

ISSN 2697-3170

# RJT

---

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

**DIRECTOR**

JORGE ROSENBAUM

**COORDINADOR**

FEDERICO ROSENBAUM

Vol. 5

**No. 14**

Mayo-Agosto  
2024

Octubre de 2024.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

[contacto@revistajuridicadeltrabajo.com](mailto:contacto@revistajuridicadeltrabajo.com) / [www.revistajuridicadeltrabajo.com](http://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

<b>EDITORIAL: Transformaciones del derecho laboral en un mundo global y digital .....</b>	<b>iii</b>
<b>Lorgia Yolanda Márquez Mora: Acuerdo de teletrabajo en el contexto centroamericano .....</b>	<b>1</b>
<b>Yaneth Vargas Sandoval; Adriana Alicia Micale: Enfoque de género en los fallos del derecho laboral y la seguridad social en Colombia y Argentina .....</b>	<b>28</b>
<b>Faustino Mesa Martínez: El arbitraje como solución en conflictos colectivos de trabajo: un análisis del procedimiento en la legislación laboral venezolana .....</b>	<b>53</b>
<b>Carlos Ernesto Molina M.: 1924-2024 un siglo entre lo kafkiano y lo kafkalógico. Poder, máquina burocrática y subordinación y alienación laborales en la obra de Franz Kafka .....</b>	<b>81</b>
<b>Ingrid Yoamy López Blandón: Protección de la maternidad en Nicaragua y Centroamérica. Una revisión comparativa .....</b>	<b>114</b>
<b>Gustavo Igarza Funes: La ocupación de los lugares de trabajo y los derechos fundamentales. Reflexiones sobre el régimen vigente en Uruguay .....</b>	<b>148</b>
<b>Juan Gorelli Hernández: La pérdida de vigencia del convenio colectivo en España .....</b>	<b>171</b>
<b>Maria Cristina Irigoyen Peduzzi: O sistema de precedentes na justiça do trabalho: particularidades do recurso de revista .....</b>	<b>214</b>
<b>Jorge Rosenbaum Rimolo: Reflexiones sobre una posible hoja de ruta para el derecho del trabajo .....</b>	<b>240</b>

**DEBATE:**

**Federico Rosenbaum Carli:** Un debate crucial sobre la reforma de la seguridad social en Uruguay .....**260**

**Rodolfo Saldain; Gonzalo Martínez Alba:** El fideicomiso del plebiscito constitucional de la seguridad social .....**263**

**Joaquín Perrone Ramos:** Reflexiones sobre el plebiscito de la seguridad social y el posible impacto en el sistema de relaciones laborales .....**292**

## EDITORIAL: TRANSFORMACIONES DEL DERECHO LABORAL EN UN MUNDO GLOBAL Y DIGITAL

El número que presentamos a nuestros lectores en esta edición de la revista aborda una serie de temas cruciales para el entendimiento del Derecho Laboral en el contexto actual. Los artículos incluidos destacan transformaciones profundas que atraviesan la regulación del trabajo, tanto en términos de nuevas modalidades laborales como en la evolución de los derechos fundamentales que deben proteger a los trabajadores frente a un entorno en constante cambio.

El teletrabajo, analizado por **Lorgia Yolanda Márquez Mora** en el contexto centroamericano, representa un claro ejemplo de estos cambios. La irrupción de nuevas tecnologías ha deslocalizado las formas tradicionales de trabajo y exige una reconfiguración de los acuerdos laborales. La propuesta de un acuerdo de teletrabajo holístico e inclusivo sugiere una adaptación normativa que respete los principios de justicia social en una región donde la formalización del empleo y los derechos de los teletrabajadores aún enfrentan grandes desafíos.

Otro aspecto transformador se aborda en el artículo de **Yaneth Vargas Sandoval** y **Adriana Alicia Micale**, que examinan cómo los fallos en derecho laboral y seguridad social en Colombia y Argentina se ven influenciados por un enfoque de género. La implementación de este enfoque en las decisiones judiciales visibiliza las desigualdades de género en el ámbito laboral, promoviendo un cambio necesario hacia una justicia más inclusiva.

La resolución de conflictos colectivos, a través de mecanismos alternativos como el arbitraje, es abordada por **Faustino Mesa Martínez**, quien analiza su funcionamiento en la legislación venezolana. En un contexto de creciente conflictividad laboral, el arbitraje emerge como una solución ágil y eficaz que promueve la paz laboral, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los trabajadores.

El artículo de **Carlos Ernesto Molina M.** nos transporta a una reflexión sobre la obra de Franz Kafka y sus implicaciones para el mundo del trabajo. A través de una lectura de Kafka, el autor explora temas como el poder, la

burocracia y la alienación laboral, estableciendo un puente entre la literatura y la realidad jurídica, destacando la atemporalidad y vigencia de estos problemas en el siglo XXI.

Por su parte, **Ingrid Yoamy López Blandón** realiza un estudio comparativo sobre la protección de la maternidad en Centroamérica, identificando fortalezas y áreas de mejora en la legislación de la región. El análisis expone cómo los marcos normativos deben ser adaptados y armonizados con estándares internacionales para asegurar una protección efectiva a las trabajadoras, un tema de enorme relevancia en sociedades donde la equidad de género sigue siendo un reto.

**Gustavo Igarza Funes** profundiza en los derechos fundamentales en el marco del ejercicio del derecho de huelga en Uruguay, particularmente en relación con la ocupación de los lugares de trabajo. El debate sobre los límites y la legitimidad de estas medidas refleja la tensión existente entre derechos colectivos e individuales, y su tratamiento en la legislación uruguaya plantea preguntas sobre el equilibrio entre libertad sindical y el derecho al trabajo.

En la misma línea de análisis normativo, **Juan Gorelli Hernández** examina la pérdida de vigencia de los convenios colectivos en España, destacando la complejidad que rodea este proceso y los esfuerzos de la jurisprudencia por mantener un balance entre la estabilidad normativa y la flexibilidad requerida por las partes.

Desde Brasil, **Maria Cristina Irigoyen Peduzzi** presenta un estudio sobre el sistema de precedentes en la Justicia del Trabajo, explorando los retos que enfrenta la judicatura para adaptarse a un sistema que busca uniformizar la jurisprudencia y promover la seguridad jurídica, especialmente a través del recurso de revista.

Finalmente, **Jorge Rosenbaum Rimolo** ofrece reflexiones sobre una posible hoja de ruta para el Derecho del Trabajo, en un contexto marcado por la digitalización y la creciente desprotección de quienes trabajan fuera de los marcos tradicionales. Su propuesta plantea una necesaria revisión de los conceptos fundamentales que sostienen el Derecho laboral, adaptando los



derechos y protecciones a todas las formas de trabajo, sin importar su relación jurídica.

En conjunto, estos trabajos aportan una visión integral sobre los desafíos y las transformaciones que enfrenta el Derecho del Trabajo en distintos contextos geográficos y normativos, invitándonos a reflexionar sobre el futuro de la disciplina en un mundo cada vez más complejo e interconectado.

Por otra parte, el Equipo editorial de la Revista Jurídica del Trabajo ha decidido dedicar la sección Debate de este número 14, a un tema de suma actualidad y trascendencia para el Uruguay, como lo es el plebiscito constitucional que se someterá a votación popular el próximo domingo 27 de octubre de 2024, referido a modificaciones que se pretenden introducir sobre el sistema de seguridad social vigente en el país. Los lectores encontrarán en la referida sección, una reseña introductoria, así como los dos trabajos centrales dedicados a esta temática; por un lado, el de **Rodolfo Saldain** y **Gonzalo Martínez Alba**, y por otro lado, el de **Joaquín Perrone Ramos**.

Federico Rosenbaum Carli  
**Coordinador**

---

## ACUERDO DE TELETRABAJO EN EL CONTEXTO CENTROAMERICANO

## TELEWORKING AGREEMENT IN THE CENTRAL AMERICAN CONTEXT

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); Investigadora y docente adjunto Facultad de ciencias económicas y empresariales UNAN-León (Nicaragua). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7178-8913>. [lorgia.marquez@ce.unanleon.edu.ni](mailto:lorgia.marquez@ce.unanleon.edu.ni)*

Fecha de envío: 09/01/2024

Fecha de aceptación: 18/10/2024

---

## ACUERDO DE TELETRABAJO EN EL CONTEXTO CENTROAMERICANO

Lorgia Yolanda MÁRQUEZ MORA

*UNAN-León (Nicaragua)*

---

**Resumen:** En los sistemas jurídicos laborales existen cambios de paradigmas en específico y gracias a la modernidad se da la implementación de una nueva forma de realizar el trabajo denominada teletrabajo con matices tecnológicos y deslocalizado.

Ello implica la desconstrucción de las formas tradicionales de organización laboral, se abandona la contratación tradicional y se sustituye por acuerdos basados en la práctica del principio de autonomía de la voluntad con asunción de la premisa de eficiencia y resultados de lo asignado.

Su implementación se ha dado en escenarios de libertad y discrecionalidad y de no observar los elementos fundamentales que componen la relación laboral para su correcta aplicación, no existe un adecuado instrumento documental inclusivo que garantice los principios de justicia social y las nuevas realidades laborales capaz de aplicarse en el contexto Centroamericano.

El presente trabajo es una investigación cualitativa, exploratoria, de tipo documental y aborda aspectos como, formalización del teletrabajo, aportes legislativos en Centroamérica, formulación de un instrumento holístico inclusivo basado en la doctrina, la legislación y la realidad Centroamericana.

Se identifican elementos, requisitos, obligaciones, derechos de las partes, aspectos sine qua non del acuerdo de teletrabajo en el contexto Centroamericano.

El acuerdo de teletrabajo propuesto está compuesto por elementos como: voluntariedad, modalidad, reglas de disponibilidad, horario y jornada, revocatoria o modificación del acuerdo, derecho de desconexión, condiciones ambientales de tiempo y espacio, obligación de suministro por parte del empleador,

posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar, vigilancia y control del teletrabajador y las obligaciones de las partes.

**Palabras clave:** Desconstrucción - Contratación laboral - Legislación Centroamericana

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Puestos teletrabajables. 3. Formalización del teletrabajo. 4. Aportes al contenido del acuerdo de teletrabajo en Centroamérica. 4.1. Aportes legislativos de El Salvador. 4.2. Aportes legislativos de Costa Rica. 4.3. Aportes legislativos de Panamá. 5. Propuesta de acuerdo de teletrabajo en base a la legislación Centroamericana. 6. Conclusiones.

**Abstract:** In labor legal systems, there are specific paradigm shifts and thanks to modernity, a new way of doing work called teleworking with technological nuances and delocalization has been implemented.

This implies the deconstruction of traditional forms of work organization, traditional contracting is abandoned and replaced by agreements based on the practice of the principle of autonomy of will with assumption of the premise of efficiency and results of what is assigned.

Its implementation has occurred in scenarios of freedom and discretion and if the fundamental elements that make up the employment relationship are not observed for its correct application, there is no adequate inclusive documentary instrument that guarantees the principles of social justice and the new labor realities capable of being applied. in the Central American context.

This work is a qualitative, exploratory, documentary-type investigation and addresses aspects such as formalization of teleworking, legislative contributions in Central America, formulation of an inclusive holistic instrument based on doctrine, legislation and Central American reality.

Elements, requirements, obligations, rights of the parties, sine qua non aspects of the teleworking agreement in the Central American context are identified.

The proposed teleworking agreement is made up of elements such as: voluntariness, modality, availability rules, hours and days, revocation or

modification of the agreement, right to disconnect, environmental conditions of time and space, obligation to supply by the employer, possibility of reconcile work life with family life, surveillance and control of the teleworker and the obligations of the parties.

**Keywords:** Deconstruction - Labor contracting - Central American legislation

**Summary:** 1. Introduction. 2. Teleworkable positions. 3. Formalization of teleworking. 4. Contributions to the content of the teleworking agreement in Central America. 4.1. Legislative contributions of El Salvador. 4.2. Legislative contributions of Costa Rica. 4.3. Legislative contributions of Panama. 5. Proposal for a teleworking agreement based on Central American legislation. 6. Conclusions.



## 1. Introducción

En época reciente los fenómenos como la recesión y crisis petrolera en la década del 70<sup>1</sup>, 2000<sup>2</sup>, el avance tecnológico y la reciente crisis sanitaria provocada por la pandemia del coronavirus han sido capaces de impulsar la implementación de una nueva forma de realizar el trabajo denominada teletrabajo que se practica desde la distancia y con el uso de las TIC.

En tal medida, existe una nueva realidad a nivel mundial que ha impulsado cambios en el comportamiento de la sociedad, se transforman así las conductas laborales; lo que antes se practicaba de manera presencial hoy se realiza desde un equipo de cómputo, en un espacio diverso y con conexiones en línea garantizando la ejecución, seguimiento y resultados de las tareas asignadas.

Ello evidencia una desconstrucción de las formas tradicionales de organización del trabajo, así tenemos que dentro del análisis doctrinal español que presenta grandes aportes y teorías jurídicas en esta misma línea se clarifica que no nos encontramos ante una contratación laboral tradicional sino ante acuerdos, convenios, pactos de las partes basados en la práctica del principio de autonomía de la voluntad<sup>3</sup> en la relación laboral, prescribiéndose elementos novedosos para la contratación tradicional pero homogéneos en su eficiencia, compromiso y resultado de lo asignado.

---

<sup>1</sup> Pedro Martín, "Teletrabajo y comercio electrónico". *Teletrabajo y comercio electrónico*, 2018, p.11, ha destacado que en plena crisis del petróleo Jack Nilles, físico e ingeniero realiza su aporte, quien buscaba formas de ahorro energético, abogando por el trabajo a distancia y haciendo uso de las entonces incipientes tecnologías de la comunicación, sentando así las bases del teletrabajo.

<sup>2</sup> Mario Rapoport y Noemí Brenta, "La crisis económica mundial: ¿el desenlace de cuarenta años de inestabilidad?", *Revista Problemas del Desarrollo*, octubre-diciembre 2010, 3, 7, 8, 9,10, quienes afirman que, las crisis del capitalismo contemporáneo más importantes fueron la de 1929, la de los años 1970 y la actual que implica un cuestionamiento de las ideas neoliberales.

<sup>3</sup> Esto ha sido sostenido de manera contundente por Alicia Villalba, "El acuerdo de trabajo a distancia tras la entrada en vigor del RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre", *Revista Derecho Social y Empresa*, no. 14, junio 2021, 8, 24; quien afirma que, "en virtud del acuerdo de trabajo a distancia [género del teletrabajo] se introduce una novación objetiva del contrato de trabajo" que no es imposición unilateral y que más bien su régimen jurídico descansa fundamentalmente en la propia autonomía de la voluntad de las partes que lo generan, alejándose así de la tradición contractual laboral y basándose en el principio de voluntad de partes que acuerdan la relación laboral.

El CLAD<sup>4</sup>, dentro de su quehacer Latinoamericano identifica que se han suscrito normativas o disposiciones legales sobre el teletrabajo en países como: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, España, México, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

En Centroamérica tenemos que al menos tres países contribuyen a la regulación legislativa del teletrabajo, estos son El Salvador, Costa Rica y Panamá.

Gracias a fenómenos como la pandemia se dio una acelerada implementación del teletrabajo a riesgo que su aplicación se de en un escenario de libertad y discrecionalidad<sup>5</sup> y de no observar los elementos fundamentales que componen la relación jurídico laboral para su correcta aplicabilidad, en tal medida y careciéndose del instrumento eficaz de contratación en materia de teletrabajo nos guía el propósito de presentar una propuesta documental inclusiva que garanticen tales elementos pudiendo ser implementado en Centroamérica con independencia de su falta legislativa regulatoria.

Ello permitirá tanto a la empresa privada como estatal ser garantes de los principios de justicia social y los nuevos planteamientos jurídicos necesarios de observar en su implementación.

Dentro de nuestro esquema de trabajo nos planteamos como objetivos a como sigue; identificar los puestos teletrabajables, en el entendido que la entidad debe determinar cuáles puestos presentan las características idóneas y qué cualidades debe tener el teletrabajador; abordamos la formalización del

---

<sup>4</sup> El CLAD, es el Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo, un organismo público internacional de carácter intergubernamental. “Se [constituyó en el año 1972](#) bajo la iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela. Su sede se encuentra en Caracas, República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con la “[Ley Aprobatoria del Acuerdo de Sede entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo](#)” (G.O. N° 2.718 del 30 de diciembre de 1980). Su creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas ([Resolución 2845 – XXVI](#)) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social. Acceso el 25 de Julio 2023 <https://clad.org/acerca-de/ac-clad>

<sup>5</sup> Los autores Joselito Fernandez-Tapia y Rocío Bravo, “El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital, Crítica y Resistencias”, *Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, diciembre 2019, 24, citando a (Agudo, 2009 y 2014); Pérez, 2010; OIT 2016; Lampert y Poblete, 2018; OIT Eurofound, 2019, (Thibault, 2000), afirman que a falta de una ley específica sobre el teletrabajo su sustento se basa en la “dinámica del mercado” y que “los problemas y desventajas” que presenta el teletrabajo se deben a la “ausencia de una legislación sólida” de la materia.

teletrabajo, siendo imprescindible establecer la tipificación y las solemnidades que se ajusten a la contratación del teletrabajo; determinamos los aportes legislativos del teletrabajo en Centroamérica y formulamos un instrumento documental de teletrabajo que se basa en los aportes doctrinarios, legislativos y el contexto Centroamericano.

Nuestra investigación<sup>6</sup> es cualitativa, exploratoria de tipo documental en base al análisis de fuentes de datos secundarios que se realiza a partir de artículos científicos, doctrina y legislaciones, es un estudio de diseño no experimental, de alcance retrospectivo.

En suma, en la delimitación de nuestro quehacer se realiza un análisis del aporte legislativo centroamericano lo que permite identificar contenido, elementos, requisitos, obligaciones, derechos de las partes en la relación laboral, presentado finalmente una propuesta documental del acuerdo de teletrabajo, siendo este un modelo holístico e inclusivo Centroamericano que contiene elementos como la voluntariedad, modalidad, disponibilidad, jornada, revocatoria del acuerdo, derecho de desconexión, condiciones ambientales, suministro por parte del empleador, posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar, vigilancia y control del teletrabajador y las obligaciones de las partes.

## **2. Puestos teletrabajables**

Previo a la implementación, acuerdo o contratación del teletrabajo se deben clarificar en la entidad cuáles son los puestos o los trabajadores susceptibles de su aplicación, se promueve así una revisión objetiva de las condiciones generales que presenta el puesto y el trabajador.

Así se deben identificar los puestos de trabajo que sí se pueden transformar a distancia y los que no, con la absoluta seguridad que la persona trabajadora podrá asumir la tarea, esto es, que observa las cualidades, capacidades y competencias adecuadas para teletrabajar.

---

<sup>6</sup> 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.

Es así que, al respecto del método de implementación del teletrabajo se considera que las empresas debieron retomar un esquema de siete consideraciones para su determinación: definición de objetivos esperados con el teletrabajo, identificar quien puede teletrabajar, establecer las normativas básicas para la modalidad, potenciamiento de la formación del personal (perfilamiento de personas que pudieren trabajar de forma autónoma), identificación de los recursos necesarios (TIC), fijación de los canales para comunicarse y la implementación de un adecuado y eficiente sistema de control<sup>7</sup>.

Seguidamente llegamos a la siguiente indagación<sup>8</sup> ¿Quiénes pueden ser teletrabajadores? y se reflexiona que, para ser teletrabajador se requiere de un empleo cuyo contenido de trabajo pueda ser susceptible de ser informatizado, es decir, pueda ser transformado vía el teletrabajo.

En el mismo sentido se infiere que, los teletrabajadores por las características de su actividad desarrollan algunas cualidades, identificándose: disciplina, constancia, dominio en el escaso contacto social, autocontrol para organizarse pese a la escasa supervisión, formación y preparación, automotivación, toma de decisiones, autonomía, con habilidades tecnológicas, buena planificación en garantía del cumplimiento, autoeficacia, capacidad de adaptación tecnológica<sup>9</sup>.

Sobre la tipificación de los puestos teletrabajables también se expone que, pueden ser: la consultoría, la asesoría, lo jurídico, lo contable, ventas, traducciones, educación, diseño, periodismo, desarrollo de software, arquitectura y hasta algunas ramas de la medicina<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Respecto de estas consideraciones puede verse MOLINA, María cita de (Gormaz, 2020) en *Análisis de cargos que se adaptaron de mejor manera al teletrabajo, según las medidas tomadas durante la crisis del Corona Virus en 2020*, (Ecuador: Tesis de magíster Universidad del Uzuay 2020), 12.

<sup>8</sup> Indagación que al mismo tiempo analiza TUNAL, Gerardo, "Reflexiones en torno a los análisis sobre el teletrabajo", *Trabajo y Sociedad*, 2012, 3-11.

<sup>9</sup> TUNAL, Gerardo, citando a (Alonso y Cifre, 2002: 57) relaciona las cualidades del teletrabajador, Ob. Cit., 2012, pág. 11.

<sup>10</sup> BARBIER, Nicolás, "La cobertura de riesgos del trabajo en el trabajo a distancia", *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 2020, 1.

En la misma línea se afirma<sup>11</sup> que, una de las claves del teletrabajo radica en la identificación de los puestos que son teletrabajables por lo que citando al Manual para la Implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado de España<sup>12</sup>, explica que en principio todos los puestos (en la Administración pública) son puestos de trabajo susceptibles de teletrabajo, excepto aquellos cuyo desempeño requieran contactos personales frecuentes o sean de atención directa al público, así quedan excluidos puestos como: Subdirectores Generales, Registro, información presencial al ciudadano, secretarías, ordenanzas y en general todos aquellos puestos cuyo desempeño requiera la presencia del empleado en el centro de trabajo.

Se esgrime<sup>13 14</sup> así mismo que, los puestos que han podido acogerse al teletrabajo, son, los cargos administrativos, servicio al cliente, ventas, sistemas informáticos, Marketing y comunicaciones, analistas de datos, labores de secretaría, contables, financieros o administrativos, existiendo para ello diversas plataformas que permiten sistematizarlos.

Ante tales afirmaciones cabe esbozar que los puestos teletrabajables son de naturaleza o de orden intelectual, donde las capacidades del trabajador priman en análisis, usos de sistemas, puestos informatizados, con cualidades idóneas para adaptarse a cambios de paradigmas en materia laboral, no se descartan los puestos en la Administración pública, quedando excluidos solamente aquellos en los que se requiere la presencia física del trabajador toda vez que se requiera garantizar el servicio que se presta.

### 3. Formalización del teletrabajo

---

<sup>11</sup> Sobre los puestos teletrabajables véase MAZO, Luisa, “Criterios y procedimiento para decidir qué puestos son susceptibles de teletrabajo”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 2021, 3.

<sup>12</sup> Esta disertación se encuentra contenida en el documento original del Manual para la Implantación de programas piloto de teletrabajo en la Administración General del Estado de septiembre del 2006 que fue elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, España.

<sup>13</sup> MOLINA, María 2020, citando a Sanz (2020), también se refiere a los puestos teletrabajables, Ob. Cit., p. 12.

<sup>14</sup> Respecto de puestos teletrabajables también véase a Elain Ford y Winfried Weck, *Internet y pandemia en las Américas: primera crisis sanitaria en la era digital* (Panamá: 2020), 126.



En cuanto al término formalizar, desde el punto de vista estrictamente jurídico<sup>15</sup> nos conducimos por su significado dirigido a “Atenerse a las solemnidades legales, revistiendo el acto o contrato de los requisitos pertinentes”.

De acuerdo a la delimitación del tema que nos ocupa, Acuerdo de teletrabajo en el contexto Centroamericano, debemos abordar una singularidad en esta materia de contratación, en primer lugar, la formalización en cuestión refiere las solemnidades normativo-documental que debe revestir un convenio de partes, donde prime la voluntad de los contratantes.

Por otro lado, debe dilucidarse cómo se debe formalizar el convenio de partes en materia del teletrabajo, lo que implica traer al escenario la discusión de si debemos referirnos simplemente a un contrato de teletrabajo a como lo explica la teoría de contratación tradicional o más bien se trataría de un acuerdo de partes donde se suscriben elementos novedosos que se ajustan a esta nueva forma de organizar el trabajo.

En el presente acápite abordaremos y definiremos cuáles de estos dos aspectos es el vinculante al teletrabajo.

Iniciamos su disertación, esbozando lo que considera la doctrina española<sup>16 17</sup> referido en primer orden al trabajo a distancia siendo éste el género de teletrabajo, así se explica que el trabajo a distancia, concebido como aquél que se ejecuta en el domicilio del trabajador o en otros locales que escoja, distinto de los locales del empleador constituye un género al cual pertenecen diversas subespecies, aquí queda subsumido el teletrabajo.

Y en cita que hace VILLALBA del Arto. 6 RDLTD<sup>18</sup> al respecto de la formalización del trabajo a distancia, afirma que, el acuerdo de trabajo a distancia

---

<sup>15</sup> Tomando como fuente a Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* (Perú: 2006), 212.

<sup>16</sup> Respecto del trabajo a distancia como género ver VILLALBA, Alicia, “El acuerdo de trabajo a distancia tras la entrada en vigor del RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 2021, 5, 21, 24.

<sup>17</sup> También véase sobre el trabajo a distancia a MELLA, Lourdes, “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: Contenido general y propuesta de mejora”, *Revista Derecho Social y Empresa*, 2016, 5.

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 28/2020, del 22 de septiembre, de trabajo a distancia. BOE n° 253, de 23 de septiembre 2020.

deberá celebrarse por escrito, pudiendo estar incorporado al contrato de trabajo o en un documento aparte, de formalizarse en un momento posterior; de tal manera que, en virtud del acuerdo de trabajo a distancia se introduce una novación objetiva del contrato de trabajo que no puede ser impuesta por el empresario, sino que ha de ser consentida por ambas partes, su regulación descansa fundamentalmente en la propia autonomía de la voluntad que la ha generado.

Las contribuciones respecto de la formalización del contrato a distancia explican que “La forma del contrato de trabajo a distancia sigue siendo escrita por imperativo legal, convirtiéndose de esta manera en un requisito *ad solemnitatem* siendo el objetivo de esta previsión normativa el de dotar a estos contratos de seguridad jurídica”<sup>19</sup>.

En base al análisis<sup>20</sup> del Acuerdo Marco Europeo<sup>21</sup> se afirma que, al definir el teletrabajo, esta moderna forma de organización del trabajo para las empresas y organizaciones públicas requiere el uso de las TIC y debe desarrollarse en el marco de un acuerdo, convenio o contrato o de una relación laboral deslocalizado en diferentes espacios habilitados para tal caso.

En revisión jurisprudencial <sup>22</sup> <sup>23</sup>; se sostiene que, el acuerdo de trabajo a distancia es un contrato de trabajo genuino y específico que va más allá del simple establecimiento de determinadas condiciones para la prestación del servicio retribuido por cuenta ajena<sup>24</sup> y cuya base dogmática se vincula a la voluntariedad de las partes (empresario y trabajador) que lo suscriben.

---

<sup>19</sup> Sobre la formalización del trabajo a distancia ver BELENGUER, Sofía. “El Régimen Jurídico del trabajo a distancia”, *IUSLabor*, 2015, p. 3.

<sup>20</sup> Respecto del teletrabajo como acuerdo de partes véase AYALA DEL PINO, Cristina, “La nueva regulación del trabajo a distancia no es la panacea”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2022, p. 4.

<sup>21</sup> Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo firmado en el ámbito comunitario europeo (CES, UNICE, UEAPME y CEEP) el 16 de junio del 2002 en Bruselas y revisado en 2009.

<sup>22</sup> ARETA, María, “El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de contact center: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral Número 9/2022*, 2022, 9, 12

<sup>23</sup> Dictamen de Sentencia de Audiencia Nacional número 44/2022, Sala de lo social, del 22 de marzo 2022 de España, acápite Naturaleza jurídica del trabajo a distancia.

<sup>24</sup> Artículo 1 del ET; [BOE.es - BOE-A-2015-11430 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.](#)

Así también se explica que el acuerdo de trabajo a distancia forma parte del contrato de trabajo y no puede existir ni producir efecto si previamente no se ha suscrito el contrato de trabajo al que acompaña y se afirma que “este acuerdo podrá estar incorporado al contrato de trabajo inicial o realizarse en un momento posterior”<sup>25</sup>.

Se puede inferir que el trabajo a distancia desde su generalidad y el teletrabajo como su especie, requieren de dos aspectos fundamentales, la voluntariedad que debe ser expresa y consentida por ambas partes en la relación laboral y su formalización que debe ser concertada a partir de un acuerdo de partes por escrito en garantía de las prerrogativas, derechos y obligaciones de los contratantes, es decir con observancia del principio de justicia social.

Hacia estas pautas apuntan la jurisprudencia y normativa española que tempranamente lo han regulado.

Queda abonado a la discusión, por tanto, que la forma legal del teletrabajo se va a practicar en un acuerdo o convenio sujeto al principio de la autonomía de la voluntad el que se corresponde con un genuino contrato de trabajo cuando se va a iniciar la relación laboral bajo la figura del teletrabajo y si es presencial se suscribe adenda para modificarlo. Y es que, siendo una nueva forma de organización laboral con matices y características sui generis, nos alejamos de la tradicional relación contractual quedando superado con la formalización del acuerdo de partes.

#### **4. Aportes al contenido del acuerdo de teletrabajo en Centroamérica**

La regulación del teletrabajo en Latinoamérica ha sido analizado por el CLAD<sup>26</sup> en informe del 20 de mayo del 2020, donde se asevera que, 21 de 23 países miembros, se han pronunciado a través de instrumentos legales sobre el teletrabajo como una herramienta útil para reforzar el distanciamiento y continuar

---

<sup>25</sup> Artículo 6.1 de la LTD; BOE-A-2021 -11472 Ley 10/2021, de trabajo a distancia, No. 164, de 10 de julio de 2021.

<sup>26</sup> Sobre análisis del teletrabajo en Latinoamérica ver Centro Latinoamericano de administración para el desarrollo, “Disposiciones normativas sobre el teletrabajo en los países CLAD como consecuencia de la Pandemia”, <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/05/Teletrabajo-PM-CLAD.pdf> (consultada 10 de octubre 2023).

las operaciones laborales garantizando la preservación de la fuerza laboral y el cuidado del empleo sin desactivar la actividad económica de ellos 11 fueron regulados por Decretos de emergencia nacional el resto son normativas promovidas por sus respectivas Asambleas Nacionales u otro ente público.

Relaciona también que en Latinoamérica se han suscrito normativas o disposiciones legales en países como: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, España, México, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

Y los países de Centroamérica que han iniciado su proceso de regulación laboral en materia de teletrabajo son: Costa Rica, El Salvador, Panamá, regulándolo de manera directa, Guatemala y Honduras de manera indirecta y Nicaragua no presenta regulación.

Para puntualizar los aportes Centroamericanos es menester detenernos en cada una de sus normativas.

#### **4.1. Aportes legislativos de El Salvador**

El Salvador dictó el decreto 600, Ley de regulación del teletrabajo (2020)<sup>27</sup>, en adelante ley del teletrabajo, entendiendo por teletrabajo, 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.

Lo clasifica por el lugar de desempeño: -Autónomo, -Móvil y – Suplementarios, por: la fijación de horario y jornada de trabajo: -Teletrabajo conectado, -Teletrabajo desconectado. La ley del teletrabajo regula el principio de voluntariedad para su implementación. Agrega la existencia del telecentro que es el espacio físico acondicionado con las tecnologías digitales e infraestructura, que les permite a los trabajadores realizar sus actividades que debe ser autorizado por el empleador.

---

<sup>27</sup> Decreto No. 600 de 2020. Por el que se aprueba Ley de regulación del teletrabajo de El Salvador. 16 de junio 2020. D.O. No. 427.

También prescribe que, si se pacta en contrato original, no hay revocación, solamente a convenio de partes y que es unilateral dentro del término de 30 días de iniciada las labores.

La legislación salvadoreña no hace la distinción entre contrato y acuerdo, continúa formalizando el servicio como contrato de teletrabajo y adenda o modificación cuando la contratación inicial fue por contrato laboral presencial y a posteriori se pacta teletrabajo.

Pese a ello ya El Salvador nos aporta en el Arto. 7 de su normativa la configuración de los requisitos del contrato de teletrabajo, tales son:

1. La dirección exacta del lugar o lugares donde se desarrollarán las labores (telecentro), con previa autorización.
2. Determinación de las principales tareas a realizar.
3. Especificaciones de equipos, programas, soportes, plataformas y demás implementos informáticos y otras herramientas que proporcionará el empleador o bien el teletrabajador.
4. Mecanismos de evaluación para horarios, metas, desempeño, seguridad de la información, confidencialidad y protección de datos,
5. Condiciones de seguridad de la información, protección de datos y confidencialidad, previamente aceptadas.

Continúa aportando esta ley en su Arto. 8 las obligaciones del empleador, tales son:

1. Reconocimiento del salario en la forma, cuantía, fecha y lugar con remisión a lo regulado en su Código del trabajo, tal reconocimiento se hará con independencia de la falta de suministro por parte del empleador.
2. Proveer los equipos, conexiones, herramientas, programas y aplicaciones que fueren necesarios e indispensables para la ejecución de las labores (se reconoce depreciación a favor del trabajador).



3. Asumir prestaciones sociales de manera equivalente al trabajador presencial.
4. Garantizar el restablecimiento de las funciones del trabajador, en caso de ser interrumpido por aspectos técnicos y garantizar capacitaciones para el adecuado manejo de los equipos.
5. Asumir el costo del funcionamiento de los equipos tecnológicos, de conexiones, herramientas y programas que se utilicen para el teletrabajo.
6. Deben establecerse políticas sobre las condiciones del teletrabajo.

Otro elemento fundamental para incorporarlo en el contenido del contrato de teletrabajo se refiere a las obligaciones del teletrabajador, Arto. 9 ley del teletrabajo:

1. Desempeño de sus funciones de acuerdo a lo convenido, forma, tiempo y lugar autorizado.
2. Informar al empleador sobre problemas técnicos que impidan sus funciones y permitir el mantenimiento de los equipos cuando se los hayan suministrado.
3. Mantenerse a disposición del empleador durante su jornada de trabajo.
4. Conservar y restituir en buen estado los equipos, herramientas, programas, aparatos, dispositivos, plataformas u otros mecanismos entregados por el empleador para la ejecución de su servicio, salvo el deterioro por uso natural, o por caso fortuito y fuerza mayor, o la mala calidad de fabricación.
5. Guardar secreto de toda la documentación proporcionada por el empleador.

Además de todo lo previsto, para el caso de la empresa estatal el Arto. 15 de esta misma ley regula una prescripción adicional que refiere la verificación de las condiciones de salud y seguridad ocupacional en los telecentros, en el caso del domicilio del teletrabajador debe estar acondicionado un espacio físico

acorde con las normativas de seguridad e higiene, siendo competente para ello el Ministerio de Trabajo y Previsión social.

El Arto. 16 ley del teletrabajo, para el trabajador estatal establece que lo pertinente a obligaciones, derechos y prohibiciones está contenido en la Ley de Servicio Civil, Ley de Carrera Administrativa Municipal, Ley de Seguro Social, Ley de Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica del Río Lempa (CEL), Reglamentos, Contratos Colectivos y demás pertinentes.

#### **4.2. Aportes legislativos de Costa Rica**

Costa Rica en el afán por modernizar el Estado promulgó tres 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).

A partir del 2015 nace la regulación del teletrabajo en el sector privado que fue impulsada por el Ministerio de trabajo y seguridad social que emitió Guía técnica para la implementación del teletrabajo en las empresas<sup>28</sup>.

Finalmente, en 2019 se promulga la Ley No. 9738, ley para regular el teletrabajo 2019<sup>29</sup>, en lo sucesivo ley sobre teletrabajo, ésta constituye la base jurídica para su implementación en las empresas privadas y públicas, así como su Reglamento, Decreto No. 42083 de 2019<sup>30</sup>.

Esta ley sujeta la implementación del teletrabajo al principio de oportunidad-conveniencia y medición de resultados y que debe ser voluntario para las dos partes.

Lo clasifica en teletrabajo domiciliario; ejecución de las actividades laborales desde el domicilio del trabajador, el teletrabajo móvil; realización de

---

<sup>28</sup> Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Costa Rica. (2018). Guía Técnica para la Implementación del Teletrabajo en las Empresas. Acceso el 20 de enero 2023 [https://www.mtss.go.cr/elministerio/despacho/teletrabajo/guia\\_teletrabajo\\_sector\\_privado.pdf](https://www.mtss.go.cr/elministerio/despacho/teletrabajo/guia_teletrabajo_sector_privado.pdf)

<sup>29</sup> Ley 9738 de 2019. Por el que se aprueba Ley para regular el teletrabajo en Costa Rica. 30 de septiembre de 2019. G.O. No. 184.

<sup>30</sup> Decreto ejecutivo 42083 de 2019. Por el que se aprueba Reglamento para regular el teletrabajo. 20 de diciembre de 2019. D.O. No. 243.

funciones de manera itinerante en el campo o con traslados constantes y con el uso de equipos móviles que sean fácilmente utilizables y transportables.

Al igual que El Salvador, Costa Rica reconoce la existencia de los telecentros con las mismas características. Además, crea la política pública reconociendo incentivos cualitativos, la creación de alianzas en el sector público y privado todo para la promoción del teletrabajo, entre otros.

El Arto. 7 de la ley sobre teletrabajo establece las reglas generales del teletrabajo tanto en el sector público y privado éstas son:

1. Cuando el teletrabajo no se pacta desde el origen se suscribe un acuerdo voluntario entre la institución y el servidor, el que debe contener las condiciones de ejecución del trabajo.
2. Se mantiene la jornada que inicialmente se pactó.
3. Flexibilidad en el horario, según acuerdo de partes.
4. Evaluación y control del teletrabajador, previamente establecidos y equivalentes al trabajo presencial.
5. Revocación del teletrabajo es potestad de la institución y puede ser aplicada a conveniencia de acuerdo con sus políticas, sin embargo, en al menos diez días naturales de su implementación el teletrabajador podrá solicitar su reingreso.
6. Equipamiento del teletrabajador a costa de la institución, o a disposición voluntaria de aquel, lo que se debe consignar en el acuerdo suscrito.
7. Control de datos públicos obtenidos de procesamiento de información oficial.
8. Acceso a la formación y oportunidades de desarrollo, acceso a los mismos derechos colectivos del trabajador presencial.
9. Aplicación de normativas de condiciones de salud y seguridad ocupacional con adecuación de los espacios donde se teletrabaje.
10. Las condiciones en la empresa privada se pactan entre el empleador y el teletrabajador.

En relación a la formalización del teletrabajo el inciso 1 y 6 del citado Arto. 7 ley sobre el teletrabajo sostiene que será por medio de acuerdo de partes integrándose a la contratación inicial; el Arto. 9 por su parte prescribe que en la contratación se deban establecer las condiciones, derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes. Ratificando de esta manera lo sostenido por la doctrina.

El artículo 5 del reglamento para regular el teletrabajo, establece de manera taxativa el contenido del contrato de teletrabajo a como sigue:

1. Las condiciones de servicio.
2. Las labores que se deberán ejecutar bajo esta modalidad.
3. Los medios tecnológicos y ambientes requeridos.
4. Los mecanismos de comunicación con la persona teletrabajadora.
5. La forma de ejecutar el mismo en condiciones de tiempo y si es posible de espacio.
6. Los días y horarios en que la persona teletrabajadora ejecutará la modalidad, por incumplimiento se aplica abandono laboral.
7. Las responsabilidades en cuanto a la custodia de los elementos de trabajo.
8. Asignación del trabajo del empleador y la entrega del trabajo del teletrabajador.
9. Las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir la persona teletrabajadora.

También tenemos lo prescrito sobre las obligaciones del empleador en el Arto. 10 ley sobre teletrabajo, estas son:

1. Garantizar y proveer los equipos y conexiones.
2. Reconocimiento del salario con independencia de no proveerle equipos, conexiones o reparaciones.
3. Por falta de suministro de energía, telefonía o internet, el trabajador se debe trasladar al centro de trabajo o un telecentro.
4. Sujeción a la norma general laboral o en el reglamento de esta ley.

No se dejó de legislar sobre las obligaciones del teletrabajador así en el Arto. 11 ley sobre teletrabajo se lee:

1. Restituir y garantizar el uso de los equipos cuando se le hayan suministrado.
2. Informar al empleador el daño, extravío o robo en los equipos.
3. Estar disponible en caso de ser necesario.
4. Garantizar discreción y confidencialidad de la información manejada.
5. Prerrogativas en materia de salud ocupacional.
6. Sujeción a la norma general laboral o en el reglamento de esta ley.

### **4.3. Aportes legislativos de Panamá**

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<sup>31</sup> de 2020, Ley que establece y regula el teletrabajo en la República de Panamá y modifica un artículo del código del trabajo, en adelante la ley del teletrabajo cuyo objeto es establecer y regular el teletrabajo como modalidad de relación de trabajo en el país.

Su implementación resulta del acuerdo entre las partes en contrato original o en adenda con independencia de si es parcial, subraya la voluntariedad del trabajador en aceptar esta modalidad, caso de rechazo son prohibidas las represalias; el empleador dará un preaviso al trabajador para el retorno a labores presenciales. Así queda demostrado que esta legislación también es compatible a los lineamientos de la doctrina en materia de formalización del teletrabajo.

El Art. 4 de la ley del teletrabajo establece que el contrato será por escrito y deberá contener los siguientes elementos:

1. Manifestación del carácter voluntario del teletrabajo.
2. Reversibilidad del teletrabajo, término del preaviso, a efectos de retornar a trabajo presencial.
3. La determinación puntual si el teletrabajo será parcial o completo.

---

<sup>31</sup> Ley 126 de 2020. Por el que se establece y regula el teletrabajo en la república de Panamá y modifica un artículo del código del trabajo. 19 de febrero 2020. D.O. 28965-A.

4. Señalamiento del tiempo de la jornada de trabajo.
5. La declaración del trabajador indicando que cuenta con instalaciones adecuadas para realizar sus funciones.
6. La cláusula de confidencialidad.
7. La descripción clara del puesto de trabajo y sus funciones.
8. Los términos de la remuneración.
9. El domicilio de las partes.

Se otorga competencia al Ministerio del Trabajo y Desarrollo Laboral sobre revisión de los contratos de teletrabajo, el mandato de subsanación, omisión o quebrantamiento del orden jurídico laboral y la creación de una Red Nacional de Teletrabajo con inclusión de la empresa privada.

Se aplica la jornada parcial o completa en el teletrabajo, si se practica extraordinariamente se regula conforme su Código del trabajo, estipula reconocimiento de seguridad social por riesgos profesionales en ejercicio del teletrabajo o por accidentalidad laboral en caso de traslado y trabajo presencial de guardia (casos de emergencia), subvención del empleador por conexión, capacitación para manejo de equipos.

Corresponde al empleador adoptar algunas medidas para la protección de los datos que se manejen tales como, informar al teletrabajador la aplicación de políticas y normas internas sobre su manejo, sobre las restricciones de uso de los equipos, aplicación de sistemas de control sin violentar la privacidad personal o familiar, proporcionar los equipos y garantizar su mantenimiento.

En el Arto. 17 de la ley del teletrabajo prescribe que el teletrabajador también se obliga a la protección de datos cumpliendo con las normas y políticas de protección, restricciones, conservar y custodiar los equipos asignados, informar sobre pérdida, robo, hurto de los equipos y devolución de los equipos una vez concluido el servicio.

Finalmente, el Arto. 21 ley del teletrabajo reforma el Arto. 151 del Código de trabajo panameño de 1971<sup>32</sup> donde se ratifica que el salario no debe ser en especie sino en efectivo sea por cheque o transferencia bancaria.

---

<sup>32</sup> Decreto 252 de 1971. Por el que se aprueba Código del Trabajo de Panamá. 18 de febrero 1972. D.O. 17,040.

