, pero sobre todo por aquello de que el mejor homenaje que puede rendirse a una personalidad inestimable, es que trasciendan algunos de sus aportes transformadores, nos permitimos efectuar estas brevísimas reflexiones que son, sobre todo, un recordatorio.

Barbagelata desarrolló su periplo doctrinario munido de una hoja de ruta (en el entendido de que el autor aborda los temas, guiado por un propósito bien definido y lo hace sin renuncias).

En ese amplísimo mundo de la creación doctrinaria, fructifican conceptos que se han transformado en cimientos o pilares para la construcción del pensamiento laboralista.

Un pensamiento que, en el ámbito nacional, en principio y por razones cronológicas, podría ser inscripto como una proyección de la corriente crítica de la llamada “generación del 45” (la generación de los Rodríguez Monegal, Rama, Real de Azúa, Martínez Moreno, Benedetti, Alsina Thevenet, Falco, Flores Mora, Arregui, Díaz, Da Rosa, Berenguer, Vilariño, Bordoli, Maggi, Sommers y varios más, quienes son nítidos exponentes de un movimiento que sacudió la cultura nacional (desde la literatura, el teatro, el periodismo, el derecho, la historia, la filosofía y otras artes) con excepcional fuerza y proyección. Sin embargo, y aunque quizás Héctor-Hugo pudiera sentirse cómodo y hasta halagado en este entorno, no creo que la escuela que él sentara, comparta las características salientes de esta corriente. Rama la define como la postura reactiva al “edulcorado humanismo” de una sociedad “apacible, democrática, civilista,

instruida, donde la burguesía media parecía dueña y señora”. Nació como una generación que rechazaba y exigía, justo en el momento en el que todo parecía ir bien. En el océano apacible, surge esta ola de insatisfacción. Y, además, salvo contadas excepciones, lo hace sin comprometerse con la política, las ideologías ni la labor cotidiana del quehacer público.

Reitero, si no fuera por la cronología (se trata de figuras nacidas en el primer cuarto del siglo pasado, cuyas ideas y obras implosionan entre los años 40 y 50) y aun cuando por sus anécdotas conocemos que Barbagelata frecuentó los ámbitos de muchas de estas figuras, desde mis concepciones, no logro encajar su doctrina dentro de aquellos distintivos (por incorrecto que parezca utilizar etiquetas). Naturalmente, admitimos que se disienta con esta opinión y, mucho más, que el propio Héctor-Hugo pudiera no concordar con esa exclusión personal a la que vengo de referir.

3. Grandes temas del actual pensamiento juslaboral

Volviendo entonces al aporte de su doctrina, el autor introdujo un sinnúmero de ideas, conceptos y fundamentos –que he de calificar como explícitos y concretos- y que son por todos nosotros conocidos y manejados a diario en el quehacer profesional y universitario, así como recogidos por la jurisprudencia y la doctrina. Vano sería el intento de enumerarlos, más allá de la tentación que genera una recorrida, instituto por instituto, para redescubrir los aportes significativos que brotan de su intelecto.

Pero paralelamente, plasmó las teorías del desafío, que son un legado para la acción. Como el gran Maestro que fue, luego de analizar la evolución de los grandes hitos y apotegmas del Derecho del Trabajo –un largo trayecto sistematizado, plural y polifacético sobre las grandes ideas de los clásicos, hasta alcanzar la realidad de nuestros tiempos-, parece haber detenido el reloj, como queriendo decir: ha llegado la hora que el conocimiento se convierta en el conductor principal de la acción por venir.

Se trata de la interpretación que efectuamos sobre lo que al jurista –cinco años atrás- denominó un “resumen del estado de los temas básicos sobre los

que gira actualmente el pensamiento juslaboralista”.⁴ Ello es lo que permite a los analistas de alto vuelo, transitar del nivel micro al plano macro, y hacerlo incluso de una manera más empírica, tal como colige Jasper.⁵

Entre las principales y célebres reflexiones que son planteadas, podemos sintetizar las siguientes.

a) La predecible superación de la doctrina de la subordinación jurídica por el avance del reconocimiento amplio del criterio de la “relación de trabajo”. En nuestra opinión, una incontenible e inevitable ruptura de las cadenas respecto del contrato de trabajo, nacido para anclar el vínculo laboral dentro de los andariveles jurídicos que impone el derecho común a través de la teoría de los contratos.⁶

b) La conservación de grados de flexibilización y tercerización, así como de las relaciones laborales “atípicas”, fenómenos respecto de los cuales quizás no se cuente con suficiente protección.⁷

c) El empleo de la flexiguridad, que beneficia exclusivamente al empleador, alterando los objetivos históricos de la norma laboral. Producto de la creación de un “soft law” para amortiguar las críticas a la desregulación desencarnada.⁸