## 5. Propuesta de acuerdo de teletrabajo en base a la legislación Centroamericana

El teletrabajo como nueva forma de organizar y prestar servicio laboral parte del acuerdo entre las partes contratantes; la doctrina ha dejado establecido que pese a su escasa regulación es una realidad inminente que requiere atención, protección y adecuada implementación, es así que, nos disponemos a presentar propuesta de acuerdo de teletrabajo en el contexto Centroamericano.

Acuerdo de implementación del teletrabajo.

CLÁUSULA PRIMERA: en la que se indicará la identificación entre las partes

CLÁUSULA SEGUNDA: en la que se establecerá la voluntariedad y el mutuo consentimiento.

CLÁUSULA TERCERA: en la que se indica la modalidad, la que puede ser por el desempeño: en el *domicilio a tiempo completo* (la actividad se presta la mayoría del tiempo desde el domicilio del teletrabajador, utilizando dispositivos electrónicos para llevar a cabo el trabajo, pudiendo acudir muy ocasionalmente para recoger material o para asuntos administrativos específicos, como una reunión), en el *domicilio a tiempo parcial o híbrido* (se desarrolla en una oficina y al menos dos o tres veces por semana lo realiza en el domicilio del teletrabajador) y *móvil* (se desarrolla la mayor parte de su tiempo fuera de la oficina y/o en diversos locales), de acuerdo al horario puede ser: teletrabajo desconectado (contra entrega de resultados), o teletrabajo conectado (mantiene la conexión en línea toda la jornada, salvo horas de descanso acordadas).

CLÁUSULA CUARTA: en la que se especifique el lugar exacto donde deban realizarse las labores y la necesaria autorización del empleador, lo que estará acorde a la modalidad pactada.

CLÁUSULA QUINTA: en la que se deberá dejar constancia de las competencias requeridas del trabajador. Se podrá indicar que se requiere del teletrabajador competencias y capacidad de adaptación tecnológicas, disciplina, constancia, fortaleza psicológica, autocontrol para organizarse, formación y



preparación, automotivación, toma de decisiones, autonomía, buena planificación en garantía del cumplimiento, autoeficacia, entre otras.

CLÁUSULA SEXTA: dedicada para establecer las reglas de tiempos y disponibilidad obligatoria, horario y jornada. Se recomienda reservarse para el empleador la posibilidad de que, el teletrabajador podrá ser llamado de manera extraordinaria, previa notificación, para reuniones, entregar informes, tener coordinaciones de equipo de trabajo o la dirección o por razones que estén bien justificadas en la necesidad de la empresa. Se debe aplicar el reconocimiento salarial y prestacional a efectos de jornadas extraordinarias, horas extras previamente establecidos en la ley laboral general.

CLÁUSULA SÉPTIMA: donde se establece que, en caso de problemas técnicos, como pérdidas de conexión o averías que generan lentitud en el proceso de trabajo y que tenga como consecuencia directa la afectación en el desempeño del servicio, el teletrabajador deberá hacer la respectiva notificación, realizándolo en un tiempo prudente.

CLÁUSULA OCTAVA: en la que se recomienda establecer la revocación o modificación del acuerdo, pasando a virtualidad parcial o a presencial, estableciendo tiempo oportuno para las partes en su implementación.

CLÁUSULA NOVENA: en la que se debe establecer los períodos de desconexión digital en la jornada, encontrándose esto al margen de la jornada laboral.

CLÁUSULA DÉCIMA: en la que se deben señalar las condiciones de trabajo con las que debe contar el teletrabajador tales son condiciones ambientales, físicas, ergonómicas, temperatura y luminosidad, privacidad adecuada y suficiente que permita el desarrollo normal de su trabajo, sin interrupción de la privacidad familiar, pudiéndose conciliar la vida laboral con la familiar.

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA: donde se prescribe que en dependencia de las circunstancias económicas del empleador puede asumir el coste de adquisición y de mantenimiento de los equipos a utilizar, la conexión necesaria, así como suministrar las herramientas tecnológicas, de comunicación, de equipamiento, entre otros.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: en las que se establezcan las obligaciones del teletrabajador, las que pueden ser: a) desempeñar el trabajo convenido de acuerdo a las instrucciones que reciba del empleador, en la forma, tiempo y lugar autorizado, caso necesario se aplican las reglas del abandono laboral según la ley general laboral; b) mantenerse a disposición y localizable durante toda la jornada laboral destinada para el teletrabajo; c) protección de datos, información y archivos que son propiedad del empleador; d) informar de inmediato al empleador o a quien éste designe, cuando ocurran causas que impidan u obstruyan la eficaz y diligente prestación de los servicios; e) garantizar uso exclusivo de los equipos, custodiarlos, conservarlos y restituirlos en buen estado, así como las herramientas, programas, aparatos, dispositivos, plataformas u otros mecanismos que le hubiere entregado la empresa para la prestación de los servicios.

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: en la que se estipulen los derechos del teletrabajador, entre los que se recomiendan indicar: a) igualdad de trato, remuneración, oportunidades de formación, desarrollo y crecimiento entre teletrabajadores y trabajadores presenciales, b) derechos de conciliación de la vida laboral y familiar; c) acceso a la seguridad social, higiene ocupacional y prevención de riesgos de trabajo que garanticen la atención a accidentes o enfermedades en el ejercicio de sus labores.

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA: en la que queden establecidas las obligaciones del empleador a) que en base a las posibilidades y rendimiento de la empresa proveer al teletrabajador los equipos, conexiones, herramientas, programas y aplicaciones que fueren necesarios e indispensables para la ejecución de las labores; b) asumir los costos que implique el funcionamiento de los equipos tecnológicos, de conexiones u otro tipo de herramientas y programas que se utilicen para el funcionamiento del teletrabajo; c) capacitar al teletrabajador para el adecuado manejo y uso de los equipos y programas necesarios para el buen desarrollo de sus funciones; d) adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del teletrabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la utilización de

medios telemáticos, el que debe ser compatible con su dignidad y con lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: se recomienda establecer una cláusula en la que se establezca la aceptación del acuerdo entre las partes.

Se relaciona la fecha y lugar de suscripción.

Teletrabajador

Teempleador.

## 6. Conclusiones

1. Se registran cambios de paradigmas en materia laboral implicando una desconstrucción de las formas tradicionales de organización laboral y un abandono de la contratación tradicional sustituyéndose por acuerdos, basados en el principio de autonomía de la voluntad, con observancia de la premisa de eficiencia y resultados del trabajo asignado.

2. Se puede afirmar que puede ser teletrabajador la persona trabajadora que posea cualidades idóneas para adaptarse al cambio y que son puestos teletrabajables todos aquellos que se puedan informatizar y que no requieran la presencia física de la persona.

3. Sobre el tópico de formalización del teletrabajo se concluye en base a la doctrina española que el teletrabajo debe suscribirse y formalizarse en un acuerdo donde prime el principio de autonomía de las partes toda vez que se observe el principio de justicia social y el contexto jurídico imperante, lo que en alguna medida se encuentra ratificado por la normativa Centroamericana.

4. Se realizó un análisis de la legislación centroamericana, concluyendo que El Salvador, Costa Rica y Panamá, han contribuido a la regulación legislativa del teletrabajo subrayando el principio de voluntariedad en su aplicación, se identificaron elementos, requisitos, obligaciones, derechos de las partes, aspectos sine qua non del contenido del acuerdo de teletrabajo.

5. El Salvador no hace distinción entre contrato y acuerdo, continúa formalizando el servicio al estilo tradicional, Costa Rica, por su parte moderniza

la formalización del teletrabajo y sostiene que será por medio de acuerdo de partes integrando su contenido a la contratación inicial, Panamá prescribe que su implementación resulta del acuerdo entre las partes en contrato original o adenda con independencia de si es parcial.

6. La aplicabilidad del acuerdo de teletrabajo propuesto en el presente trabajo permitirá tanto a la empresa privada como estatal ser garantes de los principios de justicia social y los nuevos planteamientos jurídicos necesarios de observar en su implementación.

7. Se presenta una propuesta documental de acuerdo de teletrabajo, siendo este un modelo holístico e inclusivo en el contexto Centroamericano, cuyo contenido está compuesto por los elementos de: voluntariedad, la modalidad, reglas de disponibilidad, horario y jornada, revocatoria o modificación del acuerdo de total a parcial o a presencial, derecho de desconexión digital en la jornada laboral, condiciones ambientales de tiempo y espacio, obligación de suministro de los equipos, programas, soportes, plataformas por parte del empleador, posibilidad de conciliar la vida laboral con la familiar, vigilancia y control para verificar el cumplimiento del teletrabajador y las obligaciones de las partes.

## Bibliografía

- ARETA, M. (2022). “El acuerdo de trabajo a distancia (teletrabajo) en el sector de contact center: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿qué consecuencias jurídicas lleva aparejada la nulidad de algunas cláusulas?”, En *Revista de Jurisprudencia Laboral Número 9/2022*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España, pp. 1-19.
- AYALA DEL PINO, C. (2022). “La nueva regulación del trabajo a distancia no es la panacea”, En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, pp-1-26.
- BARBIER, N. (2020). “La cobertura de riesgos del trabajo en el trabajo a distancia”, En *Sistema Argentino de Información Jurídica*, pp.1-6.
- BELENGUER, S. (2015). “El Régimen Jurídico del trabajo a distancia”, En *IUSLabor*, pp. 1-13.
- CABANELLAS, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Perú.
- FERNANDEZ-TAPIA, J., BRAVO SALAZAR, R. (2019). “El teletrabajo en América Latina: derecho de segunda y cuarta generación y de ciudadanía digital, Crítica y Resistencias”, En *Revista de conflictos sociales latinoamericanos*, no. 9, Oaxaca, 2019, pp. 17-38.
- FORD, E. WECK, W. ed. (2020). *Internet y pandemia en las Américas: primera crisis sanitaria en la era digital*. Panamá: El estado del arte del teletrabajo en época de pandemia.
- MARTÍN, P. (2018). “Teletrabajo y comercio electrónico”. *Teletrabajo y comercio electrónico*. Madrid, 20.
- MAZO, L. (2021). “Criterios y procedimiento para decidir qué puestos son susceptibles de teletrabajo”, En *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, pp. 126-145.
- MELLA, L. (2016). “Las cláusulas convencionales en materia de trabajo a distancia: Contenido general y propuesta de mejora”, En *Revista Derecho Social y Empresa*, no.6, diciembre, pp. 1-29.
- MOLINA, M. (2020). *Análisis de cargos que se adaptaron de mejor manera al teletrabajo, según las medidas tomadas durante la crisis del Corona Virus en*

2020. (Tesis de magíster en Gestión del Talento Humano). Universidad del Uzuay, Cuenca, Ecuador. 75.

RAPOPORT, M. y BRENTA, N. (2010). “La crisis económica mundial: ¿el desenlace de cuarenta años de inestabilidad?”, *Revista Problemas del Desarrollo*, 163 (41), pp. 1-24.

TUNAL, G. (2012). “Reflexiones en torno a los análisis sobre el teletrabajo”, En *Trabajo y Sociedad*, no. 19, pp. 31-54.

VILLALBA, A. (2021). “El acuerdo de trabajo a distancia tras la entrada en vigor del RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre”, En *Revista Derecho Social y Empresa*, no. 14.

---

## ENFOQUE DE GÉNERO EN LOS FALLOS DEL DERECHO LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA Y ARGENTINA

### GENDER APPROACH IN THE RULINGS OF LABOR LAW AND SOCIAL SECURITY IN COLOMBIA AND ARGENTINA

Yaneth VARGAS SANDOVAL

*Abogada, Máster en Relaciones Iberoamericanas e Internacionales y Doctora en Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (España). Máster en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social, Universidad Alcalá de Henares-OISS, Madrid (España). Docente Universitaria en pregrado y posgrado. Investigadora en Seguridad Social, Género y Violencias Laborales de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá (Colombia). ORCID iD: <https://www.orcid.org/0000-0002-9188-1477>. [yanvargass@hotmail.com](mailto:yanvargass@hotmail.com)*

Adriana Alicia MICALÉ

*Abogada, orientación Administración Pública. Magister en Seguridad Social. Magister en Prevención y Protección de Riesgos del Trabajo, OISS y Universidad Alcalá de Henares. Magister en Empleo, Universidad Castilla La Mancha. Especialista en Políticas de Seguridad Social para América Latina, OIT y Universidad de Turing. Doctoranda, U. Castilla La Mancha. Profesora Regular Adjunta Investigadora departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Facultad de Derecho, y profesora Titular Seguridad Social, Facultad Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (Argentina). ORCID iD: <https://www.orcid.org/0000-0002-9956-8557>. [adrianamicale@derecho.uba.ar](mailto:adrianamicale@derecho.uba.ar)*

Fecha de envío: 18/09/2024

Fecha de aceptación: 10/10/2024

---



## ENFOQUE DE GÉNERO EN LOS FALLOS DEL DERECHO LABORAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA Y ARGENTINA

Yaneth VARGAS SANDOVAL

*Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia)*

Adriana Alicia MICALE

*Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

---

**Resumen:** En el presente artículo se pretende abordar el desarrollo del enfoque de género en la Administración de Justicia en Colombia como en Argentina. Y como a partir de la implementación de la Comisión Nacional de Género en Colombia y la Oficina de la Mujer en la Corte Suprema de Justicia de Argentina, se implementa la capacitación a los y las operadoras jurídicas en el enfoque de género.

Además, se analizará el cómo desde el enfoque de género, se hace necesario un nuevo método jurídico para emitir los fallos, en el que será importante, para la labor de los y las juezas en la aplicación del enfoque de género tener en cuenta las desigualdades existentes entre hombres y mujeres y su realidad en su propia construcción social. Igualmente se abordarán algunos casos en los que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en Colombia y en Argentina han fallado teniendo en cuenta la perspectiva de género en casos relacionados con el Derecho al Trabajo y el Derecho a la Seguridad Social.

**Palabras clave:** Enfoque de género - Mujeres - Derecho Laboral - Seguridad Social

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Mujeres en el Mundo del Trabajo y la Seguridad Social. 3. Pensando en género desde la administración de justicia en Colombia. 4. todo jurídico de análisis desde el enfoque de género. 4.1. La importancia de

las pruebas en el método jurídico de análisis desde el enfoque de género. 4.2. Jurisprudencias con enfoque de género en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social en Colombia. 4.3. Fallos de la Corte Constitucional en Colombia con enfoque de género. 4.4. Fallos de la Corte Suprema de Justicia con enfoque de género. 5. Pensando en género en la administración de justicia en Argentina. 5.1. Las decisiones judiciales con perspectiva de género cuando se presenta violencia de género. 5.2. Jurisprudencia con perspectiva de género en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social en Argentina. 5.3. Fallos con perspectiva de género en Derecho del Trabajo. 5.4. Fallos con perspectiva de género en Seguridad Social. 6. Conclusiones.

**Abstract:** This article aims to address the development of the gender approach in the administration of justice in Colombia and Argentina. And as a result of the implementation of the National Gender Commission in Colombia and the Women's Office in the Supreme Court of Justice of Argentina, training is being implemented for legal operators in the gender approach.

In addition, it will be analyzed how, from the gender perspective, a new legal method is necessary to issue rulings, in which it will be important, for the work of judges in the application of the gender approach, to take into account the existing inequalities between men and women and their reality in their own social construction.

It will also address some cases in which the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice in Colombia and Argentina have ruled taking into account the gender perspective in cases related to the Right to Work and the Right to Social Security.

**Keywords:** Gender focus - Women - Labor Law - Social Security

**Summary:** 1. Introduction. 2. Women in the world of work and Social Security. 3. Thinking about gender from the administration of justice in Colombia. 4. Legal method of analysis from the gender approach. 4.1. The importance of evidence in the legal method of analysis from the gender approach. 4.2. Jurisprudence with

a gender approach in matters of Labor Law and Social Security in Colombia. 4.3. Rulings of the Constitutional Court in Colombia with a gender approach. 4.4. Rulings of the Supreme Court of Justice with a gender approach. 5. Thinking about gender in the administration of justice in Argentina. 5.1. Judicial decisions with a gender perspective when gender violence occurs. 5.2. Jurisprudence with a gender perspective on Labor Law and Social Security in Argentina. 5.3. Rulings with a gender perspective in Labor Law. 5.4. Failures with a gender perspective in Social Security. 6. Conclusions.

## **1. Introducción**

En el presente artículo se abordará el enfoque de género y la transversalización de género en los fallos del Derecho Laboral y la Seguridad Social en Colombia y Argentina. Ya que las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación para las mujeres. El objetivo principal de este artículo es dar a conocer, cómo se han creado instituciones que obligan a las y los operadores jurídicos en Colombia y en Argentina, a tener en cuenta el enfoque de género dentro de sus decisiones judiciales. Entidades como la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial en Colombia y la Oficina de la Mujer en la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, aportaran en dicha construcción.

En el presente artículo, igualmente se abordará, como las mujeres en el mundo del trabajo, no se desempeñan de igual manera que los hombres, la incorporación, permanencia y salida de las mujeres en el mercado laboral es diferente, lo que lleva a que la Seguridad Social sea igualmente diferente. Razón por lo cual, se analizará algunos fallos judiciales en estas materias donde se hace evidente la importancia de fallar desde el enfoque de género.

Y, por último, es de resaltar, que el presente artículo fue construido mediante la investigación cualitativa, lo que lleva a comprender las realidades sociales que viven las mujeres y como al emitirse fallos desde el enfoque de género se aporta en la construcción del derecho a la igualdad y no discriminación frente a ellas.

## **2. Mujeres en el mundo del trabajo y la Seguridad Social**

Las mujeres en el trabajo no desarrollan las mismas actividades que los hombres, la incorporación, permanencia y salida de las mujeres en el mercado laboral es diferente, en la actualidad el desempleo se presenta en mayor proporción en las mujeres. Lo que conlleva igualmente una manera diferente de concebir la Seguridad Social para ellas. Lo anterior, se debe en parte a la división

sexual del trabajo, en el que se relega a la mujer en mayor medida al trabajo de cuidado no remunerado.

Todo lo anterior, conlleva a la necesidad de ver a la mujer dentro de un contexto económica, social y político diferente a las que enfrentan los hombres, por lo que se hace necesario que, dentro de la administración de justicia, las decisiones judiciales también comprendan las realidades vividas por ellas, lo que lleva a que las decisiones deben ser tomadas desde una perspectiva de género con enfoque diferencial.

### **3. Pensando en género desde la administración de justicia en Colombia**

Colombia le apostará a implementar dentro de la administración de justicia en la Rama Judicial, una política en equidad de género desde el año 2008, con el liderazgo de las y los funcionarios de las Altas Cortes, creándose la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial.<sup>1</sup>

La importancia de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, radica en que, dentro de sus funciones, se encuentran las de proponer políticas, planes y acciones encaminadas a garantizar la igualdad y la no discriminación de las mujeres y las niñas en el acceso a la administración de justicia. Estas funciones plantean sin lugar a duda, un compromiso institucional en la consolidación de la política de equidad de género en la Rama Judicial en Colombia.

### **4. Método jurídico de análisis desde la enfoque de género**

Este nuevo método jurídico, de analizar desde el enfoque de género de los fallos judiciales, requiere un acercamiento a lo que puede entenderse como enfoque de género, que consiste en tener una mirada atenta de las formas en que los hombres y las mujeres participan en los distintos ámbitos; y analizar las

---

<sup>1</sup> Acuerdo No. PSAA08-4552 de marzo de 2008. *Por medio del cual se fijó la política de equidad para la Rama Judicial.* [SISTEMA DE RELATORIA \(ramajudicial.gov.co\)](http://SISTEMA DE RELATORIA (ramajudicial.gov.co))

estructuras sociales, culturales, las instituciones, legislativos y políticos que perpetúan las desventajas de las mujeres frente a los hombres; planteándose igualmente los impactos que tienen las intervenciones para el desarrollo sobre las mujeres, hombre, las niñas y los niños. El análisis de género permite reconocer y visibilizar las diferencias.<sup>2</sup>

Es importante igualmente, aclarar que existen el concepto enfoque de género y el de perspectiva de género, en los fallos de la Corte Constitucional colombiana se utilizan, en el presente escrito igualmente se utilizará como sinónimos.

En cuanto a la transversalización del enfoque de género, se puede plantear como: la importancia de que todos y todas las personas tengan la capacidad de ver las diferencias entre hombres y mujeres y de tomar decisiones que tengan que ver con estas diferencias.<sup>3</sup>

Este nuevo método jurídico de análisis desde la enfoque de género, conlleva en el quehacer jurídico, hacerse tres preguntas, al momento de analizar el caso en concreto de acuerdo con lo planteado por el Consejo Superior de la Judicatura y la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”: la pregunta por las mujeres; la pregunta por el género y la pregunta por la eficiencia. En la primera pregunta se debe analizar cuál es la labor de los jueces y juezas al tomar una decisión. Y al respecto se encuentran dos elementos en esa labor de juzgar; un elemento político y un elemento técnico.

El elemento político es la labor del juez o jueza desde el cumplimiento de la Ley en la decisión judicial; y el elemento técnico es la información de la realidad de la norma y su aplicación. Por lo que un juez o jueza para cumplir su labor adecuadamente deberá estar actualizados sobre los cambios normativos y los avances en aspectos sociales, históricos, políticos entre otros.

En la segunda pregunta, es necesario analizar la educación legal, esto es la educación de los nuevos abogados y abogadas, ya que las facultades de derecho se han demorado en la incorporación de los cambios de las normas y

---

<sup>2</sup> VARGAS y GAMBARA. *Evaluación de Programas y proyectos de Intervención. Una guía con enfoque de género*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes, 2008.

<sup>3</sup> NIÑO Natali, en “*Perspectiva y Enfoque de Género: Herramienta para la toma de decisión Judicial*”, Revista Temas Socio Jurídicos. Vol. 38. No.77 Julio-diciembre de 2019

conocimientos relacionados con la situación de las mujeres dentro del funcionamiento del derecho. Y frente a la tercera pregunta; los jueces deben resolver los conflictos eligiendo las soluciones que mejor contribuyan a prevenir conflictos futuros.<sup>4</sup>

Por lo que, utilizar la perspectiva de género en la aplicación, interpretación y argumentación de las normas jurídicas, es vincular el sistema jurídico con la realidad social, teniendo que validar sus preceptos, al contenido de justicia y la eficacia de los mismos<sup>5</sup>. La labor de los y las juezas en la aplicación del enfoque de género conlleva tener en cuenta las desigualdades existentes entre hombres y mujeres y su realidad en su propia construcción social.

#### **4.1. La Importancia de las pruebas en el método jurídico de análisis desde el enfoque de género**

En lo que respecta a la toma de decisiones de las y los jueces dentro de su imparcialidad deberá tener en cuenta que la misma, este de acuerdo con el Derecho, pero no solamente dentro de la aplicación de la ley, sino también, dentro de la interpretación de los principios y la interpretación de las realidades vividas por las mujeres; por lo que, se tiene que tener en cuenta, el contexto real de las personas que reclaman justicia dentro de su construcción social, histórica, psicológica entre otras.

Esto solo se logra con el análisis adecuado del material probatorio aportado dentro de cada caso en particular; para lo cual será de suma importancia en Colombia la prueba indiciaria, para que las y los jueces la utilicen en pos de lograr identificar la realidad vivida por las mujeres<sup>6</sup>. Otro aspecto, a tener en cuenta, será la valoración que las y los jueces hagan de las pruebas aplicando la sana crítica.

---

<sup>4</sup> Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial- “Rodrigo Lara Bonilla”. (2019) Herramientas para la Aplicación del Enfoque de Género en la Administración de Justicia. p.p.16-17 [m7-1.pdf \(ramajudicial.gov.co\)](#)

<sup>5</sup> OISS. (2023). Estudio sobre la Perspectiva de Género. En los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica. En: [LA\\_PERSPECTIVA\\_DE\\_GENERO\\_OISS\\_2014.pdf](#)

<sup>6</sup> Ley 1564 del 2012.



Se debe tener en consideración que en muchas oportunidades las mujeres no pueden hacer un adecuado recaudo probatorio en los eventos de discriminación por género, es más, en determinado momento la estructura patriarcal es tan fuerte que ellas no perciben siquiera el hecho de ser discriminadas.

Por otro lado, frente a tomar una decisión desde la perspectiva de género, se deben identificar las denominadas *categoría sospechosa de discriminación*. En la Jurisprudencia colombiana las categorías sospechosas, no son, otra cosa, que la discriminación infundada por razón del sexo.

Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia C-038 del 2021, al analizar el contenido que tienen los reglamentos internos de trabajo al tenor del numeral 13 del artículo 108 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecía las actividades que no podían realizar las mujeres. En este caso, se analiza la expresión “las mujeres”, ya que se planteaba, que las mujeres no podían realizar ciertas actividades por el solo hecho de ser mujeres. Se declaró inexecutable el numeral 13, al señalar la Corte Constitucional que se vulnera el derecho a la igualdad, al dársele un tratamiento diferenciado a las mujeres en el entorno laboral. Esto es, se estaba discriminando a las mujeres, solo por el hecho de ser mujeres.

Por lo que, se convierte en un deber del Juez o Jueza en Colombia, cuando va a tomar una decisión dentro del enfoque de género, analizar que la discriminación por sexo es considerada como una *categoría sospechosa de discriminación*. En este caso se debe invertir la carga de la prueba, esto se plantea, en casos como, la discriminación laboral, al señalarse que “es el patrono quien, debe demostrar frente a un trato desigual o diferente entre los trabajadores que desarrollan el mismo trabajo, que el mismo tiene justificación”<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sentencia de Tutela T-638 de 1996 dictada el 22 de noviembre de 1996 de la Corte Constitucional (Vladimiro Naranjo Mesa, M.P.). Recuperada de [T-638-96 Corte Constitucional de Colombia](#); Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1994. (1994, 7 de marzo). Corte Constitucional (Eduardo Cifuentes Muñoz, M.P.). Recuperada de [T-098-94 Corte Constitucional de Colombia](#).

Recalcándose por la Corte Constitucional, que la raza y el sexo constituyen categorías sospechosas de discriminación.<sup>8</sup>

No se debe olvidar que cuando se toman decisiones con perspectiva de género se está frente al Derecho Humano de igualdad y no discriminación por sexo y que todos los derechos de las mujeres son Derechos Humanos; como lo señala la Magistrada constitucional española María Luisa Balaguer: “La perspectiva de género se alza como un instrumento jurídico capaz de enervar posiciones de poder, de compensar desigualdades de poder, desde el punto de vista de la metodología jurídica clásica no era posible”<sup>9</sup>.

#### **4.2. Jurisprudencias con enfoque de género en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social en Colombia**

Si bien es cierto, todas las decisiones judiciales, deben ser emitidas desde el enfoque de género, existen áreas del derecho como el Derecho Laboral y la Seguridad Social, donde se hace imprescindible su utilización por parte de los y las operadoras jurídicas.

Lo anterior porque, si bien es cierto que el derecho laboral, se nos plantea como neutro, frente al género, al señalarse abiertamente dentro de la gran parte de la normatividad: “el trabajador”. Cuando se plantean temas como: la maternidad, el trabajo doméstico, el trabajo de cuidado, el trabajo a tiempo parcial, el acoso laboral; estos temas afectan de manera directa a las mujeres.

Esto se hace aún más evidente, cuando se plantean aspectos de Seguridad Social, porque no se debe desconocer que la Seguridad Social, surge en el Estado Bienestar, por lo que va a reproducir un modelo basado en la familia tradicional con padre proveedor de ingresos y una mujer como ama de casa; esto conllevará a que las mujeres reciban beneficios de la Seguridad Social, en mayor

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-141 del 2015. (2015, 27 de marzo). Corte Constitucional (María Victoria Calle Correa, M.P.). Recuperada de [T-141-15 Corte Constitucional de Colombia](#)

<sup>9</sup> Palabras pronunciadas por la Magistrada María Luisa Balaguer. Carlos Berbell, 17/12/2023, Balaguer, Magistrada del TC, premio del Observatorio, reivindica el poder de la “perspectiva de género”. *Confilegal*. Recuperada de [Balaguer, magistrada del TC, premio del Observatorio, reivindica el poder de la "perspectiva de género" - Confilegal](#)

medida cuando están vinculadas a un matrimonio o un hombre fallecido<sup>10</sup> por lo que, desde el momento de estructurar los sistemas de Seguridad Social, se plantean como abiertamente neutros, lo que genera que las mujeres no accedan tan fácilmente a las prestaciones de la Seguridad Social. Razones estas, entre otras muchas, que llevan a que el área del Derecho Laboral y la Seguridad Social sean donde más se requieren fallos con perspectiva de género.

#### **4.3. Fallos de la Corte Constitucional en Colombia con enfoque de género**

La Corte Constitucional plantea desde su jurisprudencia que los y las operadores jurídicos deberán analizar y tener en cuenta al emitir sus fallos el enfoque de género, definiendo el análisis de género como: la herramienta teórico-metodológica que permite el examen sistemático de las prácticas y los roles que desempeñan las mujeres y los hombres en un determinado contexto económico, político, social o cultural. Y que, sirve para captar cómo se producen y reproducen las relaciones de género dentro de una problemática específica y con ello detectar los ajustes institucionales que habrán de emprenderse para lograr la equidad entre los géneros.<sup>11</sup>

Resaltando la Corte Constitucional que el análisis de género constituye una herramienta o instrumento crítico en el evento de que exista violencia contra las mujeres, que le permite a las y los operadores jurídicos, agudizar la mirada, para reconocer que en la realidad la violencia contra las mujeres no puede considerarse un hecho aislado, sino que tiene una dimensión sistémica, que reproduce en todas las esferas de la existencia de las mujeres asimetrías de poder derivadas de un modelo de sociedad machista y patriarcal que impregna

---

<sup>10</sup> Vargas Sandoval, Yaneth. (2020). Seguridad social en pensiones desde la perspectiva de género: un acercamiento constitucional y legal de Chile, Brasil y Colombia. *Hallazgos*, 17(33), 53-77.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-080 de 2020. (2020, 25 de febrero). Corte Constitucional (José Fernando Reyes Cuartas, M.P.). Recuperado de [SU080-20 Corte Constitucional de Colombia](#).

la cultura y se acepta sin cuestionarse, porque se encuentra profundamente arraigado en la cosmovisión hegemónica.<sup>12</sup>

También, la Corte Constitucional plantea frente la perspectiva de género que debe tenerse especial atención a los prejuicios o estereotipos socioculturales que fundamentan actos discriminatorios denominados en la jurisprudencia como *criterios sospechosos* que generalmente se fundamentan en subvaloraciones sin ningún fundamento.

Y en lo que respecta al Derecho a la Seguridad Social, la Corte Constitucional ha hecho un gran avance en la Sentencia C-197 del 2023, al analizar desde la el enfoque de género, la norma que reconoce la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, norma que planteaba como requisitos para acceder a la pensión de vejez que las mujeres tuvieran 57 años de edad y los hombres 62 años y 1300 semanas de cotización (artículo 9 de la Ley 787 del 2003). La Sentencia C-197 del 2023 declara inexecutable el artículo 9 de la Ley 787 del 2003.

Señalando la Corte Constitucional, que se pide a las mujeres acceder a la pensión de vejez, el haber cotizado 1300 semanas de cotización, igual que las semanas de cotización que los hombres; menciona la sentencia C-197 del 2023 que: “sin considerar las barreras y dificultades que enfrentan para acceder y mantenerse en el mercado laboral y asumir las obligaciones del cuidado del hogar, tanto como las que se intensifican cuando llegan a la adultez mayor.” Este último fallo hace evidente que el sistema de pensiones vigente, impacta de manera desproporcionada los derechos de las mujeres.

#### **4.4. Fallos de la Corte Suprema de Justicia con enfoque de género**

La Corte Suprema de Justicia, del mismo modo, ha planteado dentro de su jurisprudencia el enfoque de género, haciendo un llamado a analizar de manera más adecuada la situación que viven las mujeres frente a los estereotipos sociales e históricos. Sumado, a plantear que la discriminación por

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-140 de 2021. (2021, 14 de mayo). Corte Constitucional (Cristina Pardo Schlesinger, M.P.). Recuperado de [T-140-21 Corte Constitucional de Colombia](#).

sexo es una de las *categorías sospechosas*; del mismo modo, plantea que se debe analizar la violencia de género dentro de los fallos con perspectiva de género.

En la Sentencia SL1727 del 2020, Magistrada Ponente Ana María Muñoz, comienza con hacerse la pregunta: ¿qué significa juzgar con perspectiva de género?

Al dar la respuesta plantea que: “A pesar de que no es tarea fácil aplicar este mandato, representa la obligación para el juez que, una vez recibida la causa, advierta si en ésta, se vislumbran escenarios discriminatorios entre las partes o asimetrías que conduzcan a actuar de forma diferente con el objeto de romper esa desigualdad.”

Planteándose en el mismo fallo, el deber del juez de identificar y manejar las categorías sospechosas, al momento de repartir el concepto de la carga probatoria, cuando se está en casos de mujeres. Se manifiesta en el fallo igualmente que “la violencia contra la mujer no ha sido ajena a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación al confirmar patrones de desigualdad.”<sup>13</sup>

En lo que respecta a la perspectiva transversal de género en la Seguridad Social se están dando grandes avances, como se evidencia también, en la Sentencia SL1727 del 2020 la Corte Suprema de Justicia, al otorgar una pensión de sobreviviente a una mujer donde se menciona que:

Corresponde entonces a los jueces del trabajo asumir el derecho a la igualdad y comprender que los sistemas pensionales no son neutros respecto al género, pues sus arquitecturas, al estar sustentadas en un modelo tradicional, esconden elementos propios que generan inequidad para las mujeres.

Por lo que la Corte Suprema de Justicia, en este fallo, hace un llamado a los y las operadoras jurídicas, para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres a introducir la dimensión de género. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia hará un gran avance en cuanto a reconocer que la violencia de género

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia SL1727 del 2020. (2020, 17 de marzo). Corte Suprema de Justicia (Ana María Muñoz Segura, M.P.). Recuperada de [SL1727-2020.pdf \(cortesuprema.gov.co\)](https://cortesuprema.gov.co).

en la Sentencia SL2010 del 2019, donde se le otorga la pensión de sobreviviente a una mujer que no convivió con el causante los últimos cinco años previos al fallecimiento, por haberse sido, la mujer víctima de violencia de género.

## **5. Pensando en género en la Administración de Justicia en Argentina**

Teniendo en cuenta que Colombia acogió dentro de la herramienta virtual de apoyo para la identificación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial en las sentencias, la tabla sobre categorías de género que fueron propuestas en la guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres de la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, se hace necesario en el presente estudio realizar un acercamiento de como se ha desarrollado la perspectiva de género en los fallos judiciales en Argentina.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, para el año 2009 crea la Oficina de la Mujer, con el objetivo de “impulsar en el poder judicial un proceso de incorporación de la perspectiva de género en la planificación institucional y en los procesos internos, para quienes utilizan el sistema de justicia como para quienes trabajan en él.” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009)

Y en el Poder Judicial, mediante la Resolución PGN No.1960 del 2015, se crea la Dirección General de Políticas de Género para el Ministerio Público Fiscal. Sumado a que, mediante la Resolución DGN No.1545 del 2015 se crea la Comisión sobre Temáticas de Género, en el ámbito del Ministerio Público de la Defensa, para la defensa pública de las personas afectadas por violencia o discriminación por razones de género.

Complementado, a que se crean “en los distintos poderes judiciales provinciales, ministerios públicos y defensa pública, una serie de oficinas temáticas de mujeres, género o diversidad sexual que han llevado adelante una política tendiente a implementar un enfoque de género en la provisión de servicios a la ciudadanía.”<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Bergallo, P. y Moreno, A. (2017). Hacia Políticas Judiciales de género. Recuperado de [Hacia políticas judiciales de género - Portal del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires \(jusbairens.gob.ar\)](http://Hacia políticas judiciales de género - Portal del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (jusbairens.gob.ar).).

Todo lo anterior, por imperativo de lo dispuesto en las normas Internacionales vinculantes para la República Argentina como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (ONU, 1952); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU, 1966); Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (ONU, 1967); y la Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación en la mujer CEDAW (ONU, 1979); Junto la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Para” (OEA,1994).

Además, a los convenios de la Organización Internacional del trabajo - OIT, como el Convenio 100 de 1951 sobre la igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y mano de obra femenina, y el Convenio 111 de 1958 sobre discriminación en el empleo y ocupación; y el Convenio 190 del 2019 junto a la recomendación 206 del 2019 sobre violencia y acoso laboral, donde se plantea que se debe tener en consideración el acoso por razón de género.

Por lo que, es deber de la magistratura, cuando llegan a su conocimiento hechos de violencia laboral contra las mujeres y otros grupos vulnerables ordenar las medidas que permitan modificar y superar tales condiciones; el silencio de la judicatura no sólo vulneraría los claros mandatos legales, sino que podría implicar la responsabilidad del Estado argentino por incumplir las convenciones internacionales que determinan mandatos preventivos, de contención y de abordaje frente a las situaciones en las que dichos grupos resulten víctimas.

### **5.1. Las Decisiones Judiciales con perspectiva de género cuando se presenta violencia de género**

Con la expedición de la Ley No.27499 del 2018, denominada Ley Micaela (por el nombre de una joven asesinada en un acto de violencia de género), se establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra



las mujeres para todas las personas que desempeñen función pública en todos los niveles de los poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (Artículo 1)

Sumado a que, la nueva normativa del código civil y comercial argentino, que rige desde el año 2014, (arts. 1710 a 1713, CCyC) y que determina como fuente del derecho, al “dialogo de las fuentes”, funda el permanente permeo de las disciplinas, y autoriza a la judicatura no solo a fallar con perspectiva de género, sino también, al dictado de mandatos preventivos, al pronunciar una sentencia definitiva en el marco de un proceso, con fuente en el marco normativo local que impone la capacitación en perspectiva de género a quienes tienen cargos de poder real y en todos los estamentos de la Administración, lo que replica en la actividad privada.

De la misma manera, esta posición se refuerza con la Acordada No.29.318 del 3 de septiembre del 2019 y su anexo el Programa de capacitación permanente para la incorporación de la perspectiva de género en el marco de la Suprema Corte de Justicia.

De este modo, cuando se está fallando en un caso en particular; y por desconocer la perspectiva de género; el daño se produzca, repita o agrave, los tribunales fallan incluyendo la condena resarcitoria del caso. En el evento de no cumplir con la inclusión de la perspectiva de género, dará por incumplida la condena, lo que generará multas e inscripción en registro de infractores. Aspectos que han sido tenidos en cuenta en materia de daños laborales.<sup>15</sup>

La violencia de género origina obligaciones a los Estados de acuerdo con el Derecho Internacional y el Derecho Internacional de Derechos Humanos-DDHH, a los cuales, la Nación Argentina se encuentra obligada por todos los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional en la Reforma constitucional de 1994, en el inciso 22 del Artículo 75.

Como, asimismo, la obligación de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución y los tratados internacionales, de modo que la garantía del derecho de igualdad ante la ley,

---

<sup>15</sup> Concordia, Sala del Trabajo, 7.11.2018, "Benítez, Juan Jorge c/ Instituto Autárquico Provincial del Seguro de Entre Ríos ART y otro", RC J 10441/18, comentado por Tula, Diego, Rubinzal Culzoni Online, [www.rubinzalonline.com.ar](http://www.rubinzalonline.com.ar), RC D 15/2019.

garantizado en el artículo 16, deje de plantearse sólo como una expresión de igualdad teórica.

Esas obligaciones, imponen la prevención, erradicación y sanción de las acciones que se solapan en conductas apoyadas en estándares patriarcales, muchas veces ocultos, o velada su identificación por el ejercicio legítimo de otro derecho, como ocurre en el caso dónde el poder de organización y dirección como atribución de la parte empleadora, puede ser pacíficamente ejercido. En efecto, el concepto de violencia de género permite advertir que las relaciones entre hombres y mujeres no son igualitarias y que en la sociedad persiste una imagen desvalorizada de las mujeres.

También que, a diferencia de otras formas de agresión, el factor de riesgo o vulnerabilidad está en el hecho de ser mujer, lo que avala conductas aún no deconstruidas y persistentes. Pese a los efectos que posee la violencia en sus múltiples manifestaciones sobre la vida y la salud de las mujeres, es recién a partir de la década de los años noventa, que los organismos internacionales comienzan a visualizar el fenómeno de la violencia de género, haciéndose eco de los reclamos que el movimiento feminista y de las mujeres venía realizando desde algunas décadas atrás.

Sin embargo, los avances en la toma de conciencia sobre la magnitud del problema, no han sido suficientes para que los operadores jurídicos reconozcan debidamente a la violencia de género como una vulneración de los Derechos Humanos de las mujeres principalmente teniendo en cuenta el número de ellas representada en población mundial.

Por otro lado, no se debe olvidar que, el derecho fue diseñado e implementado atendiendo a las necesidades patriarcales, donde sólo están representados los derechos de las masculinidades hegemónicas, dónde no necesariamente están representados sólo varones, sino aquellos que detentan determinadas características, y que les han dado la oportunidad socio cultural de pertenecer.

Por ello, tanto las normas, las instituciones y las prácticas jurídicas tienden a invisibilizar las experiencias y las necesidades jurídicas específicas de las mujeres, y las personas que califican para la pertenencia de vulnerabilidad. Estas

circunstancias, han llevado a plantearse para Argentina de acuerdo a la Acción del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo contra la Violencia hacia las Mujeres que:

en el sistema de administración de justicia y sus operadores judiciales no siempre estén preparados para atender adecuadamente las demandas femeninas, incluidas entre ellas, la necesidad de procesar las denuncias de hechos de violencia contra las mujeres con una perspectiva de género.<sup>16</sup>

Es de destacar, que, de modo creciente, los tribunales de las diferentes jurisdicciones, considerando las prácticas de la justicia en el tratamiento de los casos de violencia de género, a tenor del relevamiento de casos y de las citas jurisprudenciales en que los ministros apoyan sus votos, se encuentran en línea y camino de los estándares internacionales de Derechos Humanos.

## **5.2. Jurisprudencia con perspectiva de género en materia de Derecho Laboral y Seguridad Social en Argentina**

A modo de ejemplificar la tendencia jurisprudencial en la República Argentina, a pesar de que en la actual conducción ejecutiva del gobierno nacional, hay un manifiesto desconocimiento de las asimetrías que se reconocen en la comunidad jurídica local e internacional, en el tema que nos ocupa, lo que se ha expresado no solo con meras manifestaciones, sino con la inclusión en el texto del proyecto de la llamada “Ley Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, de la derogación de la mencionada *ut supra* Ley Micaela-Ley nacional 27.499 del 2018.

Por lo que, veremos que juezas y jueces de las jurisdicciones provinciales y nacionales de todos los grados, sí reconocen y fallan con perspectiva de género, fundándose en el marco local e internacional convencional, como asimismo en las llamadas “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (2002) acordadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, sobre las reglas básicas de acceso a la justicia

---

<sup>16</sup> Argentina (2009). Poder vivir sin violencia. La acción del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo contra la Violencia hacia las mujeres en Argentina. En: [untitled \(uba.ar\)](#).

de las personas vulnerables, dónde expresamente se lista el género como causal, y que ha sido además refrendada en una acordada, del más alto Tribunal, esto es la Corte Suprema de la Justicia Nacional, para todos los fueros y competencias.

En particular, para la materia y fueros del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en atención al objeto - Derechos Humanos Fundamentales- en tratamiento, se reconoce ya, una vasta jurisprudencia producto de la capacitación obligatoria de judicantes a quienes se les impone la obligación de fallar con perspectiva de género, como requisito obligatorio, desde los procesos de selección para el ingreso al Poder Judicial.

### **5.3. Fallos con perspectiva de género en Derecho del Trabajo**

En materia de Derecho del Trabajo, podremos relevar consideraciones tales como que debido a la naturaleza jurídica que se analizan se requiere “hacer visibles las desigualdades naturalizadas socialmente constituye una forma de propender a causar la igualdad requerida por nuestro ordenamiento jurídico”. Por ello, el Poder Judicial en su conjunto tiene la obligación de no silenciar situaciones incompatibles con la premisa de tolerancia cero ante supuestos de violencia, y menos cuando aquellas tienden a perpetuar estereotipos discriminatorios en razón del género o la orientación sexual de las personas, ya ubicadas en una relación desigual de poder en orden a sus inferiores jerarquías dentro del Derecho Laboral.

Por lo que, es obligación de los magistrados y magistradas operar como agentes de cambio no sólo declarando inadmisibles soluciones que impliquen que sea la víctima (y no su victimario o victimarios), la excluida del ámbito laboral, sino también adoptando medidas positivas de tipo correctivas para propender a erradicar los patrones socioculturales que sostienen y perpetúan prácticas como las que dieran origen a la violencia padecida, determinado en las Sentencias 10/11 del 2020 - MJ-JU-M-129122-AR | MJJ129122 | MJJ129122.

Mas aun, cuando en Argentina se ha ratificado el Convenio 190 del 2019 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo y ha dictado normas

como la Ley 26485 del 2009 sobre violencia de género, la Ley 26743 del 2012 sobre identidad de género y la Ley 27499 del 2019 Ley Micaela. (JUEZ DE CAMARA. Poder Judicial de la Nación CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO)

Cabe destacar que, del caso analizado, se ha impuesto el deber de insertar cursos de capacitación sobre violencia laboral y perspectiva de género a fin de obtener las herramientas necesarias para mejorar las relaciones interpersonales del establecimiento y así prevenir situaciones de violencia en el ámbito de trabajo.

Sumado, al caso que antecede, en materia de derecho laboral y violencia ejercida contra las mujeres se encuentra la Sentencia, expediente No. 26019 d caso B., C.V. c/ Benítez Sabino y Asociados S.T.L. del 2019 del 31 de marzo del 2022, la sentencia fue dictada, frente a la discriminación y violencia laboral que fue ejercida en contra de una trabajadora que fue sometida a: “tratos inapropiados, a alusiones despectivas sobre su cuerpo, amenazas, hostigamiento y gritos –en forma personal o a través de mensajería instantánea y en muchas ocasiones fuera de horario laboral-, con un evidente daño a su salud psicofísica”.

Los anteriores hechos evidenciaron que se había realizado, violencia laboral, al tenor del Convenio 190 del 2019 como también conforme al artículo 6 de la Ley 26485 del 2009, determinando igualmente que la conducta de la empleadora fue violatoria de la dignidad humana y de los principios de igualdad de trato y no discriminación, en los términos del artículo 6 de la ley 26485 corresponde aplicar el resarcimiento previsto por el artículo 35 de la citada ley.

El fallo evidencia los daños tanto físicos, morales, espirituales, económicos entre otros que sufre quien es sometido a la violencia laboral, pero la importancia del fallo radica igualmente en que plantea que:

constatada la situación de violencia laboral contra las mujeres y las características de las prácticas que se desarrollaban al interior de la empresa, considero que desde la magistratura (uno de los tres poderes del estado) además de disponer el resarcimiento al que la víctima resulta acreedora, deben adoptarse medidas tendientes a prevenir prácticas de similar índole similar, conforme las obligaciones estatales ya

individualizadas y a fin de evitar que este pronunciamiento traiga aparejada responsabilidad internacional.<sup>17</sup>

#### **5.4. Fallos con perspectiva de género en Seguridad Social**

Respecto a los fallos con perspectiva de género en el ámbito de la Seguridad Social se releva la sentencia del 6 de mayo del 2021 de Reynoso, Alicia Mabel de CFSS, (MJ-JU-M-132062- AR|MJJ132062|MJJ132062), en la sentencia se analiza la condición de una peticionaria que era beneficiaria del complemento mensual establecido por el Decreto 1244 de 1998 (norma que establece un beneficio mensual para quienes acrediten de condición de excombatiente de las acciones bélicas de la operaciones del Atlántico sur).

Dicho complemento le fue otorgado, por su desempeño como personal de apoyo en un Hospital Reubicable en Comodoro Rivadavia en la zona de despliegue continental entre el 2 de abril y el 14 de junio de 1982, es decir durante el conflicto bélico de Malvinas.

Se plantea en el fallo la perspectiva de género en el caso de una enfermera frente así:

en cuanto al reconocimiento de una veteranía de guerra a los fines aquí demandados, pues pensar en un combate físico solamente, y excluir la labor de la enfermera no solo lleva a invisibilizar su contribución al esfuerzo bélico, sino que a su vez prolonga a o en grado inferior, en la medida en que no se presenció combate como aduce la parte demandada, es -en el caso de la actora, - enfermera de campaña- perpetuar prejuicios sociales y culturales que deben ser desterrados.

Frente a los fallos judiciales desde la perspectiva de género en el Derecho a la Seguridad Social, otro caso a tener en cuenta dentro de la Jurisprudencia Argentina es el caso L. D. R. c/ANSES s/pensiones, también la Sala 2 de la CFSS, en sentencia del 12/10/2021, que incorporó el análisis de la perspectiva de género, en tanto se trató de un caso en el que la peticionante se encontraba

---

<sup>17</sup> Sentencia dictada en los autos "C., A. C. C/ PREVEMED S.A. Y OTROS S/ DESPIDO", Expte. Nro. 11670/2020, el 15/7/2022, fue confirmada por la Sala VI de la Excma. CNAT mediante pronunciamiento dictado el día 19/2/2024.

separada de hecho de su cónyuge por haber sufrido violencia de género, hecho que había sido documentado con intervención de la justicia.

A pesar de esta situación, el organismo previsional denegó la pensión invocando que la cónyuge supérstite “no había demostrado su inocencia en la separación, situación que genera una nueva revictimización.” En el caso, el Tribunal afirmó que “en el plexo protectorio a nivel convencional internacional, se destaca la Convención de “Belem do Para” aprobada por el Congreso de la Nación por ley 24.632 y que, como tratado internacional, goza entre nosotros de jerarquía superior a las leyes con arreglo al artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional. Su artículo 3° reconoce con claridad el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado.

El organismo administrativo no se hace cargo concretamente del análisis que hace la juzgadora de la denuncia radicada por la actora en el Juzgado Nacional Civil número 38 obrante a folio 40 y que demuestra que la accionante fue víctima de agresiones, lo cual es ratificado por uno de los testigos.

En consecuencia, enrostrar que la demandante debe demostrar su inocencia en la separación de hecho, en los términos del art.1 inc. a) de la ley 17.562, no sólo vulnera las normas convencionales, constitucionales y legales citadas por la Magistrada, “Pretender -dice con claridad la jueza de grado- que la actora siguiese conviviendo con el causante, a pesar de los hechos de violencia doméstica sufridos, sólo con el fin de poder cumplir con los requisitos exigidos por la normativa aplicable (ley 24.241) para obtener en oportunidad del deceso de su cónyuge, el derecho a pensión, deviene, a mi entender, en un requisito imposible de cumplir”. O, lo que es peor, en la continuación de un escenario de conflicto, en directa contravención con el art. 3 de la Convención de “Belem do Pará” citada, amén de la C.E.D.A.W. (con jerarquía constitucional) y de la ley 26.485.

También es importante en el derecho a la Seguridad Social, el caso “V. L. N.c/ANSES s/amparos y sumarísimos”, la sala 2, CFSS, en sentencia del 15/7/2022- MJ-JU-M-139062-AR|MJJ139062|MJJ139062, donde se resolvió la situación de una madre -víctima de violencia de género- a la que se le suspendió el pago de la asignación universal por hijo para Protección Social (AUH) porque

el padre de los niños -que había sido excluido del hogar, con restricción perimetral y que no aportaba alimentos- se encontraba inscripto como trabajador monotributista.

Sin perjuicio de la consideración desde la perspectiva de género, el Tribunal señaló que el hecho que el progenitor se encuentre inscripto en monotributo, no obsta a que se le otorgue la asignación universal por hijo a la madre de las niñas, quienes se encuentran a su cargo, máxime que el padre había perdido contacto con sus hijas.

Otra casuística que encontramos en el ámbito de la seguridad social, que puede ser abordada desde la perspectiva de género, es el de las mujeres que han sido madres por subrogación de vientre, a quienes la Administración Nacional de la Seguridad Social -ANSES les está denegando la Asignación por Maternidad, pese al reconocimiento de la licencia por parte de los respectivos empleadores. En estos casos, no cabe la negación del derecho, dado que el Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (Artículo 558 y ss. Código Civil y Comercial de la Nación).

Existen dos antecedentes que fueron resueltos en sentido favorable los fallos: T. J. c/ P.E.N. y otro/ amparos y sumarísimos; sentencia del 5/5/2022 (MJ-JU-M-136988- AR|MJJ136988|MJJ136988) y el fallo V. S. A.c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos; sentencia del 12/5/2022 (MJ-JU-M-138338- AR|MJJ138338|MJJ138338). En dichos precedentes, no sólo se ponderó la situación de la mujer, a los efectos del otorgamiento de la asignación por maternidad, sino también la salud y el bienestar del niño, la vinculación afectiva con sus padres y la integración de la familia, priorizando el interés superior del niño.

## **6. Conclusiones**

De lo analizado dentro del presente artículo se puede evidenciar que las mujeres viven una construcción social, política, histórica y psicológica diferente



a la de los hombres; esto se hace más palpable en el Derecho del trabajo y la Seguridad Social.

Por lo que, al momento de emitirse un fallo dentro de la Administración de Justicia los y las operadoras jurídicas, deben tener en cuenta el enfoque de género, la transversalización del enfoque de género y las categorías sospechosas de discriminación por sexo para así lograr la equidad de género que se requiere.

Por lo que se requiere que las y los jueces operen como agentes de cambio para que no repliquen dentro de sus fallos las inequidades sociales inmersas en una sociedad patriarcal.

Fallos con perspectiva de género en Seguridad Social, como el que genera la reducción de las semanas de cotización en el caso de la mujeres en Colombia; o fallos como el de tener en cuenta para acceder a la pensión de sobreviviente a la compañera, que ha sufrido violencia de género en Argentina; reflejan la importancia de fallar con perspectiva de género.

La perspectiva de género con transversalidad de género en los fallos Judiciales en Colombia y Argentina aportan en la construcción del derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, y en el acceso a la administración de justicia.

## Bibliografía

- NIÑO, N. (2019). Perspectiva y Enfoque de Género: Herramienta para la toma de decisión Judicial. *Revista Temas Socio Jurídicos*. Vol. 38. No.77 Julio-diciembre.
- PNUD. Argentina (2009). Poder vivir sin violencia. La acción del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo contra la Violencia hacia las mujeres en Argentina.
- VARGAS, E. y GAMBARA, H. (2008). *Evaluación de Programas y proyectos de Intervención. Una guía con enfoque de género*. Bogotá: Ediciones Universidad de los Andes.
- VARGAS SANDOVAL, Y. (2020). Seguridad social en pensiones desde la perspectiva de género: un acercamiento constitucional y legal de Chile, Brasil y Colombia. *Hallazgos*, 17(33), 53-77.

## Recursos electrónicos

- BALAGUER, M.L., (2023). Palabras pronunciadas por la Magistrada María Luisa Balaguer. Carlos Berbell, 17/12/2023, Balaguer, Magistrada del TC, premio del Observatorio, reivindica el poder de la "perspectiva de género". *Confilegal*. Recuperada de [Balaguer, magistrada del TC, premio del Observatorio, reivindica el poder de la "perspectiva de género" - Confilegal](#)
- BERGALLO, P. y MORENO, A. (2017). Hacia Políticas Judiciales de género. Recuperado de [Hacia políticas judiciales de género - Portal del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires \(jusbaire.gob.ar\)](#)
- OISS. (2023). Estudio sobre la Perspectiva de Género. En los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica. Recuperado de [LA PERSPECTIVA DE GENERO OISS 2014.pdf](#)

---

**EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN EN CONFLICTOS  
COLECTIVOS DE TRABAJO: UN ANÁLISIS DEL  
PROCEDIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL  
VENEZOLANA**

**ARBITRATION AS A SOLUTION IN COLLECTIVE LABOR  
DISPUTES: AN ANALYSIS OF THE PROCEDURE IN  
VENEZUELAN LABOR LEGISLATION**

Faustino MESA MARTÍNEZ

*Magister en Historia de Venezuela, Facultad de ciencias de la Educación, Universidad de Carabobo. Abogado, Facultad de Ciencias Políticas, Jurídicas y Fiscales Universidad de Carabobo. Tesista Especialización en Derechos Humanos, Universidad Nacional Abierta, Doctorante Ciencias para el Desarrollo Estratégico Universidad Bolivariana de Venezuela.*

[mesafaustino71@gmail.com](mailto:mesafaustino71@gmail.com)

Fecha de envío: 01/08/2024

Fecha de aceptación: 18/10/2024

---

## EL ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO: UN ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL VENEZOLANA

Faustino MESA MARTÍNEZ

*Universidad de Carabobo (Venezuela)*

---

**Resumen:** El presente estudio se centra en el arbitraje como una vía alternativa para resolver los conflictos colectivos de trabajo que surgen en el ámbito laboral venezolano. En este contexto, los conflictos colectivos, caracterizados por la participación de un grupo de trabajadores que expresan un descontento compartido con las condiciones laborales impuestas por el empleador, representan un desafío para la estabilidad de las relaciones laborales y la productividad empresarial. Por tal razón, el arbitraje emerge como una herramienta que permite a las partes involucradas dirimir sus diferencias de manera ágil y especializada, sin necesidad de recurrir a los tradicionales mecanismos jurisdiccionales. Conforme a ello, La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT), y la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT) reconocen y regulan el arbitraje como un medio alternativo de solución en conflictos, especialmente cuando los intentos de conciliación o mediación han fracasado. Así pues, al delegar la resolución de la disputa en un tercero imparcial, el árbitro, el procedimiento arbitral, busca garantizar una solución justa y equitativa, basada en los principios de imparcialidad, celeridad y confidencialidad.

**Palabras clave:** Legislación laboral - Conflictos - Modos de Solución de Conflictos Colectivos de Trabajo - Arbitraje - Procedimiento

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El abordaje del conflicto en las relaciones colectivas de trabajo. 3. Modos de solución de conflictos colectivos de trabajo. 4. Inicio del procedimiento conflictivo. 5. El arbitraje como modo de heterocomposición de los conflictos colectivos de trabajo. 6. Naturaleza jurídica del arbitraje. 7. Clasificación del arbitraje laboral en el ordenamiento jurídico venezolano. 8. Procedimiento arbitral. 9. El arbitraje en el contrato individual del trabajo. 10. Beneficios del arbitraje en materia laboral. 11. Conclusiones.

**Abstract:** This study focuses on arbitration as an alternative way to resolve collective labor disputes arising in the Venezuelan labor environment. In this context, collective conflicts, characterized by the participation of a group of workers expressing a shared dissatisfaction with the working conditions imposed by the employer, represent a challenge to the stability of labor relations and business productivity. For this reason, arbitration emerges as a tool that allows the parties involved to settle their differences in an agile and specialized manner, without the need to resort to traditional jurisdictional mechanisms. Accordingly, the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999), the Organic Labor Law (LOTTT), the Regulations of the Organic Labor Law (RLOT), and the Organic Labor Procedure Law (LOPT) recognize and regulate arbitration as an alternative means of dispute resolution, especially when attempts at conciliation or mediation have failed. Thus, by delegating the resolution of the dispute to an impartial third party, the arbitrator, the arbitration procedure seeks to guarantee a fair and equitable solution, based on the principles of impartiality, celerity and confidentiality.

**Keywords:** Labor legislation - Disputes - Modes of Settlement of Collective Labor Disputes - Arbitration - Procedure

**Summary:** 1. Introduction. 2. The approach to conflict in collective labor relations. 3. Modes of settlement of collective labor disputes. 4. Initiation of the conflict procedure. 5. Arbitration as a means of heterocomposition of collective labor disputes. 6. Legal nature of arbitration. 7. Classification of labor arbitration in the

Venezuelan legal system. 8. Arbitration procedure. 9. Arbitration in the individual employment contract. 10. Benefits of arbitration in labor matters. 11. Conclusions.

## 1. Introducción

Es sabido que el conflicto es inherente a la condición humana en la convivencia social, especialmente frente a las numerosas necesidades del hombre y a la escasez de bienes existentes en la sociedad. En esta perspectiva, el Derecho surge como instrumento fundamental para la regulación de los conflictos, garantizando, de ese modo, la preservación de la armonía social.

Antes del surgimiento del Estado, los conflictos interpersonales eran resueltos por medio de la autotutela (justicia privada). Con el advenimiento de la organización social encarnada en el Estado, éste, ya suficientemente fortalecido, se impone sobre los particulares y, prescindiendo de su sumisión voluntaria, les impone coactivamente su solución a los conflictos de intereses (justicia pública).

En la actualidad, las críticas a la justicia estatal se han intensificado, apuntando a un creciente movimiento de fortalecimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la conciliación, la mediación y el arbitraje, debido al ahogo del Poder Judicial, que culmina en lentitud e ineficacia.

Es oportuno recordar que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), se establece la admisión dentro del sistema de justicia de los medios alternativos de resolución de conflictos, fomentando el uso e implementación de los mismos en la sociedad.

Por tal razón, cuando se suscitan conflictos casi irresolubles en materia laboral, uno del procedimiento más indicado en nuestra legislación aplicable es el arbitraje, el cual es una forma de heterocomposición en la que se designa a un tercero para resolver la controversia existente entre las partes. La diferencia, sin embargo, radica en que, en la jurisdicción, la designación del tercero se basa en la ley, mientras que en el arbitraje la elección se hace por designación conjunta de las partes. En esa circunstancia, se debe tener claro que el árbitro deberá decidir y llevar el procedimiento de arbitraje de acuerdo a los principios que rigen al derecho procesal laboral; y tales principios no son más que el de la inversión de la carga de la prueba; celeridad procesal; gratuidad de la Justicia; la conciliación; la oralidad; la inmediatez; la publicidad; la concentración; el

carácter inquisitivo o el impulso de oficio; lealtad procesal y la informalidad por tal motivo entre otros.

En este sentido, el presente trabajo pretende explicar unos de los mecanismos más idóneos para dirimir conflictos colectivos e individuales en el ámbito laboral: el arbitraje, y su procedimiento pertinente, para que las partes inmersas en una controversia, puedan llegar a una solución que sea justa para ambas.

## **2. El abordaje del conflicto en las relaciones colectivas de trabajo**

¿De qué manera reaccionamos ante un conflicto? La respuesta más común, puede ser la tensión, la ira, el desasosiego sumado al estado de desconcierto inicial que trae consigo. El conflicto algunas veces aturde. Propicia que la persona o un grupo social se sientan mal acerca de sus capacidades de enfrentar condiciones adversas. Si bien, ese lapso de toma de decisiones nos previene para enfocarnos en el asunto que nos perturba, la realidad es que si no identificamos y manejamos con inteligencia la fuente del conflicto, estaremos atrapados en un círculo vicioso de sentimientos negativos y los resultados van desde sentimientos de insatisfacción interna, enojo y amargura hasta llegar a una especie de inacción emocional.

De esta manera, cuando a nivel laboral, por ejemplo, no se toman las decisiones adecuadas en el momento correcto, lo más probable es que fluyan graves discrepancias entre sus miembros, y se desaten expresiones de descalificación mutua, que conlleva a empeorar la situación y, al mismo tiempo, a generar un tipo de confrontación que, a la postre, afectara de por sí el crecimiento o la consolidación de cualquier organización; pues es un hecho comprobado que en una atmosfera de desconfianza, ningún emprendimiento puede funcionar.

Una definición genérica del vocablo Conflicto es la oposición de intereses entre dos o más personas. También puede ser posiciones antagónicas en torno a un problema o varios problemas a la vez. Asimismo, se puede considerar el conflicto como un momento de desencuentro y diferencias basadas en



motivaciones contrapuestas, en aras de tomar una decisión benéfica para ambas partes. En este sentido, Cascón Soriano expresa que el Conflicto “es consustancial al ser humano como ser social que interactúa con otras personas con las que discrepa y tiene intereses y necesidades contrapuestas. El conflicto es ineludible y por mucho que cerremos los ojos o lo evitemos, continúa su dinámica”<sup>1</sup>.

En materia laboral, el conflicto, históricamente, proviene de las relaciones vinculadas a los grupos de presión, que reclaman por reivindicaciones salariales, beneficios sociales, condiciones óptimas o ambientes propicios que permitan desarrollar sus actividades productivas, sin más limitante que las impuesta por la Constitución y la ley o los reglamentos correspondiente.

Por su parte, Dávalos Morales define el conflicto laboral como “las fricciones que pueden producirse en las relaciones de trabajo”<sup>2</sup>.

En consecuencia, cuando las desigualdades se hacen muy marcadas y se intensifica en el decurso del tiempo, puede desencadenar en episodios de huelgas, paros o protestas espontánea u organizada, pues cada grupo o movimiento obrero, sindicalizado o no, creen tener razón en sus reclamos y exigencias, sobretodo, cuando no son atendidas por los órganos competentes o el patrono. En este orden de ideas, Carballo señala lo siguiente:

... se suele diferenciar entre conflictos sobre intereses o económicos y conflictos sobre derechos o de interpretación; los primeros se originan a partir de la pretensión de incorporar al patrimonio nuevos derechos o modificar los ya existentes (v.gr. aumentos salariales, reconocimiento de primas, o bonificaciones por productividad o asiduidad, etcétera). Por su parte los conflictos sobre derecho o de interpretación surgen en virtud de la desigual valoración (entre los sujetos de la relación colectiva de trabajo) de un derecho vigente, de cuya existencia no se debate (v.gr. interpretación

---

<sup>1</sup> Cascón Soriano, Paco. "Educar en y para el conflicto". Cátedra UNESCO sobre Paz y Derechos Humanos, Facultad de Ciencias de la Educación, Universidad Autónoma de Barcelona, 2002, p.16. Acceso el 1 de agosto de 2024. <https://pacoc.pangea.org/documentos/educarenyparaelconflicto.pdf>.

<sup>2</sup>, Dávalos Morales José, "Conflictos de trabajo," en De Buen, Néstor y Morgado Valenzuela Emilio (coords), Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1997, p. 216. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/15.pdf> (accedido el 1 de agosto de 2024).

sobre el contenido y alcance de la expresión "salario básico" en una convención colectiva de trabajo)<sup>3</sup>.

Sin embargo, en ciertas ocasiones, las personas en relación de dependencia de trabajo, pueden hacer uso de diversos mecanismos, que le permitan resolver sus conflictos de una manera rápida, eficiente y lo más justa posible, sin la necesidad de instaurar un procedimiento adversarial, que pudiera resultar perjudicial para las partes involucradas.

De este modo, los medios alternativos de resolución de conflictos (MARC) pueden considerarse como un conjunto de sistemas, orientados a gestionar mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas (o con la ayuda de un tercero) las que resuelven la Litis a través un acuerdo extrajudicial antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, del juicio ordinario o cuando ya se han agotado todas las posibilidades de entendimiento previsto por la ley. Empero, a los fines de conceptualizar mejor estos medios veamos la definición especialista que nos aporta Funquen Alvarado:

Las formas alternativas corresponden a mecanismos no formales y solidarios que brindan un elemento fundamental en la humanización del conflicto, con la presencia de una tercera persona que actúa como facilitadora especialista en resolución o prevención del conflicto. Las formas alternativas son una debida opción cuando la convivencia diaria, familiar y comunitaria ha sido transgredida de manera intencional y repetitiva con perjuicios a nivel emocional, social, físico o legal de una persona. Las figuras alternativas también permiten a los individuos ser gestores de cambios propositivos y pro-activos que faciliten el bienestar mutuo, así como la satisfacción y el beneficio de los actores involucrados<sup>4</sup>.

Por tanto, estas instancias tienen funciones de asesoramiento, mediación conciliación o negociación y, no desplazan de ningún modo a los órganos judiciales en el cumplimiento de sus atribuciones. Igualmente, la intervención de órganos administrativos en la protección de determinados derechos, mediante

---

<sup>3</sup> Carballo, César. "Notas sobre el arbitraje como medio de composición de los conflictos colectivos del trabajo," Revista de Derecho Público, núm. 71-72 (1997), pp. 5-19, p. 7. [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/71-72/rdpub\\_1997\\_71-72\\_5-19.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/71-72/rdpub_1997_71-72_5-19.pdf).

<sup>4</sup> Fuquen Alvarado, María. "Los conflictos y las formas alternativas de resolución." Tabula Rasa 1 (2003): pp.265-278. p. 273.

una actuación jurisdiccional, ha de estar sujeta a las garantías básicas del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y no niega la intervención del control judicial de la actuación administrativa.

En efecto, la Constitución venezolana, en línea con las tendencias modernas en desjudicializar las controversias o los litigios, prevé en su artículo 258, segundo aparte: "...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.", de conformidad con el artículo 253 ejusdem. Es por ello, que el estilo más o menos equilibrado de las relaciones humanas a veces indica una distribución balanceada del poder. Es una relación de complementación. Ambas partes piensan de sí mismo que sus posturas son las acertadas. Es decir, cada persona o entidad jurídica u organizacional, posee áreas específicas en las cuales sus puntos de vistas tienen un peso mayor que las del otro, afectando todo el entorno. Algunas relaciones son así de explosivas, sobre todo, si hay intereses en juego.

Ahora bien, tanto a nivel individual como colectivo, se tiene la libertad de iniciar la acción, de sugerir medidas, controvertir o convenir, pero la mayoría de esos comportamientos son competitivos o supremacistas. Cuando en semejante situación los conflictos se vuelven completamente abiertos y firmes (huelgas, movilizaciones, paro patronal) la relación está en estado beligerante. Así, pues, esto nos lleva a abordar el concepto y la naturaleza del Conflicto y sus posibles alternativas de solución desde la perspectiva de la naturaleza del derecho del trabajo

### **3. Modos de solución de conflictos colectivos de trabajo**

Los conflictos colectivos de trabajo, tradicionalmente asociados a las huelgas y los cierres patronales, han experimentado una notable evolución. La participación de diversos grupos profesionales, como los médicos, y la aparición de nuevas modalidades laborales como la subcontratación y el teletrabajo han enriquecido y complejizado el panorama de las disputas laborales. Además, la

distinción entre sectores público y privado agrega una capa adicional de complejidad a estos conflictos.

A diferencia de los conflictos individuales, los conflictos colectivos tienen un carácter más amplio y complejo. Involucran a un número significativo de trabajadores y pueden tener un impacto considerable en la productividad de la empresa y en las relaciones laborales en general. Además, los conflictos colectivos pueden surgir en diversos contextos laborales, desde empresas tradicionales hasta organizaciones más modernas con estructuras laborales flexibles.

Si bien, el conflicto es inevitable en una economía de mercado, es posible evitar que estos desacuerdos se conviertan en importantes y resolverlos para limitar el recurso a los tribunales. Para ello es necesario que los sistemas de gestión de conflictos ofrezcan una serie de servicios que animen a empresarios y trabajadores a prevenir los conflictos mediante iniciativas de búsqueda de consenso, y que ofrezcan servicios de conciliación/mediación y arbitraje cuando no puedan evitar que sus desacuerdos se conviertan en conflictos que requieran la intervención de terceros. Los sistemas eficaces de gestión de conflictos reducen el tiempo y los costes que conllevan.

En este sentido, El Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo (RLOT) en su artículo 166 prevé una clasificación de los Modos de Solución de Conflictos Colectivos de Trabajo, estableciendo dos tipos: los de autocomposición y los de heterocomposición. Los primeros comprenden, como ya se ha señalado y de acuerdo con la CRBV (art.258), la negociación, la conciliación, la mediación, la consulta directa a los trabajadores y patrones mediante la comisión de encuesta, referéndum o cualquier otra modalidad; mientras que el segundo grupo incluye al arbitraje y la decisión judicial.

En el caso de la autocomposición, las partes resuelven el conflicto sin la decisión de un tercero. Se puede clasificar como unilateral, cuando una de las partes renuncia, artículo 263, CPC, o bilateral, cuando ambas llegan a un acuerdo, la llamada transacción, artículo 255 y 256, CPC.

Cabe señalar que la autocomposición da lugar a las formas consensuadas conocidas como conciliación y mediación. En el caso del Tribunal Laboral, se permite la negociación colectiva mediada por los sindicatos.

En cuanto a la heterocomposición, se trata de la resolución del conflicto mediante la intervención de un tercero, el cual puede ser investido por las partes, de conformidad con el artículo 143 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo. Esta resolución puede tener lugar por decisión judicial, sentencia reglamentaria o laudo arbitral. Las principales formas de heterocomposición son el arbitraje y la sentencia judicial<sup>5</sup>.

Por último, cabe destacar que todas estas vías de resolución de conflictos previstas en la RLOT requieren que el acuerdo sea ratificado por la competencia de los órganos administrativos: Inspectorías de Trabajo.

#### **4. Inicio del procedimiento conflictivo**

Es indudable, que el mecanismo por excelencia para prevenir y resolver los conflictos es la negociación, entendida en la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y trabajadora (LOTTT) como una facultad de dirimir directamente las diferencias entre patronos y trabajadores, sin recurrir a la autoridad de los órganos jurisdiccionales (art.431), pero cuando ésta se bloquea, puede ser necesario recurrir a la conciliación o al arbitraje como mecanismos alternativos.

Así pues, la LOTTT, en su artículo 472 dispone que:

Aquellos conflictos colectivos que surjan entre uno o más sindicatos de trabajadores y uno o más patronos, para reclamar el cumplimiento de las convenciones colectivas, o para oponerse a que se adopten determinadas medidas que afecten a los trabajadores de la respectiva empresa, se tramitarán de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley”.

Además, se debe considerar el principio de la progresividad de los derechos de los trabajadores del artículo 89 de la CRBV, esto con el fin de evitar

---

<sup>5</sup> Mocletón, Mayrú, y González Oquendo, Luis. "Medios alternos de resolución de conflictos laborales en Venezuela." *Impacto Científico* 11, no. 1 (2016): 8-18. p. 13. <https://www.aacademica.org/luis.j.gonzalez.oquendo/11.pdf>.

que el patrono trate de tomar o dejar de tomar una actitud frente a las condiciones de trabajo

En tal sentido, primeramente, la organización sindical, asigna la calificación del pliego, ya sea como conflictivo o conciliatorio, a efecto de tramitarlo ante la inspección del trabajo, conforme el artículo 168 del RLOT, bien sean de carácter nacional, cuando corresponden a un conflicto que abarca distintas entidades federales o bien local, cuando está circunscripta a una determinada región. Si el pliego es tramitado con carácter conciliatorio, la lista de reclamos y peticiones contenidos en él, estará abierto a negociaciones. Al contrario, la segunda opción sería consignar pliegos con carácter conflictivos huelgario, que son los verdaderos conflictos de trabajo que regulan nuestra legislación y la LOTTT; no regulan de cierta manera los pliegos de carácter conciliatorio.

No obstante, los funcionarios de la Inspección del Trabajo, deben tratar de solucionar de manera armónica las diferencias que surjan entre empleador, empleadora, trabajadores y trabajadoras, “aún antes que las mismas revistan carácter conflictivo por hecho público o por la presentación del pliego correspondiente, sin que ello pueda ser alegado para negar su admisión”<sup>6</sup>. De tal manera, requisitos que deberá cumplir la organización sindical para la admisión del pliego, estará bajo las siguientes condiciones., establecidas en el artículo 476 de la Ley in comento:

1. Que el patrono o a patrona haya dejado de asistir a la negociación de la convención colectiva debidamente convocada o que hayan culminado los lapsos para la negociación de una convención colectiva de trabajo sin que haya logrado acuerdo entre las partes.
2. Que el patrono o la patrona haya dejado de asistir a la negociación de la convención colectiva debidamente convocada o que hayan culminado los lapsos para la negociación de una convención colectiva de trabajo establecidos sin que se haya logrado acuerdo entre las partes.
3. Que hayan culminado los lapsos para la negociación de una convención colectiva de trabajo en Reunión Normativa Laboral establecidos y la

---

<sup>6</sup> LOTTT. Artículo. 473.

representación de los trabajadores y las trabajadoras haya rechazado la posibilidad de arbitraje.

4. Que se hayan agotado los procedimientos conciliatorios previstos legalmente y los pactados en las convenciones colectivas que se tengan suscritas.

5. Cuando el patrono o la patrona haya incumplido los acuerdos derivados de la negociación reciente de un pliego de peticiones.

Ahora bien, una vez verificado los requisitos que debe llevar el escrito del pliego conflictivo, de acuerdo al artículo 170 de RLOT, y el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA), y admitido por la inspectoría del trabajo, “dentro de las 24 horas de recibido el pliego, el inspector del trabajo enviará copia del pliego presentado al patrono, patrona, patronos o patronas”<sup>7</sup> En esto se logra tres propósitos, primero poner a derecho al patrono que ha incumplido o incurrido en algunos de los supuestos que generó la presentación y tramitación del pliego conflictivo; segundo pone al patrono a derecho igualmente al notificarlo de esa circunstancia; y tercero se preserva a derecho a la defensa al enviarle copia certificada del escrito contentivo del pliego con carácter conflictivo presentado por la organización sindical legitimada por la asamblea general de trabajadores.

Admitido, pues, el pliego conflictivo, el Inspector o Inspectora del trabajo, solicita al sindicato, por una parte, y a patrono o a patrona involucrado en la controversia laboral, por la otra, “la designación, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, de dos representantes principales y de un o una suplente por cada parte, para constituir la junta de conciliación, la cual estará presidida por el Inspector o la Inspectora del Trabajo o a quien éste o ésta designe”<sup>8</sup>. La citada Junta de Conciliación, conforme al artículo 169 del RLOT, estatuye que “El sindicato podrá participar en el pliego correspondiente, los nombres de los dos (2) representantes y el suplente que integrarán la Junta de Conciliación”.

La Junta de Conciliación, en caso de ausencia de uno o unas de sus voceras, serán sustituidos por sus respectivos suplentes. Asimismo, ambas partes podrán estar acompañados “por los asesores y las asesoras “que a tal

---

<sup>7</sup> LOTTT Artículo. 478.

<sup>8</sup> Ibídem. Artículo 479.

efecto designen. Hay que destacar, según lo estipulado en el artículo 173 del RLOT, que

Sólo en la primera reunión de la Junta de Conciliación el patrono o patrona podrá formular alegatos y oponer defensas. El Inspector o Inspectora del Trabajo decidirá dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes. El patrono o patrona no podrá oponer excepciones o defensas sobre aquello que hubiere sido objeto de decisión por parte del Inspector o Inspectora del Trabajo, con ocasión de la presentación del pliego. Contra la decisión del Inspector o Inspectora se oirá apelación en los términos establecidos en el artículo 519 de la Ley Orgánica del Trabajo.

En ese contexto, el funcionario de trabajo que preside a Junta de Conciliación, intervendrá en sus deliberaciones con el propósito de armonizar el criterio de las partes o mediar para lograr acuerdos; pero sin avanzar en opiniones, esta es solo una actuación de buena fe, pues lo que se busca es llegar a un consenso que ponga fin al conflicto o en su defecto el inspector del trabajo tiene la obligación de proponer que a disputa sea sometida a la discusión de un Laudo arbitral de carácter facultativo, que tendrá que ser aprobado y aceptado por ambas partes intervinientes en el conflicto.

En consecuencia, conforme al artículo 480 de la LOTTT, la Junta de Conciliación tiene un lapso abierto que finaliza cuando se hayan dado los siguientes supuestos: 1) Que se haya logrado consenso mediante una propuesta o recomendación unánimemente aprobada; en este supuesto el conflicto queda finalizado a través de ese acuerdo que va a ser homologado por el propio presidente de la Junta de Conciliación, que es el inspector. 2). Que la conciliación se haya hecho imposible, es decir, que la posición entre las dos partes sea inflexible y que no haya posibilidades de acuerdo mínimo de una recomendación que pueda poner fin a la solución del conflicto.

Finalmente la recomendación que emita la Junta de Conciliación, o en su defecto, el acta en que se deja constancia que la conciliación ha sido imposible, pondrá fin a esta etapa del procedimiento, dejando abierta la posibilidad que la



disputa sea sometida a arbitraje.” A falta de otra proposición de arbitraje deberá hacerla el presidente o la presidenta de la Junta de Conciliación”<sup>9</sup>.

## **5. El arbitraje como modo de heterocomposición de los conflictos colectivos de trabajo**

En teoría, la función pacificadora que la administración de justicia está llamada a cumplir en una sociedad democrática, es para evitar precisamente que sea con base en la autodefensa y en la ley del más fuerte se diriman las disputas; por tal razón, el Estado asume la administración de la justicia, a fin de asegurar una solución pacífica de los conflictos a través de la aplicación del Derecho por instancias independientes e imparciales. En tal sentido, se hace necesario conocer esos instrumentos extraprocesales que cumplen una función cívica, al permitir a los ciudadanos y entes políticos evitar o resolver sus conflictos de forma privada sin que impere la violencia.

Más, conviene saber que se entiende por medios alternativos de solución de conflictos (MASC) y quienes lo componen. Los MASC pueden considerarse como un conjunto de sistemas, orientados a gestionar mejor los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas (o con la ayuda de un tercero) las que resuelven la Litis a través un acuerdo extrajudicial antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, del juicio ordinario o cuando ya se han agotado todas las posibilidades de entendimiento previsto por la ley<sup>10</sup>.

Por su parte la Universidad Autónoma de Ica define los MASC como: “los procesos alternativos al proceso judicial, disponibles para la resolución de conflictos, en los cuales, más que imponer una solución, permite a las partes crear su propia solución”<sup>11</sup>. Así pues, dentro de esos procesos que buscan prevenir o aminorar la conflictividad, se destacan conforme a nuestros criterios

---

<sup>9</sup> LOTTT. Artículo 480.

<sup>10</sup> San Cristóbal, Susana: “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil.” Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLVI (2013): 39-62. p. 42. ISSN: 1133-3677.

<sup>11</sup> Universidad Autónoma de Ica. Negociación y manejo de conflicto: Texto de instrucción básica. Chíncha Alta, Ica, Perú, 2016. p. 23.

estos cuatro principales a saber: la Conciliación, la negociación, la mediación y el arbitraje.

Por lo anterior, la figura del arbitraje surge como un método alternativo de solución de controversias que involucra derechos disponibles. Ocurre a través de la heterocomposición, es decir, el árbitro aparece en este procedimiento como un tercero imparcial elegido por las partes, que tendrá el poder de resolver la disputa que ha sido sometida a arbitraje. A diferencia de la mediación y de la conciliación, que son métodos autocompositivos, donde las partes deciden si habrá o no acuerdo, el arbitraje es un método heterocompositivo de resolución de conflictos muy similar a la solución judicial, ya que el árbitro decidirá la disputa. Como muy bien afirma

De hecho, de los medios alternativos a los que se refiere la Constitución (1999), el arbitraje juntamente con la conciliación es el que más ha tenido relevancia legislativa. Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil (1987) establece en su artículo 608, la posibilidad de que las “controversias se comprometan en árbitros, antes o durante el desenvolvimiento del juicio, siempre y cuando no se trate de divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”. Igualmente en materia comercial, la Ley de Arbitraje Comercial (1998) vino a regir las controversias originadas por los contratos que incluyen cláusulas arbitrales. También reconoce el procedimiento arbitral y permite que los laudos emitidos puedan ejecutarse.

En esa línea, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su Sentencia N° 1541, en fecha 17 de octubre de 2008, dejó asentado su criterio jurisprudencial al respecto bajo estos términos:

...esta Sala ha señalado que “(...) la Constitución amplió el sistema de justicia para la inclusión de modos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, entre los que se encuentra el arbitraje. Esa ampliación implica, a no dudarlo, un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias (...). Así, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el

monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia (...). A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje...

En materia laboral, el artículo 166 del RLOT, señala que “son modos de heterocomposición: El arbitraje; y La decisión judicial”. Inclusive en la LOTTT en sus artículos 465, 492 y 493, el arbitraje se perfila como un medio alternativo al proceso judicial, disponible para la resolución de conflictos, el cual supone el sometimiento de la controversia a la decisión de un tercero (arbitro o junta arbitral) quien en concordancia de las reglas aplicables que convengan a las partes litigiosas interviniente en la solución arbitral, o, en ausencia de éste, de aquellas previstas en los artículos de la LOTTT, ut supra, ejerce funciones jurisdiccionales sobre el caso concreto, por voluntad de los sujetos o, excepcionalmente, del Ejecutivo Nacional, si en todo caso, el conflicto afectare servicios básicos esenciales o lesionara derechos fundamentales de la población.

## **6. Naturaleza jurídica del arbitraje**

La doctrina no es pacífica, existiendo diversas posiciones respecto a la naturaleza jurídica del instituto, que lo clasifican en contractualista, jurisdiccional o mixto.

Según la teoría contractualista, se descarta la naturaleza jurisdiccional del arbitraje porque: (a) está vinculado a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, mientras que la jurisdicción descansa en la soberanía del Estado; (b) el árbitro no tiene poder de jurisdicción; (c) el laudo arbitral no se perfecciona sin la actuación del tribunal en la fase de ejecución; (d) la ejecución del convenio arbitral es un requisito previo esencial del instituto.

La naturaleza jurisdiccional del arbitraje, según la teoría jurisdiccional, descansa en los poderes de juzgamiento de las controversias que le son conferidos al árbitro, confiriendo a los laudos la calidad de instrumento judicial de ejecución. Cabe destacar que los laudos arbitrales no están sujetos a homologación judicial, lo que refuerza su fuerza coactiva independientemente de la aprobación del Estado.

Para la teoría mixta, la primera fase del arbitraje es contractual, basada en el convenio arbitral que deriva de la voluntad. La segunda fase es jurisdiccional, en la que el árbitro dirá la ley aplicable a la especie, y es cierto que su decisión tiene fuerza coercitiva, genera cosa juzgada, es un instrumento de ejecución judicial y pone fin a la controversia como una decisión judicial<sup>12</sup>.

Nos parece que la teoría mixta es la que mejor comprende el instituto del arbitraje, ya que las premisas para su encuadramiento en la dicotomía de derecho público o privado se revelan precarias e insuficientes frente a la complejidad de los fenómenos sociológicos y jurídicos actuales.

## **7. Clasificación del arbitraje laboral en el ordenamiento jurídico venezolano.**

Existen dos modalidades de clasificación de arbitraje en nuestro país, atendiendo a su fuente (voluntarios o facultativos y obligatorios o de oficio) y a su naturaleza (de derecho y equidad).

a- Arbitraje voluntario o facultativo. El compromiso arbitral se pacta en forma libre, sin coerción y con el consentimiento expreso o tácito de ambas partes cuando el conflicto ya existe, dejando claro que las partes optan por resolverlo mediante arbitraje.

En ese sentido, el sometimiento del conflicto al arbitraje puede derivar en un acuerdo previo, previsto, por ejemplo, en la convención colectiva, donde las

---

<sup>12</sup> González De Cossío, Francisco. "La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico." Anuario Mexicano de Derecho Internacional 8 (2008): 509-525. p. 521. Acceso el 1 de agosto de 2024. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&tlng=es).

controversias colectivas de cierta naturaleza serán objeto de solución por medio de una Junta de Arbitraje.

En cuanto al arbitraje en los contratos individual de trabajo, el numeral 1 del artículo 29 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (en adelante LOPT), “permite que las partes del contrato individual de trabajo, establezcan una cláusula arbitral en el contrato de trabajo, por lo cual será posible sostener que las partes tienen potestad para derogar a jurisdicción de los órganos del Poder Judicial”<sup>13</sup>.

b- Arbitraje obligatorio o de oficio. En teoría, la función pacificadora que la administración de justicia está llamada a cumplir en una sociedad democrática, es para evitar precisamente que sea con base en la autodefensa y en la ley del más fuerte se diriman las disputas; por tal razón, el Estado, en cabeza de los órganos de administración del trabajo, asume la imposición de sometimiento de un determinado conflicto laboral a la decisión de una Junta de Arbitraje, a fin de asegurar una solución pacífica de los conflictos a través de la aplicación del Derecho por instancias independientes e imparciales. El procedimiento que ha de seguirse será conforme al artículo 465 Y 493 de la LOTT.