⁴ En "Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista", cit. que generó un inolvidable comentario del Prof. Helios Sarthou, hablando de “El espejo retrovisor del Derecho del Trabajo y los Principios del Dr. H.- H. Barbagelata” (en Referencias Bibliográficas, Revista de la Facultad de Derecho, UDELAR, Montevideo, 2011).

⁵ Jasper, James, ¿De la estructura a la acción? La teoría de los movimientos sociales después de los grandes paradigmas, en Sociológica, Vol. 27, N°. 75, México, enero-abril 2012.

⁶ Explicando la génesis de la disciplina, hemos sostenido que “más que un desgajamiento del derecho común, el nacimiento del Derecho del Trabajo representa la evolución autónoma (*ab initio*) de una realidad social diferente que constituyó la semilla y de un ordenamiento propio, que germinó y creció más allá y por fuera del derecho civil y comercial. Sus notas tipificantes le resultan inherentes; aún la figura jurídica del denominado “contrato de trabajo” (que no es más que un intento de aproximación entre el Derecho del Trabajo –disciplina que regula relaciones sociales- y el derecho privado común –disciplina que regula relaciones económicas-), no constituyen una transformación del arrendamiento de obra o de servicios, sino la juridización de un vínculo laboral muy diferente, sustentado en la relación de trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y asalariado (Rosenbaum Rimolo, Jorge, Apuntes de clases de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte I, Introducción al Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, UDELAR, 2014, pág. 47, en <http://www.rcj.com.uy/web/Estudiantes>).

⁷ Procede señalar la tarea emprendida por Juan Raso en nuestro medio, desde hace tres décadas, para identificar esta últimas (véase La contratación atípica del trabajo, 3ª. edición actualizada, FCU, Montevideo, 2023).

⁸ Política que se proyectó en los países europeos, al impulso incluso de los organismos multilaterales (conf. Ojeda Avilés, A. y Gutiérrez Pérez, M., La flexiseguridad como paradigma de

d) El avance de una flexibilización del tiempo de trabajo, que aún con mantenimiento del salario, desborda muchas veces los límites universalmente aceptados. Punto que aparece recurrentemente en las propuestas renovadoras y que, en Uruguay, generara debates e iniciativas legislativas contemporáneamente.⁹

e) El predominio, sin demasiadas limitantes -incluso por administraciones de gobierno de tinte “por labor”, del despido cuasi libre, a través del simple pago de indemnizaciones no siempre equilibradas en su valor económico. Lo que el autor identifica con las escasas ratificaciones que alcanzara el CIT 158 en el mundo.¹⁰

f) La duración de los juicios laborales, que quita efectividad a la legislación laboral. Y que en el país motivara afortunadamente un quiebre, gracias a los avances que introdujo en 2009 la ley N° 18.572 de abreviación de los juicios laborales, por la que tanto batalló Oscar Ermida Uriarte.¹¹

g) La informalidad y la tolerancia del fraude laboral, que desprestigia al Derecho del Trabajo y que no permiten avizorar un definitivo mejoramiento de la situación de opacidad que en numerosas ocasiones debe enfrentar la realidad del mundo del trabajo.¹²

h) La mirada recelosa que reciben los laboristas en el medio académico, que es fruto del reflujo de una cultura muchas veces formalista y poco afín con la intervención, regulación y acción del estado, en pos de alcanzar mayores y mejores grados de justicia social y equidad económica.¹³

las políticas de empleo en Europa: visión crítica, Themis, Revista de Derecho N° 65, Fundación Dialnet, 2014.

⁹ Proyectos de ley del espacio 609 (Frente Amplio) y de Juan Sartori (Partido Nacional) a mediados del año 2023.

¹⁰ El Convenio registra apenas 36 ratificaciones a comienzos del año 2024.

¹¹ Una norma legal que encontró férrea oposición en diferentes sectores sociales y jurídicos, incluido el ámbito académico del Derecho procesal, mayoritariamente defensor de un único proceso (el del CGP) para regir en todas las disciplinas. Sometida a una instancia de declaración de inconstitucionalidad, debió ser adaptada a las observaciones de la Suprema Corte de Justicia, a través de la sanción de la posterior Ley N° 18.623, hoy vigente.