Vale añadir, que según criterio de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el arbitraje obligatorio sería procedente, sólo cuando tuviera por objeto poner término a un conflicto que afecten áreas muy sensibles para la seguridad nacional y la salud pública, en tales casos esta restringida para los trabajadores el derecho a huelga<sup>14</sup>.

c- Arbitraje de derecho y equidad. De acuerdo a lo planteado por Sainz Muñoz “el proceso laboral se encuentra subordinado a los principios que rigen el alcance de la justicia para los trabajadores y patrono como partes en un litigio

---

<sup>13</sup> Guilarte Lamuña, Reinaldo Jesús. "El arbitraje como medio de resolución de los conflictos laborales en Venezuela." Revista del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, El Arbitraje en Venezuela, Año 2, n° 3 (8 de diciembre de 2017): p.10. Acceso el 1 de agosto de 2024. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/ARBITRAJE-VENEZUELA-DICIEMBRE-2017.pdf>.

<sup>14</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT). "Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical: El recurso al arbitraje obligatorio." Derecho de huelga 816. ,2011. Acceso el 1 de agosto de 2024. [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002\\_HIER\\_ELEM\\_ENT\\_ID,P70002\\_HIER\\_LEVEL:3945625,2](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEM_ENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3945625,2).

contencioso”<sup>15</sup>. En el marco del procedimiento laboral regulado por la LOPT, los árbitros, al ser los encargados de resolver las controversias sometidas a arbitraje, tienen el deber de aplicar las normas del derecho de manera justa e imparcial. Esto significa que deben respetar tanto las normas sustantivas, que definen los derechos y obligaciones de las partes, como las normas adjetivas, que regulan el procedimiento a seguir.

## 8. Procedimiento arbitral

Ahora bien, cuando las partes firmantes de una convención colectiva de trabajo no logran resolver un conflicto a través de los mecanismos de conciliación establecidos, pueden optar por someter la controversia a un arbitraje extrajudicial. Esta posibilidad suele estar prevista en la propia convención, mediante una cláusula que establece la conformación de una comisión tripartita de avenimiento. En este caso, el compromiso arbitral se pacta de manera posterior al surgimiento del conflicto, como una alternativa cuando la conciliación resulta infructuosa, tal como lo dispone el artículo 49 del RLOT:

Cuando la conciliación no hubiese sido posible dentro del plazo establecido en el artículo 525 de la Ley Orgánica del Trabajo, el conflicto planteado sobre las circunstancias económicas, de progreso o de modificaciones tecnológicas que afecten a la empresa se someterá a una Junta de Arbitraje, cuya designación, constitución y funcionamiento se regirá por las normas contenidas en la Sección Cuarta del Capítulo III del Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, sin perjuicio de lo que disponga, en su caso, el pacto o compromiso arbitral que pudiere suscribirse.

En el régimen previsto en la LOTT, el arbitraje depende de una parte del consentimiento de las partes y segundo; que los árbitros solo conocerán sobre las materias que puedan ser objeto de compromiso arbitral. Es decir que éstos árbitros conocerán de casos que no se encuentren lesionados la moral, las buenas costumbres y el orden público. En cuanto a las partes se refiere: son éstas las que en común acuerdo tienen la potestad de someter su presente

---

<sup>15</sup> Sainz Muñoz, Carlos. Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTT): Lineamientos Prácticos. Caracas, 2012.

disputa en árbitros tal y como se menciona en el Artículo 138 de la LOPT: “El juez, a petición de las partes, ordenará la realización de un arbitraje que resuelva la controversia, a fin de estimular los medios alternos de resolución de conflictos, en la forma prevista en esta Ley”.

Para iniciar un arbitraje, las partes deben acordarlo previamente mediante un convenio arbitral, a través del cual las partes ajustan libremente los detalles del arbitraje, como la legislación a aplicar, por medio de una Junta de Arbitraje, que actuará en la controversia, constituida por tres árbitros, designados por las partes así lo preceptúa el artículo 493 de la LOTTT.

Según el artículo anterior, cada parte en conflicto selecciona un árbitro de una terna propuesta por la otra. Si no logran ponerse de acuerdo para elegir el tercer árbitro, dentro de los cinco días continuos, esta responsabilidad recae en el Inspector del Trabajo el cual designará a los y las integrantes de la Junta de Arbitraje. A fin de garantizar la imparcialidad, los árbitros deben aceptar el cargo y no tener vínculos cercanos con ninguna de las partes involucradas en la disputa.

En atención a lo expuesto, el artículo 494 de la LOTTT, detalla lo siguiente:

La junta de arbitraje constituida según el artículo anterior será presidida por el tercer o tercera integrante de la misma y se reunirá en la fecha, hora y lugar que éste o ésta indique. Las decisiones de la junta de arbitraje serán tomadas por mayoría de voto.

Ahora bien, cuanto más detallado sea el acuerdo, menores serán los riesgos de que se produzcan lagunas o imperfecciones a lo largo del procedimiento arbitral. Es por ello que una de las ventajas más reconocidas del Arbitraje es la posibilidad, hasta cierto punto, de elegir de árbitro, entre las personas que más inspiren confianza a las partes, considerando los conocimientos específicos sobre la materia, experiencia, edad, conducta, entre otros.

Asimismo, el artículo 202 del RLOT promueve la participación de diversos actores en los procesos de mediación y arbitraje laboral, a través de la creación del Servicio Nacional de Mediación y Arbitraje (SENAMED). De esta manera, universidades, instituciones especializadas en relaciones laborales y las

propias partes involucradas en el conflicto pueden postular candidatos para desempeñar el rol de mediador o árbitro, lo que contribuye a garantizar la imparcialidad y la eficiencia de estos procesos.

Sin embargo, conviene acotar, que actualmente el SENAMED aún no se encuentra desarrollado por el Ministerio del Poder Popular para el Proceso Social del Trabajo, por tanto, lo más idóneo sería que los Centros de Arbitraje establecidos en Venezuela, puedan ser los que colaboren con los patronos y los trabajadores en el desarrollo de una instancia de arbitraje institucional, para que de esa forma las partes no tengan que depender del Estado en el desarrollo del arbitraje en materia laboral.

En cuanto, a la conformación de los integrantes de la Junta de Arbitraje, éstos tendrán carácter de árbitros arbitradores, Es extremadamente beneficioso para las partes que su conflicto sea resuelto por árbitros competentes, que hayan estudiado el caso y que dicten una decisión razonada de acuerdo con las condiciones peculiares y específicas, por tanto, el artículo 495 ejusdem dispone que:

La junta de arbitraje tendrá la misma facultad de investigación que un tribunal ordinario y sus audiencias serán públicas.

Los y las integrantes de la junta de arbitraje tendrán el carácter de árbitros arbitradores y sus decisiones serán inapelables.

Queda a salvo el derecho de las partes de acudir a los tribunales del trabajo para solicitar que se declare su nulidad, cuando las decisiones de los árbitros se tomen en contravención a disposiciones legales de orden público.

Al respecto apunta Sainz Muñoz: La Junta de Arbitraje, “tendrá la misma facultad de investigación que un tribunal ordinario y sus audiencias serán públicas. Lo cual garantiza la claridad, la transparencia e idoneidad de las actuaciones de la Junta Arbitral”<sup>16</sup>. Por ello, es indispensable la notificación a las partes involucradas en el procedimiento arbitral con suficiente antelación, del lugar, la hora, de las reuniones de la Junta de Arbitraje.

Ahora, al tratarse de una controversia que involucra derechos laborales, los tribunales que resultan competentes para conocer de la impugnación hecha

---

<sup>16</sup> Sainz Muñoz, Carlos, Ob.cit., 2012, p.875.



al laudo arbitral dictado por la Comisión antes mencionada, son los Tribunales de Trabajo, específicamente los Tribunales de juicio de la Circunscripción Judicial, una vez que se trata de la adjudicación de derechos eminentemente laborales.

Así pues, luego de tomar una decisión, “La Junta de Arbitraje deberá producir el laudo arbitral conforme los principios generales que orienten esta Ley”<sup>17</sup>, debiendo ser dictado ese Laudo dentro de los treinta (30) días siguientes a la constitución de la Junta Arbitral, pudiéndose dar una prórroga de treinta (30) días si así lo acordare la Junta. Contra ese Laudo, no existe recurso de apelación, es decir, no podrá ser objeto de revisión por parte de una instancia superior. Desde ese momento, el laudo será publicado en Gaceta Oficial y será de obligatorio cumplimiento para las partes.

No obstante, el Laudo arbitral conforme a lo dispuesto en los artículos 149 del LOPT y 626 del CPCV, podrá ser objeto del recurso de nulidad por ante los órganos judiciales con competencia en materia del Trabajo:

1. Cuando fuere dictado fuera de los límites del arbitraje;
2. Si estuviere concebido en términos de tal manera contradictorios que no pueda ejecutarse;
3. Si en el procedimiento no se observaron su formalidades sustanciales, siempre que la nulidad no se haya subsanado por el consentimiento de las partes al no reclamar oportunamente contra ellas y
4. Si la cuantía excediere del monto establecido en el artículo 167 de esta Ley. (Art. 149 LOPT).

Es de advertir, que por aplicación de la sentencia n° 1313 dictada por la Sala constitucional del TSJ, del 10 de octubre de 2014, se podrá ejercer Recurso de Nulidad en contra de Laudo arbitral con base al procedimiento de la Ley de Arbitraje Comercial, sin embargo, hoy en día, se continua tramitando en base al procedimiento ordinario de la LOPT.

Es así que ante una reclamación de naturaleza laboral, los tribunales que resultan competentes para conocer de la impugnación hecha al laudo arbitral dictado por la Comisión antes mencionada, son los Tribunales laborales,

---

<sup>17</sup> LOPT. Artículo 147.

específicamente los Tribunales de juicio de la Circunscripción Judicial correspondiente, una vez que se trata de la adjudicación de derechos eminentemente laborales.

### **9. El arbitraje en el contrato individual del trabajo**

El establecimiento de arbitraje como método de resolución de conflictos que puedan existir entre las partes de la relación laboral no conlleva una claudicación de los derechos del laborante, porque el mismo conserva la posibilidad de ejercer la acción en contra del empleador, sólo que su pretensión será conocida por la Junta de Arbitraje, sin que eso signifique la violación del numeral 2 del artículo 89 de la CRBV, que regula la irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores.

### **10. Beneficios del arbitraje en materia laboral**

En primer lugar, hay que señalar que existe una acumulación de demandas en los Tribunales de Trabajo, lo que provoca la lentitud del procedimiento, provocando el desgaste de las partes que deben enfrentarse a largos y dilatados procesos a la espera de sentencias que aborden cuestiones que puedan ser solucionadas entre las partes.

Además, el juez que dicta la resolución en el procedimiento judicial conoce el ordenamiento jurídico, pero es incapaz de analizar la situación en detalle debido a la gran demanda de asuntos a juzgar, dictando en muchas ocasiones sentencias amplias y genéricas.

En el arbitraje, las partes son libres de elegir la Junta Arbitral y los árbitros que analizarán y decidirán el caso, pudiendo elegir a personas calificadas en un área específica relacionada con el objeto de la disputa. Además, la celeridad es otra de las ventajas del arbitraje, sobre todo si se toma como paradigma el proceso judicial. Mientras que la "tasa de congestión" de nuestros tribunales señala un plazo excesivamente largo para la sentencia definitiva e inapelable, la

LOPT establece que el procedimiento arbitral debe finalizar en el plazo de treinta días desde la institución del arbitraje<sup>18</sup>

El procedimiento arbitral es más rápido, ya que no existe fase de recurso, se produce en única instancia, y las partes pueden optar por una sentencia colegiada desde el principio. Además, si las partes han elegido un tribunal arbitral cualificado para resolver la cuestión, se supone que la decisión será específica, cualificada, más rápida y no requerirá una fase de recurso.

## 11. Conclusiones

El uso ilimitado de la conciliación y el arbitraje en el derecho laboral tiene como objetivo proporcionar a las partes el acceso a un procedimiento más rápido y eficaz en relación con los procedimientos judiciales. Concede a las partes la libertad de negociar libremente las cuestiones de su interés. Además, el conflicto sólo se someterá a arbitraje si el trabajador lo acepta plenamente, hecho que no da lugar a que el trabajador no tenga acceso a la justicia, ya que el arbitraje es un medio alternativo al Poder Judicial.

La solución alternativa de conflictos, en particular el arbitraje, ha ganado un creciente reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. Su consagración constitucional y el impulso del Tribunal Supremo de Justicia han sido fundamentales para este cambio. Aunque la incorporación de los medios alternativos de solución de conflictos en la práctica jurídica aún es incipiente, su inclusión en normas laborales representa un paso importante hacia una justicia más eficiente y accesible.

Igualmente, se debe destacar, la relevancia que está cobrando actualmente los MASC en la Justicia Venezolana. La tendencia hacia el uso de estos métodos (el arbitraje) queda evidenciada por su consagración con rango constitucional en los artículos 253 y 258 así como por el interés del Tribunal Supremo de Justicia en promover su divulgación y uso. Aunque queda mucho por hacer para incluir a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, como parte integrante de la práctica jurídica del país, la promulgación de los mismos

---

<sup>18</sup> LOPT. Artículo 150.

en textos normativos en materia laboral, refleja esta nueva conciencia del importante papel que esta juega.

En conclusión, la posibilidad de iniciar procesos de arbitraje en conflictos que involucren derechos laborales será extremadamente beneficiosa tanto para el empleado como para el empleador, posibilitará la transacción entre las partes, permitiendo decisiones más específicas y precisas sobre el asunto, además de aliviar al Poder Judicial.

## Bibliografía

- FUQUEN ALVARADO, M. (2003). Los conflictos y las formas alternativas de resolución. *Tabula Rasa*, 1, 265-278.
- SAN CRISTOBAL, S. (2013): "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil." *Anuario Jurídico y Económico Escurialense XLVI* 39-6. ISSN: 1133-3677.
- SAINZ MUÑOZ, C. (2012). *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT): Lineamientos Prácticos*. Caracas.
- UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ICA (2016). *Negociación y manejo de conflicto: Texto de instrucción básica*. Chincha Alta, Ica, Perú.

## Recursos electrónicos

- CARBALLO, C. (1997). "Notas sobre el arbitraje como medio de composición de los conflictos colectivos del trabajo," *Revista de Derecho Público*, núm. 71-72, pp. 5-19, p. 7.  
[http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/71-72/rdpub\\_1997\\_71-72\\_5-19.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/71-72/rdpub_1997_71-72_5-19.pdf).
- CASCÓN, P. (2002). *Educación En y Para el Conflicto*. Universidad de Barcelona. UNESCO, España. En:  
<http://pacoc.pangea.org/documentos/educarenyparaelconflicto.pdf>.
- DÁVALOS MORALES, J. (1997), "Conflictos de trabajo," en De Buen, Néstor y Morgado Valenzuela Emilio (coords), *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/15.pdf>.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. (2008) "La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico." *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 8 (2008): 509-525. p. 521.  
[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100013&lng=es&tlng=es).

- GUILARTE LAMUÑO, R. (2017) "El arbitraje como medio de resolución de los conflictos laborales en Venezuela." Revista del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, El Arbitraje en Venezuela, Año 2, n° 3. <https://arbitrajeccc.org/wp-content/uploads/2020/01/ARBITRAJE-VENEZUELA-DICIEMBRE-2017.pdf>.
- MOCLETÓN, M., y GONZÁLEZ OQUENDO, L. (2016). "Medios alternos de resolución de conflictos laborales en Venezuela." Impacto Científico 11, no. 1: 8-18. <https://www.aacademica.org/luis.j.gonzalez.oquendo/11.pdf>.
- OIT (2011). "Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical: El recurso al arbitraje obligatorio." Derecho de huelga 816. [https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002\\_HIER\\_ELEMENT\\_ID,P70002\\_HIER\\_LEVEL:3945625,2](https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3945625,2).

---

**1924-2024 UN SIGLO ENTRE LO KAFKIANO Y LO  
KAFKALÓGICO. PODER, MÁQUINA BUROCRÁTICA Y  
SUBORDINACIÓN Y ALIENACIÓN LABORALES EN LA OBRA  
DE FRANZ KAFKA**

**1924-2024 A KAFKAESQUE AND KAFKOLOGICAL CENTURY.  
POWER, THE BUREAUCRATIC MACHINE, AND LABOR  
SUBORDINATION AND ALIENATION IN FRANZ KAFKA'S  
BODY OF WORK**

Carlos Ernesto MOLINA M.

*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, Bogotá, ICESI, Cali, y Pontificia Bolivariana, Medellín (Colombia). Miembro de número 23 de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

[cemolina38@hotmail.com](mailto:cemolina38@hotmail.com)

Fecha de envío: 03/08/2024

Fecha de aceptación: 30/08/2024

---

**1924-2024 UN SIGLO ENTRE LO KAFKIANO Y LO KAFKALÓGICO.  
PODER, MÁQUINA BUROCRÁTICA Y SUBORDINACIÓN Y ALIENACIÓN  
LABORALES EN LA OBRA DE FRANZ KAFKA**

Carlos Ernesto MOLINA M.

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

---

**Resumen:** Franz Kafka, uno de los más renombrados y admirados escritores modernos, era abogado, aunque esa profesión -que estudió más por imposición paterna que por gusto propio-, la ejerció, no liberalmente, sino como abogado corporativo, especialmente en el Instituto de seguros de accidentes de trabajo de Bohemia (hoy República Checa). Pero su verdadera pasión fue la literatura y a ella dedicó buena parte de su corta vida (murió pocas semanas antes de cumplir 41 años). Escribía febrilmente luego de terminar su jornada laboral y hasta la madrugada.

El estilo literario de Kafka fue pionero, pues, si bien se basa en la realidad, sus relatos son a menudo fantásticos, oníricos, simbólicos y frecuentemente distorsionadores de esa realidad. Ese particular talante de Kafka induce a que sus relatos sean objeto de diversas interpretaciones (místicas, existencialistas, sociológicas, marxistas, etc.). Tal diversidad de interpretaciones es lo que Kundera ha llamado “kafkalogía”, que se sobrepone a la realidad transfigurada que elabora el praguense.

En este ensayo se presentan tres temas transversales en la obra de Kafka, que se entremezclan en ella, sin que ninguno pueda reclamar un protagonismo exclusivo: el poder (y tangencialmente el derecho), la máquina burocrática y la alienación que frecuentemente acompaña la subordinación laboral. Con el fin de entender de mejor manera estos temas en la obra de Kafka, se describen los contextos históricos, políticos y jurídicos propios de los albores del siglo XX, época en la que Kafka vivió y que fueron el telón de fondo de sus obras. Con ello no debe entenderse que su obra quedó anclada en aquella época, puesto que



ella -y esa es una de sus características más protuberantes-, es intemporal y premonitoria de muchos de los fenómenos sociales y políticos que hoy vivimos.

**Palabras clave:** Kafka - Poder - Burocracia - Subordinación - Alienación

**Sumario:** 1. El ejercicio del derecho y el oficio de escritor en Franz Kafka. 2. Lo kafkiano y lo kafkalógico. 3. Un tema transversal en la obra de Kafka: el poder omnipresente (y tangencialmente el derecho). 4. Y otro tema transversal: la máquina burocrática. 5. La subordinación y la alienación por el trabajo: “La metamorfosis”.

**Abstract:** One of the most renowned and admired modern writers, Franz Kafka, was also a lawyer. However, his study of law was the result of paternal imposition more than his own preference, and he did not establish an independent law practice but rather worked as a corporate lawyer, primarily in the Workers' Accident Insurance Institute in Bohemia (now the Czech Republic). Yet his true passion was literature, to which he dedicated a large portion of his short life (he died shortly after turning 41), writing feverishly from the moment he left his office until dawn.

Kafka's literary style was groundbreaking. His stories, while based on reality, are often fantastic, dreamlike, symbolic, and frequently distorted reality. This particular capacity has led to different interpretations (mystical, existentialist, sociological, marxist, etc.) of Kafka's stories. This diverse range of interpretations is what Milan Kundera termed “Kafkology” which is superimposed on the transfigured reality described by the writer from Prague.

This article presents three interwoven and central themes in Kafka's works, none of which is the unique protagonist: power (and, indirectly, law), the bureaucratic machine, and the alienation that frequently accompanies labor subordination. To better understand these topics, this text describes the historical, political, and legal contexts of the early twentieth century, the period in which Kafka lived and the backdrop for his writing. However, this does not mean that his writings remain anchored in that era, as timelessness is one of the most striking characteristics

of his work, which predicted many of the social and political phenomena that we are experiencing today.

**Keywords:** Kafka - Power - Bureaucracy - Subordination - Alienation

**Summary:** 1. Franz Kafka's practice of law and writing. 2. Kafkaesque and Kafkalogy. 3. A central theme in Kafka's works: omnipresent power (and, indirectly, law). 4. Another central theme: the bureaucratic machine. 5. Labor subordination and alienation: "The Metamorphosis".

«Kafka fue quien me hizo comprender  
que se puede escribir de otra manera».

Gabriel García Márquez.

Hace 100 años fallecía Franz Kafka.

Kafka, uno de los más importantes e influyentes escritores del siglo XX (Borges lo calificó como “el gran escritor clásico de nuestro atormentado y extraño siglo”), era abogado. Después del *Gimnasium* (bachillerato), estudió química y también letras germánicas durante un cortísimo tiempo, para luego cursar la carrera de derecho en la Universidad Real Alemana de Praga (fundada en 1348 y de la que egresaron otros famosos, como Nikola Tesla, Rainer María Rilke o Milan Kundera). Recibió el título de doctor en jurisprudencia el 18 de julio de 1906.

De ascendencia judía asquenazí (su nombre hebreo era *Amschel*) y primogénito de una familia pequeñoburguesa de Bohemia del Sur, Franz Kafka nació el 3 de julio de 1883 en Praga (ciudad por entonces perteneciente al imperio austrohúngaro y hoy capital de la República Checa), y falleció casi 41 años después, el 3 de junio de 1924, en Kierling (Austria). Como es sabido, años antes de su muerte Kafka pidió a su amigo Max Brod que, cuando esta sobreviniera, incinerara todos sus manuscritos -salvo unos pocos relatos. Esa última voluntad del escritor fue desatendida por Brod ya que, años después, este publicó buena parte de la obra de su amigo. Fue por ese desacatamiento (algunos lo calificarían de deslealtad), que el mundo pudo conocer la creación literaria de Franz Kafka, que hasta su muerte solo era conocida por un reducido círculo de personas.

La cultura alemana tuvo enorme influencia en su Bohemia natal, lo que explica que Kafka hablara alemán y escribiera toda su obra en ese idioma. De ahí que se le considere como uno de los más importantes escritores en esa lengua. Prueba de ello son los innumerables homenajes que en el primer centenario de su muerte se realizan en el presente año en toda Alemania.

## 1. El ejercicio del derecho y el oficio de escritor en Franz Kafka

Kafka no estudió derecho por propia convicción, sino más por imposición de su padre, Hermann Kafka, un hombre rudo y autoritario con quien tuvo desde su infancia una relación tensa, difícil y verdaderamente neurótica, como lo muestra el propio escritor en su “Carta al padre”, escrita en noviembre de 1919 y publicada póstumamente en 1952, misiva que, paradójicamente, nunca fue conocida por su destinatario.

Otro praguense como él -y también judío-, nacido en 1881, o sea poco tiempo antes de Kafka, igual que éste había iniciado y cursado estudios de derecho sin mucha convicción y tuvo asimismo inquietudes literarias: Hans Kelsen. Sin embargo, aunque ambos ejercieron el derecho, Kafka, a diferencia de Kelsen, lo hizo con cierta desafección, aunque de manera eficiente según se ha comprobado.

El ejercicio del derecho fue para Kafka una forma “utilitaria” de ganarse la vida, y permitirse dedicar tiempo al verdadero objeto de su interés: la literatura. Otros escritores hicieron lo mismo, como Svevo, Kavafis o Pessoa, quienes mantuvieron sus actividades profesionales, al tiempo que hacían literatura. En contraste, Kelsen, luego de graduarse como abogado, superó su decepción inicial por el derecho y abrazó esta disciplina con singular pasión y exclusividad, al punto de convertirse en uno de los más excelsos juristas de la historia. Kafka tampoco abandonó el derecho, a diferencia de otros grandes escritores, que lo estudiaron (y algunos de ellos se graduaron como abogados), pero que lo abandonaron o abjuraron de él para dedicarse con exclusividad al oficio de escritores, como Tolstoy, Flaubert, Verne, Vargas Llosa o Carlos Fuentes.

Según Max Brod -gran amigo, albacea y primer biógrafo de Kafka-, “*la creación artística era [su] única atracción genuina (...)*”. En una carta dirigida por Kafka a Felice Bauer -con quien sostuvo una relación amorosa durante varios años-, afirmaba: “*todo mi ser se centra en la literatura (...) si alguna vez lo abandono, dejaré de vivir. De ello deriva todo cuanto soy y cuanto soy y no soy*”. Y en otra de sus misivas le decía: “*Yo no tengo interés por la Literatura, sino que estoy hecho de Literatura, no soy otra cosa y no puedo ser otra cosa*”.

Kafka, entonces, distinguía entre lo que él mismo llamaba “trabajo alimenticio”, que se expresaba en su carácter de empleado-abogado, y el “trabajo de creación” –o “el otro Kafka”, como lo denominó Stach, uno de sus biógrafos. Terminaba diariamente su “trabajo alimenticio” a las 2 pm y, luego de un descanso, ingresaba a su mundo literario: escribía sus relatos hasta muy entrada la noche, o incluso hasta el amanecer (“hasta la una, las dos o las tres de la madrugada”. Por eso escribió: “hay momentos en la oficina en que, hablando o dictando, estoy más dormido que durante el sueño”. No hay duda de que estas extenuantes jornadas agravaron su tuberculosis, por la que fue pensionado en 1922, a los 39 años, y que le llevó a la tumba dos años después.

## 2. Lo kafkiano y lo kafkalógico

En el diccionario de la RAE, la palabra “kafkiano/na” es un adjetivo que no solo complementa algo perteneciente o relativo a Franz Kafka, o que posee rasgos característicos de su obra: absurdas, complejas, laberínticas, enigmáticas, inhumanas, y frecuentemente abstrusas y sin salida), sino que también califica una situación como “absurda, angustiada”, o, como dice Georg Steiner, referida “a las constantes de inhumanidad y absurdo de nuestros tiempos”.

Cuando el lector desprevenido lee por vez primera a Kafka, confía en ser rápidamente seducido por la obra. Como el promedio de los lectores de novelas y cuentos, quizás espera una trama lineal, realista, sensata, acaso con interrupciones espacio temporales y probablemente con desenlaces sorprendidos o acaso desconcertantes. Pero, para su sorpresa, el escritor rompe con esa frecuente y apetecida narrativa y lo despeña abruptamente por los acantilados del asombro, la absurdidad, la culpa, la alienación y el poder opresivo, o lo introduce a los mundos grotescos y desasosegadores de las pesadillas. Pese a ello, también hay humor en su obra, pues de lo absurdo y lo insólito derivan muchas veces situaciones hilarantes y tragicómicas. De ahí que Kafka puede, como escribió Hanna Arendt, envolver a sus lectores en “una fascinación vaga y general, incluso en las historias que no consiguen comprender (...) hasta que un

*día el significado oculto de ellas se les revela con la súbita evidencia de una verdad simple e incontestable”.*

Por eso Kafka es un autor para releer. Albert Camus, decía que *“todo el arte de Kafka consiste en obligar al lector a releer. Sus desenlaces, o la ausencia de desenlaces, sugieren explicaciones, pero que no se revelan claramente y que exigen, para que parezcan fundadas, una nueva lectura del relato desde otro ángulo”.* Quienes hemos leído a Kafka y ya estamos en la madurez de la vida, entendemos muy bien que la relectura de sus obras permite a veces hallar una resignificación de las acepciones que habíamos encontrado en las primeras lecturas que hicimos en la ya distante juventud. De ahí que la obra del praguense se ubique en el olimpo de los clásicos, pues estos, como anotaba Calvino, son libros de los que se dice “estoy releendo” y “nunca terminan de decir lo que tienen qué decir”.

Esa necesidad de releerlo está instigada por el simbolismo que caracteriza la obra de Kafka, dentro del cual las parábolas y alegorías son su estrategia retórica preferida, como lo subraya el crítico alemán Walter Benjamin, quien, al igual que George Steiner, o Ulf Abraham -y esta es una de las múltiples lecturas de la obra del praguense-, las conecta con textos rabínicos. Esa metaforización llevó a decir a Borges, que *“el destino de Kafka fue transmutar las circunstancias y las agonías en fábulas”.*

Entender este sentido alegórico es esencial para aproximarse sustancialmente a la obra del praguense, porque ese sentido es el que le impregna una de sus características esenciales a su obra: la intemporalidad. En efecto, las narraciones de Kafka, a pesar de haber sido escritas en los albores del siglo XX, conservan vigencia para el mundo de hoy. Ya lo había anotado Benjamin: *“la obra de Kafka es una obra profética”*, pues las singularidades de esa obra deben ser entendidas como *“signos, indicios y síntomas”* de desplazamientos sociales que el escritor siente abriéndose paso en todas las relaciones, *“sin poder él mismo adaptarse a los nuevos órdenes”.*

La obra de Kafka no consiste en narraciones realísticas, es decir, sus relatos no son espejos que reflejan fielmente la realidad (mímesis). Quien busque en su obra ese realismo va a frustrarse y caerá en un abismo de perplejidad.

Kafka hace en literatura, de manera absolutamente pionera, lo que más tarde hicieron, en la pintura, Dalí, Miró, Magritte, Chagall, Agar, Varo o Ray, quienes en sus obras no reflejan la realidad, sino que la expresan con ópticas oníricas, fantásticas y frecuentemente distorsionadas. Kafka, como atinadamente dice Stach, aprehende la realidad, pero la transforma en signos.

Ese carácter no figurativo de su obra es lo que ha propiciado que se la haya convertido en objeto de múltiples hermenéuticas, desde las religiosas hasta las marxistas, pasando por las existencialistas, psicológicas, sociológicas, etc., cada una de las cuales reclama el “derecho” a “explicar” de manera excluyente la obra de Kafka.

En *“Los testamentos traicionados”*, Milan Kundera, califica esa multiplicidad de interpretaciones como “kafkalogía”, sosteniendo que ese heterogéneo conjunto exegético ha creado una imagen del escritor, que es *“independiente de la obra de Kafka, [y que] se alimenta tan sólo de sí misma (...) de tal manera que el autor que el público conoce con el nombre de Kafka ya no es Kafka, sino el Kafka kafkalogizado”*. Y luego define la kafkalogía así: *“es el discurso destinado a kafkalogizar a Kafka. A sustituir a Kafka por el Kafka kafkalogizado. Para Kundera, Kafka simplemente capta el mundo real, pero -y he ahí la radicalidad de su revolución estética-, “al mismo tiempo se entrega a un hechizante juego de fantasía”, en una fusión de realidad y sueño (1998, p. 22) Es lo que Breton proclamaba en el primer “Manifiesto del surrealismo” (publicado el mismo año de la muerte de Kafka): “Yo creo firmemente en la fusión futura de esos dos estados, aparentemente tan contradictorios: el sueño y la realidad, en una especie de realidad absoluta, de superealidad”*.

Esa superealidad, que muchas veces es polifacética, es la que rechaza interpretaciones unívocas de cualquier obra de Kafka. Podría sostenerse que, en la práctica, cada uno de sus lectores puede adoptar una interpretación propia, sobre la misma obra. Empero, en lo que muchos consensúan, es en considerar que la obra de Kafka tiene, como telón de fondo, la angustia, la falta de sentido de la vida y la alienación (algunos de sus personajes son extraños dentro de sus propias vidas), características frecuentes en los seres humanos de la sociedad moderna y particularmente de la industrial.

### **3. Un tema transversal en la obra de Kafka: el poder omnipresente (y tangencialmente el derecho)**

La obra de Kafka es un entramado de temas transversales. En casi todos sus relatos se entretejen e imbrican distintos temas, sin que alguno de ellos pueda reclamar protagonismo exclusivo. Descubrirlos (sin que se trate de hacer “kafkalogía) y advertir cómo se entremezclan, permite un mejor entendimiento de su obra, aunque eso no necesariamente significa arribar a claridades absolutas -cosa que es imposible con Kafka. He elegido tres de esos temas -el poder, la burocracia y la alienación laboral-, aunque esa selección no implica demeritar la importancia de otros, que por razones de espacio no se tratarán aquí.

Comenzaré por el fenómeno del poder en la época de Kafka y sus tangenciales conexiones con el derecho.

Sobrepasa las pretensiones de este escrito hacer discernimientos sobre lo que significan el poder y el derecho. Kafka mismo no aborda esta reflexión en su obra -, pues él no es propiamente un escritor de temas políticos ni jurídicos y por el contrario mostró aversión hacia los ejercicios conceptuales de esta o de cualquier otra índole. Baste decir entonces que, partiendo de un planteamiento meramente intuitivo, poder y derecho son dos fenómenos diferentes, pero que están estrechamente relacionados. En cualquier tipo de sociedad -pero particularmente en las democracias modernas-, el ejercicio del poder es acotado y regulado por el derecho, pero éste, a su vez, necesita del poder con el fin de persuadir de su cumplimiento (por ejemplo, el carácter coactivo de la norma jurídica, en la concepción kelseniana)

Entender el contexto social y político que le tocó vivir a Kafka, puede ayudar al lector a entender el fenómeno del poder en su época y la forma como el escritor construye la alegoría.

Los años de mayor producción literaria de Kafka estuvieron signados por los frecuentes brotes de rebeldía de muchas de las minorías étnicas y nacionalistas que hacían parte del Imperio Austrohúngaro y, además, a partir de



1914, por la participación protagónica y posterior derrota del imperio en la Primera Guerra mundial<sup>1</sup>. Estas dos circunstancias llevaron a despliegues de poder que dejaron huella en la obra de Kafka.

El imperio Austrohúngaro fue un estado multinacional, que integraba el Imperio Austríaco y el Reino de Hungría (monarquía dual), bajo un solo emperador. Estaba conformado por 18 regiones, entre ellas Bohemia. El imperio cobijaba distintas etnias, como los bosnios, eslovacos, checos, croatas, húngaros, eslovenos, rutenos, etc., además de una numerosa población judía, de la cual formaba parte Kafka. Cada estado que conformaba el imperio tenía cierto grado de autonomía para sus asuntos internos (los asuntos exteriores, de defensa y financieros se dirigían por el imperio). De esta manera, cada uno tenía un primer ministro, con amplias atribuciones, nombrado por el emperador, una dieta (parlamento) cuyos miembros eran en parte designados democráticamente en cada territorio y una amplia burocracia.

En 1882, el imperio Austrohúngaro conformó, junto con el entonces imperio alemán (se adhirieron luego el Imperio Otomano y el Reino de Bulgaria), la coalición llamada “Triple alianza” (o “Potencias Centrales”). A raíz de esta coalición se formó, al lado opuesto, la “Triple entente”, entre Francia, Gran Bretaña y Rusia.

El asesinato del archiduque Francisco Fernando, sobrino del Emperador Francisco José y heredero al trono de Austria, el 28 de junio de 1914 en Sarajevo (Bosnia-Herzegovina), provincia que había sido anexionada en 1908, exacerbó el nacionalismo bosnio y desencadenó una serie de eventos que llevaron al estallido de la Primera Guerra mundial, en la que la “Triple alianza” se enfrentó a la “Triple Entente”.

Las medidas de policía y de excepción tomadas por las autoridades a raíz del atentado de Sarajevo y luego con ocasión de “la gran guerra”, crearon una atmósfera de temor e intimidación en el territorio de Austria-Hungría. Mantener la unidad en el variopinto conglomerado de etnias, enfrentar los alzamientos

---

<sup>1</sup> Bohemia, la tierra donde nació Kafka (hoy, República Checa), tuvo una larga historia, que se remonta al Sacro imperio romano germánico, y aún desde antes. Después de la disolución de éste en 1806, Bohemia pasó a formar parte del Imperio austríaco de los Habsburgo y, posteriormente, del Imperio Austrohúngaro, a partir de 1867.

nacionalistas y revueltas de algunos de esos grupos, que demandaban autonomía y emancipación para sus naciones, y, de contera, atender las demandas de la guerra, exigió frecuentemente la adopción de medidas marciales o de excepción, por parte de los gobiernos dentro del imperio. Por ejemplo, entre 1911 y 1916 (o sea, en la época de mayor producción literaria de Kafka), en la región Cisleitania (la parte austríaca del Imperio, que incluía a Bohemia), el primer ministro Karl von Stürgkh gobernó mediante decretos<sup>2</sup> y clausuró la Dieta de Bohemia. Además, dispuso que ciertas regiones quedaran bajo la autoridad directa del ejército, y éste fue investido con poderes para combatir actividades consideradas subversivas.

Según Cornwall, a partir de 1914 (la “Gran guerra” estalló a fines de julio), se prohibieron las manifestaciones públicas, se presentaron detenciones arbitrarias, sin juicio, y se impuso una estricta censura de la prensa, con el fin de garantizar una presentación oficial de las noticias de la guerra. Se detenía a los sospechosos rusófilos y a los eslavos, a quienes los servicios secretos del estado habían previamente señalado, así como a aquellos tenidos por “traidores” serbios y rutenos, irrespetando sus libertades civiles. Algunos de ellos fueron sometidos a juicios públicos, otros lo serían a consejos de guerra sumarísimos y luego ejecutados, en tanto que la mayoría eran encarcelados indefinidamente.

La “Triple alianza”, como se sabe, resultó derrotada en la primera guerra mundial por la “Triple Entente”. Esta derrota, aunada a las incesantes aspiraciones nacionalistas, fueron las causas eficientes de la disgregación del Imperio Austrohúngaro en 1918. Surgieron, entonces, Austria y Hungría como estados independientes y Bohemia se incorporó a la Primera República Checoslovaca (unión de Bohemia, Moravia, Eslovaquia y otros territorios)<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Hannah Arendt, en “Los orígenes del totalitarismo”, afirma: “*Legalmente, el Gobierno por la burocracia es el Gobierno por decreto, y esto significa que el poder, que en el Gobierno constitucional sólo exige el cumplimiento de la ley, se convierte en fuente directa de toda la legislación (...) En los Gobiernos por la burocracia los decretos aparecen en su pura desnudez como si ya no fuesen dictados por hombres poderosos, sino que constituyeran la encarnación del poder mismo y el administrador fuera exclusivamente su agente accidental (...) Los pueblos gobernados por decreto nunca conocen quién les gobierna en razón de la imposibilidad de comprender los decretos en sí mismos y la ignorancia cuidadosamente organizada de las circunstancias específicas y de su significado práctico en la que todos los administradores mantienen a sus súbditos.*”

<sup>3</sup> En 1993, Checoslovaquia se disgregó pacíficamente para formar dos estados independientes: la República Checa y la República Eslovaca.

O sea, Kafka fue un súbdito austríaco dentro del Imperio Austrohúngaro durante los primeros 35 años de su vida y vivió el clima político y social antes descrito, bajo un régimen cuasipolicial muy distinto a los estados sociales y constitucionales de derecho hoy existentes, surgidos luego de la Segunda Guerra mundial. Aquel clima político y social está entre bastidores en muchos de los relatos kafkianos. Un ejemplo de ello es “El proceso”, escrita entre 1914 y 1915; una obra maestra, pese a ser incompleta.

“El proceso” es la lucha y la perplejidad ante un poder humano, pero irracional. Inicia con la famosa frase “*Alguien tenía que haber calumniado a Josef K, pues fue detenido una mañana sin haber hecho nada malo*”, frase en la que magistralmente Kafka condensa la historia que relatará a continuación, con la meticulosidad que le es característica: *Josef K* es detenido repentinamente por dos hombres desconocidos, que ingresan a su casa sin explicarle el motivo de su detención -un motivo que nunca será conocido por él, ni tampoco por el lector. Estos presuntos funcionarios le dicen que, a pesar de estar detenido, se le permitirá continuar con su vida diaria. *Josef K*, está perplejo porque -razona-, él vivía en un país libre, “*donde las leyes se cumplen*”. Sin embargo, desde ahí, se verá abrumado por un proceso judicial laberíntico, que no podrá desentrañar, rodeado de abuso, corrupción y ausencia de garantías, y dirigido por un enigmático tribunal, que nunca conocerá, pero cuyo rigor él acepta sin la menor protesta. En cumplimiento de una sentencia condenatoria, que tampoco le fue notificada, en una noche oscura *Josef K* es conducido a una cantera en las afueras de la ciudad por dos desconocidos. Allí, supuestamente en cumplimiento de la inédita sentencia, es ejecutado.

A “El proceso” -siendo una desgarradora parábola sobre el poder autoritario, y sobre la lucha contra esas instancias omnipotentes e inmisericordes que a veces se ciernen sobre los seres humanos-, se le ha reconocido también una connotación autobiográfica, en conexión con el atrabiliario, irascible y arbitrario padre de Kafka: “en esencia, la lucha de Kafka contra su padre no era más que la lucha contra el poder superior”, dice Canetti. Esa figura paterna es transversal a muchas de las obras del escritor praguense, y es obvia, por ejemplo, en “La condena”, un relato estremecedor que culmina en catástrofe, y

que Kafka escribió de un tirón y sin levantarse del escritorio, entre la noche del 22 y la madrugada del 23 de septiembre de 1912. Una variante de esta interpretación autobiográfica la hace Canetti, al encontrar que en “El proceso” hay analogías con la situación que el escritor vivió en la ruptura de su compromiso matrimonial con Felice Bauer.

“El proceso” es, también, una visión premonitrice de los regímenes totalitarios que surgirían en Europa con el ascenso de Stalin en la URSS el mismo año de la muerte de Kafka, y nueve años después de ésta, en 1933, del Partido Nacional Socialista en Alemania (sus tres hermanas murieron en las cámaras de gas en los campos de exterminio de Chelmno -Elli y Valli-, y de Auschwitz -Ottla). Y también de regímenes autoritarios que surgieron luego, tanto en Europa, como en África, Asia y América Latina, sobre todo en la segunda mitad del siglo XX, algunos de los cuales subsisten hoy.

¿Y el derecho?

En algunas obras de Kafka pueden encontrarse conexiones con lo jurídico, aunque no creo que sean tantas como algunos afirman. Debe recordarse que para Kafka -a pesar de que se graduó como abogado y ejerció el derecho como funcionario del Instituto de Seguros de accidentes de trabajo de Bohemia-, el derecho no fue su pasión, como si lo fue la literatura. Va a decepcionarse aquel que busque en Kafka planteamientos -que tendrían que ser novelados-, sobre los clásicos tópicos de la teoría o de la filosofía del derecho.

Sin embargo, hay algunas obras suyas que pueden tener presencia algo más tangible de lo jurídico (“Ante la ley”, “Sobre la cuestión de las leyes”, por ejemplo). Pero aún en esos casos (e incluso en otros, como “En la colonia penitenciaria”, o en “El proceso”), la expresión más recurrida es “ley”, o similares. En otras palabras, cuando Kafka usa expresiones jurídicas, se enfoca, más que en el Derecho, en el efecto de “la ley”, o mejor -como anota Gandolfo -, en “el ser-ante-la-ley”, vale decir, en la situación existencial del hombre ante toda norma heterónoma, cualquiera que sea su contenido.

En Kafka la alusión a lo jurídico se presenta como una expresión o emanación del poder -ese sí presente, como he dicho, en el trasfondo de su obra. Por eso Kafka no adopta posiciones sobre la justicia o injusticia de ciertas

situaciones, ni tampoco propone respuestas a cuestiones cruciales del derecho. Él es, ante todo, un literato y la literatura no tiene obligación de resolver nada. Cuando el praguense utiliza un argot judicial (“ley”, “tribunal”, “interpretación”, “legislación”, etc.), lo hace las más de las veces -creo-, como una estrategia lingüística en sus parábolas, pero sin ninguna intencionalidad rigurosamente jurídica.

#### **4. Y otro tema transversal: la máquina burocrática**

En las sociedades modernas, todos actuamos constantemente bajo la influencia de la burocracia, bien por ser o haber sido burócratas, o bien porque en nuestra vida cotidiana tenemos que tramitar multitud de asuntos por la vía burocrática -oficial o privada-, físicamente o -en la actualidad-, electrónicamente.

Por eso, la burocracia está presente en todos los ámbitos de los estados y sociedades modernos, e incluso en nuestra existencia cotidiana. Hay burocracia en todo el Estado: militar, policial, jurisdiccional, administrativa, notarial, registral, fiscal, etc., y, también en el sector privado industrial, de servicios, comercial, hospitalario, religioso, entidades sin ánimo de lucro, etc.

Maximilian (Max) Weber (1864-1920), contemporáneo de Kafka, historiador, jurista, economista, crítico del marxismo clásico y, sobre todo, reputado por muchos como el padre de la sociología moderna, es -como afirma Nisbet- “el sociólogo de la revolución de lo organizativo”. Weber estructuró una teoría sobre la burocracia, especialmente en sus obras “¿Qué es la burocracia?” y “Economía y sociedad” (aunque también hizo esbozos de ella en “La ética protestante y el espíritu del capitalismo”).

Weber afirma que la dominación (poder) sobre un colectivo humano requiere, casi siempre, de un cuadro administrativo con el cual se harán efectivas sus ordenaciones, generales y concretas.

Sostiene que esa dominación ha sido históricamente ejercida de tres maneras: tradicional (basada en la creencia en unas ordenaciones, aceptadas por generaciones, y en los derechos en cabeza de individuos señalados por esa tradición para ejercer autoridad); carismática (entrega extracotidiana a la

santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona -caudillo- y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas).

Y la tercera modalidad de dominación, dice Weber, es la legal-racional, que consiste en la creencia en la validez de las ordenaciones y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad. En este caso se acatan los mandatos emitidos “sin odio ni pasión”, o sea, “sin acepción de personas”, con aplicación igualitaria para todos aquellos que se encuentren en la misma situación de hecho, y ciñéndose *“al expediente”*. Los burócratas están inmersos en un sistema jerárquico y competencial riguroso y ejercen el cargo *“como su única y principal profesión”*.

La forma de dominación legal-racional -dice Weber-, es la manifestación más poderosa de la racionalización característica del estado moderno (y particularmente de la democracia y el capitalismo), que es, a su vez, consecuencia de un *“desencantamiento del mundo”* -refiriéndose a la secularización y racionalización propias de la sociedad moderna, que contrastan con la concepción mística de las sociedades más antiguas. El tipo más puro y racional de dominación legal -afirma el sociólogo alemán-, es el que se ejerce *“por medio de un cuadro administrativo burocrático”*. Habermas complementa a Weber al decir que el estado moderno “organiza la administración burocráticamente, esto es, en forma de una dominación de funcionarios especializados”.

El estado moderno -afirma Weber-, depende de una base burocrática técnica, que es superior a cualquier otra organización administrativa que haya existido antes, y su ampliación se debe a que ese estado abarca cada vez más una amplia variedad de actividades. La burocracia moderna es una organización racional de funcionarios, que opera con base en un Derecho estatuido (positivizado).

Pero, además, *“las grandes empresas capitalistas modernas constituyen, en general, por su organización interna, modelos inigualados de organización burocrática rigurosa”*, pues en el sistema capitalista se exige calculabilidad de los resultados y eso lo puede garantizar su burocracia.

Weber plantea que la burocracia es una estructura jerárquica del trabajo en la que la especialización de sus funcionarios proporciona eficacia y uniformidad en la organización. Este aspecto burocrático de la modernidad se ha evidenciado por doquier, tanto en Auschwitz como en MacDonal'd's, señala David Lyon.

El planteamiento de Weber en "Economía y sociedad" es, en esencia, un modelo "puro", ascético, de la racionalidad burocrática, por lo que se le considera su principal teórico. Pero, paralelamente, Weber también hizo una crítica recia y penetrante a la realidad burocrática (que se distancia en la práctica de ese modelo teórico), y que le lleva a comparar la burocracia con un aparato mecánico, preciso y sin alma -una máquina-, y por lo mismo irrefrenable.

Así, en su obra "Escritos políticos", Weber muestra una burocracia que no necesariamente se comporta dentro de los marcos "puros" que él explica en "Economía y sociedad". Señala, por ejemplo, que *"[e]n un estado moderno, el poder real [se manifiesta] en la actuación administrativa cotidiana [y] reside necesaria e inevitablemente en las manos del funcionariado"*. Ello se debe, en buena parte, *"a la especialización y la instrucción de índole racional y técnica"*, en comparación con el empirismo y simplicidad que caracterizaban los cuerpos administrativos en las sociedades premodernas. Agrega que al *"saber especializado"* del burócrata, se añade -para aumentar su poder-, el *"saber de oficio"*, referente a los *"datos concretos determinantes de su actuación, que solo el funcionario puede poseer en virtud de los medios que pone a su disposición el aparato oficial (...), que le permiten controlar eficazmente en cada caso concreto a la administración"*. Tal *"saber de oficio"* muchas veces es un *"saber secreto"*, que *"no es otra cosa que un medio para asegurar a la administración contra todo control"*. La organización burocrática -continúa-, es *"una máquina viviente"* que *"en unión con la máquina muerta [se refiere a las máquinas industriales], se ha puesto a la obra de tejer el armazón de ese tipo de servidumbre del futuro en que un día quizás se verán obligados a entrar impotentes los hombres"*. *"La burocracia se convierte fácilmente (...) en una casta de "trepacargos" y esbirros serviles frente a los que está el pueblo en calidad de objeto de sus desagradables, y en buena parte, superfluas artes"*.



Robert Michels, contemporáneo de Kafka y de los hermanos Weber (y alumno de Max), en el contexto de las burocracias prusiana (y, por ende, austrohúngara) de su época, afirmará que la organización burocrática “se transforma en un fin, en lugar de un medio”. “La burocracia (...) cada vez es menos compatible con el bienestar general” y “es el enemigo jurado de la libertad individual”. También dirá que en algunas organizaciones opera “la ley de hierro de la oligarquía”: “organización implica tendencia a la oligarquía”; mientras más grandes sean las organizaciones más se burocratizan y el poder de los líderes aumenta en proporción directa al tamaño de la organización, es decir, devienen liderazgos más fuertes y menos democráticos, lo que lleva a que la organización burocrática adquiera un “espíritu aristocrático”. Michels predicaba esto de manera general, pero particularmente pensando en los partidos socialistas que empezaban a consolidarse a principios del siglo XX, lo que resultó una predicción acertada, años después, tanto para esos partidos, como para los fascistas.

No hay evidencia de que Kafka haya leído a Max Weber o a Robert Michels, pero pareciera que el praguense pusiera en escena una burocracia muy parecida a la de los alemanes, no tanto en la concepción pura y aséptica descrita por el primero, sino más bien en sus aspectos patológicos que Weber y Michels muestran en sus “Escritos políticos” y en “Los partidos políticos”, respectivamente.

La influencia en Kafka del fenómeno de la burocracia -ella si constatada-, se dio más clara y directamente por un artículo de Alfred Weber, hermano menor de Max, titulado “El funcionario” (*Der beamte*), publicado en 1910<sup>4</sup>.

En el mencionado artículo, Alfred Weber realiza una crítica sociológica al funcionamiento real de la burocracia, muy coincidente con la de su hermano Max y con la de Michels. Alfred se refería a la burocracia alemana y austrohúngara, de la que Kafka, como empleado del Instituto de Seguros de Accidentes de Trabajo del Reino de Bohemia, hacía parte. La burocracia austrohúngara, como bien describe González García, exhibía algunas características de una burocracia moderna, racional, pero simultáneamente conservaba en gran

---

<sup>4</sup> Dicho sea de paso, Alfred Weber, fue profesor de Kafka en la Universidad alemana de Praga, y en junio de 1906 fue encargado de presentar ante el rector a los nuevos graduandos en derecho, entre ellos a nuestro escritor.



medida las de una prebendaria y dogmática, propia de un régimen como el del Imperio austrohúngaro, autoritario, conservadurista y militarista.

Max Weber -y su hermano Alfred le sigue muy de cerca-, compara esa burocracia con una “máquina”, cuya eficacia deriva, entre otras, de su estructura jerárquica y de la obediencia no necesariamente ciega, pero sí reflexiva, que el funcionario debe a sus superiores -el funcionario solamente obedece a la ley<sup>5</sup>-, y además del talante “objetivo” con que procede en los asuntos que son materia de sus actuaciones frente a los ciudadanos. Los burócratas son como “engranajes” de esa máquina y sus almas son captadas por esta. Alfred Weber afirma que ese monstruoso aparato invade ámbitos de la existencia humana y los encasilla en divisiones o departamentos.

Muchos de esos rasgos “patológicos”, reales, de la burocracia, descritos por los hermanos Weber y por Michels, están presentes en los relatos de Kafka, y de manera patética en “El proceso”. Refiriéndose a esta obra, Hanna Arendt en “Ensayos de comprensión: 1930-1954”, dice que ella:

(...) implica una crítica del régimen burocrático de la Austria Hungría anterior a la guerra, en la que una jerarquía funcional homogénea dominaba sobre las numerosas nacionalidades en conflicto. Kafka (...) sabía que un hombre cogido en la maquinaria burocrática está ya condenado; y que ningún hombre puede esperar justicia de procedimientos judiciales en que la interpretación de la ley se marida con la administración de la ilegalidad, y en que la ociosidad crónica de los intérpretes de la ley es compensada por una máquina burocrática cuyo automatismo insensible goza del privilegio de la decisión última.

---

<sup>5</sup> La “obediencia debida” de naturaleza *reflexiva* (no “ciega”), consiste en que el subordinado puede suspender la ejecución de la orden impartida por el superior, aduciendo la inconveniencia o ilicitud de esta; pero si el superior insiste en su orden, el inferior deberá cumplirla. Esta forma de “obediencia debida” es la que describe Max Weber como que es (o debería ser) propia de los burócratas. Una forma de obediencia que rechazan, años antes, Federico II de Prusia (“razonad cuanto queráis, pero obedeced”) y años después los esbirros de nacionalsocialismo, quienes adujeron que, como oficiales del Tercer Reich, estaban obligados a obedecer las leyes de éste (por ejemplo, Adolf Eichmann, teniente coronel de las SS y responsable del transporte de los deportados a los campos de concentración de Auschwitz y Dachau, se declaró kantiano y alegó en su juicio que, por imperativo categórico, estaba obligado a obedecer las leyes del estado). En la época actual, la “obediencia debida” a cargo de los funcionarios, y en general de los subordinados, tiene carácter *relativo* en muchas legislaciones, ya que el subordinado está obligado a cumplir solamente las órdenes impartidas por su superior jerárquico, pero siempre y cuando ellas tengan carácter lícito (o sea, cuando no vulneren disposiciones constitucionales y legales).

Otras obras en las que Kafka evidencia la burocracia y su absurdidad, son “Poseidón” (el administrador del océano, que no puede navegar en él, porque sus tareas administrativas se lo impiden), “El castillo” (un técnico -agrimensor-, que pretende ingresar al funcionariado, pero enfrenta un sistema burocrático tradicional que le niega un vínculo laboral estable), “Ante la ley” (los guardianes, especialmente el de la puerta de la ley...), “La metamorfosis” (el empleado Samsa y sus supervisores...), etc. Pero quizás sea en “En la colonia penitenciaria” la parábola donde Kafka muestra más crudamente aquella burocracia como mecanismo.

En efecto, en “En la colonia penitenciaria”, con evidente inspiración en la concepción weberiana y más concretamente en la descripción de la burocracia que Alfred Weber hace en su ensayo “El funcionario”, Kafka construye una metáfora onírica, surrealista y horripilante del aparato burocrático, representado en una máquina infernal que él describe meticulosamente. Se trata de un artilugio que funciona, autónoma e ininterrumpidamente durante doce horas, una vez se enciende. Es un aparato de tortura al cual se someten los acusados de violar sus deberes, por más absurdos que ellos sean. Cuando la culpa es comprobada, la condena que se les imparte no es conocida por el acusado, ya que “sería inútil anunciársela” y además “la sabrá en carne propia”. Efectivamente, durante esas doce horas, la máquina escribe sobre la piel del inmovilizado sujeto la disposición que él ha violado, en un suplicio lento que termina cuando la máquina ha concluido su inscripción, momento que se ha programado previamente en ella para que coincida con la muerte del condenado.

La máquina burocrática (pública o privada), más allá de la obediencia que impone a quienes subordina, a menudo captura su ser, su alma, absorbe su existencia y aliena<sup>6</sup>. Invade ámbitos de la existencia humana, que otrora pudieron ser libres, y los encasilla. Pero sus efectos a menudo también se extienden en general a los ciudadanos, quienes somos sujetos de sus exigencias, a veces caprichosas, absurdas y arbitrarias. Es una máquina que puede encadenar, amordazar e impregnar el espíritu del burócrata con improntas

---

<sup>6</sup> Como el caso Eichmann, al que me referí anteriormente.

indelebles, como lo hace sobre el cuerpo del condenado el aparato monstruoso y cruel de “En la colonia penitenciaria”.

Pero esa alienación no la metaforiza Kafka solamente en esta obra. También lo hace en la que Canetti ha calificado como “una de las pocas obras maestras y perfectas de este siglo”: “La metamorfosis”. De ella hablaré ahora.

### **5. La subordinación y la alienación por el trabajo: “La metamorfosis”**

Kafka tuvo una estrecha relación con el mundo del trabajo, por varias circunstancias. De un lado, porque él mismo fue un empleado y de otro lado, por su constante relación tanto con los empleadores como con los trabajadores industriales (al haber sido funcionario experto en accidentes de trabajo), y también por haber sido empleador (socio de una empresa industrial).

Como empleado, Kafka laboró para dos empresas -en ambas como abogado y en el ramo de los seguros. En efecto, a poco de graduarse en la profesión jurídica, se vinculó con *Assicurazioni Generali*, una empresa de seguros italiana, de la cual se retiró, tras un corto lapso, porque los horarios le impedían disponer de tiempo suficiente para escribir. Luego fue contratado por el Instituto de Seguros de Accidentes de Trabajo del Reino de Bohemia, en Praga, a cuyo servicio laboró durante catorce años, hasta ser pensionado por la invalidez producida por la tuberculosis que padecía.

A pesar de que no gustaba de su trabajo (“alimenticio”) como empleado, y contrario a lo que podría pensarse, Kafka no fue un funcionario mediocre. Fue destacado y eficiente, como lo demuestra su carrera ascendente en el Instituto de Seguros de Accidentes de Trabajo, que comenzó como auxiliar en 1910 y culminó como subdirector del Departamento de Gestión y apoderado del Instituto al momento de su retiro, en 1922. Su cargo exigía muy buenos conocimientos técnicos en materia de definición de los riesgos y cálculo de las primas (cotizaciones) a cargo de los empleadores. Pero también requería de altas competencias jurídicas especializadas, dado que en muchas ocasiones los empresarios controvertían, por vía administrativa o judicial, los dictámenes del Instituto (muchos elaborados por él mismo), lo que implicaba para Kafka, como

abogado, defender ante el Ministerio del Interior en Viena, o ante los jueces, la posición jurídica del Instituto. Por todo ello, Kafka puede ser considerado uno de los primeros técnicos que existieron en todo el mundo en materia de prevención e investigación de accidentes de trabajo<sup>7</sup>. Fueron sus reiterados éxitos en esas gestiones los que le merecieron el aprecio de sus jefes.

Pero su contacto con el mundo del trabajo no terminaba ahí, pues también fue -aunque forzada y fugazmente-, un empresario. En efecto, por la indudable presión de su padre -quien había aportado la mayoría del capital y quería que su hijo ejerciera vigilancia sobre el negocio-, Kafka fue socio mayoritario en una fábrica de asbesto (amianto), fundada en Praga en 1911 por su cuñado Karl Hermann. Al ser socio, Kafka debía concurrir a la fábrica semanalmente para supervisar la marcha de la factoría y revisar los libros contables, tareas que no lo motivaban en lo más mínimo y que cumplía con cierta desidia. Ese quehacer constituía para él una verdadera pesadilla (*"¿cómo me tortura la fábrica!"*, escribió en su diario), y una constante fuente de discordias familiares. Aún así, las visitas a la fábrica permitieron a Kafka experimentar el papel de jefe y ejercer, ocasionalmente, subordinación sobre unas veinte mujeres trabajadoras.

Todo lo anterior le permitió vivir de cerca lo que significaba ser trabajador subordinado y también el ejercicio de la subordinación sobre trabajadores.

La subordinación siempre fue característica de las relaciones personales de dependencia. En Europa continental, desde fines del siglo XIX y hasta principios del siglo XX (cuando transcurre la narrativa de Kafka), esa

---

<sup>7</sup> El Instituto de accidentes de trabajo de Bohemia, en el que Kafka fue funcionario, fue uno de los primeros institutos de su género en el mundo. En efecto, Austria (siendo Bohemia su región más industrializada), promulgó, entre 1885 y 1887, y prácticamente copiando hasta en sus mínimos detalles técnicos la legislación alemana, leyes de protección social para los trabajadores, que establecieron seguros obligatorios en las factorías. Así, la ley austríaca de accidentes laborales recibe la sanción del emperador de Austria-Hungría en diciembre de 1887 y entra en vigor en 1889. Ha de recordarse que el pionero de la seguridad social fue el Imperio Alemán, pues su Reichstag, a instancias del Kaiser y del Canciller von Bismark, promulgó en julio de 1884 una ley sobre seguro obligatorio de accidentes, que reconocía a la víctima de un accidente laboral un tratamiento médico y la concesión de una pensión (también se emitieron leyes sobre seguro de enfermedades, en 1883 y otra de pensiones de vejez e invalidez, en 1889). Tanto el sistema alemán como el sistema austriaco de accidentes de trabajo eran sistemas de reparto, en los que, en general, el empleador pagaba la totalidad de las cotizaciones. Estos sistemas de seguridad social contra accidentes laborales se anticiparon más de treinta años a la legislación internacional sobre la materia, emitida por la OIT (fundada en 1919), en particular el convenio 12 sobre indemnización por accidentes de trabajo en la agricultura (1921) y el convenio 17 sobre indemnización por accidentes de trabajo (1925).

subordinación, que en el marco del más ortodoxo liberalismo emanaba de considerar el trabajo como “mercancía”, tenía como criterio esencial la dependencia y el control del patrono sobre la labor a cargo del trabajador, así como sobre cómo y dónde éste debía hacerla.

Después de un período prolongado, en el que la subordinación de la relación de trabajo no estaba encuadrada en una figura jurídica propia (en los países del *civil law*, por ejemplo, dominaba la *locatio conductio operis fasciendi*, como subgénero del contrato de arrendamiento), surge el “contrato de trabajo” como una categoría jurídica autónoma y distinta a otros tipos de contrato, como el de obra, el independiente de servicios, o el de mandato. Pero esa subordinación encuadrada en el contrato de trabajo típico de fines del siglo XIX y principios del XX, más que propiciar la igualdad de las partes, propiciaba la persistencia de su desigualdad. Aquellos eran apenas los comienzos del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica distinta y autónoma al derecho civil. Pero la autonomía de la voluntad era limitada y los empleadores imponían unilateralmente las condiciones de trabajo, muchas veces de forma arbitraria. Para ese entonces, aún faltaban los otros dos elementos que, junto al contrato de trabajo, forman el trípode de lo que constituirá, años más tarde, el Derecho laboral: la legislación especializada (estatuto) y la autotutela colectiva, elementos estos que se desarrollarían años después. Esos dos elementos acotarían paulatinamente ese concepto original de subordinación, para hacerlo funcional a la idea de igualdad de las partes y lograr que la subordinación del trabajador al empleador pasara de ser un poder de hecho a transformarse en un poder jurídico regulado.

Y, precisamente, la generalizada ausencia a principios del siglo XX de los últimos dos elementos mencionados hacía que la subordinación a la que estaba obligado el trabajador con respecto al empleador, tuviese un abarcamiento muy amplio, comparado con la subordinación en el mundo contemporáneo de los estados democráticos, en los que la subordinación y el deber de obediencia están limitados por los derechos fundamentales de la persona, tanto en calidad de trabajador, como de ciudadano.

En “La metamorfosis”, Gregor Samsa es un trabajador subordinado en un almacén de paños a principios del siglo XX, presumiblemente en Praga. La subordinación a la que él está sujeto, a pesar de enmarcarse en un “contrato de trabajo”, es rayana con el servilismo, por lo que se acaba de explicar. Las angustias asociadas a esa subordinación aparecen en Gregor una mañana temprano, al despertar y ver convertido su cuerpo en el de un insecto gigante: la premura por cumplir el horario, la preocupación por encontrar una excusa ante el jefe para justificar su demora en llegar a su trabajo, la presunción de que el mozo del almacén -que siempre tomaba el mismo tren de Gregor-, ya debía haberse dado cuenta de que no había llegado a tiempo a la estación y lo habría acusado ante el patrono; la llegada del gerente del almacén en persona a casa de Gregor, para averiguar por qué no había tomado el primer tren de la mañana y no se había reportado a tiempo en su trabajo; el temor a ser despedido por esa falta, etc., etc.

Pero también Gregor Samsa es un alienado por su trabajo.

La frase con la que Kafka da apertura a “La metamorfosis” se ha hecho archifamosa en la literatura universal: *“Una mañana, tras un sueño intranquilo, Gregor Samsa se despertó convertido en un monstruoso insecto”*.

¡Un ser humano que se convierte en un enorme artrópodo! Una imagen impactante y perturbadora, que es un dechado de los simbolismos a los que Kafka es tan asiduo. Una imagen que resume magistralmente la tragedia que vivirá Gregor Samsa en los siguientes días, en la casa que habita con sus padres y hermana.

“La metamorfosis” es el título asignado por la mayoría de las ediciones de esta obra de Kafka -y por el que es más conocida-, pese a que técnicamente “metamorfosis” no es la palabra más acertada para describir lo que le sucedió a su protagonista: no se metamorfosea quien encuentra que su cuerpo ha mudado en otro cuerpo, que no corresponde al de su especie. Una metamorfosis consiste en un proceso en el que un ser, tras surtir varias etapas, termina adquiriendo una morfología distinta a la inicial, morfología que corresponde a su estado maduro, final, propio de su especie. Por eso, lo que le ocurrió a Samsa fue más bien una transformación corporal (no una metamorfosis), al transmutarse su cuerpo, en

un solo paso, de uno humano a uno de artrópodo. Fue también una especie de metempsicosis, pues pese a que cuando su cuerpo mudó de uno humano a uno de insecto, conservó su espíritu y su intelecto humanos.

De ahí que el título original de la obra (el de su primera edición de 1915 y que fue determinado por el propio Kafka), fue *“Die Verwandlung”*, (“La transformación”), y no *“Die Metamorphose”* (“La metamorfosis”). Este último le fue adjudicado en posteriores ediciones –y sin duda es el más popular-, aunque, en el transcurso de más de un siglo desde su inicial publicación y dependiendo del editor, el título tradicional “La metamorfosis”, se alterna con “La transformación”<sup>8</sup>.

¿Qué simboliza la transformación de Gregor Samsa en insecto?

Como ya se dijo, Gregor Samsa es un “viajante de comercio”, es decir, un vendedor-viajero, quien vive con su hermana y sus padres. Trabajador frustrado (“qué cansada es la profesión que he elegido”, dice unos instantes después de despertar, echado en su cama sobre su nueva caparazón de coleóptero), hace su trabajo por la necesidad de responder por una deuda familiar, mas no porque con su labor se sienta realizado y motivado. Rainer Stach resume atinadamente lo que es la vida de Samsa: *“una existencia amordazada, restringida por todas partes: un hombre sin rostro del ejército de empleados (...) sumiso ante sus superiores y sus padres, sin éxito profesional y sin perspectivas (...)”*.

La alienación consiste en la limitación o condicionamiento de la personalidad, impuesta al individuo o a la colectividad por factores externos sociales, económicos o culturales<sup>9</sup>. Es decir, la alienación es pérdida de la libertad, a la que se llega no necesariamente por efecto de coerciones físicas, sino mediante estrategias conductistas usualmente procedentes de un poder dominante, no siempre visible. Para Robert Nisbet, esa alienación lleva al hombre moderno a estar *“desarraigado, solo, carente de un status firme,*

---

<sup>8</sup> Borges, uno de los más importantes traductores de Kafka, dijo: *“Yo traduje el libro de cuentos cuyo primer título es “La transformación”, y nunca supe por qué a todos les dio por ponerle “La metamorfosis”. Es un disparate, yo no sé a quién se le ocurrió traducir así esa palabra del más sencillo alemán. Cuando trabajé con la obra el editor insistió en dejarla así porque ya se había hecho famosa y se la vinculaba a Kafka”*, Jordi Llovet (1992), “Introducción”, en Franz Kafka, *La metamorfosis y otros relatos*, Barcelona, p. ix. (citado por Baldovinos, 1997:287).

<sup>9</sup> RAE. “Alienación”, Diccionario de la lengua española. Edición del tricentenario. <https://dle.rae.es>.



*desgajado de la comunidad o de cualquier sistema de claros propósitos morales*". En lugar de disfrutar la liberación que la historia le ha brindado, la persona en la modernidad *"la padece"* y ella *"se torna incapaz de establecer las resistencias necesarias para vivir con el mundo y consigo mismo"*.

Seeman encuentra que la alienación puede tener cinco significados: impotencia (alienación en sentido marxista, que se describirá brevemente enseguida), insignificancia (el individuo no entiende el significado de sí mismo, ni del mundo a su alrededor; la especialización de los roles sociales limita la perspicacia), anomia (en el sentido de ausencia de normas -según Durkheim-, o imposibilidad de cumplir con exigencias sociales), aislamiento (desapego a los estándares de la cultura) y autoenajenación (extrañamiento del individuo consigo mismo).

El trabajo en la modernidad puede *alienar* al trabajador. La persona puede ser enajenada por su trabajo, al punto de tornarse en un ser ajeno a sí mismo (la palabra latina *"aliénus"* significa ajeno, que pertenece a otro; o es de otro<sup>10</sup>). O sea, el trabajo puede acarrear la pérdida de identidad del sujeto. El lector quizás pueda recordar al menos un caso (que no es infrecuente), de alguien que ha sido absorbido a tal grado por su trabajo, que el resto de las dimensiones de su vida y de su personalidad se han desdibujado y perdido significación. Ese será, seguramente, un caso de alienación por el trabajo.

Tal alienación en los escenarios laborales puede ser propiciada por la subordinación, al punto que podría decirse que esta última induce muchas veces la primera.

Hegel fue quien primero elaboró el concepto filosófico -genérico-, de alienación, en su "Fenomenología del espíritu". A su turno, Karl Marx (fallecido el mismo año en que nació Kafka), toma el concepto hegeliano de alienación y, con perspectiva crítica, afirma que el trabajo (y la propiedad privada) es, por excelencia, la fuente de la alienación en las sociedades capitalistas. En su obra de juventud "Manuscritos económicos y filosóficos de 1844" (escrita a sus 26 años, y que curiosamente permaneció inédita hasta los años 30 del siglo pasado,

---

<sup>10</sup> VOX. "Aliénus". Diccionario Latín, 2001. [Diccionario Latín Español \( Vox \) : Vox : Free Download, Borrow, and Streaming : Internet Archive.](#)



pero que es fundamental para entender el pensamiento marxista), Marx expone sus ideas sobre la alienación en la sociedad burguesa, entre ellas la de que la enajenación del trabajador en su producto *“no significa solo que su trabajo deviene objeto y adquiere existencia exterior, sino, además, que su trabajo existe fuera de él, independientemente de él, como algo que le es ajeno, y que este trabajo deviene una fuerza independiente que le es opuesta”*. Además -dice-, el ser genérico del hombre -tanto su naturaleza como su capacidad espiritual-, es convertido por el trabajo alienado en una mercancía. La propiedad privada es, así, según Marx, el resultado necesario del trabajo enajenado, de la relación externa del trabajador con la naturaleza y consigo mismo.

Más adelante Marx consolidará su concepto de alienación dentro de su teoría, como por ejemplo en el volumen primero, capítulo primero, acápite IV de “El capital”, titulado “El carácter fetichista de la mercancía y su secreto”. Para Marx, el trabajo en la sociedad burguesa no puede ser verdaderamente realizador o creador, pues para ello se requiere que el hombre pueda expresar sus facultades mediante el trabajo y que este no sea solamente instrumental, vale decir, un simple medio de supervivencia. De lo contrario, el trabajo será una actividad alienada y esa alienación significa la pérdida de la libertad en el ser humano trabajador.

Por la época de Kafka, otros autores, luego de Marx, también estudiaron la alienación, aunque con perspectivas diferentes a la de este, como por ejemplo Lukács, Fromm, Durkheim o Simmel. Y sobre todo después de los años cincuenta del siglo XX, la alienación, con diversos enfoques, se convierte en un tema recurrente de estudio por muchos otros autores, como Marcuse, Orwell o Habermas.

Es de particular interés la teoría de Herbert Marcuse, quien sostendrá que la alienación, sobre todo en las sociedades industriales avanzadas, no es solo, como postuló Marx, característica del trabajador con relación a las mercancías que produce, sino que es también un fenómeno que se extiende a todas las personas integrantes de esas sociedades, quienes han terminado reconociéndose en esas mercancías que consumen. La alienación, así, se ha vuelto enteramente objetiva; *“el sujeto alienado es devorado por su existencia*

*alienada*”; *“la libertad se puede convertir en un poderoso instrumento de dominación”*; la libre escogencias de mercancías (bienes y servicios), no significa libertad, si ellas sostienen controles sociales, vale decir, sostienen la alienación. Hoy, la producción y consumo masivos reclaman al individuo en su totalidad y el resultado de ello no es la adaptación o introyección, sino la mimesis, o sea la identificación del individuo con su sociedad.

Es decir, hoy todos son consumidores alienados en toda clase de mercancías (materiales, culturales, informativas, redes sociales, etc.), en un sistema de dominación y manipulación como nunca se ha visto, y sin la fantasía de “regiones no alienadas”, como afirma Lyotard. Descripciones y alusiones muy elocuentes de la alienación generalizada en esta época postindustrial y posmoderna, se encuentran en Lyotard, Vattimo, Baudrillard, Giddens, Irigaray, Bell y otros.

En “La metamorfosis” de Kafka, Gregor Samsa -su protagonista-, ha perdido su libertad, pues su ser está alienado en su trabajo. Un trabajo tedioso y hostil que le ha subsumido; un trabajo meramente utilitario que ejerce por la necesidad de pagar deudas familiares; un trabajo que le ha hecho perder su humanidad y el sentido de vivir.

Algunos creen que el insecto en que Samsa se transforma representa su alienación, es decir, su “ya-no-ser-él”. En mi opinión, Gregor ya está alienado y el insecto en que se transforma no simboliza su enajenación, sino la forma que él inconscientemente elige para escapar de ella. Los insectos tienen una vida corta -mucho más corta que la de los seres humanos- y, al adoptar la forma de uno de ellos (ese es el símbolo), ese “viajante de comercio” busca acortar la malograda, frustrante y alienada vida que ha llevado en su profesión y, de paso, escapar también de su familia, para la que él se ha convertido en mero proveedor.

Yo encuentro una similitud simbólica entre Gregor Samsa y los personajes de dos obras sobresalientes en la literatura moderna, que tienen a la alienación como telón de fondo: “Bertleby, el escribiente”, de Herman Melville y Mersault, el protagonista de “El extranjero”, de Albert Camus. El primero, está enclaustrado entre los muros de una oficina en Wall Street, de la que nunca sale, indiferente

ante todo, unidimensionalizado como empleado amanuense, para quien la muerte física por inanición es la única salida que él encuentra a su vida insignificante. A su turno, Mersault, como Samsa, también se siente un extraño en la sociedad en que vive (de hecho, la traducción rigurosa de “L'étranger” -su título original-, significa “el extraño”). Para uno y otro, mucho de lo socialmente correcto -pero que les aliena-, no tiene sentido, por lo cual también buscan una salida de este mundo. Para Mersault esa salida se materializa en adoptar una actitud cínica que le lleva a no resistirse dentro de un proceso judicial que le llevará a una segura condena a muerte, y, para Samsa, en transformarse en un insecto, lo que, en última instancia, conduce al mismo destino de Mersault.

Ser un insecto significa la futilidad, la nimiedad, una existencia insignificante. Pero también una vida cortísima, que garantiza salir rápidamente de la trampa de la desesperación, a la que lleva un mundo absurdo. Al final, los padres y hermana de Gregor aceptan que en su nuevo estado este ya no cumple ningún papel útil para la familia, por lo que no quieren seguir viviendo con “ese bicho”. Fue su hermana Grete -quien para Gregor siempre había sido aliada-, la que primero propuso la fatídica solución final: “hay que deshacerse de él” -dijo a sus padres-, pues haber creído que ese artrópodo era Gregor, había sido “*la causa de nuestra desgracia*”. Horas después Gregor expiró. La asistente doméstica de la familia arrojó a la basura el cadáver del bicho.

\*\*\*\*\*

Milena Jesenská, quien tradujo al checo los primeros escritos de Kafka y que, además, fuera una amiga con quién éste sostuvo una intensa relación epistolar en sus últimos años (algunos dicen que el escritor profesó por ella su postrer amor), escribió la nota necrológica publicado a los dos días de la muerte del escritor. En ella dijo:

Anteayer murió en el sanatorio de Kierling en Klosterneuburg, a las afuera de Viena, el doctor Franz Kafka, escritor alemán que vivía en Praga. Pocos aquí le conocían, porque era un ermitaño, un sabio que temía la vida.

(...)

Era tímido, angustiado, sereno y bueno, pero escribió libros terribles y dolorosos. Veía el mundo poblado de demonios invisibles que aniquilaban a las personas indefensas. Era demasiado clarividente, demasiado sabio para vivir, y demasiado débil para luchar, pero su debilidad era la de las almas nobles y bellas que evitan luchar contra el miedo, los malentendidos, el desamor y la mentira intelectual porque saben de antemano que son impotentes y se someten a la derrota para avergonzar a los vencedores.

(...)

Conocía a la gente como sólo pueden hacerlo las personas de una inmensa sensibilidad, los solitarios capaces de reconocer a la humanidad entera en un solo destello de la mirada. Conocía el mundo de una manera extraordinariamente profunda, y él mismo era un mundo extraordinariamente profundo.

(...)

[sus libros] [e]stán llenos de la implacable ironía y el delicado asombro de un hombre que había visto el mundo con tanta claridad que no era capaz de soportarlo y tuvo que morir

(...)

Todas sus obras describen el horror de los misteriosos malentendidos y de la culpa inmerecida que atormenta a los seres humanos. Fue un hombre y un artista dotado de una conciencia tan escrupulosa que seguía alerta incluso cuando los demás, sordos, ya se sentían seguros.

Breve fue el paso de Kafka por este mundo. Pero en sus cuatro décadas de existencia dejó una de las más formidables creaciones de la historia de la literatura moderna.

Por eso, los primeros versos de un poema de Fernando Pessoa - contemporáneo suyo-, podrían haber sido esculpidos en el obelisco que marca la tumba de Kafka en el Nuevo Cementerio Judío de Praga:

*Antiguos navegantes tenían una frase gloriosa:*

*"Navegar es necesario; vivir no es necesario".*

*Quiero para mí el espíritu de esta frase,*

*adaptada su forma a lo que soy:*

*Vivir no es necesario; lo necesario es crear.*

## Bibliografía

- ARENDDT, H. (1998). *Los orígenes del totalitarismo*. Ed. Taurus. Madrid.
- ARENDDT, H. (2005). “Franz Kafka: una reevaluación. En ocasión del vigésimo aniversario de su muerte”, en *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Caparrós editores, Madrid.
- BENJAMIN, W. (2014) *Sobre Kafka. textos, discusiones y apuntes*. Eterna Cadencia Editora, Buenos Aires.
- BRETON, A. (2001) *Manifiestos del surrealismo*. Editorial Argonauta, Buenos Aires.
- BROD, M. (1951). *Kafka*. Alianza Editorial y Emecé editores, Buenos Aires.
- CALVINO, Í. (1993) *¿Por qué leer los clásicos?* Ed. Tusquets, Barcelona.
- CAMUS, A. (1953). *El mito de Sísifo*. Ed. Losada, Buenos Aires.
- CANETTI, E. (1976). *El otro proceso de Kafka. Sobre las cartas a Felice*. Muchnik Editores, Barcelona.
- GANDOLFO, P. (1985). “Sobre el derecho en Kafka”, en *Anuario de filosofía jurídica y social*. Sociedad Chilena de filosofía jurídica y social.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (1989). *La máquina burocrática (afinidades electivas entre Max Weber y Kafka)*. Ed. La balsa de la medusa – Visor, Madrid.
- HABERMAS, J. (2003). *Teoría de la acción comunicativa*, T. I. Taurus, Madrid.
- ISRAEL, J. (1977). *Teoría de la alienación. Desde Marx hasta la sociología contemporánea*. Ed. Península, Barcelona.
- HEGEL, G. W. F. (2009). *Fenomenología del espíritu*. Fondo de cultura económica. Buenos Aires.
- HEPPLE, B. (comp.) (1994). *La formación del Derecho del trabajo en Europa*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España.
- KAFKA, F. (1970). *El proceso*. 10ª ed. Losada, Buenos Aires.
- KAFKA, F. (1983) “Sobre la cuestión de las leyes”. En *La muralla china*. Alianza, Madrid.
- KAFKA, F. (1987). *América; Relatos breves*. Ediciones Orbis: Hyspamérica. Barcelona.

- KAFKA, F. (1987) “En la colonia penitenciaria”, en *Obras completas*. Edicomunicaciones, Barcelona.
- KAFKA, F. (1995). *Carta al padre*. Ed. Fontana – Edicomunicación, Barcelona.
- KAFKA, F. (1995) *La metamorfosis y otros relatos*. RBA Editores, Barcelona.
- KAFKA, F. (1995) “Ante la ley”. En *La metamorfosis y otros relatos*. RBA Editores, Barcelona.
- KAFKA, F. (1998) *El castillo*. Ed. Cátedra, Madrid.
- KAFKA, F. (2018). *Cartas 1900-1914*. Galaxia Gutenberg Editorial, Barcelona .
- KUNDERA, M. (1998). *Los testamentos traicionados*. Tusquets Editores, Barcelona.
- LECHTE, J. (1996). *50 pensadores contemporáneos esenciales*. Cátedra, Madrid .
- LYON, D. (1996). *Posmodernidad*. Alianza Editorial, Madrid.
- LYOTARD, J. F. (1990). *Economía libidinal*. Fondo de Cultura Económica S.A. México-Buenos Aires.
- MARCUSE, H. (1993). *El hombre unidimensional*. Ed. Planeta. México.
- MARX, K. (s.f./1867). *El capital. Crítica de la economía política* (Vol. I.). México, DF. Ed. Fuente Cultural.
- MARX, K. (¿1989?). *Manuscritos políticos y filosóficos de 1844*. Editorial Progreso, Moscú.
- MELVILLE, H. (1980). *Bartleby, el escribiente*. Bruguera, Barcelona.
- MICHELS, R. (1969). *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Amorrortu, Buenos Aires.
- NISBET, R. (1969-2003). *La formación del pensamiento sociológico*. V. 1 y V. 2. Amorrortu, Buenos Aires.
- ONFRAY, M. (2009). *El sueño de Eichmann*. Ed. Gedisa, Barcelona.
- SEEMAN, M. (1959). “On the meaning of alienation”, en *American Sociological Review*, Dec. 1959, Vol. 24, No. 6, pp. 783-791.
- STACH, R. (2003). *Kafka. Los años de las decisiones*. Siglo Veintiuno Editores, Madrid.

STEINER, G. (2001). "Notas sobre El proceso de Kafka", en *Pasión intacta*, Siruela, Madrid.

WEBER, M. (1964). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura económica, Madrid.

WEBER, M. (1985) *¿Qué es la burocracia?* Ed. Leviatán, Buenos Aires.

WEBER, M. (1991) *Escritos políticos*. Alianza Editorial. Madrid.

### Recursos electrónicos

BALDOVINOS, R. (1997) *Lo kafkiano en clave histórica: para una lectura crítica de La metamorfosis*. Disponible en: [Lo kafkiano en clave histórica: para una lectura crítica de "La metamorfosis" | Realidad, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades \(uca.edu.sv\)](#).

CORNWALL, F. (2015). "The spirit of 1914 in Austria-Hungary". (before 1960: Prispjevki za novejšo zgodovino) LV - 2/2015 55(2), 7-21. Disponible en: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=442958>.

---

## PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN NICARAGUA Y CENTROAMÉRICA. UNA REVISIÓN COMPARATIVA

## MATERNITY PROTECTION IN NICARAGUA AND CENTRAL AMERICA. A COMPARATIVE REVIEW

Ingrid Yoamy LÓPEZ BLANDÓN

*Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Iberoamericana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "Guillermo Cabanellas" (AIDTSS) y de la Junta Directiva de la Asociación Centroamericana y del Caribe del derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ACCDTSS).  
Docente y Doctoranda, Universidad Americana (Nicaragua).*

[ingridb.alemanyasociadosnic@gmail.com](mailto:ingridb.alemanyasociadosnic@gmail.com)

Fecha de envío: 24/07/2024

Fecha de aceptación: 28/08/2024

---



## PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD EN NICARAGUA Y CENTROAMÉRICA. UNA REVISIÓN COMPARATIVA

Ingrid Yoamy LÓPEZ BLANDÓN

*Universidad Americana (Nicaragua)*

---

**Resumen:** Este artículo analiza y compara los marcos jurídicos que regulan la protección de la maternidad en cinco países centroamericanos: Nicaragua, Honduras, Guatemala, El Salvador y Costa Rica. A través de una revisión documental de legislación nacional e internacional, el estudio identifica fortalezas y debilidades en cada sistema legal, destacando cómo estos países implementan estándares mínimos de protección laboral, como los establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se abordan temas como la licencia de maternidad, la seguridad en el empleo, la protección contra la discriminación y la salud en el trabajo. El artículo concluye con recomendaciones para mejorar la protección de la maternidad en la región, enfatizando la importancia de la ratificación de convenios internacionales y la armonización legislativa con estándares globales de derechos humanos.

**Palabras clave:** Protección de la maternidad - Derecho laboral - Centroamérica - Discriminación - Normas internacionales

**Sumario:** 1. Introducción. 1.1. Contexto y justificación del tema. 1.2. Objetivos del artículo. 1.3. Metodología. 2. Protección de la maternidad: conceptos y normas internacionales. 2.1. Conceptos clave. 2.2. Normas Internacionales del Trabajo. 2.3. Tratados internacionales de derechos humanos. 3. Protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense. 3.1. Marco legal nacional. 3.1.1. Constitución Política de Nicaragua. 3.1.2. Código del Trabajo. 3.1.3. Ley de Seguridad Social. 3.2. Instituciones responsables. 3.3. Jurisprudencia y criterios administrativos relevante. 4. Protección de la

maternidad en los países de Centroamérica. Perspectivas comparadas. 4.1. Marco constitucional. 4.2. Derecho comparado centroamericano. 4.3. Prohibiciones legales relacionadas con la protección de la maternidad. 4.4. Protección contra el despido. 4.5. Licencia por maternidad. 4.6. Lactancia y acondicionamiento de locales. 4.7. Salario durante la licencia. 4.8. Constancia de embarazo y tiempo mínimo de servicio. 5. Conclusión.

**Abstract:** This article analyzes and compares the legal frameworks that regulate maternity protection in five Central American countries: Nicaragua, Honduras, Guatemala, El Salvador, and Costa Rica. Through a documentary review of national and international legislation, the study identifies strengths and weaknesses in each legal system, highlighting how these countries implement minimum labor protection standards, such as those established by the International Labour Organization (ILO). Topics addressed include maternity leave, job security, protection against discrimination, and workplace health. The article concludes with recommendations for improving maternity protection in the region, emphasizing the importance of ratifying international conventions and harmonizing legislation with global human rights standards.