¹² Si bien Uruguay presenta las tasas más bajas en la región, el guarismo de la informalidad laboral ronda el 21% según información del gobierno dada a conocer en noviembre de 2023 (<https://www.gub.uy/presidencia/comunicacion/noticias/uruguay-registra-nivel-informalidad-laboral-bajo-region>).

¹³ Américo Plá Rodríguez ha ahondado en el análisis del tema, en un descriptivo y fundado artículo sobre el tema (Reflexiones no jurídicas de un laborista, rev. Derecho Laboral, N°162, Montevideo, abr.-jun.1991).

i) Hemos dejado para lo último, dos señalamientos más, entendiendo que los mismos justifican que arriesguemos un enfoque preponderantemente personal, de lo que denominamos como las teorías implícitas o aun inacabadas legadas por Héctor-Hugo Barbagelata.

Uno de los puntos de partida que nos parece ingénito en el pensamiento del autor, es la definición que propone sobre el trabajo, como concepto fundamental de la disciplina. A diferencia de De Ferrari y Plá Rodríguez, el jurista se aparta de la abstracción del concepto y de las acepciones teóricas que provienen de los hechos sociales y culturales, para abordarlo desde una perspectiva jurídica. Es en ese proceso, que lo caracteriza desde la norma constitucional. Para el autor, el trabajo es, entonces, todo acto humano que obliga al individuo a aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad y que da la posibilidad de ganar el sustento (conf. el art. 53 de la Carta). En suma, para el autor, la Constitución sitúa al trabajo, en lo esencial, en relación con el acto humano y con el destinatario o beneficiario de ese acto.

Apreciamos que ese primario u originario acercamiento al texto constitucional no es el resultado de un razonamiento superfluo o librado al azar; por el contrario, implica la construcción de una teoría y el comienzo de su desarrollo.

En efecto; se atribuye a Umberto Eco la idea de que el objetivo principal de cualquier teoría, ha de ser nos devuelvan un viejo objeto, iluminado por una luz nueva, para darse cuenta que sólo desde ese punto de vista el objeto puede ser realmente entendido.

Y ese parece ser el propósito de Barbagelata: asimilando la Constitución uruguaya de 1934 con sus antecedentes inmediatos (Querétaro de 1917 y Weimar de 1919), aparece el trabajo como nuevo centro de imputación normativa, con el consabido reconocimiento del mismo como valor que forma parte de los derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, de los que gozan los trabajadores (arts. 7, 53, 57 de la Constitución, entre otros).

El autor es consciente de que “la Constitución es un modelo de la realidad *tal y como* la queremos; no un modelo cognoscitivo, sino un modelo prescriptivo” (según Wittgenstein).¹⁴

O –mejor aún- como diría Ermida Uriarte en sus memorables clases, el reducto normativo casi inexpugnable en el que pueden resguardarse aquellos valores que pasan a formar parte de los derechos inalienables del individuo.

Señala Héctor-Hugo Barbagelata que “*la constitucionalización de los derechos sociales había chocado por mucho tiempo con la desconsideración de aquellos que negaban valor jurídico a las cláusulas respectivas, considerándolas meros programas sujetos a una eventual decisión de los legisladores nacionales. Sin embargo, desde el último cuarto del siglo XX, cobró cada vez mayor fuerza en la Jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales...*, la doctrina que reconoce la validez de las disposiciones sobre materia laboral de las constituciones y las normas internacionales”.¹⁵

De esa forma, el doctrino recoge las enseñanzas del eximio constitucionalista uruguayo, Jiménez de Arechaga, quien ya avizoraba que no sólo “constituirá un deber para el Estado, legislar en el sentido de tales disposiciones, sino que, además, éstas ofrecerán un criterio de interpretación del derecho interno vigente y, a falta de disposición de derecho interno en la materia, tendrán un valor supletorio”.¹⁶

También tuvo en consideración –desde los inicios de su elaboración teórica- la excepcional importancia que, a partir del año 1948 (con la proclama de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), alcanzarían los instrumentos internacionales sobre estos derechos y donde el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales es situado por el autor como un claro punto de inflexión en este proceso.

¹⁴ Wittgenstein, Ludwig, filósofo austríaco, citado por Alfredo Montoya Melgar en “El trabajo en la Constitución”, en Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales, N°. 0, Madrid, 2004.