**Keywords:** Maternity protection - Labor law - Central America - Discrimination - International standards

**Summary:** 1. Introduction. 1.1. Context and justification of the topic. 1.2. Objectives of the article. 1.3. Methodology. 2. Maternity protection: international concepts and standards. 2.1. Key concepts. 2.2. International Labor Standards. 2.3. International human rights treaties. 3. Maternity protection in the Nicaraguan legal system. 3.1. National legal framework. 3.1.1. Political Constitution of Nicaragua. 3.1.2. Labor Code. 3.1.3. Social Security Law. 3.2. Responsible institutions. 3.3. Relevant jurisprudence and administrative criteria. 4. Maternity protection in Central American countries. Comparative perspectives. 4.1. Constitutional framework. 4.2. Central American Comparative Law. 4.3. Legal prohibitions related to maternity protection. 4.4. Protection against dismissal. 4.5.

Maternity leave. 4.6. Breastfeeding and conditioning of premises. 4.7. Salary during leave. 4.8. Proof of pregnancy and minimum length of service. 5. Conclusion.

## 1. Introducción

### 1.1. Contexto y justificación del tema

En 2024, las mujeres representan aproximadamente 49.7% de la población mundial según las cifras más recientes del Banco Mundial. En el caso de Centroamérica, la proporción es un poco mayor, se estima que ronda el 50 y 51% de la población. Estos datos sustentan la idea de que la participación de las mujeres en el mercado laboral es fundamental para el desarrollo económico y social de la región y de cada uno de los países que la integran.

La maternidad es una fase esencial en la vida de muchas mujeres, que tiene un impacto en su bienestar y en el de sus familias, en particular, del niño por nacer. Cuando hablamos de maternidad desde el punto de vista del derecho, y en particular del derecho laboral, que es la disciplina que nos ocupa, nos referimos a “un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. Las mujeres, como trabajadoras, tienen derechos relacionados con la maternidad” (Osejo Pineda, 2020).

La protección legal de la maternidad en el ámbito laboral es, por tanto, una cuestión de justicia social y de derechos humanos que garantiza no solo la salud de las mujeres, sino también el desarrollo sano de los niños, incluso desde antes de su nacimiento y durante sus primeros años, y la estabilidad las familias. Las mujeres, las niñas y las familias gozan de protección constitucional, como se logra apreciar en constituciones como la nicaragüense.

En Centroamérica, los marcos legales que protegen la maternidad varían; sin embargo, todos los ordenamientos legales comparten la necesidad de respetar las normas internacionales estableciendo de esta manera estándares mínimos de protección como los que veremos a continuación. En este contexto, este artículo busca proporcionar un panorama de cómo cinco países de Centroamérica -Nicaragua, Honduras, Guatemala, El Salvador y Costa Rica- abordan la protección de la maternidad en sus ordenamientos jurídicos, identificando tanto las fortalezas como las áreas de mejora.

## 1.2. Objetivos del artículo

El objetivo general de este artículo es brindar un panorama legal y comparado sobre la protección de la maternidad en los ordenamientos jurídicos de Nicaragua, Honduras, Guatemala, El Salvador y Costa Rica. Por su parte, los objetivos específicos son:

1. Analizar las normas nacionales e internacionales que regulan la protección de la maternidad, en especial, la de los cinco países en estudio.
2. Comparar las legislaciones de los cinco países centroamericanos mencionados.
3. Identificar las fortalezas y debilidades en los marcos legales de cada país.
4. Proponer recomendaciones para mejorar la protección de la maternidad en la región conforme a estándares internacionales y de derechos humanos.

## 1.3. Metodología

Este trabajo se basa en una metodología cualitativa de carácter documental.

La investigación realiza a partir de una revisión de bibliografía especializada en el tema, incluyendo trabajos de autores y estudios teóricos. Asimismo, se han revisado normas internacionales del trabajo establecidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y tratados de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos que abordan la protección de la maternidad.

Además, se ha hecho un análisis de la legislación y las políticas vigentes en Nicaragua, Honduras, Guatemala, El Salvador y Costa Rica. Esta revisión incluye la Constitución de cada país, sus códigos de trabajo, leyes sobre seguridad social y protección de la maternidad, así como informes de implementación y estudios de caso relevantes.

Con esta metodología, el estudio pretende ofrecer una visión de la situación actual de la protección de la maternidad en el mundo laboral en

Centroamérica, proporcionando una base que permita formular recomendaciones y mejoras.

## **2. Protección de la maternidad: conceptos y normas internacionales**

### **2.1. Conceptos clave**

La protección de la maternidad en el ámbito laboral se refiere a un conjunto de derechos y medidas destinadas a salvaguardar la salud y el bienestar de las mujeres trabajadoras durante el embarazo, el parto y el periodo postnatal. Estas medidas son responsabilidad conjunta de empleadores y Estados. “Desde el punto de vista social, la mayoría de los países establecen leyes que protegen y amparan la maternidad” (Llanes Castillo et al, 2020, p. 52).

Estos derechos incluyen, pero no se limitan a, la licencia de maternidad, la seguridad en el empleo, la protección contra la discriminación y el acceso a servicios de salud materna.

1. Licencia de maternidad: La licencia de maternidad es un periodo de descanso remunerado que se concede a las trabajadoras semanas antes y después del parto. Este tiempo permite a las mujeres recuperarse físicamente del parto y atender las necesidades iniciales de sus hijos recién nacidos.

2. Protección en el empleo: La protección en el empleo implica garantizar que las mujeres no sean despedidas por motivos relacionados con el embarazo o la maternidad. Esto incluye la reinstalación en el mismo puesto o en uno equivalente al regresar de la licencia de maternidad.

3. Seguridad y salud en el trabajo: La seguridad y salud en el trabajo para las trabajadoras embarazadas y lactantes implica tomar medidas que eviten riesgos que puedan afectar la salud de la madre o la del feto. Esto incluye adaptaciones en el lugar de trabajo y, en algunos casos, la transferencia a tareas menos peligrosas como en el caso de Nicaragua. También abarca el derecho a la lactancia durante el post parto en lugares habilitados para eso.

4. No discriminación: La no discriminación asegura que las mujeres no sean tratadas de manera desfavorable debido a su estado de embarazo o por

haber tomado una licencia de maternidad. Este principio es fundamental para la igualdad de género en el lugar de trabajo.

## 2.2. Normas Internacionales del Trabajo

Las normas internacionales del trabajo constituyen un marco legal y normativo que orienta a los países miembros de la OIT en la protección de los derechos de maternidad. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha desarrollado varios convenios y recomendaciones que establecen estándares mínimos para la protección de la maternidad. Entre los cuales se encuentran los siguientes:

### 1. Convenio sobre la Protección de la Maternidad, 2000 (Nº 183)

El Convenio Nº 183 de la OIT es uno de los instrumentos más recientes y completos en esta materia. Establece una licencia de maternidad mínima de 14 semanas, con al menos seis semanas obligatorias después del parto. Además, el Convenio garantiza la seguridad en el empleo y la protección contra el despido durante el embarazo y el periodo de licencia de maternidad. También establece que las mujeres tienen derecho a prestaciones en efectivo y servicios médicos adecuados durante este periodo. De los países en estudio este Convenio ha sido ratificado únicamente por El Salvador.

### 2. Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (Nº 191)

Por su naturaleza las recomendaciones no requieren ratificación. La Recomendación Nº 191 complementa el Convenio Nº 183, proporcionando directrices adicionales sobre cómo los países pueden implementar y mejorar sus políticas de protección de la maternidad. Sugiere, por ejemplo, la extensión de la licencia de maternidad a 18 semanas y medidas adicionales para la protección de la salud en el lugar de trabajo.

### 3. Convenio sobre los Trabajadores con Responsabilidades Familiares, 1981 (Nº 156)

El Convenio Nº 156 se centra en la necesidad de que se establezcan políticas que permitan a los trabajadores equilibrar las responsabilidades familiares y laborales. Aunque no se centra exclusivamente en la maternidad,

reconoce la importancia de un entorno laboral que brinde apoyo para los padres y madres cuidadoras.

#### 4. Otras normas internacionales

Para ampliar un poco este panorama, tenemos que un estudio realizado para la Cámara de Diputados de México, titulado “Protección de la Maternidad Derecho Comparado a Nivel Internacional, Tratados Internacionales y Opinión Especializada (Segunda Parte)” reconoce la existencia de un total de nueve normas internacionales de la OIT que versan sobre maternidad. En este sentido, dicho estudio elaborado por Gamboa Montejano y Valdés Robledo (2015, p.4) afirma lo siguiente:

Al respecto existen nueve instrumentos internacionales -tres Convenios y cinco Recomendaciones- sobre prestaciones de maternidad:

- Convenio no. 3 (1919), relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. (No fue ratificado por México).

- Recomendación no 12, sobre la protección, antes y después del parto, de las mujeres empleadas en la agricultura. (Retirado en junio de 2004).

- Recomendación no. 67, sobre la seguridad de los medios de vida.

- Recomendación no. 69, sobre la asistencia médica.

- Convenio no. 102 (1952) relativo a la norma mínima de la seguridad social.

- Convenio no. 103 relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952). (No fue ratificado por México).

- Recomendación no. 95, sobre la protección de la maternidad. (Instrumento reemplazado).

- Convenio No. 111, Relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación.

- Recomendación no. 123 sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares. (Instrumento reemplazado).

- Convenio 183 (revisado) de protección a la maternidad. (No fue ratificado por México).

Todos estos Convenios y Recomendaciones han aportado a la construcción de los derechos laborales de las mujeres embarazadas, al ejercer



una influencia en las legislaciones locales de los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo como es el caso de Nicaragua, Guatemala, El Salvador, Honduras y Costa Rica. Aunque no todos estos Convenios hayan sido ratificados por estos Estados, en la práctica hay un nivel aceptable de respeto a su contenido y de incorporación voluntaria de sus estándares al derecho nacional.

### 2.3. Tratados internacionales de derechos humanos

Además de los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, existen tratados internacionales y declaraciones no vinculantes que forman parte de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en los que se reconocen derechos derivados de la maternidad y su implicancia en el empleo.

En estos, destacan los siguientes:

<b>Tratado internacional</b>	<b>Disposición</b>
<b>Declaración Universal de Derechos Humanos</b>	La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. (art. 25 numeral 2)
<b>Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano</b>	Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales (Artículo VII)
<b>Carta Internacional Americana de Garantías Sociales</b>	Procurar los medios de subsistencia en caso de cesación o interrupción de la actividad profesional como consecuencia de enfermedad o accidente, maternidad, invalidez temporal o permanente, cesantía, vejez o muerte prematura del jefe de la familia. (art. 31 literal c)

<p><b>Convención Americana sobre Derechos Humanos</b></p>	<p>Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. (art. 26)</p>
<p><b>Protocolo de San Salvador</b></p>	<p>Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto (art. 9)</p>
<p><b>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</b></p>	<p>Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. (art. 10 numeral 2)</p>
<p><b>Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)</b></p>	<p>La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria. (art. 4 numeral 2)</p> <p>A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados</p>

	Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales (art. 11 numeral 2, literales a y b)
--	--

### **3. Protección de la maternidad en el ordenamiento jurídico nicaragüense**

#### **3.1. Marco legal nacional**

##### **3.1.1. Constitución Política de Nicaragua**

La Constitución de Nicaragua establece el marco fundamental para la protección de los derechos laborales y de la maternidad. El artículo 74 garantiza el derecho a la seguridad social y la protección durante el embarazo y la lactancia. Además, la Constitución prohíbe cualquier forma de discriminación por razones de género, lo que incluye la protección contra la discriminación por maternidad. El referido artículo señala

El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo y gozará de licencia con remuneración salarial y prestaciones adecuadas de seguridad social. Nadie podrá negar empleo a las mujeres aduciendo razones de embarazo ni despedirlas durante éste o en el período postnatal; todo de conformidad con la ley. (CPRN, 2021, art. 74)

Para Osejo Pineda “Procrear o tener descendencia es un derecho constitucional tanto para hombres como para mujeres y la Constitución así lo

garantiza nuestros textos constitucionales.”<sup>1</sup> Esta protección no solo ha estado presente en el texto de la Constitución actual, sino también en constituciones anteriores como la de 1974 “Arto. 96.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección y defensa del Estado”; 1950 “Arto. 76.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección y defensa del Estado” y 1939 “Art. 77.- El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección y defensa del Estado.” Como puede observarse en todas ellas en los mismos términos.

La Constitución actual no solo hace referencia a la maternidad, sino también a la paternidad: “Artículo 78 El Estado protege la paternidad y maternidad responsable. Se establece el derecho de investigar la paternidad y la maternidad”. Esto es reflejo de un cambio de paradigma a nivel social. Usualmente se consideraba a la mujer como la principal responsable de las labores de cuidado. La mujer era la que cuidaba a los miembros vulnerables de la familia y se encargaba del hogar, en cambio el hombre ejercía las actividades productivas.

Actualmente se piensa en corresponsabilidad entre los padres y las madres, y se entiende que el ejercicio de una paternidad responsable es igual de importante que el ejercicio de la maternidad. Por ello, incluso, se han ampliado muchos derechos que tenían las mujeres en el contexto de la maternidad, a los hombres en el contexto de la paternidad, por ejemplo, días de descanso posterior al parto para que colabore en las labores de cuidado. También se ha normalizado que no solo sea la mujer la que pida permisos laborales para acompañar a los hijos mejores o familiares enfermos a actividades en la escuela o a citas médicas. Ese cambio de paradigma se expresa actualmente en la Constitución. En lo que respecta específicamente a los derechos laborales vinculados a la maternidad, la Constitución señala:

Los trabajadores tienen derecho a condiciones de trabajo que les aseguren en especial: 7) Seguridad social para protección integral y medios de subsistencia en casos de invalidez, vejez, riesgos profesionales,

---

<sup>1</sup> [https://www.academia.edu/12888130/La\\_protecci%C3%B3n\\_de\\_las\\_mujeres\\_trabajadoras](https://www.academia.edu/12888130/La_protecci%C3%B3n_de_las_mujeres_trabajadoras).

enfermedad y maternidad; y a sus familiares en casos de muerte, en la forma y condiciones que determine la ley. Artículo 82

Otros artículos constitucionales relacionados con el tema que nos ocupa, aunque no hablen específicamente de maternidad, son aquellos referidos a: 1. Protección de la familia, que en Nicaragua es considerada la institución mas importante. 2. Protección de la niñez y 3. Derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación.

### 3.1.2. Código del Trabajo

El Código del Trabajo de Nicaragua contiene disposiciones específicas sobre la protección de la maternidad, como lo veremos a continuación:

<b>Licencia de Maternidad</b>	El artículo 146 del Código establece que las trabajadoras tienen derecho a una licencia de maternidad de 12 semanas (seis semanas antes del parto y seis semanas después).
<b>Protección contra el Despido</b>	El artículo 143 prohíbe el despido de trabajadoras embarazadas desde el momento en que se notifica el embarazo hasta tres meses después del parto, salvo en casos de falta grave debidamente comprobada.
<b>Lactancia</b>	El artículo 142 establece que las madres tienen derecho a dos descansos diarios de 30 minutos cada uno para amamantar a sus hijos durante los primeros seis meses de vida del niño.
<b>Condiciones de trabajo</b>	Está prohibido que la mujer en estado de embarazo realice faenas que puedan representar un peligro para su salud o para la de su bebe. Puede ser instalada temporalmente en un nuevo puesto y luego del parto reinstalada en el puesto que ocupaba originalmente. Esto incluye trabajos peligrosos, insalubres o nocturno.

<b>Ingresos</b>	Las mujeres reciben parte de su salario por parte del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social que puede ser complementado por sus empleadores en virtud de los Convenios Colectivos.
<b>Pruebas de embarazo</b>	Está prohibido al empleador realizar o solicitar pruebas de embarazo a mujeres como requisito para acceder al empleo, obtener un ascenso o conservar el actual.

### 3.1.3. Ley de Seguridad Social

La Ley de Seguridad Social incorpora disposiciones relevantes para la protección de la maternidad y garantiza que las trabajadoras embarazadas reciban prestaciones en efectivo durante la licencia de maternidad y acceso a servicios de salud prenatal y postnatal.

### 3.2. Instituciones responsables

Las instituciones responsables de proteger los derechos laborales de las personas trabajadoras y garantizar el cumplimiento de la normatividad laboral por parte de los empleadores, son esencialmente de dos tipos: las autoridades administrativas y las autoridades jurisdiccionales. Las primeras incluyen al Ministerio del Trabajo (MITRAB) y al Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS); mientras que las segunda abarcan los juzgados laborales, así como el Tribunal Nacional Laboral de Apelaciones (TNLA), instancia única a nivel nacional que revisa los casos en última instancia y determina las líneas de la jurisprudencia laboral.

El Ministerio del Trabajo es la institución encargada de supervisar el cumplimiento de las leyes laborales, incluyendo las disposiciones sobre la protección de la maternidad. MITRAB realiza inspecciones y puede imponer sanciones a los empleadores que violen estas leyes. Por su parte, el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS), proporciona prestaciones en efectivo

y servicios de salud a las trabajadoras embarazadas y lactantes. El INSS desempeña un papel crucial en la implementación de la seguridad social para las madres trabajadoras.

Por su parte, en lo que respecta a las autoridades jurisdiccionales, en Nicaragua la especialización se ha impuesto como regla que asegura el acceso a una justicia de calidad (Tórrez. 2024), en ese sentido, tanto en primera como en segunda instancia existen jueces especializados en materia laboral, que son los únicos que pueden conocer, tramitar y resolver aspectos relacionados con la conflictividad laboral y en este caso, aspectos que involucren derechos laborales de las mujeres embarazadas. Los despidos justificados deben ser autorizados por la autoridad administrativa, pero aún en esos casos, puede ser judicializado en caso de considerarse viable por la defensa jurídica tanto del empleador como de la trabajadora.

### 3.3. Jurisprudencia y criterios administrativos relevante

Fuente	Criterio
<b>Autoridad administrativa</b>	<p>Durante el subsidio pre y post natal la relación de trabajo se encuentra suspendida y por tanto ni el empleador ni el trabajador pueden tomar medidas que vayan en contra del otro. Resolución 157. Inspectoría General del Trabajo. 11-8-09.</p> <p>El Ministerio del Trabajo es competente para conocer de despidos de servidores públicos protegidos por el fuero sindical y/o de servidoras públicas en estado de embarazo. Resolución 209-09. Inspectoría General del Trabajo. 30-11-09</p>

Si la trabajadora no está cubierta por el INSS el empleador debe pagar todo el salario del pre y post natal y dar las otras prestaciones que le correspondían al INSS. Consulta evacuada por la Dirección Jurídica el 28 de Mayo del año 2007.

La trabajadora debe ser trasladada a su antiguo puesto de trabajo cuando regresa después del período de subsidio. “El capítulo II de la Ley 185 Código del Trabajo vigente, de la protección de la maternidad de la mujer trabajadora dice textualmente en su artículo 140 así: “Se prohíbe a los empleadores permitir la continuación del trabajo de la mujer en estado de gravidez en obras o faenas perjudiciales al mismo. En ese caso, el empleador deberá facilitarle un trabajo que no altere la normalidad de este proceso biológico, sin menoscabo del salario ordinario que tenía antes del embarazo. Consulta evacuada por la Dirección Jurídica el 24 de Noviembre del año 2006.

Enfermedad, embarazo, permiso con goce de salario se consideran de efectivo trabajo para efectos del



	<p>cómputo para derecho a vacaciones. Consulta evacuada por la Dirección Jurídica el 4 de junio del año 2007.</p>
	<p>... el despido de la actora fue arbitrario... en violación de las normas legales que establecen el fuero por maternidad... en violación de las disposiciones prohibitivas que proscriben el despido de la trabajadora en estado de embarazo, como son los Artos. 74 Cn., y 144 C.T., no quedando más que confirmar la sentencia dictada en primera instancia que ordena el reintegro, pago de salarios dejados de percibir, más el derecho de lactancia...</p> <p>En base a las disposiciones constitucionales y legales antes citadas, considera este Tribunal Nacional que tres son los requisitos indispensables para que opere la protección del fuero por maternidad;</p> <p>1.- Que el despido se ocasione durante el período amparado por el "fuero de maternidad" : esto es, que se produzca en la época del embarazo o dentro del periodo post natal siguientes a l parto (artículo 141 y 144 Código del Trabajo). 2.- Que a la fecha del despido el empleador conocía o</p>

	<p>debía conocer la existencia del estado de gravidez, por cualquiera de las dos razones siguientes; a) La trabajadora haya informado de su estado de embarazo al empleador, a fin de cumplir con la obligación que le establece el Arto. 142 CT., y en las condiciones que establezca la ley o b) Por el hecho notorio del estado de embarazo en la mujer trabajadora. 3.- Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende, que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.<sup>2</sup></p>
--	--

#### 4. Protección de la maternidad en los países de Centroamérica. Perspectivas comparadas

##### 4.1. Marco constitucional

Guatemala	El Salvador <sup>3</sup>	Honduras <sup>4</sup>	Costa Rica
CAPÍTULO II DERECHOS SOCIALES SECCIÓN PRIMERA FAMILIA	Art. 34.- Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y	Artículo 111. La familia, el matrimonio, la maternidad y la	TÍTULO V DERECHOS Y GARANTÍAS SOCIALES CAPÍTULO ÚNICO

<sup>2</sup> [https://www.poderjudicial.gob.ni/tnla/SENTENCIA\\_110\\_2015.pdf](https://www.poderjudicial.gob.ni/tnla/SENTENCIA_110_2015.pdf).

<sup>3</sup>

[https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117\\_072857074\\_archivo\\_documento\\_legislativo.pdf](https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/171117_072857074_archivo_documento_legislativo.pdf).

<sup>4</sup>

<https://congresonacional.hn/pdf/CONSTITUCION%20DE%20LA%20REPUBLICA%20DE%20HONDURAS%20ACTUALIZADA%202014.pdf>.

Guatemala	El Salvador <sup>3</sup>	Honduras <sup>4</sup>	Costa Rica
<p>Artículo 52.- Maternidad. La maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.</p> <p>SECCIÓN OCTAVA TRABAJO Artículo 102.- Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades: k. Protección a la mujer trabajadora y regulación de las condiciones en que debe prestar sus servicios. No deben establecerse diferencias entre casadas y solteras en materia de trabajo. La ley regulará la protección a la maternidad de la mujer trabajadora, a quien no se le debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo que</p>	<p>ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia.</p> <p>Art. 42.- La mujer trabajadora tendrá derecho a un descanso remunerado antes y después del parto, y a la conservación del empleo. Las leyes regularán la obligación de los patronos de instalar y mantener salas cunas y lugares de custodia para los niños de los trabajadores.</p>	<p>infancia están bajo la protección del Estado.</p> <p>Artículo 128. Numeral 11. La mujer tiene derecho a descanso antes y después del parto, sin pérdida de su trabajo ni de su salario. En el período de lactancia tendrá derecho a un descanso por día para amamantar a sus hijos. El patrono no podrá dar por terminado el contrato de trabajo de la mujer grávida ni después del parto, sin comprobar</p>	<p>ARTÍCULO 51. La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.</p> <p>ARTÍCULO 55.- La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado.</p> <p>ARTÍCULO 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad,</p>

Guatemala	El Salvador <sup>3</sup>	Honduras <sup>4</sup>	Costa Rica
<p>ponga en peligro su gravidez. La madre trabajadora gozará de un descanso forzoso retribuido con el cinco por ciento de su salario, durante los treinta días que precedan al parto y los cuarenta y cinco días siguientes. En la época de la lactancia tendrá derecho a dos períodos de descanso extraordinarios, dentro de la jornada. Los descansos pre y postnatal serán ampliados según sus condiciones físicas, por prescripción médica;</p>		<p>previamente una causa justa ante juez competente, en los casos y condiciones que señale la ley</p>	<p>vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.</p>

#### 4.2. Derecho comparado centroamericano

Para realizar una revisión comparativa de la protección de la maternidad en los países de Centroamérica, he optado por realizar una revisión de la legislación pertinente, en particular, de los Códigos del Trabajo vigente en cada uno de los países de estudio, y elaborar a partir de ellos cuadros comparativos, sobre cada uno de los puntos vinculados con la protección de la maternidad, así como con el régimen de prohibiciones, derechos y obligaciones que le asiste. Seguido se hace una explicación de los aspectos relevantes identificados, exaltando tanto las coincidencias como las disidencias normativas.

### 4.3. Prohibiciones legales relacionadas con la protección de la maternidad

País	Prohibiciones
<b>Honduras</b>	Prohibido trabajar en tareas de gran esfuerzo y trabajo nocturno (Art. 147)
<b>Guatemala</b>	Prohibidos trabajos de esfuerzo físico durante embarazo (Art. 151)
<b>El Salvador</b>	Prohibidos trabajos de esfuerzo físico después del cuarto mes (Art. 110)
<b>Nicaragua</b>	Prohibidos trabajos que perjudiquen el embarazo (Art. 140)
<b>Costa Rica</b>	Prohibido trabajar en tareas que puedan afectar la salud de la mujer embarazada (Art. 94)

Fuente. Elaboración propia

El Comité DESCAs ha dicho en su observación general 23 que “podría ser necesario adoptar medidas específicas para proteger la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas en relación con los desplazamientos o el trabajo nocturno”. Esto se debe a que como ya lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Trabajadores de la Fabrica de Fuegos contra el Estado de Brasil “el estado de embarazo puede constituir una condición de particular vulnerabilidad” (párr. 191)

En todos los países de la región, la legislación laboral prohíbe que las mujeres trabajadoras laboren en trabajos que pongan en riesgo el embarazo. Esto es fundamental porque una obligación que tienen los Estados es “tener en cuenta los riesgos específicos para la seguridad y la salud de las trabajadoras en caso de embarazo” (Observación General 23). En ese sentido, se prohíben entre otros el trabajo nocturno, jornadas superiores a las legalmente establecidas (es decir, se prohíben las horas extras) o trabajo en lugares insalubres.

En su sentencia en el caso trabajadores de la fábrica de fuegos versus Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre el deber de los Estados de proteger a las mujeres en estado de gestación de labores que puedan poner en riesgo su vida o su embarazo en correspondencia

con los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, también hizo hincapié en el deber de realizar fiscalización que permita evitar que mujeres embarazadas se encuentren expuestas en este tipo de trabajos.

Una garantía aparejada a este derecho es el hecho de que la mujer embarazada puede ser trasladada a puestos no perjudiciales, sin que sus derechos laborales (como el salario) sean afectados, reestableciéndose en su puesto anterior una vez que culmine su descanso posparto. Esto se explica en el derecho constitucional a la protección de la maternidad y en la protección constitucional de los procesos reproductivos, presente en todas las constituciones centroamericanas.

#### 4.4. Protección contra el despido

<b>País</b>	<b>Protección contra el despido</b>
<b>Honduras</b>	No despido sin justificar y sin autorización judicial (Art. 124)
<b>Guatemala</b>	Prohibido el despido sin autorización judicial (Art. 151)
<b>El Salvador</b>	Prohibido el despido sin autorización previa (Art. 113)
<b>Nicaragua</b>	No podrá ser despedida sin justa causa y sin autorización de la autoridad administrativa (art. 144)
<b>Costa Rica</b>	Prohibido el despido sin autorización de la autoridad laboral (Art. 94)

Fuente. Elaboración propia

Tanto las Constituciones como los Códigos del Trabajo de Centroamérica reconocen en términos generales el derecho a la igualdad y no discriminación, el cual se encuentra ratificado en el ámbito laboral, donde las mujeres deben gozar de los mismos derechos que los hombres cuando laboran en idénticas condiciones. La igualdad “no impide que las mujeres gocen de unas condiciones de trabajo específicas relacionadas con el embarazo y la protección de la maternidad” como ya lo ha reconocido la Observación General 23 sobre condiciones de trabajo justas y equitativas del Comité DESCAs.

Este derecho incluye no solo aspectos salariales y oportunidades similares de crecimiento, sino también el derecho a no sufrir un trato injusto asociado a su condición de mujer, dentro de ellas, a situaciones particulares que viven las mujeres como es el embarazo. En ese sentido, un derecho que tiene las mujeres embarazadas es el derecho a no ser despedidas por razón de su embarazo. Esto es una ratificación del derecho a la igualdad y no discriminación.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha reconocido en su observación general 18 sobre derecho del trabajo que “los embarazos no deben constituir un obstáculo para el empleo ni una justificación para la pérdida del mismo”

Las mujeres embarazadas gozan de una estabilidad laboral reforzada, lo que constituye un compromiso con los derechos humanos y con las normas internacionales del trabajo relacionadas con la protección de la maternidad. Aunque es importante aclarar que la estabilidad laboral no es absoluta en el sentido de que existe la posibilidad de despido siempre y cuando sea por justa causa y se cuente con la autorización de la autoridad laboral correspondiente, que en algunos casos es la autoridad administrativa y en otros, la judicial.

La protección del embarazo abarca incluso el derecho que tienen las mujeres trabajadoras a no ser sometidas a pruebas de embarazo como requisito de ingreso a un empleo, lo que sería abiertamente inconstitucional y discriminatorio. Existe un criterio generalizado que identifica esta práctica como discriminación preempleo. Negar el acceso al empleo fundando la decisión en el estado de embarazo o en resultados de otras pruebas de salud como las de VIH es contrario a las prácticas y estándares internacionales en materia de acceso al empleo. Respecto a este punto, el Convenio 183 de la OIT señala que:

1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo [...] 2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada [...] (art. 9)

En Centroamérica como en la mayoría de los países del mundo, el despido sin justa causa y sin autorización de una mujer embarazada es un despido ilegal y abiertamente discriminatorio, que da lugar a diferentes acciones jurídicas, dentro de ellas el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir. Incluso, en algunos casos indemnizaciones adicionales. En países como Nicaragua este tipo de procesos se tramita a través de un juicio especial de tutela de derechos fundamentales. Desde el punto de vista administrativo, el empleador se expone a multas y sanciones por incumplimiento de la legislación laboral.

En el caso de Costa Rica, la legislación establece que la mujer tiene derecho a decidir entre el reintegro o dar por terminado el contrato con responsabilidad patronal. En ese caso, conservará los siguientes derechos:

[...] En todo caso, el empleador o la empleadora deberán pagarle, además de la indemnización a que tenga derecho y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de preparto y posparto, y los salarios que hubiera dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo [...] art. 94 bis.

#### 4.5. Licencia por maternidad

País	Licencias
<b>Honduras</b>	4 semanas pre y 6 semanas postnatal (Art. 135) 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro no viable (Art. 137)
<b>Guatemala</b>	12 semanas de licencia por maternidad, 6 post-parto (Art. 309) 6 post parto en caso de adopción (Art. 151)
<b>El Salvador</b>	12 semanas de licencia, 6 post-parto (Art. 309)
<b>Nicaragua</b>	4 semanas pre y 8 postnatal, 10 en caso de partos múltiples (Art. 141)
<b>Costa Rica</b>	4 meses de licencia por maternidad, divididos en 1 mes antes del parto y 3 meses después del parto (Art. 95)



Fuente. Elaboración propia

A excepción de Honduras, todos los países de Centroamérica otorgan una licencia por maternidad de 12 semanas y en el caso de Costa Rica de cuatro meses. La importancia de esta licencia de maternidad está asociada a la salud de la madre y de los niños.

Un estudio desarrollado por Unicef señala que:

Las licencias por maternidad de mayor duración se asocian con el mejoramiento de la salud física y mental de la madre, en el periodo posparto y durante toda la vida. La licencia por maternidad tiene efectos positivos para la salud física y mental de las madres. Por ejemplo, una licencia de mayor duración se asocia con una menor depresión posnatal y una mejor salud física. Estos efectos parecen seguir siendo significativos durante la vida tanto para la salud física como para la salud mental de la madre, aunque se necesitan estudios longitudinales más sólidos. En cambio, el bienestar de la madre ayuda al desarrollo óptimo del niño. (Unicef, 2020, p. 2)

En cuanto al impacto que estas licencias pueden tener en la niñez y también para la empresa, Unicef advierte en su estudio lo siguiente:

La investigación ha demostrado que la licencia por maternidad pagada se asocia con mejores resultados en la salud de los niños. Cuando los padres tienen acceso a licencias remuneradas es más probable que los bebés sean amamantados, mejoren su asistencia a controles médicos, tengan índices de vacunación más altos, así como índices de mortalidad infantil más bajos y mejor desarrollo temprano del cerebro. Debido a que los bebés amamantados suelen enfermarse menos, los padres faltan al trabajo menos días. (Unicef, 2020, p. 2)

Durante la licencia de maternidad tanto pre como post natal, el empleador no puede notificar a las mujeres ninguna decisión que les perjudique, por ejemplo, el despido. También durante ese tiempo, deben recibir su salario, el cual está a cargo en la mayoría de los países de la instancia que vela por la seguridad social, por ejemplo, el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social, el Instituto Hondureño de Seguridad Social y así respectivamente.

Además, conservan sus derechos. Por ejemplo, la legislación nicaragüense señala "El período de reposo será computado como de efectivo

trabajo para fines de los derechos por antigüedad, vacaciones y décimo-tercer mes” (art. 141 CT).

Siendo que los Institutos de Seguridad Social no otorgan los salarios íntegros, los Códigos del Trabajo contemplan disposiciones complementarias. Por ejemplo, el de Honduras obliga al empleador a completar el cien por ciento del salario, como se observa a continuación:

Artículo 136. Los patronos cubrirán la diferencia existente entre el subsidio económico que por maternidad del Instituto Hondureño de Seguridad Social, y a la retribución que conforme al artículo anterior corresponde a la trabajadora en estado de gravidez. Cuando el Instituto Hondureño de Seguridad Social no esté obligado a cubrir el subsidio de maternidad, la obligación que señala este artículo corre íntegramente a cargo del patrono.

En cambio, en países como Nicaragua eso dependerá de las políticas de la empresa o de los Convenios Colectivos, ya que no existe una disposición similar que en términos imperativos genere esa obligación. La Ley de Seguridad Social señala que “El subsidio de descanso por maternidad será equivalente al 60% de la remuneración semanal promedio, calculado en igual forma señalado para el subsidio de enfermedad y se otorgará durante las 4 semanas anteriores y las 8 semanas posteriores al parto, que serán obligatorias descansar” (art. 95), por lo tanto, el 40% restante podrá ser objeto de negociación en el Convenio Colectivo de la empresa.

En lo que respecta a El Salvador, el Código del Trabajo establece lo siguiente:

El patrono está obligado a dar a la trabajadora embarazada, en concepto de descanso por maternidad, doce semanas de licencia, seis de las cuales se tomarán obligatoriamente después del parto; y además, a pagarle anticipadamente una prestación equivalente al setenta y cinco por ciento del salario básico durante dicha licencia [...] En ningún caso el patrono estará obligado a pagar, una prestación en dinero más allá de los límites previstos en el primer párrafo. (CTE, art. 309)

Incluso, con la más reciente reforma al CT en El Salvador, se ha establecido una protección mayor al señalar que las mujeres no pueden ser despedidas dentro de los seis meses posteriores a dar a luz (Zepeda, 2023).

Destaca de la legislación guatemalteca que incluye licencia de maternidad por aborto o por parto prematuro no viable, y de Honduras, que la licencia por maternidad también se otorga en casos de adopción a los fines de que exista una adaptación familiar.

En cuanto a la licencia de maternidad en casos de adopción, si bien es cierto que los Códigos de Trabajo de los países Centroamérica no hacen referencia explícita a este derecho, es de prever que sí lo hacen las legislaciones familiares, los códigos de niñez o la legislación aplicable, como se puede observar en la experiencia nicaragüense, donde el Código de Familia establece lo siguiente:

La madre o el padre adoptante, gozarán del derecho de subsidio por maternidad y paternidad, por el término de doce semanas las madres y cinco días el padre, independientemente de la edad de la persona adoptada, siempre que no existiese vínculo previo con la persona adoptada. Si el adoptante fuere un hombre soltero, solamente gozará del derecho de subsidio de paternidad equivalente al de la madre. (CFN, art. 261)

Para finalizar, en relación a la licencia por maternidad, se debe recordar que de acuerdo al Convenio 183 de la OIT, el periodo de licencia debería ser de al menos 14 semanas, por lo que solo Costa Rica cumple actualmente con esta obligación.

#### 4.6. Lactancia y acondicionamiento de locales

País	Lactancia	Acondicionamiento de Locales
<b>Honduras</b>	2 descansos de 30 minutos para alimentar al hijo (Art. 140)	Acondicionamiento de locales para lactancia en empresas con más de 20 trabajadores (Art. 142)
<b>Guatemala</b>	30 minutos dos veces al día o 1 hora (Art. 153)	Acondicionamiento de locales para lactancia en empresas con

		más de 30 trabajadoras (Art. 155)
<b>El Salvador</b>	Interrupción del trabajo de hasta una hora diaria (Art. 312)	
<b>Nicaragua</b>	15 minutos cada 3 horas durante la jornada (Art. 143)	Acondicionamiento de locales para lactancia en empresas con más de 30 mujeres (Art. 143)
<b>Costa Rica</b>	15 minutos cada 3 horas durante la jornada laboral (Art. 97)	Acondicionamiento de locales para lactancia en empresas con más de 30 trabajadoras (Art. 97)

Fuente. Elaboración propia

Relacionado con la protección, el desarrollo y el bienestar integral de la infancia, las legislaciones centroamericanas reconocen el derecho a la lactancia. Unicef considera que

Las políticas orientadas a la familia que apoyan la lactancia materna son cruciales para la salud y el bienestar de la madre; la salud y el desarrollo del bebé; y la equidad de género en el lugar de trabajo. (Unicef, 2020, p.1)

En ese sentido, coherentes con sus compromisos internacionales en materia de protección de la infancia, se puede encontrar en las legislaciones laborales de los países en estudio, al menos dos disposiciones claves relacionadas con este tema, la primera referida al acondicionamiento de locales dentro de los Centros de Trabajo como una obligación de la parte patronal o empleadora, y la segunda referida al tiempo legalmente establecido para que las mujeres puedan amamantar a sus hijos e hijas recién nacidas. Esto responde a un compromiso internacional, pues como ya lo ha reconocido el Comité DESCAs de la ONU

La legislación [laboral] también debería incluir disposiciones específicas sobre los períodos de descanso para los trabajadores nocturnos y reconocer determinadas situaciones, como las de las mujeres embarazadas o las lactantes, que pueden requerir períodos de descanso específicos para amamantar a sus hijos.

En lo que respecta a la habilitación de locales dentro de las empresas, esto varía. Mientras que la legislación hondureña establece un mínimo de 20 trabajadoras contratadas como requisito para acondicionar un lugar para lactancia, el resto de los países que forman parte de este estudio establecen un requisito de al menos 30 trabajadoras. En cuanto al tiempo de lactancia, Guatemala, Honduras y El Salvador establecen una hora, distribuida de la siguiente manera: Guatemala y Honduras (dos tiempos de descanso de 30 minutos) y El Salvador (Una hora de descanso diario, quedando a manera discrecional); mientras que Nicaragua

#### 4.7. Salario durante la licencia

País	Salario durante la licencia
<b>Honduras</b>	Sueldo cubierto durante descanso pre y postnatal (Art. 135) Diferencia salarial cubierta por el empleador (Art. 136)
<b>El Salvador</b>	Protección de salario durante licencia (Art. 309)
<b>Costa Rica</b>	Sueldo cubierto durante los 4 meses de licencia por maternidad (Art. 95)

#### 4.8. Constancia de embarazo y tiempo mínimo de servicio

En países como El Salvador y Costa Rica la legislación señala de manera explícita que para que la mujer pueda disfrutar de algunos derechos o protecciones derivadas de la maternidad, deberá haber notificado previamente el embarazo a la parte empleadora.

En ese sentido, jurisprudencia en países como Nicaragua han establecido el mismo requisito para gozar del fuero por maternidad al señalar lo siguiente.

En base a las disposiciones constitucionales y legales antes citadas, considera este Tribunal Nacional que tres son los requisitos indispensables para que opere la protección del fuero por maternidad; 1.- Que el despido se ocasione durante el período amparado por el "fuero de maternidad": esto es,

que se produzca en la época del embarazo o dentro del periodo post natal siguientes al parto (artículo 141 y 144 Código del Trabajo). 2.- Que a la fecha del despido el empleador conocía o debía conocer la existencia del estado de gravidez, por cualquiera de las dos razones siguientes; a) La trabajadora haya informado de su estado de embarazo al empleador, a fin de cumplir con la obligación que le establece el Arto. 142 CT., y en las condiciones que establezca la ley o b) Por el hecho notorio del estado de embarazo en la mujer trabajadora. 3.- Que el despido sea una consecuencia del embarazo, por ende que el despido no está directamente relacionado con una causal objetiva y relevante que lo justifique.

Llama la atención la disposición relacionada con “tiempo de servicio” en el Código del Trabajo de El Salvador, que establece un tiempo mínimo de trabajo para un mismo empleador como condición o requisito para acceder a las prestaciones económicas derivadas del embarazo. Este tiempo mínimo definido en la ley es de seis meses.

El resto de los países de Centroamérica no cuenta con una disposición similar, de tal manera que las mujeres embarazadas gozan en igualdad de condiciones de todos los derechos laborales y de seguridad social asociados a su condición.

## **5. Conclusión**

Como conclusión se puede afirmar, que la legislación laboral centroamericana en materia de maternidad cumple con los estándares internacionales fijados tanto por la OIT como por los órganos de control de derechos humanos.

Las mujeres en estado de gestación gozan de una serie de derechos, beneficios y medidas de protección dentro de las que destacan una protección laboral reforzada, la prohibición de realizar trabajos riesgosos o que pongan en peligro su salud o el del niño por nacer, así como licencias de maternidad y permisos de lactancia.

Todos estos derechos, constituyen buenas prácticas internacionales que también se logran observar en las legislaciones laborales de otros países de América.

Si bien es cierto, en la práctica laboral centroamericana está prohibido solicitar pruebas de embarazo para acceder al empleo, la legislación no contempla ni reconoce explícitamente la discriminación preempleo en estos casos ni sus consecuencias jurídicas, por lo que sería importante regular este punto, así como sus consecuencias relacionadas con medidas reparatorias para la mujer víctima de este tipo de discriminación.

En Nicaragua, muchas empresas por convenio colectivo complementan a las mujeres el salario durante el descanso pre y post natal, asegurando el cien por ciento del mismo. Si bien es cierto, no existe una obligación estatal al respecto y esto depende en gran medida de las posibilidades económicas, sería recomendable incluir en todos los países una disposición similar que asegure una corresponsabilidad de la parte empleadora, sobre todo porque solo muy pocos trabajadores se encuentran cubiertos por un convenio colectivo en Centroamérica.

Siendo que solo El Salvador ha ratificado el Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000, Convenio 183, se recomienda a los países analizar la posibilidad de su ratificación para dotarlo de carácter vinculante. En consecuencia, de lo anterior, un aspecto mejorable en todos los países-con excepción de Costa Rica- es el referente a la licencia por maternidad, ya que es inferior a las catorce semanas que establece el Convenio 183 de la OIT. En ese sentido, se recomienda para Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, una vez ratificado el Convenio 183, compatibilizar su legislación con los compromisos derivados de la ratificación de este convenio.

## Bibliografía

ZEPEDA, M. (2023). El rol de la defensa pública laboral en El Salvador. Ponencia presentada en el XV Congreso Centroamericano y del Caribe de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: La justicia laboral como componente del trabajo decente, Guatemala.

## Recursos electrónicos

BANCO MUNDIAL. (2024). Población mundial.  
<https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.POP.TOTL>.

CENTRO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PARA EL CRECIMIENTO INCLUSIVO (IPC-IG) y UNICEF — Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (2020). *Maternidad y paternidad en el lugar de trabajo en América Latina y el Caribe — políticas para la licencia de maternidad y paternidad y apoyo a la lactancia materna*. UNICEF.  
[https://www.unicef.org/lac/media/13931/file/Maternidad\\_y\\_paternidad\\_en\\_el\\_lugar\\_de\\_trabajo\\_en\\_ALC.pdf](https://www.unicef.org/lac/media/13931/file/Maternidad_y_paternidad_en_el_lugar_de_trabajo_en_ALC.pdf).