¹⁵ Barbagelata, Héctor-Hugo, El Derecho universal del Trabajo, en Revista de la Facultad de Derecho N° 31, Montevideo, julio-diciembre 2011, pág. 51.

¹⁶ Jiménez de Aréchaga, Justino, La libertad sindical, FCU, Montevideo, 1980.

No es banal la discusión académica que mantuvieran Plá Rodríguez¹⁷ y Barbagelata¹⁸ respecto de las fuentes del derecho laboral, y en particular, sobre la naturaleza jurídica y efectos que han de asignarse a los Convenios Internacionales del Trabajo ratificados por el país. Mientras el segundo los asemeja a la ley común, ya que dependen de la aprobación de ésta para entrar en vigencia en el ámbito soberano de nuestra nación, para aquel ocupan un rango superior, como fuentes especiales, por sobre la ley misma que los sanciona, generando incluso responsabilidad internacional para el Estado cualquier posible modificación posterior por otra ley nacional.

Más aun, el autor advierte tempranamente el advenimiento de la tesis que será receptada por las ciencias jurídicas. Nos referimos a que las normas sobre los derechos humanos, entre los cuales se encuentran ubicados la mayoría de los derechos sociales, tienen vocación de alcanzar no sólo, como se pensó durante mucho tiempo, las relaciones con el Estado o entre los Estados, sino también todas las manifestaciones de la actividad de los individuos y, consiguientemente, las relaciones entre particulares.

En armonía con este pensamiento, Ermida Uriarte introduce en el medio juslaboralista nacional, el empleo del concepto de “ciudadanía en la empresa”, extraído de la doctrina europea, explicitando que *“el trabajador no solo es titular de los derechos específicos que se le reconocen en tanto trabajador, sino que además, sigue siendo titular de aquellos derechos (inespecíficos), que le corresponden en tanto persona. Esos derechos individuales, civiles y políticos, tales como los derechos a la dignidad, al honor, a la intimidad, a la libertad de pensamiento y de su expresión, a la libertad de cultos, de reunión, etc., no caducan por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva denominada empresa”*.¹⁹

¹⁷ Plá Rodríguez, Américo, Curso de Derecho Laboral, T. I, vol. II, ACALI ed., Montevideo, 1977, pág. 86.

¹⁸ Barbagelata, Héctor-Hugo, Sobre algunos problemas que plantea la ratificación de los convenios internacionales, rev. Derecho Laboral, T. 10, N° 55-60, Montevideo, ene.-dic. 1954; Manual de Derecho del Trabajo, T. I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UDELAR, Montevideo, 1965, pág. 91 y sigs.

¹⁹ Ermida Uriarte, Oscar, Trabajo, ciudadanía y derechos humanos, IUSLabor 2/2006, recogiendo la conferencia que dictara en los VI Cursos de Posgrado en Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

El mayor progreso de la teoría de Barbagelata, se obtendrá a partir del momento en que “*la integración de todos los principios y normas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente*”, se transforma en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Ese ha pasado a ser el punto de apoyo de la teoría del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, que impone el triunfo de las concepciones dualistas, dejando a ser el derecho internacional y el derecho interno, órdenes diversos, separados e independientes, para coordinarse entre sí.

El aporte de la teoría del autor en el ámbito del derecho positivo nacional, adopta una triple vertiente.

Por un lado, se asume –acompañando esta evolución general- que el bloque de constitucionalidad alcanza su reconocimiento explícito a partir de la apertura de la enumeración constitucional a todos los derechos inherentes a la persona humana (arts. 72 y 332 de la Constitución). Y este material normativo del derecho positivo del más alto nivel, constituye una expresión del bloque de constitucionalidad.

En segundo lugar, los instrumentos internacionales concebidos como derechos económicos, sociales y culturales (que en un tiempo se acostumbraban calificar como de segunda generación), así como los derechos incluidos en los convenios internacionales de trabajo, constituyen la puerta de ingreso de otro bloque de constitucionalidad, en este caso, de los derechos humanos laborales. El autor demuestra que el Derecho del Trabajo, de ese modo, pasó a incorporarse, a todos sus efectos, en el sistema de los derechos fundamentales. Lo cual supone reconocer su universalidad y la integración de sus normas en la red normativa que las caracteriza.

Por último, siendo que el bloque de constitucionalidad ha quedado conformado por esta doble condición (la de los derechos humanos en general y, dentro de éstos, la de los derechos humanos laborales en particular), los principios del derecho del trabajo han pasado a adquirir una nueva dimensión. Los principios son de jerarquía constitucional y, de ese modo, a diferencia de lo

que sostenía Plá Rodríguez²⁰, adquieren una indemnidad respecto de cualquier pretensión de quitarles valor por las leyes nacionales a aquellos derechos laborales fundamentales, así como de ser ignorados por los tribunales de justicia.

Además, se perfeccionan con otros principios inherentes a los derechos sociales: la complementariedad e interdependencia de todas las normas sobre derechos humanos, la primacía de la disposición más favorable a la persona humana (pro ómine), la progresividad e irreversibilidad y la adecuación a los criterios sentados por los órganos internacionales.

4. Hacia un efectivo derecho universal del trabajo

La elaboración doctrinaria de Barbagelata avanzó hasta este estadio, y el autor reconoce que *“la concreción absoluta de un efectivo derecho universal del trabajo se alcanzará cuando sea unánime el entendimiento de que el Derecho del Trabajo abarca la protección del trabajo y consiguientemente de los trabajadores, bajo todas sus formas y modalidades, aunque la protección deba adaptarse a las respectivas condiciones”* cambiantes de cada realidad, sin perjuicio que el orden público internacional *“tiene una vocación de desarrollo progresivo, en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales”*.²¹

Atribuible a la fraseología del novelista victoriano Charles Dickens, no fracasa en este mundo quien le haga a otro más llevadera su carga. En ese contexto nos planteamos un dilema, en el entendido de que, quizás, los desafíos que ha legado Barbagelata, sean indicativos de que es hora que la comunidad mundial modifique su manera de pensar y su actividad, catalizando un cambio tan innovador hacia la construcción de un Derecho laboral con valor y alcance ecuménico.

Por ello, y en homenaje al centenario del gran Maestro uruguayo, cabe preguntarnos si no ha llegado la hora de un nuevo gran pacto social de escala universal.

²⁰ Plá Rodríguez, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, FCU, 4ª. edición, Montevideo, 2015.

²¹ Héctor-Hugo Barbagelata, El Derecho universal del Trabajo, cit.

Bibliografía

- BARBAGELATA, H. H. (1954). “Sobre algunos problemas que plantea la ratificación de los convenios internacionales”, *rev. Derecho Laboral*, N° 55-60, Montevideo, enero-diciembre.
- BARBAGELATA, H. H. (1965) *Manual de Derecho del Trabajo*, T. I, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UDELAR, Montevideo.
- BARBAGELATA, H. H. (2009). *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Montevideo.
- BARBAGELATA, H. H. (2011). “El Derecho universal del Trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho*, N° 31, Montevideo, julio-diciembre.
- ERMIDA URIARTE, O. (2006). “Trabajo, ciudadanía y derechos humanos”, *IUSLabor*, 2/2006, España.
- JASPER, J. (2012). “¿De la estructura a la acción? La teoría de los movimientos sociales después de los grandes paradigmas”, *Sociológica*, Vol. 27, N° 75, México, enero-abril.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. (1980). *La libertad sindical*, FCU, Montevideo.
- MONTOYA MELGAR, A. (2004). “El trabajo en la Constitución”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N° 0, Madrid.
- OJEDA AVILÉS, A. y GUTIÉRREZ PÉREZ, M. (2014). “La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: visión crítica”, *Themis*, Revista de Derecho N° 65, Fundación Dialnet.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1977). *Curso de Derecho Laboral*, T. I, vol. II, ACALI ed., Montevideo.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1978). “El derecho del trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas”, *rev. Derecho laboral*, N° 110, Montevideo, abril-junio.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1991). “Reflexiones no jurídicas de un laboralista”, *rev. Derecho Laboral*, N°162, Montevideo, abril-junio.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (2015). *Los principios del Derecho del Trabajo*, FCU, 4ª edición, Montevideo.

RASO, J. (2023). *La contratación atípica del trabajo*, 3ª. edición actualizada, FCU, Montevideo.

ROSENBAUM RIMOLO, J. (2009). “La recreación de un proceso laboral autónomo”, *rev. Derecho Laboral*, N° 239, Montevideo, abril-junio.

SAVATER, F. (2014). “Dar caña”, *El Tiempo*, 28 de mayo, Bogotá.

www.revistajuridicadeltrabajo.com