GAMBOA MONTEJANO, C. y VALDÉS ROBLEDO, S. (2015). Protección de la Maternidad Derecho Comparado a Nivel Internacional, Tratados Internacionales y Opinión Especializada (Segunda Parte).  
<https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ISS-68-15.pdf>.

LLANES CASTILLO, A., CERVANTES LÓPEZ, M. J., Peña Maldonado, A. A., & CRUZ CASADOS, J. (2020). Maternidad en legislación mexicana: Una visión desde los derechos laborales de la mujer. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, XXVI(1).  
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28063104007>.

OSEJO PINEDA, L. (2020). Protección de las mujeres trabajadoras:  
[https://www.academia.edu/12888130/La\\_protecci%C3%B3n\\_de\\_las\\_mujeres\\_trabajadoras](https://www.academia.edu/12888130/La_protecci%C3%B3n_de_las_mujeres_trabajadoras).

UNICEF (2020). *Lactancia materna y políticas orientadas a la familia: Un informe de evidencias*. UNICEF.



<https://www.unicef.org/lac/media/11371/file/Lactancia-materna-pol%C3%ADticas-orientadas-familia.pdf.pdf>.

---

## LA OCUPACIÓN DE LOS LUGARES DE TRABAJO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN VIGENTE EN URUGUAY

## THE OCCUPANCY OF WORKPLACES AND FUNDAMENTAL RIGHTS. REFLECTIONS ON THE CURRENT REGIME IN URUGUAY

Gustavo IGARZA FUNES

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República. Magister en Derecho Administrativo Económico y Postgrado en Derecho del Trabajo Aplicado, Universidad de Montevideo. Diploma Post Magisterial en Derecho Administrativo, Universidad Austral Argentina. Docente de Derecho Administrativo (Grado 1 interino), Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Derecho de las Relaciones Laborales en el Sector Público (Grado 2 interino), Universidad de la República y Universidad de la Empresa (Uruguay).*

[guigarza@vera.com.uy](mailto:guigarza@vera.com.uy)

Fecha de envío: 26/08/2024

Fecha de aceptación: 24/09/2024

---

## LA OCUPACIÓN DE LOS LUGARES DE TRABAJO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN VIGENTE EN URUGUAY

Gustavo IGARZA FUNES

*Universidad de la República (Uruguay)*

---

**Resumen:** Este trabajo analiza el régimen legal vigente en Uruguay sobre la ocupación de los lugares de trabajo en el marco del ejercicio del derecho de huelga. Desde la incorporación del derecho de huelga en la Constitución de 1934, Uruguay se ha caracterizado por una regulación limitada de este derecho. La Ley No. 19.889 de 2020, junto con su decreto reglamentario, ha introducido modificaciones significativas en cuanto a la ocupación de los lugares de trabajo. El estudio aborda los límites y la legitimidad de las ocupaciones como medida de acción sindical, así como su colisión con derechos fundamentales como el derecho al trabajo, la libertad sindical negativa y el derecho de propiedad. Finalmente, se reflexiona sobre las implicaciones de estos cambios para el derecho sindical uruguayo y se evalúa la adecuación del nuevo régimen a los estándares internacionales, particularmente las observaciones de la OIT.

**Palabras clave:** Derecho de huelga - Ocupación de los lugares de trabajo - Derechos fundamentales

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho de huelga. 2.1. Límites al derecho de huelga. 2.2. Su reconocimiento en el sistema uruguayo. 3. Ocupación de los lugares de trabajo. 3.1. Naturaleza jurídica. 3.2. Su colisión con los derechos fundamentales. 3.3. Antecedentes de regulación. 4. Régimen actual. 4.1. Fundamentos de la reforma. 4.1.1. Observaciones de la OIT. 4.1.2. Pronunciamientos Jurisprudenciales. 4.2. Principales aspectos del régimen vigente. 4.3. Evaluación del régimen actual. 5. Reflexiones.

**Abstract:** This paper analyzes the current legal framework in Uruguay regarding workplace occupation within the exercise of the right to strike. Since the inclusion of the right to strike in the 1934 Constitution, Uruguay has been characterized by limited regulation of this right. Law No. 19.889 of 2020, along with its regulatory decree, has introduced significant changes regarding workplace occupation. The study addresses the limits and legitimacy of workplace occupation as a union action, as well as its conflict with fundamental rights such as the right to work, negative union freedom, and property rights. Finally, it reflects on the implications of these changes for Uruguayan labor law and evaluates the new regime's compliance with international standards, particularly the ILO's observations.

**Keywords:** Right to strike - Occupation of workplaces - Fundamental rights

**Summary:** 1. Introduction. 2. The right to strike. 2.1. Limits on the right to strike. 2.2. Its recognition in the Uruguayan system. 3. Occupation of workplaces. 3.1. Legal nature. 3.2. Its collision with fundamental rights. 3.3. Regulatory background. 4. Current regime. 4.1. Fundamentals of the reform. 4.1.1. ILO observations. 4.1.2. Jurisprudential Pronouncements. 4.2. Main aspects of the current regime. 4.3. Evaluation of the current regime. 5. Reflections.

## 1. Introducción

El ejercicio del derecho de huelga, y en especial el determinar si la ocupación de los lugares de trabajo integra el mismo, constituye un aspecto, esencialmente polémico, máxime cuando colide con el derecho de aquellos trabajadores que no adhieren a dicha medida de lucha, o incluso del propio empleador de acceder a las instalaciones de la empresa.

Desde 1934, Uruguay incorporó a su Carta el reconocimiento del derecho de huelga, y se ha caracterizado por su muy escasa reglamentación legal del mismo; no obstante, recientemente se aprobó la Ley No. 19.889 de 9 de julio de 2020, denominada “Ley de Urgente Consideración”, que contiene disposiciones aplicables en la materia.

La presente ponencia propone entonces, reflexionar sobre los cambios introducidos por la mencionada ley, así como su ulterior decreto reglamentario en el marco jurídico de las ocupaciones de los lugares de trabajo. Para ello parte del concepto de derecho de huelga y sus límites, posteriormente analiza la “legitimidad” de las ocupaciones de los lugares de trabajo, la evolución del derecho positivo en la materia y un análisis ponderado a través de los derechos fundamentales.

Finalmente se ensayan unas breves reflexiones sobre la magnitud e importancia de los cambios en el marco del derecho sindical uruguayo.<sup>1</sup>

## 2. El derecho de huelga

En el plano fáctico la huelga es un mecanismo de “autotutela” que ejerce un colectivo profesional a fin de la consecución de sus fines.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo toma como base dos anteriores realizados por el suscripto: “Reflexiones sobre el actual régimen de ocupaciones de los lugares de Trabajo. Del interés público a la defensa del interés general.”, en XXXI Jornadas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, AA.VV. Fundación de Cultura Universitaria, Mdeo. 2021 pp. 277 y ss., y “El procedimiento de desocupación de los lugares de trabajo, en el marco de la buena administración y el interés general”, en “La Buena Administración del Procedimiento Administrativo en el Derecho Administrativo Iberoamericano” AA.VV. Director Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime Subdirectora Rodríguez Martín-Retortillo, María del Carmen Editorial COLEX Coruña España 2024, pp. 593 a 606.

La misma ha transitado por diversas fases históricas: “huelga delito, huelga – libertad o tolerancia y huelga derecho; es decir, por su consideración como un hecho socialmente dañoso, socialmente indiferente o socialmente útil”<sup>2</sup>.

En efecto, en un comienzo fue considerada un ilícito civil y penal, para posteriormente haber sido aceptada en la vía de los hechos, y posteriormente consagrada en la normativa jurídica. Fue la Constitución mexicana de Querétaro en el año 1917 que en su art. 123 consagra el mismo a título expreso; le seguirán la Constitución de Weimar en Alemania, la Constitución de la Segunda República Española en 1931 y en nuestro país la Carta del año 1934.

La podemos definir como: “la cesación del trabajo, concertada por un grupo de trabajadores, con el objeto de tutelar sus intereses profesionales”<sup>3</sup>.

En similar sentido Ojeda Avilés define a la huelga como el “...incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto”<sup>4</sup>.

Sala Franco, destaca la evolución de su alcance expresando: “Tradicionalmente se entiende por huelga la cesación temporal del trabajo decidida por una colectividad de trabajadores con abandono del centro de trabajo, con motivo de un conflicto y con el fin de presionar en defensa de sus intereses. Sin embargo, esta concepción restrictiva de la huelga viene extendida modernamente a todo tipo de perturbación concertada colectivamente del proceso de producción, de las que la cesación del trabajo con abandono de centro sería seguramente paradigmática pero no excluyente de otras...”<sup>5</sup>.

## 2.1. Límites al derecho de huelga

Determinar los límites del derecho de huelga es un tema trascendente, es así que Pérez del Castillo señala: “El tema de los límites dentro de los cuales el

---

<sup>2</sup> CASTELLO Alejandro “El derecho de huelga. Principales características del modelo uruguayo” en revista Derecho Laboral Tomo LIII No. 240 Fundación de Cultura Universitaria Montevideo 2010 p. 733.

<sup>3</sup> PEREZ del CASTILLO Santiago, “El Derecho de la Huelga” Fundación de Cultura Universitaria 1era. Edición Montevideo, mayo de 1993, p. 19.

<sup>4</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio, “Derecho Sindical” Editorial Tecnos Séptima Edición, España 1995 p. 426.

<sup>5</sup> SALA FRANCO, Tomás “Derecho Sindical” Tirant Lo Blanch Valencia 2013 p. 328.

ejercicio del derecho de huelga puede ser considerado como legítimo tiene tal relevancia que hace decir a Krotoschin que constituye el verdadero problema jurídico de la huelga”<sup>6</sup>.

En similar sentido Calamandrei expresa: “...el derecho es por su naturaleza fijación de límites y, por consecuencia, desde el momento en que la huelga ha aceptado convertirse en derecho, significa necesariamente aceptar condiciones y restricciones de ejercicio que, si no vienen establecidas por ley, deben inevitablemente ser trazadas, tarde o temprano por la jurisprudencia sobre la base del art. 40 de la Constitución”<sup>7</sup>.

La doctrina ha distinguido dos tipos de límites: los internos y los externos. En efecto, el maestro Plá Rodríguez señaló: “Los límites internos son los que derivan del concepto o de la definición de la huelga. De acuerdo a su mayor o menor comprensión, los hechos que no se encuadran dentro, dejan de ser huelga y quedan fuera de la situación jurídica especial que se otorga a aquella. Los límites externos derivan de las normas reguladoras de las opiniones jurisprudenciales consolidadas que ubican el derecho de huelga dentro del conjunto de los derechos. Al formar parte del ordenamiento jurídico, el derecho de huelga se ve precisamente limitado y se hace necesario una tarea de coordinación”<sup>8</sup>.

En similar sentido Mantero Álvarez agrega: “...los límites externos, estarían indicando la protección de otros derechos y bienes jurídicos de igual o superior jerarquía que la huelga, que eventualmente se pueden ver lesionados por ésta”<sup>9</sup>.

En Argentina Rodríguez Mancini advierte como limitante del ejercicio de huelga las nociones de “...daño injusto, corresponsabilidad de sacrificios y afectación de servicios esenciales...” que “...traducen formas abusivas o disfuncionales del derecho de huelga y descalifican su práctica”<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> PEREZ del CASTILLO, Santiago, obra citada p. 323.

<sup>7</sup> Mencionado por PEREZ del CASTILLO, Santiago, obra citada p.323.

<sup>8</sup> PLA RODRIGUEZ, Américo “Curso de Derecho Laboral” Tomo IV Volumen 2 Ediciones Idea Montevideo 2001 p. 60. En el mismo sentido Pérez del Castillo, obra citada p.324.

<sup>9</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo “Límites al Derecho de Huelga” Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández Montevideo 1992, p. 54.

<sup>10</sup> RODRIGUEZ MANCINI, Jorge. “Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Editorial Astrea 5ta. Edición ampliada. Buenos Aires 2004 p. 633.

## **2.2. Su reconocimiento en el sistema uruguayo**

Como se expresó, la Constitución uruguaya de 1934 consagra en forma expresa el reconocimiento del derecho de huelga, sobre ello Ermida señala: "...la constitucionalización del derecho de huelga es una tendencia constante. No se da en todos los países, pero se da en la mayor parte, y se reclama por la doctrina de los restantes. Y se da en nuestro país, dado que tenemos una disposición constitucional, el artículo 57, que establece en uno de sus párrafos: "Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su efectividad". Este artículo constitucional requiere que nos detengamos en tres aspectos: 1) la caracterización de la huelga como "derecho gremial", 2) la declaración de la existencia del derecho de huelga y no su creación, y 3) la reglamentación legal..."<sup>11</sup>.

No obstante, el mandato constitucional, nuestro país fiel a su tradición abstencionista en materia de regulación del derecho colectivo del trabajo, no reglamentó por vía legal el ejercicio del derecho de huelga con excepción de los servicios esenciales, y la ocupación de los lugares de trabajo en los términos que se desarrollarán en el presente trabajo.

## **3. Ocupación de los lugares de trabajo**

Reconocido el derecho de huelga, corresponde plantearse entonces, si la ocupación de los lugares de trabajo, como medida de acción sindical integra el mismo, y en su caso goza de la misma protección jurídica, o por el contrario simplemente es una medida de acción sindical.

### **3.1. Naturaleza jurídica**

---

<sup>11</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar "Apuntes sobre la Huelga" Fundación de Cultura Universitaria Tercera Edición, julio de 2012 p. 17.



Este aspecto adquiere singular importancia, pues como se expresó existen posiciones disímiles acerca de si integra o no el derecho de huelga.

En tal sentido, en España, el art. 7.1 del Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo (RDLRT), mediante la cesación de la prestación de servicios por los trabajadores afectos y sin ocupación de los mismos (trabajadores afectados) del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias...”. No obstante, el Tribunal Constitucional, a partir de sus sentencia del 8 de abril de 1981, ha interpretado esta prohibición en sentido restrictivo determinado que esta es ilícita cuando vulnera el derecho de libertad de otras personas, como los trabajadores no huelguistas o el derecho sobre instalaciones y bienes<sup>12</sup>.

Monereo Pérez y Ortega Lozano consideran que es una medida que acompaña la huelga, pero advierten: “Lo que no debe impedir la ocupación es el funcionamiento de la empresa cuando éste potencialmente sea posible en supuestos de huelga parcial, porque de lo contrario se podría atentar contra la libertad de iniciativa económica. Pero el problema se plantea también respecto a su conciliación con la libertad de trabajo, la cual no debe ser neutralizada por la ocupación del centro de trabajo con ocasión de la huelga, impidiendo a los trabajadores no huelguistas el libre acceso a los locales y puestos de trabajo...”<sup>13</sup>.

Por su parte, en Italia se ha admitido la ocupación de los lugares de trabajo cuando esta se desarrolla dentro del horario de la jornada laboral, pero que sucede cuando esta se excede. La Corte Constitucional también la considera lícita cuando esta ocupación se relaciona directamente con el ejercicio de huelga como lo es en el caso de la huelga articulada y demostrativa o asamblea, de lo contrario será una actividad civilmente ilícita<sup>14</sup>.

Giugni al referirse al tema planteado expresa: “...es una forma particularmente áspera de lucha sindical que se realiza cuando las relaciones intersindicales han superado ampliamente los límites de la ruptura, tal acción

---

<sup>12</sup> SALA FRANCO, Tomás, obra citada, pp. 354 y ss.

<sup>13</sup> MONEREO PEREZ, José Luis y ORTEGA LOZANO “El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico”. Thomson Ruters Aranzadi. España 2019 pp. 350 y ss.

<sup>14</sup> CARINCI Franco, De LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI Paolo y TREU Tiziano “Derecho del Trabajo. 1 El derecho Sindical” Comares Granada 2015 pp. 384 y ss.

puede darse en apoyo de una huelga, o bien con la prosecución, contra la voluntad del empresario laboral”<sup>15</sup>.

En tanto, en Argentina, la regulación del derecho de huelga no está prevista en el ordenamiento expresándose: “...no es una vía autorizada por las leyes y da lugar al procedimiento excepcional de amparo, porque lesiona de un modo irreparable por vía ordinaria el derecho de propiedad y la libertad de trabajar”<sup>16</sup>.

Estala señala que “por afectar el derecho de propiedad del empleador (arts. 14 y 17, Const. Nacional) u otros derechos constitucionalmente tutelados, deben descalificarse como huelgas ilícitas las efectuadas con ocupación del establecimiento, dada que nada justifica la presencia de trabajadores en el lugar del trabajo, luego de finalizada la jornada de labor...”<sup>17</sup>.

Por su parte García señala que: “representa una forma de lucha social y política históricamente utilizada por los trabajadores”, citando algún fallo jurisprudencial del Juzgado de Garantías de San Isidro del año 2009 (caso Kraft), el cual en una sentencia interlocutoria señaló: “una colisión de dos derechos fundamentales que reconoce nuestra Carta Magna, que son el derecho de huelga en el que se amparan los trabajadores que llevan adelante la protesta sindical...y el legítimo derecho del propiedad que invocan los directivos de la empresa...”, el Tribunal en este caso pospuso el desalojo hasta que concluyese la instancia conciliatoria ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, culminada esta ordeno el desalojo<sup>18</sup>.

En Uruguay, con respecto a si la misma constituye un ejercicio del derecho de huelga o no, se pueden sistematizar dos posiciones nítidamente opuestas:

---

<sup>15</sup> GIUGNI, Gino “Derecho Sindical”. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (España) 1983, p. 260.

<sup>16</sup> NUÑEZ, Mariano, “Medios de Presión” en Tratado de Derecho del Trabajo Tomo VIII ACKERMAN Mario Director, TOSCA Diego Coordinador, Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2013, p. 780

<sup>17</sup> ESTALA, Carlos Alberto, “Derecho Colectivo del Trabajo” Editorial Astrea 2da. Edición Buenos Aires 2007 p. 413.

<sup>18</sup> GARCIA, Héctor Omar “El Derecho de Huelga” en “Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo” Tomo II Director SIMON Julio, Coordinador AMBESI Leonardo. Editorial La Ley Buenos Aires Buenos Aires 2012, pp. 634 y ss.

a) En primer término, podemos identificar una posición “tradicional” que considera que el derecho de huelga comprende la ocupación de los lugares de trabajo.

En la misma podemos ubicar a Ermida quien expresó: “La ocupación de los lugares ha sido vista en nuestro país, por la jurisprudencia tanto como por la mayor parte de la doctrina como una modalidad del derecho de huelga: forma atípica de huelga, modalidad, manifestación o expresión (y no “extensión”, como a veces se dice) de la misma.

El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mantienen una jurisprudencia uniforme y constante en el sentido de considerar que la ocupación es una modalidad del derecho de huelga cuya limitación solo se justifica en cuanto deje de ser pacífica.... Esta jurisprudencia de los órganos de control de la OIT es particularmente relevante en nuestro Derecho, habida cuenta que, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 72 y 332 de la Constitución, el bloque de constitucionalidad incluye a las normas internacionales de derechos humanos, en la interpretación que de ellas hacen los órganos especialmente creados para su aplicación o interpretación”<sup>19</sup>.

Loustaunau señala: “...la moderna doctrina civilista sostiene que la producción de un daño en la esfera jurídica ajena, se presume antijurídico cuando es injustificado. Y la ilicitud es entendida como la ausencia de una norma que autorice la realización del hecho dañoso....De modo que quien ejerce su derecho consagrado constitucionalmente no realiza una medida en forma ilícita o antijurídica...”<sup>20</sup>.

En similar visión encontramos a Mantero Álvarez, quien concluye que: “...se desprende que no existe limitación –jurídicamente válida- a la huelga con ocupación, considera a la medida en su materialidad, pudiendo existir limitaciones derivadas de otros derechos subjetivos...”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar, Obra citada, página 193

<sup>20</sup> LOUSTAUNAU Nelson “Ocupación y desocupación de lugares de trabajo”, en revista Derecho Laboral Tomo XLIII No. 218 Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2005 pp.392 y ss.

<sup>21</sup> MANTERO ALVAREZ, Ricardo, Obra citada p. 128.

b) La posición contraria sostiene que la huelga no comprende el derecho a ocupar los lugares de trabajo.

En esta línea de pensamiento se encuentra Ameglio, quien al referirse a la asimilación de la ocupación como huelga señala: “A nuestro juicio es equivocada la concepción jurídica que asimila la ocupación a la huelga. Por más amplio que sea el concepto de huelga, la ocupación no puede ser asimilada, en tanto implica un hacer violento, en lugar de dejar de hacer, o alguna otra forma de abstención que es de la esencia de la huelga...”<sup>22</sup>.

En similar sentido, Pérez del Castillo, se plantea: “Hablar de ocupación pacífica implica una cierta incoherencia porque no será pacífico ocupar un establecimiento en contra de la voluntad de quien lo dirige. Se trata de señalar que el componente indiscutible de violencia implícita no llega al grado de agresión física o al daño de las cosas. Si de esto último se trata, la ocupación recibe un enfoque jurídico distinto y puede ser un ilícito penal...”<sup>23</sup> Asimismo, el citado autor agrega: “Parece claro que una huelga que impide el trabajo de todos contradice la naturaleza del derecho reconocido en la Constitución y choca contra la concepción jurídica liberal de nuestra sociedad”<sup>24</sup>.

Con mayor énfasis Larrañaga expresa: “La ocupación de los lugares de trabajo es una medida de conflicto ilícita por dos razones. En primer lugar, porque no tiene los rasgos esenciales de la huelga. En segundo lugar, vulnera derechos humanos fundamentales reconocidos y protegidos por la Constitución (libertad en general, libertad de trabajo, de conciencia cívica, de empresa, de circulación y derecho de propiedad)”<sup>25</sup>.

Dieste, advierte que: “...la inexistencia de una definición constitucional de huelga no autoriza a incluir dentro de esta noción a cualquier medida de

---

<sup>22</sup> AMEGLIO, Eduardo “La regulación de las relaciones colectivas de trabajo: Por el camino equivocado” en XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Fundación de Cultura Universitaria, julio de 2006 p. 302.

<sup>23</sup> PEREZ del CASTILLO, Santiago Obra citada p. 359.

<sup>24</sup> PEREZ del CASTILLO, Santiago, obra citada página 363.

<sup>25</sup> LARRAÑAGA Nelson “Las Relaciones Laborales Colectivas Uruguayas” Editorial Amalio M. Fernández 1era. Edición. Montevideo, julio de 2014 p. 306.

autotutela. Si aplicáramos esta metodología para otros institutos, terminaríamos desvirtuándolos, tal como se hace con la huelga”<sup>26</sup>.

Desde otra disciplina jurídica el Derecho Administrativo, Delpiazzo y Robaina ven a la ocupación de lugares de trabajo como un ataque al “Estado de Derecho” expresando: “...la ocupación es fenómeno fáctico en el que la voluntad unilateral de unos se impone a otros, vulnerando sus derechos”<sup>27</sup>.

### 3.2. Su colisión con los derechos fundamentales

Más allá de la posición que se adopte sobre la naturaleza jurídica de la ocupación de los lugares de trabajo, no cabe duda de que esta confronta con derechos fundamentales.

En efecto la ocupación de trabajo, afecta a aquellos trabajadores en por lo menos dos de sus derechos: el derecho a ser protegidos en el goce del trabajo reconocido expresamente el artículo 7 de la Carta, como también en su derecho a la Libertad Sindical en su sentido negativo, es decir a no adherir a las medidas sindicales. A su vez menoscaba el derecho de propiedad del empleador al privarlo de su uso, y sin duda el derecho a la libertad de empresa reconocido por el art. 36 de la Norma Fundacional.

Ante un conflicto de derechos, siguiendo a Alexy “una restricción a los derechos fundamentales sólo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor”, considero entonces que el derecho de huelga, debe de contextualizarse y coordinarse con los otros derechos afectados<sup>28</sup>.

Precisamente sobre la ponderación Alexy dirá que se puede apreciar en tres pasos: “...en el primer paso es preciso definir el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la

---

<sup>26</sup> DIESTE, Juan Francisco, “Medias de Conflicto Colectivo distintas de la Huelga” en “Estudios sobre el Derecho de Huelga. Homenaje a Santiago PEREZ del CASTILLO” AA.VV. Coordinadores RODRIGUEZ AZCUE, Álvaro y PEREZ del CASTILLO, Matías. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2023, p. 328

<sup>27</sup> DELPIAZZO Carlos y ROBAINA Andrés “Estado de Derecho y Ocupaciones” Revista de Derecho Universidad de Montevideo, Volumen 5 No. 9 año 2006 (consultada en internet).

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2da. Edición. Madrid España 2012 p. 257.

importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”<sup>29</sup>.

Siguiendo las reglas enunciadas, se debe ponderar por una parte: la importancia de la no satisfacción del derecho a trabajar, el derecho a no adherirse a una medida de lucha, y también el del empleador a ejercer su derecho de libertad de empresa; con la no satisfacción del derecho de ocupación de los lugares de trabajo. Aceptando que de esta comparación surge que prevalecen los primeros, se debería preguntar que tanto afecta o menoscaba el derecho de huelga por verse impedidos de ocupar el lugar de trabajo, en la mayoría de los casos estimo que muy poco, ya que el derecho de huelga en su sentido clásico como abstención de trabajar en pos de una reivindicación permanece intacto, en tanto en caso contrario de considerarse que prevalece la ocupación de los lugares de trabajo, se afectaría gravemente los primeros derechos mencionados.

Al respecto Arese advierte: “...sin duda este sistema de proporcionalidad, constituye un método de resolución de casos, pero, según advierte Luigi Ferrajoli en “Un debate sobre principios constitucionales”, implica también sus riesgos. Su crítica no se dirige al rol de la ponderación sino más bien “...a la excesiva ampliación del mismo en la actuación legislativa y en la interpretación jurisprudencial de las normas constitucionales. Tengo la impresión de que a causa de tal ampliación, la ponderación ha acabado por convertirse en una burbuja terminológica, inflada enormemente hasta designar las formas más desenvueltas de vaciamiento y de inaplicación de normas constitucionales, tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial.”...”<sup>30</sup>.

No es ajeno al análisis que las ocupaciones suelen tener como móviles “la intención de preservar la fuente de trabajo, el interés de poner obstáculos al empleador para continuar la actividad, el deseo de impedir la contratación de reemplazantes y la oportunidad de agravar la misma acción de protesta”<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. Obra citada p. 529

<sup>30</sup> ARESE, César “Derechos Humanos Laborales”. Editores Rubiznal Culzoni 2da. Edición. Buenos Aires 2022, p. 822

<sup>31</sup> PEREZ del CASTILLO Santiago, Obra citada p.358.

No obstante, y más allá de lo comprensible cuando la medida tiene naturaleza cautelar de otros derechos, debe ponderarse que el ordenamiento jurídico consagra herramientas jurídicas efectivas a tales fines, como lo son la traba de embargo, medidas de no innovar etc., que cumplen con el fin garantista de los créditos laborales de los trabajadores.

### **3.3. Antecedentes de regulación**

Como se expresó, Uruguay se caracterizó históricamente por un abstencionismo en la regulación de los denominados “institutos de derecho colectivo” (huelga, fuero sindical, negociación colectiva), siendo el soporte normativo del mismo los arts. 57 y 65 de la Constitución de la República, la Ley No. 13.720 de 16 de diciembre de 1968, artículos 3 literal f, 4 y 5 así como los Convenios Internacionales del Trabajo aprobados en el seno de la O.I.T y ratificados por nuestro país<sup>32</sup>.

En cuanto refiere a la ocupación de lugares de trabajo podemos distinguir la siguiente cronología normativa:

Decreto del Poder Ejecutivo No. 512/966 (modificado por Decreto No. 286/000), por el cual se facultaba al Ministerio del Interior a desalojar los lugares de trabajo a solicitud del empleador. Fue derogado por el Poder Ejecutivo en el año Decreto No. 145/005 del 2 de mayo de 2005.

El Decreto No. 165/006 de 30 de mayo de 2006, establece un procedimiento para la prevención y solución de conflictos en forma “transitoria” hasta tanto se regulase por ley, lo cual a la fecha nunca ocurrió.

En dicha norma jurídica se reconoce a la ocupación de lugares de trabajo como una forma de ejercicio del derecho de huelga en tanto esta sea pacífica y se establecen una serie de garantías a fin de preservar los bienes de la empresa (artículo 4to). El mecanismo instaurado hace sumamente dificultoso que a través del mismo se pueda desalojar efectivamente los lugares de trabajo.

---

<sup>32</sup> Este abstencionismo ha sido modificado con la aprobación de una serie de normas que suponen el intervencionismo en el derecho colectivo: Leyes 17.940 de libertad Sindical, 18.508 Negociación Colectiva en Sector Público y 18.566 Negociación Colectiva.

Respecto de esta última norma Pezzutti advierte que: "...la Constitución consagra en forma expresa, dos derechos que se confrontan definitivamente con el fenómeno de la ocupación: el derecho al trabajo –comprensivo del subordinado como del independiente- y el derecho de propiedad. Y volvemos a plantearnos que toda interpretación del concepto huelga debe responder a su armonización con estos textos..."<sup>33</sup>.

A diferencia del procedimiento señalado precedentemente, el Decreto No. 354/010 de 2 de diciembre de 2010, establece el régimen de desocupación ágil cuando el lugar ocupado sea un organismo público de cualquier naturaleza.

Se instala así lo que se podría denominar un régimen "bifronte". Esta diferenciación de regímenes cuando se trata de la actividad privada o pública no fue ajena a críticas así es que Durán Martínez señala: "...no todos los inmuebles estatales tienen la misma importancia. No es lo mismo ocupar un Juzgado que el local que dispone ANCAP para fabricar whisky y no hay ninguna diferencia entre ocupar ese local de ANCAP y el de un particular destinado también a producir whisky...". Así es que el citado autor acude a Cervantes, y su inmortal "Don Quijote de la Mancha", encontrando como única justificación la denominada "ley del encaje" que reza: "Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos", a la cual se acudía cuando el único fundamento consistía en que se le había "encajado" en la cabeza del gobernante, es decir la arbitrariedad pura<sup>34</sup>.

Sobre este tratamiento desigual para el sector público y sector privado, manifestó una visión crítica Mantero de San Vicente: "...pueden justificarse en caso de ciertas dependencias públicas (Poderes del Estado, por ejemplo, cuyo funcionamiento no debe perturbarse) pero no tan claramente en el caso de los entes del dominio industrial y comercial del Estado"<sup>35</sup>.

#### 4. Régimen actual

---

<sup>33</sup> PEZZUTTI, Miguel "Ocupaciones de Lugares de Trabajo" en Anuario de Derecho Administrativo. Tomo XIV. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2007 p. 82.

<sup>34</sup> DURAN MARTINEZ, A., "Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo", La Ley Uruguay, año p. 325.

<sup>35</sup> MANTERO de SAN VICENTE, Osvaldo. "Derecho Sindical" Tomo I Fundación de Cultura Universitaria 2da. Edición abril de 2015 p. 227.



El artículo 392 de la Ley 19.889 establece: “(Libertad de trabajo y derecho de la dirección de empresa) El Estado garantizará el ejercicio pacífico del derecho de huelga, el derecho de los no huelguistas a acceder y trabajar en los respectivos establecimientos y el derecho de la dirección de las empresas a ingresar a las instalaciones libremente”.

Dicha disposición legal fue reglamentada por el Decreto 281/020 de 15 de octubre de 2020.

#### **4.1. Fundamentos de la reforma**

Entre los elementos que justifican la instauración del nuevo régimen se encuentran las medidas necesarias para el cumplimiento de las observaciones formuladas por la Organización Internacional del Trabajo y los fallos jurisprudenciales.

##### **4.1.1. Observaciones de la OIT**

En efecto, ante denuncias presentadas por el sector empleador por la violación del C.I.T 87, la O.I.T, observó a nuestro país sobre el punto señalando que sin perjuicio de mantener su histórica posición de que eran aceptadas las ocupaciones de los lugares de trabajo y piquetes en tanto fueran pacíficos, en todo momento se deberá garantizar el derecho de los no huelguistas a trabajar, así como el derecho de la dirección de la empresa a entrar a los locales<sup>36</sup>.

El Comité de Libertad Sindical en el caso No. 2699 de marzo de 2010 en párrafo 1384, y ante un recurso de Queja expresó: “...el ejercicio del derecho de huelga y la ocupación del lugar de trabajo deben de respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas, así como el derecho de dirección de la empresa de penetrar en las instalaciones de la misma. En estas condiciones, el Comité pide

---

<sup>36</sup> Observación realizada en la 102 reunión de la Organización Internacional del Trabajo en el año 2012.

la Gobierno que vele por el respeto de estos principios en las normas reglamentarias que se dicten y en la práctica...”<sup>37</sup>.

En tal sentido, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en el año 2019 señala: “...constata, sin embargo que la propuesta gubernamental de marzo de 2017: i) no parece contemplar modificaciones respecto de las ocupaciones de empresa, que tendrían lugar posteriormente al agotamiento del procedimiento propuesto de prevención y solución de conflictos, y ii) no prevé explícitamente la sumisión de las ocupaciones de empresa a la obligación de respetar la libertad de trabajo de los no huelguistas. A este respecto, la Comisión reitera que “los piquetes de huelga y la ocupación de los lugares de trabajo deberían estar permitidos siempre que estas acciones se desarrollen pacíficamente. Solo pueden imponerse restricciones este tipo de acciones cuando pierdan su carácter pacífico. Ahora bien, en todos los casos debe garantizarse el respeto de la libertad de trabajo de los no huelguistas, así como el derecho de la dirección a entrar en los locales de la empresa”.....Subrayando nuevamente la relevancia de los lineamientos establecidos por la jurisprudencia nacional a este respecto, la Comisión pide al Gobierno que, después de haber sometido el texto a la consulta de los interlocutores sociales, someta al Parlamento un proyecto que regule las ocupaciones de empresas de una manera plenamente conforme con el Convenio. Recordando que puede seguir contando con la asistencia técnica de la Oficina, la Comisión espera firmemente que el Gobierno podrá informar a la brevedad de avances concretos a este respecto”.

Ahora bien, independientemente si la ocupación supone un ejercicio lícito del derecho de huelga, (aun aceptando esta posición) el ejercicio del derecho de huelga tiene sus límites internos y externos. En especial en cuanto a los externos se produce la colisión con otros derechos.

#### 4.1.2. Pronunciamientos Jurisprudenciales

---

<sup>37</sup> Mencionado por LARRAÑAGA Nelson, obra citada p. 323.

La insuficiencia de un mecanismo eficiente para proteger los derechos del empleador y de los trabajadores no adherentes ha motivado que quienes se sienten lesionados en sus derechos constitucionales por la ocupación de los lugares de trabajo, y por carecer de una vía adecuada, recurran al procedimiento de tutela jurisdiccional de “Acción de Amparo” previsto por la Ley No. 16.011 ante los Juzgados Letrados Civiles; quienes mayoritariamente han amparado las pretensiones de desocupación.

El no proteger el derecho a trabajar de los no huelguistas supone una lesión a su derecho a la libertad sindical en su contenido negativo, que incluye que el trabajador puede no adherir a las medidas gremiales.

El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5to. Turno en su Sentencia No. 159/2006 de 6 de octubre de 2006, sobre la ocupación señaló: “...expresa una conducta que implica el quiebre y el desconocimiento de ese equilibrio de los derechos constitucionales de unos y de otros. Esto y no otra cosa es lo que transforma a la medida adoptada en clara y manifiestamente ilegítima...”. En tanto el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno en Sentencia No. 123/2007 de 16 de mayo de 2007 expresó que atenta: “...contra el goce de la libertad, la seguridad, el trabajo y la propiedad (art. 7 de la Carta), la disponibilidad de los papeles particulares (art. 28) y la libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita (art. 36)...”<sup>38</sup>.

Por su parte, en Sentencia No. 26/2019 de 24 de abril de 2019 el Juzgado Letrado en lo Civil de 16º. Turno, señaló: “...La ilegítimada de la medida es notoria, dado que atenta contra los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente (en especial la propiedad), que solamente pueden encontrar su límite en una ley basada en el interés general. El derecho a la propiedad es un derecho inviolable. Su titular solamente puede verse privado de su libre goce y ejercicio por una ley, basada en la necesidad o utilidad pública, como sucede frecuentemente y a vía de ejemplo, mediante las expropiaciones d, donde percibe a cambio una compensación acorde...”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Sentencias mencionadas por LARRAÑAGA Nelson, en obra citada pp. 320 y ss.

<sup>39</sup> Sentencia No. 26/2019 adoptada en autos caratulados: “Montevideo Gas-Grupo Petrobras SA c/La Unión Autónoma de Obreros y Empleados del Gas (UAOEGAS) Amparo” IUE 2-17784/2019.

## 4.2. Principales aspectos del régimen vigente

El nuevo régimen jurídico sobre la ocupación de los lugares de trabajo, se caracteriza por los siguientes aspectos.

Reglamenta a través de un medio jurídicamente idóneo la ley, derechos consagrados en la Constitución, y que habían sido hasta este momento regulados a través de un decreto, ponderándolos asimismo con otros derechos.

El artículo 392 de la Ley No. 19.889 no prohíbe las ocupaciones de los lugares de trabajo, sino que las limita al ejercicio de otras personas de trabajar y dirigir su empresa. Así es que Castello expresa que el legislador "...optó por una modalidad indirecta de regulación de este tipo de protesta. En lugar de establecer una prohibición lisa y llana, como sucede en muchos ordenamientos extranjeros, la norma utiliza una técnica indirecta que consiste en exigir que los huelguistas no realicen dos tipos de conducta que forman parte de la esencia de la ocupación: el impedir, limitar, cercenar o coartar el ingreso al establecimiento de los directivos, y de los trabajadores no adherentes a la huelga..."<sup>40</sup>.

La nueva norma cumple adecuadamente con las observaciones realizadas por la O.I.T referentes a que el ejercicio del derecho de huelga<sup>41</sup>.

El Decreto No. 281/020 elimina, de su fundamentación el reconocimiento explícito realizado en los fundamentos del Decreto No. 165/006, que la ocupación es una modalidad de ejercicio del derecho de huelga.

Desde lo formal unifica los regímenes de desocupación de los lugares de trabajo tanto sea en el ámbito público como privado, eliminando un trato diferencial que no siempre tenía justificación.

Elimina las previsiones y constancias de garantías que se daban al momento de realizar la huelga.

## 4.3. Evaluación del régimen actual

---

<sup>40</sup> CASTELLO, Alejandro "Límites del derecho de huelga en el art. 392 de la Ley No. 19.889" en revista Derecho Laboral Tomo LXIII No. 278-279 abril setiembre de 2020, Fundación de Cultura Universitaria p. 49.

<sup>41</sup> Ídem, p. 43.

Transcurridos casi cuatro años desde la aprobación de la norma que habilita las desocupaciones se han registrados 163 casos de ocupaciones de lugares de trabajo, de los cuales el 75 por ciento ocurrió en el sector público, siendo la mayoría de ellos establecimientos de enseñanza secundaria. En un 99% de los casos la desocupación fue pacífica<sup>42</sup>.

## 5. Reflexiones

A manera de síntesis, se formulan las siguientes reflexiones conclusivas:

1) El derecho de huelga es un derecho humano fundamental consagrado en la Constitución de la República. Su ejercicio supone la abstención concertada colectivamente de realización de tareas para la consecución del interés profesional.

2) Del mismo modo que todos los derechos tienen sus límites, en el caso de la huelga se distinguen los internos que son derivan de su propia definición de huelga; y los externos que provienen de su coordinación con otros derechos de igual jerarquía.

3) La ocupación de los lugares de trabajo, en una modalidad de acción sindical pero no integra el derecho de huelga, en tanto su esencia consiste en un accionar violento contra derechos fundamentales.

4) La ocupación de los lugares de trabajo tensiona los límites externos del derecho de huelga, en tanto se afectan derechos consagrados en la Constitución, como lo son el de trabajo, la libertad sindical negativa y el ejercicio de la libertad de empresa.

5) La Ley No. 19.889 en su artículo 392, desde lo formal tiene la jerarquía normativa necesaria, para proceder a regular el derecho de huelga, reconocido en la Carta, y desde lo sustancial coordina el ejercicio del derecho de huelga con otros derechos fundamentales, contemplando las observaciones de

---

<sup>42</sup> Estudio realizado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, comentado en el diario "El País" en su edición del día 7 de abril de 2024.

la Organización Internacional del Trabajo, los pronunciamientos jurisprudenciales y posiciones de parte de la doctrina.

6) El Decreto 281/020, se dicta a efectos de dar cumplimiento a la nueva disposición legal, dotándolo de una jerarquía mayor que la del régimen anterior.

7) La normativa ahora vigente, no afecta ni limita el derecho de huelga, sino que en su caso pondera el mismo con otros derechos dignos de la misma protección; con los cuales deberá apreciarse en el caso concreto, y en su caso siempre permanecerá la posibilidad de su ejercicio en su forma primogénita.

8) El ahora vigente Decreto referente a las desocupaciones de trabajo, elimina diferencias no siempre justificables entre el procedimiento cuando se trata de una ocupación de un lugar de trabajo público y privado.

## Bibliografía

- ALEXY, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da. Edición, Madrid.
- AMEGLIO, E. (2006). “La regulación de las relaciones colectivas de trabajo: Por el camino equivocado”, *XVII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria.
- ARESE, C. (2022). *Derechos Humanos Laborales*, Editores Rubiznal Culzoni, 2da. Edición, Buenos Aires.
- CARINCI, F., De LUCA TAMAJO, R., TOSI, P. y TREU, T. (2015). *Derecho del Trabajo. El derecho Sindical*, Comares, Granada.
- CASTELLO, A. (2010). “El derecho de huelga. Principales características del modelo uruguayo”, *revista Derecho Laboral*, Tomo LIII, No. 240 Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- CASTELLO, A. (2020). “Limites del derecho de huelga en el art. 392 de la Ley No. 19.889”, *revista Derecho Laboral*, Tomo LXIII, No. 278-279, Fundación de Cultura Universitaria.
- DELPIAZZO, C. y ROBAINA, A. (2006). “Estado de Derecho y Ocupaciones”, *Revista de Derecho*, Universidad de Montevideo, Volumen 5, No. 9.
- DIESTE, J. F. (2023). “Medidas de Conflicto Colectivo distintas de la Huelga”, en AA.VV., *Estudios sobre el Derecho de Huelga. Homenaje a Santiago PEREZ del CASTILLO*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- DURAN MARTINEZ, A. (2012). “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, *La Ley*, Uruguay.ERMIDA URIARTE, O. (2012). *Apuntes sobre la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Tercera Edición.
- ESTALA, C. A. (2007). *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Astrea, 2da. Edición, Buenos Aires.
- GARCIA, H. O. (2012). “El Derecho de Huelga”, en SIMON, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo*, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- GIUGNI, G. (1983). *Derecho Sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, España.

- LARRAÑAGA, N. (2014). *Las Relaciones Laborales Colectivas Uruguayas*, Editorial Amalio M. Fernández, 1era. Edición, Montevideo.
- LOUSTAUNAU, N. (2005). “Ocupación y desocupación de lugares de trabajo”, *revista Derecho Laboral*, Tomo XLIII, No. 218, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- MANTERO ALVAREZ, R. (1992). *Límites al Derecho de Huelga*, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo.
- MANTERO de SAN VICENTE, O. (2015). *Derecho Sindical*, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, 2da. Edición.
- MONEREO PEREZ, J. L. y ORTEGA LOZANO, P. (2019). *El derecho de huelga: configuración y régimen jurídico*, Thomson Ruters Aranzadi, España.
- NUÑEZ, M. (2013). “Medios de Presión”, en ACKERMAN, M. (Dir.), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo VIII, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires.
- OJEDA AVILÉS, A. (1995). *Derecho Sindical*, Editorial Tecnos, Séptima Edición, España.
- PEREZ del CASTILLO, S. (1993). *El Derecho de la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1era. Edición, Montevideo.
- PEZZUTTI, M. (2007). “Ocupaciones de Lugares de Trabajo”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo XIV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- PLA RODRIGUEZ, A. (2001). *Curso de Derecho Laboral*, Tomo IV, Volumen 2, Ediciones Idea, Montevideo.
- RODRIGUEZ MANCINI, J. (2004). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Editorial Astrea, 5ta. Edición ampliada, Buenos Aires.
- SALA FRANCO, T. (2013). *Derecho Sindical*, Tirant Lo Blanch, Valencia.



---

## LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN ESPAÑA

## THE LOSS OF VALIDITY OF THE COLLECTIVE AGREEMENT IN SPAIN

Juan GORELLI HERNÁNDEZ

*Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Huelva (España).*

[gorelli@us.es](mailto:gorelli@us.es)

Fecha de envío: 01/10/2024

Fecha de aceptación: 18/10/2024

---

## LA PÉRDIDA DE VIGENCIA DEL CONVENIO COLECTIVO EN ESPAÑA

Juan GORELLI HERNÁNDEZ

*Universidad de Huelva (España)*

---

**Resumen:** El presente trabajo pretende analizar cómo pierde vigencia un convenio colectivo en España. Se trata de un tema complejo, pues hay elementos contradictorios que entran en juego: de un lado el carácter temporal del convenio, pero también la libertad de las partes para regular la cuestión y, por último, el papel de la propia regulación legal que establece mecanismos dirigidos a dotar al convenio de cierta estabilidad para evitar vacíos normativos. Por otra parte, la jurisprudencia tiene también un papel relevante, especialmente para resolver aquellas situaciones en las que la prórroga del convenio colectivo tiene carácter indefinido, pues ha permitido evitar la petrificación de las condiciones pactadas en convenio. Como comprobaremos, este conjunto de elementos contradictorios dificulta determinar con precisión el momento de pérdida de vigencia del convenio.

**Palabras clave:** Negociación colectiva - Convenios colectivos - Vigencia del convenio - Ultraactividad

**Sumario:** 1. Planteamiento del problema y su complejidad. 2. La denuncia del convenio. 3. La prórroga del convenio. 4. La ultraactividad del convenio. 4.1 ¿Qué es la ultraactividad del convenio? 4.2 Ultraactividad y vigencia del convenio colectivo. 4.3 Efectos de la ultraactividad. 4.4 Duración de la ultraactividad y fin de la vigencia del convenio. 5. Sucesión y sustitución de convenios. 6 Conclusiones.

**Abstract:** This work aims to analyze how a collective agreement loses validity in Spain. This is a complex issue, as there are contradictory elements that come into play: on the one hand, the temporary nature of the agreement, but also the freedom of the parties to regulate the issue and, finally, the role of the legal regulation itself that establishes mechanisms aimed at providing the agreement with a certain stability to avoid regulatory gaps. On the other hand, jurisprudence also has a relevant role, especially to resolve those situations in which the extension of the collective agreement is indefinite, since it has made it possible to avoid the petrification of the conditions agreed in the agreement. As we will see, this set of contradictory elements makes it difficult to determine precisely the moment of loss of validity of the agreement.

**Keywords:** Collective bargaining - Collective agreements - Validity of the agreement - Ultraactivity

**Summary:** 1. Statement of the problem and its complexity. 2. The denunciation of the agreement. 3. The extension of the agreement. 4. The ultraactivity of the agreement. 4.1 What is the ultraactivity of the agreement? 4.2 Ultraactivity and validity of the collective agreement. 4.3 Effects of ultraactivity. 4.4 Duration of the ultraactivity and end of the validity of the agreement. 5. Succession and replacement of agreements. 6 Conclusions.

## 1. Planteamiento del problema y su complejidad

Parecería que analizar esta cuestión, la pérdida de vigencia de un convenio colectivo, debiera tener escaso interés, pues o bien el convenio ha de terminar su vigencia cuando llega al plazo fijado por las partes, o bien es posible que el ordenamiento establezca una duración máxima a la vigencia de un convenio colectivo. Sin embargo, la realidad evidencia que la cuestión es mucho más compleja de lo que parecería a simple vista; y, desde luego, en los términos del ordenamiento legal y convencional español, así ocurre.

Al analizar la cuestión con más detalle se evidencia cómo va a tener especial importancia la doble condición que tiene el convenio colectivo. En España el convenio colectivo es fuente del derecho, una verdadera norma jurídica; equiparable, por tanto, a la ley o al reglamento (si bien, con diferente posición jerárquica -inferior-). No obstante, a la hora de analizar el convenio, es tradicional que en mi país acudamos a una expresión italiana: el convenio tiene alma de ley, pero cuerpo de contrato.

Esta duplicidad va a plasmarse de una manera bastante evidente en el problema que analizamos. Así, a la hora de determinar la pérdida de vigencia del contrato, va a tener especial importancia la voluntad de las partes; no en vano estamos ante una norma pactada, que formalmente es un contrato entre partes.

Pero, de otro lado, el propio ordenamiento, consciente de la necesidad del convenio para el correcto funcionamiento, no sólo de las relaciones laborales, sino incluso del propio proceso productivo de las empresas (la propia gestión del proceso productivo funciona en buena medida gracias a la regulación establecida en el convenio colectivo), establece diferentes mecanismos dirigidos a garantizar el mantenimiento del convenio, tal como ocurre con la prórroga ordinaria o la ultraactividad del convenio. Con esta intervención se evidencia que el legislador se plantea que la pérdida de vigencia del convenio debe producirse en términos similares a lo previsto por el art. 2.2 del Código Civil para las leyes: “Las leyes solo se derogan por otras posteriores”. Parece, por tanto, que la lógica del sistema legal sería apostar por la “sucesión de convenios”; es decir, el convenio colectivo pierde vigencia por la entrada en vigor del nuevo convenio (tal

como señala el art. 86.5 del Estatuto de los Trabajadores -ET a partir de ahora-, el convenio que sucede a uno anterior, deroga a este en su totalidad, salvo los aspectos que expresamente se mantengan).

El ordenamiento español regula la vigencia del convenio colectivo fundamentalmente a través de una norma, el art. 86. Ciertamente existen otras normas relevantes sobre la dimensión temporal del convenio (por ejemplo, los arts. 85.3 b) ET sobre la determinación del ámbito temporal del convenio, 85.3 d) ET sobre la denuncia del convenio como contenido mínimo del mismo, o el art. 90.4 ET sobre la entrada en vigor del convenio); pero el art. 86 ET es la norma central; y en ella puede apreciarse perfectamente esta tensión entre la duplicidad propia del convenio colectivo como norma y como contrato: corresponde a las partes fijar la duración del convenio; las partes pueden establecer diferente duración por materias o grupos homogéneos de materias dentro del mismo convenio; los sujetos legitimados pueden pactar, durante la vigencia del convenio, su revisión (y, por tanto, alterar su duración); pese a que las partes establezcan un término final del convenio, se requiere la previa denuncia de alguna de las partes; si no hay denuncia expresa, el convenio se prorroga automáticamente (salvo pacto en contrario); llegado el término final y producida la denuncia, la pérdida de vigencia se producirá según lo pactado por las partes; sin embargo, ante la falta de pacto, se prevé la ultraactividad del convenio colectivo que, en la regulación vigente, puede ser indefinida.

Como vemos, la regulación de la vigencia del convenio es realmente compleja, complejidad que se incrementa exponencialmente en el caso de la pérdida de vigencia. Al respecto, debemos tener en cuenta ciertas conclusiones preliminares.

En primer lugar, la extinción del convenio colectivo no se produce automáticamente por la mera llegada del término final, pues el convenio debe ser denunciado previamente en los términos y condiciones que se hayan pactado en el propio convenio<sup>1</sup>. Si falta esta denuncia, el efecto será la prórroga de la

---

<sup>1</sup> GARCIA QUIÑONES, J.C.: "Vigencia y sucesión de convenios colectivos", en AA.VV., dirigidos por F. Valdés-Dal Re, *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley y Wolters-Kluwer, Madrid 2007, página 479; GONZALEZ ORTEGA, S.: "Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos", *Temas Laborales* nº 76 (2004), página 151.

vigencia del convenio por período anual. No obstante, es cierto que las partes pueden pactar que no se produzcan prórrogas, de manera que se produzca el fin automático del convenio en la fecha pactada. Se prevé, por tanto, que la voluntad de las partes se imponga a la exigencia legal.

De otro lado, pese a la lógica de una extinción del convenio por llegada del término final y previa denuncia, el ordenamiento prevé la ultraactividad. Por lo tanto, pese a la suma de denuncia y término final, normalmente el convenio sigue siendo de aplicación mientras se negocia un nuevo convenio. Teniendo en cuenta la ultraactividad, podemos afirmar que, si bien la denuncia no tiene efectos extintivos directos, si es cierto que activa el inicio de la cuenta atrás para la extinción del convenio; digamos que la denuncia es el inicio del fin del convenio. En todo caso, advertamos que, tal como señala el primer párrafo del art. 86.3 ET, siendo la prolongación de la vida del convenio una situación normal, las partes pueden establecer un pacto en contra de dicha posibilidad, optando por la automática pérdida de vigencia tras la denuncia y llegada del término final (o limitando temporalmente los efectos de la ultraactividad). Nuevamente la voluntad de las partes puede alterar la regla legal. Más aún, las partes pueden pactar, no sólo si habrá o no ultraactividad, sino también las condiciones de ésta, que puede ser temporal o indefinida, o que la misma afecte a sólo una parte del convenio, perdiendo vigencia el resto.

En esta compleja situación no sólo debemos tener en cuenta el difícil entramado normativo, sino que también tiene una especial relevancia la jurisprudencia. Quizás el ejemplo más relevante sea algunas de sus intervenciones en materia de ultraactividad. La regla de la ultraactividad supone que, salvo pacto expreso de las partes, el convenio no se extinguirá tras la denuncia y el cumplimiento del término final, manteniéndose su vigencia bien en los términos pactados por las partes, o con el alcance legalmente previsto. Como veremos, la ultraactividad no está sometida a un plazo máximo, pudiéndose ser, en hipótesis, indefinida. Realmente la ultraactividad es una regla que está pensada para facilitar la pervivencia del convenio durante el proceso de negociación de un nuevo convenio. Ello supone que la extinción del convenio debería producirse por la entrada en vigor del nuevo convenio. Pero también

puede ocurrir que los procesos de negociación languidezcan con el paso del tiempo. ¿Supone esta situación la extensión indefinida del convenio? Esta es una posibilidad que repugna al propio sistema de negociación colectiva, pues los convenios son instrumentos de carácter necesariamente temporal, pues las condiciones negociadas deben adaptarse a la concreta situación por la que atraviesa la situación económica. Sin embargo, nuestro ordenamiento, no prevé un plazo máximo de ultraactividad y, por tanto, de pérdida de vigencia del convenio. Ello supone la posibilidad de una ultraactividad indefinida y el mantenimiento de la vigencia del convenio. Es aquí donde interviene la jurisprudencia: el art. 84 ET prevé que, durante la vigencia de un convenio, éste no puede verse afectado por otro convenio posterior de distinto ámbito; es la prohibición de concurrencia entre convenios (v.gr., estando vigente un convenio de una empresa de la construcción, sus condiciones no pueden verse alteradas por el hecho de que se apruebe un posterior convenio del sector de la construcción). Pues bien, la jurisprudencia introduce una excepción a esta regla: será posible la afectación y, por tanto, la sustitución del convenio por otro de diferente ámbito (no confundir con la sucesión), cuando durante la situación de ultraactividad, las partes han abandonado la negociación.

Otro ejemplo lo encontramos en este mismo ámbito, pero con la regulación de la reforma de 2012 (hoy derogada y sustituida por la actual) en materia de ultraactividad. Esta regulación si establecía un plazo máximo a la ultraactividad: un año desde la denuncia del convenio. Ello originó un importantísimo problema práctico, pues el cumplimiento de ese plazo suponía la pérdida de vigencia del convenio y, por tanto, la desaparición de las reglas sobre condiciones de trabajo (jornada, horario, salario, etc): pero también las reglas de gestión de la actividad de los trabajadores por la empresa (movilidad funcional, la estructura profesional de la empresa, etc); lo cual no convenía ni a empresarios, ni a trabajadores, debiendo ser el Tribunal Supremo quien diese una respuesta ante esta situación. Esta respuesta consistió en la contractualización de las condiciones pactadas en el convenio; es decir, considerar que tales condiciones se incorporan al propio contrato de trabajo, de manera que la pérdida de vigencia del convenio no hace desaparecer las

mismas, que dejarían de estar reguladas por una norma jurídica (convenio), para ser simplemente condiciones contractuales.

En definitiva, se confirma lo que afirmábamos dos páginas atrás: la complejidad de esta cuestión. Teniendo en cuenta lo que hemos señalado, podemos afirmar que, salvo que las partes hayan renunciado expresamente a la prórroga del convenio y a la ultraactividad del mismo, no es posible conocer *a priori*, cuándo finalizará la vigencia de un convenio colectivo. Sólo en este caso serán las partes que pactaron el convenio quienes establezcan de manera precisa el término final efectivo del convenio (y, aun así, cabría la posibilidad de una revisión de dicho término final). Ahora bien, un análisis de la negociación colectiva en mi país evidencia que esta es una posibilidad francamente anómala en la realidad práctica.

En líneas generales los escenarios pueden ser los siguientes: de entrada, la situación normal es que el convenio pierda vigencia por la sucesión de otro convenio; es decir, por la entrada en vigor de un nuevo convenio dentro de la misma unidad de negociación (v.gr. un convenio de empresa es sucedido por otro de la misma empresa). De otro lado, es posible la sustitución de convenios, fenómeno que supone un cambio de unidad de negociación. Por ejemplo, por acuerdo de los sujetos negociadores en el ámbito de empresa, que se incorporan a un convenio de ámbito superior, momento en el que se pone fin al convenio anterior de empresa. En tercer lugar, cabe la pérdida de vigencia del convenio por abandono de la negociación. Dicho abandono, expreso o tácito, pondrá fin al convenio, momento en el que no serán de aplicación las reglas de prohibición de concurrencia, de manera que el concreto ámbito podrá ser afectado por un convenio posterior de diferente ámbito, poniendo así fin al previo convenio. Como es lógico, en estos casos es evidente que el abandono tácito es mucho más impreciso que el acuerdo expreso de las partes. Por último, cabe también que las partes hayan renunciado a prórrogas y ultraactividad del convenio, de manera que pacten expresamente la extinción del convenio a la llegada de su término final, de manera que no sea posible el mantenimiento del mismo a través de la ultraactividad.



Veamos ahora las diferentes reglas que rigen la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

## 2. La denuncia del convenio

El ordenamiento español que son las partes quienes han de establecer la duración del convenio (arts. 85.3 letra b y 86.1 ET). No obstante, para la pérdida de vigencia del convenio se requiere la denuncia del mismo, de manera que, ante la ausencia de denuncia, el convenio se prorroga de año en año (salvo pacto en contrario). La denuncia (arts. 85.3 letra d y 86.2 ET) es una comunicación, expresa que realiza una de las partes con capacidad suficiente para ello, dirigida al resto de sujetos legitimados para negociar, de su decisión de dar por finalizado el convenio colectivo; sin que se exija para ello esgrimir causa alguna. Dicha denuncia se produce en conexión con el término final o plazo de vigencia pactada del convenio, pues la denuncia ha de formularse con un plazo de antelación o preaviso, fijado por las partes en el propio convenio, a dicho término final<sup>2</sup>.

Como vemos, la denuncia es una declaración de voluntad extintiva, siendo el primer paso para provocar la extinción del convenio colectivo. Tiene carácter unilateral, pues exigir el acuerdo unánime para la denuncia, supondría imponer la continuidad del convenio, instrumento eminentemente temporal, a quien no lo desea. Además, es una comunicación formal, pues ha de cumplir los requisitos que se hayan establecido por el propio convenio colectivo para formular la denuncia. De otro lado, aun cuando la regulación no lo exige expresamente, es evidente el carácter recepticio de la denuncia, pues dado que va a provocar el fin del convenio, debe ser conocida por el resto de partes<sup>3</sup>. Caso de incumplimientos esenciales de los requisitos de la denuncia, esta no genera los

---

<sup>2</sup> Podemos encontrar similares formas de conceptualizar la denuncia en GARCIA QUIÑONES, J.C.: Op. cit., página 479; MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: "Autonomía colectiva, denuncia y ultraactividad del convenio colectivo", *Temas Laborales* nº 141 (2018), página 95. De igual manera, podemos señalar a la STS de 2 de diciembre de 2016, Recurso para la unificación de la. Doctrina (Recud. a partir de ahora) 14/2016.

<sup>3</sup> RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Contenido mínimo del convenio", *Relaciones Laborales* nº 23-24 de 2014, página 132.

efectos extintivos deseados, por lo que opera la prórroga anual que pretende evitarse con la denuncia.

Surgen así dos cuestiones interesantes: ¿qué requisitos formales se exigen y cuál es la legitimación requerida para denunciar un convenio? En cuanto a lo primero, hay que estar a lo señalado por la regulación legal: el art. 85.3 d) ET establece que forma parte del contenido mínimo del convenio, la regulación de la forma, condiciones, así como el plazo mínimo para la denuncia, previo a la fecha de finalización pactada por las partes (el preaviso).

En cuanto a la forma y condiciones de la denuncia, debemos señalar que el legislador no estable de manera directa cuáles son los requisitos de la denuncia, sino que habilita al propio convenio para que regule ciertas exigencias de forma, condicionamientos y preaviso. Por lo tanto, serán las partes, en el convenio, quienes especifiquen tales aspectos, si es que lo consideran conveniente; por ejemplo, es habitual exigir la forma escrita de la denuncia.

Además, se establece la necesidad de que las partes establezcan un preaviso o “plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia”; es decir, la posibilidad de que las partes incorporen la exigencia de activar la denuncia con una antelación mínima al momento en que se alcance el término final pactado del convenio.

De otro lado, el art. 86.2 ET regula la prórroga anual del convenio, si no media denuncia “expresa” de las partes. Se establece así el carácter expreso de la denuncia que, a diferencia del resto de elementos de la denuncia se configura como una verdadera exigencia legal. La doctrina laboral ha destacado que la denuncia expresa se asimila a denuncia escrita en la mayoría de los convenios colectivos<sup>4</sup>. No obstante, la comunicación escrita sería sólo una de las posibilidades de instrumentar la comunicación. Una denuncia expresa supone que ha de ser manifiesta y explícita, de manera los terceros conozcan la intención del denunciante; pero ello no supone que sea necesariamente escrita, pudiendo existir otras formas de manifestación de la denuncia que, siendo manifiesta y explícita, no sea escrita. En este sentido, se ha admitido la denuncia

---

<sup>4</sup> ALBIOL MONTESINOS., I.: “La denuncia del convenio colectivo”, en AA.VV. *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006, página 476.

tácita entre doctrina y jurisprudencia<sup>5</sup>. La finalidad de una denuncia expresa es que pueda ser conocida por las otras partes que puedan negociar el nuevo convenio colectivo; consecuentemente, la denuncia debe ser recepticia<sup>6</sup>.

El principal problema que se plantea desde la perspectiva de los requisitos formales es el incumplimiento de los mismos. En principio, el incumplimiento de las exigencias esenciales, ya sean legales o convencionales, implican la pérdida de eficacia de la denuncia, de manera que, al carecer la denuncia de eficacia, estamos ante una situación equivalente a la inexistencia de denuncia, por lo que opera la prórroga automática del convenio por período anual (la prórroga regulada por el art. 86.2 ET). No obstante, hay opiniones doctrinales favorables a estimar que no todo requisito de la denuncia supone una exigencia de validez de la misma, de manera que se estima que esta cuestión debe interpretarse de una manera más flexible<sup>7</sup>. Estimo que este planteamiento es correcto y acertado, siempre y cuando se haya comunicado y la comunicación sea suficiente para cumplir los objetivos legales de toda denuncia del convenio<sup>8</sup>. En todo caso, debemos destacar que la jurisprudencia ha venido señalando la falta de validez de la denuncia y, por tanto, la aplicación de la prórroga, especialmente en los casos de denuncias extemporáneas; es decir, las que no respetan el plazo mínimo de preaviso<sup>9</sup>. También en los casos en que el convenio establece la forma escrita para la denuncia, suele considerarse como requisito esencial, de manera que su ausencia vicia la validez de la denuncia<sup>10</sup>. No obstante, incluso en estos supuestos es perfectamente posible que pueda tener efectos y se inicie el proceso de pérdida de vigencia del convenio: cuando la contraparte acepte

---

<sup>5</sup> Así, como ejemplo, podemos señalar a GARCIA BLASCO, J.: “El contenido del convenio colectivo (En torno al artículo 85)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100, Volumen 2º (2000), página 1490. Entre la jurisprudencia pueden verse las SSTs de 30 septiembre 2013, Rec. Cas. 97/2012; y 16 septiembre 2015, Rec. Cas., 177/2014.

<sup>6</sup> En este mismo sentido GOERLICH PESET, J.M.: “Contenido mínimo del convenio colectivo”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida, *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2013, página 433.

<sup>7</sup> En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: Op. cit., página 153.

<sup>8</sup> Así, RODRIGUEZ SAÑUDO-GUTIERREZ, F.: “Vigencia de los convenios colectivos de trabajo, en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid 1995, página 161.

<sup>9</sup> Vid. en este sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional (SSAN) de 14 de mayo de 2014, Proc. 97/2014; y 4 de septiembre de 2014, Proc. 153/2014.

<sup>10</sup> SAN de 4 de septiembre de 2014, Proc. 153/2014.

dicha denuncia extemporánea e inicie el proceso de negociación del nuevo convenio. En caso contrario, si se rechaza negociar, es evidente que se tiene el respaldo de la jurisprudencia que acabamos de citar.

La segunda de las cuestiones que plantea la denuncia del convenio es la relativa a los sujetos que tienen legitimación para denunciar el convenio. Tradicionalmente se ha defendido que los sujetos que pueden denunciar el convenio son aquellos que ostentan la denominada “legitimación plena”; es decir, la legitimación que deben reunir los diferentes sujetos con legitimación inicial o simple para poder constituir válidamente la comisión negociadora del convenio; por tanto, la legitimación establecida por el art. 88 ET: los sujetos que ostenten, como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal; o a la mayoría de empresarios que, a su vez, den ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio. Por lo tanto, una exigencia bastante fuerte para poder denunciar el convenio. En este sentido se acude a la doctrina afirmada por la STS de 21 de mayo de 1997, Rec. Cas. 3312/1996. Se estima que un convenio de eficacia general, requiere de una legitimación plena para poder negociarse (art. 89 ET) y, puesto que la denuncia es necesaria para iniciar las negociaciones del nuevo convenio, debía exigirse idéntica legitimación<sup>11</sup>. Todo ello con independencia de que, en el momento de la denuncia, quienes ostenten esta legitimación, sean sujetos (sindicatos o asociaciones de empresarios) diferentes a quienes negociaron el convenio.

Sin embargo, la posterior STS de 2 de diciembre de 2016, Rec. Cas. 14/2016, ha venido a alterar parcialmente la cuestión, pues distingue entre dos situaciones diferentes: los supuestos en que la denuncia sea el primer paso para iniciar la renegociación del convenio, será necesaria la legitimación plena (es coherente que si vamos a exigir la legitimación plena para negociar el siguiente convenio, también exijamos esa misma legitimación para la denuncia del anterior

---

<sup>11</sup> GARCIA BLASCO, J.: Op. cit., página 1490; GOERLICH PESET, J.M.: “Contenido mínimo (...)”, op. cit., página 435; OJEDA AVILES, A.: “Artículo 85”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada 2012, página 1057.

-de hecho, en estos casos, denuncia y escrito de promoción de nueva negociación, son simultáneos ex art. 89.1 ET-); pero si se trata de una denuncia que no pretende iniciar un procedimiento de negociación (por ejemplo, para provocar un cambio de unidad negociadora -de convenio de empresa a convenio de sector- y aplicar un convenio de ámbito distinto), basta con la legitimación inicial o simple; es decir, aquella que se requiere a cualquier sujeto que puede representar a trabajadores o empresarios (art. 87 ET), e integrarse en la comisión negociadora (a la que sí se exige la legitimación plena).

Para terminar, debemos tener en cuenta los efectos de la denuncia o de la falta de denuncia. Como hemos señalado, la denuncia es necesaria como punto de partida del fin de efectos del convenio. En estos casos se evita la prórroga y se pone en marcha el proceso para eliminar la vigencia del convenio colectivo<sup>12</sup>.

Ahora bien, ¿qué ocurre si ninguna de las partes con legitimación procede a la denuncia? En este caso el ordenamiento español establece una regla que favorece la estabilidad del convenio, pues mantiene la vigencia del mismo: “Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes”. Ante la ausencia de denuncia, el legislador estima que las partes, tácitamente, se muestran favorables al mantenimiento del convenio colectivo que se prorrogará automáticamente. Además, tal como hemos señalado los efectos propios de la falta de denuncia (la prórroga del convenio), también se aplican a aquellos casos en que se produce la denuncia, pero esta no respeta los requisitos pactados. En esta situación la denuncia carece de eficacia y, por lo tanto, la consecuencia será la prórroga anual del convenio colectivo<sup>13</sup>.

En todo caso, la prórroga del convenio es la respuesta del legislador a la falta de denuncia; ahora bien, esta respuesta es supletoria de la voluntad de las partes. Recordemos que el legislador privilegia la autonomía de las partes negociadoras: el propio art. 86.2 ET establece, al regular la prórroga, que esta se producirá “Salvo pacto en contrario (...)”, si no media denuncia expresa. Es

<sup>12</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: Op. cit., página 482.

<sup>13</sup> PASTOR MARTINEZ, A.: “Artículo 86”, en AA.VV., dirigidos por S. Del Rey Guanter, *Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid 2022, página 1869.

decir, las partes, en el propio convenio colectivo pueden evitar que se produzca la prórroga, por la simple vía de establecer en el convenio que no habrá prórroga del convenio, prohibiendo la misma; o bien pactando la denuncia automática del convenio al llegar una fecha, sin necesidad de manifestación expresa. Al evitarse la prórroga del convenio caben dos posibilidades: si al suprimirse la posibilidad de la prórroga, nada más se ha establecido en el convenio, se pasará a la fase de ultraactividad. Si, por el contrario, además de prohibir la prórroga, se establece la extinción del convenio por la llegada de su término final, sin posibilidad de ultraactividad, el convenio deja de producir efectos en ese momento. Lo lógico sería que en estos casos se haya previsto por las partes una alternativa a la falta de regulación, por ejemplo, la aplicación del convenio de sector.

### **3. La prórroga del convenio**

Tal como señala el art. 86.2 ET, si no media denuncia de alguna de las partes, se procede a la prórroga del convenio: “Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes”. Por tanto, la ausencia de denuncia da lugar a la prórroga automática del convenio. En realidad, tal como vamos a ver, no es la única posibilidad de prórroga del convenio, pues si se produce la denuncia del convenio, nuestro ordenamiento también prevé otra prórroga, que la doctrina laboral ha venido denominando como “ultraactividad” del convenio colectivo (art. 86.3 y 4 ET). Para diferenciar ambas prórrogas, creo que es conveniente referirnos a ellas como prórroga automática por falta de denuncia (o, simplemente, prórroga) y ultraactividad.

Entendemos que el objetivo del legislador al establecer la posibilidad de una prórroga automática en caso de falta de denuncia es el mantenimiento del convenio colectivo y de las condiciones en él pactadas. Es decir, el legislador se muestra favorable a un principio de estabilidad, de conservación del convenio, pese a que se haya establecido, por acuerdo entre las partes, una fecha de extinción del mismo. El legislador es perfectamente consciente de la repercusión

que supone la desaparición del convenio colectivo: la necesidad de negociar un nuevo convenio que sustituya al anterior, lo que puede generar una situación de conflictividad entre las partes para determinar las nuevas condiciones. También el temor a un vacío normativo, con el efecto, también relevante, de limitar la capacidad de gestión de la actividad productiva por parte de la empresa. Ante esta posibilidad, el legislador opta por facilitar una vía de escape en forma de prórroga del convenio. Esta solución legal es sólo supletoria de la voluntad de las partes negociadoras, pues estas pueden acordar en el convenio que no haya prórroga.

La prórroga se producirá en aquellos casos en que las partes no denuncien el convenio. Es decir, cuando ninguno de los sujetos con legitimación para denunciar, ejerce este derecho. Dado que la denuncia es la exteriorización una voluntad contraria al mantenimiento del convenio y favorable a proceder a la extinción del mismo, la ausencia de denuncia supone que hay una voluntad tácita de todas las partes legitimadas partes para mantener la vigencia del convenio, que seguirá aplicándose<sup>14</sup>.

Junto al supuesto básico en que se produce la prórroga, ya hemos comprobado que existe una segunda posibilidad: aquellos supuestos en los que se produce una denuncia del convenio, pero dicha denuncia presenta vicios esenciales que la invalidan. En estos casos, la jurisprudencia ha considerado que, al no tener validez la denuncia, el efecto es el de la prórroga del convenio colectivo. En todo caso, recordemos que tal como hemos señalado anteriormente, no todo incumplimiento de los requisitos de la denuncia, pueden ser considerados esenciales (la jurisprudencia se ha centrado sobre todo en la falta de forma escrita cuando esta es requerida por el propio convenio y, sobre todo, en los supuestos de denuncia extemporánea por producirse tras el período de preaviso fijado).

En cuanto a los efectos de la prórroga, ésta se produce de manera automática; es decir, basta que no se haya producido la denuncia o que esta no

---

<sup>14</sup> En este sentido GORELLI HERNANDEZ, J.: "Vigencia y ultraactividad en la negociación colectiva del sector público", en AA.VV. dirigidos por J. García Blasco, *La negociación colectiva en el sector público*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid 2019, página 524.



tenga eficacia, para que, de manera inmediata, a partir de la fecha señalada en el convenio como término final, se produzca su prórroga. No será necesario cumplir requisito alguno, ni existe un plazo de demora o intermedio entre la fecha de término final del convenio y el comienzo de su prórroga. La prórroga produce efectos *ex lege*, de manera que no es necesario que las partes se manifiesten sobre la cuestión (de hecho, la prórroga se produce por la conducta tácita de las partes), ni que lo pacten expresamente.

La prórroga supone la continuidad del convenio, que tendrá plena y absoluta vigencia; es decir, es una vigencia plenamente normal y ordinaria en todos y cada uno de los aspectos y contenidos del mismo. La prórroga supone prolongar la vigencia inicial pactada, siendo las diferentes partes quienes, tácitamente, amplían su duración por la vía de no denunciar el convenio<sup>15</sup>. Por lo tanto, la prórroga no es más que una prolongación de la vigencia inicial pactada por ambas partes, por lo que hay una identidad substancial entre la vigencia pactada y su prórroga. De esta manera, dado que estamos ante una situación de vigencia ordinaria del convenio, durante la prórroga no surge deber u obligación de negociar<sup>16</sup>, manteniéndose también los pactos de paz laboral, siendo, además, ilegal una huelga convocada durante la prórroga y dirigida a alterar lo pactado en el convenio colectivo, pues durante la prórroga el convenio sigue vigente (recordemos que el art. 11.c del RD-Ley 17/1977 establece la ilegalidad de estas huelgas durante la vigencia del convenio. De igual manera, dado que el convenio colectivo está en situación de prórroga, lo que supone su normal vigencia, ello implica también la aplicación de la prohibición de concurrencia entre convenios<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> En este sentido se ha venido manifestando la doctrina laboral. Como ejemplo podemos citar a ARUFE VARELA, A.: *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas, Madrid 2000, página 101; GORELLI HERNANDEZ, J.: "Concurrencia de convenios colectivos en situación de ultraactividad", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 271 (2024), página 48; OLARTE ENCABO, S.: "Artículo 86", en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada 2012, página 1068.

<sup>16</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. y CRUZ VILLALON, J.: *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, Aranzadi, Pamplona 2023, página 209.

<sup>17</sup> ARUFE VARELA, A.: Op. cit., página 102.



La única diferencia, a mi juicio, con la vigencia pactada del convenio, es que la duración de la prórroga se fija por la ley (períodos anuales, art. 86.2 ET) y no por acuerdo entre las partes (art. 86.1 ET). De otro lado, la prórroga evita la entrada en ultraactividad del convenio.

No obstante, si bien hemos señalado que la prórroga es una situación de vigencia absolutamente ordinaria del convenio, debemos tener en cuenta el problema que se plantea en convenios colectivos que regulan cláusulas de revisión salarial, cuando estas se vinculan a la fecha de extinción pactada en el convenio colectivo o cuando tales mecanismos de revisión se establecen sólo para ser aplicados durante la vigencia originalmente pactada (pensemos en un convenio de tres años, en el que se establece un salario para el primer año y se prevé un mecanismo automático de revisión para los dos últimos años de vigencia pactada). Al estar condicionadas a una fecha o momento concreto, tales condiciones salariales no se actualizan a partir de ese momento, aun cuando el convenio esté en situación de prórroga<sup>18</sup>. La solución ante esta situación es la de acordar que los sistemas de revisión o actualización salarial no se limiten sólo al período inicial de vigencia pactada, sino que alcancen también a los períodos de prórroga automática y ultraactividad; o bien prever expresamente un mecanismo de actualización para el caso en que se produzca una prórroga. Son soluciones que incorporan diferentes convenios colectivos en la actualidad

La regulación legal de la prórroga establece cuál ha de ser su duración, señalando una duración meramente anual. Ello supone una importante diferencia con el régimen jurídico de la ultraactividad, que como vamos a ver puede ser incluso indefinida. El hecho de que el legislador haya ceñido la duración de la prórroga a un año supone una manifestación del legislador de su interés en mantener el carácter temporal del convenio.

El plazo anual es limitado, no excesivo, por lo que mantiene el carácter temporal. No obstante, debemos tener en cuenta también que el propio legislador

---

<sup>18</sup> En este sentido pueden verse las SSTs de 18 de julio de 2017, Recud. 603/2015; 29 de noviembre de 2017, Recud. 363/2015; 29 de noviembre de 2017, Recud. 1229/2015; 1 de diciembre de 2017, Recud. 1859/2015; 12 de junio de 2018, Recud. 810/2017; 1 de marzo de 2018, Recud. 2573/2016; 8 de enero de 2019, Recud. 1522/2017; o 17 de septiembre de 2019, Recud. 1524/2017.

está admitiendo la posibilidad de nuevas prórrogas: la literalidad del art. 86.2 ET no se refiere a una única prórroga anual, sino a que los convenios se prorrogarán “de año en año” si no hay denuncia. Por lo tanto, es perfectamente posible que encontremos convenios que, al no ser denunciados dentro de su vigencia ordinaria, se prorroguen; y, a partir de ahí, si dentro de la prórroga anual no se produce la denuncia, volverán a prorrogarse anualmente. Ello permite, por la vía de sucesivas prórrogas, alargar la duración del convenio más allá de un año.

Debemos advertir, no obstante, que es posible alterar la duración de las prórrogas a través del propio acuerdo de las partes. El régimen legal de la prórroga es, pues, dispositivo para las partes, por lo que pueden establecer tanto limitaciones como ampliaciones al plazo legalmente establecido para la prórroga del convenio; amén, por supuesto, de suprimir la posibilidad de prórroga, pasando en este caso directamente a la ultraactividad. También es factible pactar una limitación material en el período de prórroga<sup>19</sup>; es decir, que se acuerde que durante la prórroga del convenio sólo serán de aplicación ciertas condiciones del convenio. Esto no sería sino una forma de vincular la vigencia de ciertas condiciones de trabajo a la fecha del término final del convenio, de manera que, pese a la prórroga, no puedan mantenerse más allá de dicha fecha.

#### **4. La ultraactividad del convenio**

##### **4.1. ¿Qué es la ultraactividad del convenio?**

Producida la denuncia de un convenio, el art. 86 ET, en sus apartados 3º y 4º, regula el mecanismo de la ultraactividad. En realidad, debemos señalar que el término “ultraactividad” no se utiliza por el legislador, sino que ha sido la doctrina laboral y jurisprudencial quien ha utilizado esa denominación, aplicándole los efectos y objetivos que vamos a estudiar.

La ultraactividad es una nueva prórroga de la vigencia del convenio; es decir, de una prolongación de su vigencia más allá del término final que hubieran acordado las partes. Podemos considerar a la ultraactividad como una prórroga

---

<sup>19</sup> SAN de 24 de abril de 2006, Proc. 15/2006.

provisional, cuyo objetivo es permitir que, una vez este haya sido denunciado y se ha cumplido el término final, siga vigente el convenio durante el período de negociación del nuevo convenio colectivo, evitando así que haya un vacío normativo<sup>20</sup>.

No debemos confundir la ultraactividad con la prórroga automática del convenio, pues más allá de que en ambos casos se mantiene la vigencia del convenio, lo cierto es que son dos situaciones diferentes. De entrada, la prórroga automática, tal como acabamos de señalar es consecuencia de la falta de denuncia, mientras que la ultraactividad se producirá por haberse presentado la denuncia. Mientras la prórroga ordinaria o automática es una manifestación de las partes de su interés en mantener la aplicación del convenio y de que no desean entrar en un nuevo proceso de negociación; por el contrario, la ultraactividad se produce en una situación en la que se abre la negociación del nuevo convenio colectivo: el convenio ha sido denuncia, ha comenzado la cuenta atrás para su pérdida de vigencia y las partes deben renegociarlo para que haya así una nueva regulación sobre las condiciones de trabajo. La prueba más evidente de la distinta situación en la que nos encontramos es que durante la prórroga automática no hay obligación de negociar y se mantienen los pactos de paz laboral, mientras que en la ultraactividad estamos en la situación contraria; todo ello como consecuencia de que durante la ultraactividad se desarrolla el proceso de negociación.

Para la institución jurídica de la ultraactividad, resulta esencial el temor a la existencia de un vacío normativo, cuando el convenio ha sido denunciado y llega al término final pactado. Para evitar dicho vacío normativo mientras se negocia un nuevo convenio, el legislador regula la ultraactividad, facilitando un proceso ordenado de negociación para sustituir al propio convenio; proceso que no se verá alterado por esta situación de vacío normativo<sup>21</sup>. Dado que se ha

---

<sup>20</sup> En este sentido se manifestaba la STS 6 noviembre 1998, Rec. Cas. 1688/1998; o la SAN de 30 de diciembre de 2004, Procedimiento 166/2004.

<sup>21</sup> RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: "La aplicación en el tiempo del convenio colectivo", *Relaciones Laborales* Tomo II de 1986, página 25; de igual manera VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2022, página 73; LOPEZ DE LA FUENTE, G.: "La subsistencia aplicativa transitoria de los convenios colectivos tras su denuncia más allá del límite legal: a vueltas con la ultraactividad", *Trabajo y Derecho* nº 17 (2016), versión electrónica.

procedido a denunciar el convenio y ha llegado el término final pactado, la necesidad de evitar el vacío normativo resulta perentoria, siendo esta circunstancia esencial en la propia configuración de la ultraactividad como mecanismo jurídico<sup>22</sup>.

Por lo tanto, el objetivo que persigue el legislador con la ultraactividad es proporcionar a las partes tiempo para negociar y sustituir al convenio, sin que haya vacíos normativos. Es decir, la ultraactividad se justifica por facilitar el mantenimiento de las condiciones establecidas en el convenio, evitando que pese a haberse alcanzado el término final, ello suponga la pérdida de vigencia del convenio colectivo y la desaparición del contenido del mismo. Lo cual, a su vez, se justifica para permitir que las partes puedan negociar el convenio colectivo sin que sobre ellas penda una necesidad perentoria de alcanzar cualquier acuerdo; pues cualquier acuerdo será mejor que carecer de condiciones de trabajo o de medios para poder gestionar la actividad productiva.

Debe tenerse en cuenta que la libertad de las partes resulta esencial también en materia de ultraactividad: de un lado, el art. 86.3 ET en su primer párrafo, señala que la vigencia del convenio, una vez denunciado y que alcanza la duración pactada, “se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio”. Es decir, la finalización del convenio, se producirá según hayan acordado las partes, de manera que estas pueden determinar que no haya prórroga automática y que tampoco pueda producirse la situación de ultraactividad. De otro lado, el párrafo segundo de este mismo precepto señala que durante las negociaciones para la renovación del convenio, se mantiene la vigencia del mismo, “en defecto de pacto”. Con ello se está reafirmando, con meridiana claridad, que las partes pueden determinar si habrá o no ultraactividad del convenio, debiendo estar a la decisión que tomen sobre esta cuestión. En consecuencia, la ultraactividad no es obligatoria, ni se impone legalmente. El

---

<sup>22</sup> AMAADACHOU KADDUR, F.: “El impacto de las últimas reformas legislativas sobre los aspectos concernientes a la dimensionalidad temporal del convenio colectivo estatutario: vigencia y ultraactividad. Cuestiones para el debate”, *Relaciones Laborales* nº 9 de 2014, página 113; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6 (2014), página 237; LOPEZ DE LA FUENTE, G.: Op. cit., versión electrónica; LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho Social* nº 97 (2022), página 95.

legislador se limita a establecer como regla supletoria<sup>23</sup> que, ante la falta de previsión de los negociadores, se aplicará la ultraactividad durante el proceso de negociación. Por lo tanto, la ultraactividad es dispositiva para las partes<sup>24</sup>. En todo caso, cabe señalar que no es precisamente extraño encontrar convenios colectivos que no regulan nada en relación a la ultraactividad, por lo que se aplica de manera supletoria la regulación legal.

#### 4.2. Ultraactividad y vigencia del convenio colectivo

Una de las cuestiones esenciales para comprender el instituto jurídico de la ultraactividad es determinar si la ultraactividad es o no una verdadera fase de vigencia del convenio colectivo; o si, por el contrario, es un período de eficacia del contenido del convenio, pero no de vigencia del mismo.

Desde mi punto de vista no debemos dudar y ha de afirmarse que, durante la ultraactividad, el convenio colectivo se encuentra en una situación de vigencia. De entrada, por pura lógica teniendo en cuenta cuál es la naturaleza de esta figura: es una prórroga del convenio; es decir, consiste en dilatar o extender durante un tiempo el convenio. Pues bien, si el convenio no está vigente, por

---

<sup>23</sup> MARTIN VALVERDE, A.: “Régimen de la ultraactividad”, en AA.VV., coordinados por J.M. Goerlich Peset, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, página 1529.

<sup>24</sup> AA.VV., “Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012”, *Revista de Derecho Social* nº 61 (2013), páginas 12 y 13; ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo (ultraactividad)”, *Revista de Derecho Social* nº 65, página 32; CASAS BAAMONDE, M.E.: “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales* nº 6 de 2013, página 2; GOERLICH PESET, J.M.: “La ultraactividad de los convenios colectivos”, *Justicia Laboral* nº 54 (2013), página 19; LAZARO SANCHEZ, J.L.: “La vigencia de los convenios colectivos: las modificaciones al régimen jurídico del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., coordinados por J. Gorelli Hernández e I. Marín Alonso, *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid 2013, página 175; LOPEZ DE LA FUENTE, G.: Op. cit., versión electrónica.; MOLINA NAVARRETE, C.: “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?”, *Temas Laborales* nº 161 (2022), página 402; SALA FRANCO, T.: “La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Actualidad Laboral* nº 10 de 2013, páginas 1217 y 1218; SALA FRANCO, T.: “La ultraactividad de los convenios colectivos”, en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2014, página 455; SALIDO BANUS, J.L.: “La reforma de la negociación colectiva: la prórroga normativa (ultraactividad) de los convenios colectivos. Urgencia de soluciones prácticas eficaces”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 35 (2013), página 120.

haberla perdido al cumplirse el término final, es imposible prorrogarlo, pues ya no existe. Algo carente de vigencia no puede prorrogarse, pues la pérdida de vigencia es consecuencia de la derogación; por lo tanto, el convenio desaparece del mundo jurídico y pierde sus efectos jurídicos. Si el convenio ya ha perdido vigencia, no es posible su extensión en el tiempo o su continuidad. Eso sí, podría plantearse, en su caso, revivir al convenio y dotársele de nueva “vida” jurídica, pero no prorrogarse. Lógicamente habría que definir en qué consiste esa reviviscencia del convenio y cuáles son sus efectos, que no serían los de la vigencia del mismo; es decir, negar que el convenio está vigente en ultraactividad, nos conduce a considerar que estamos ante un “zombi” jurídico. Por otra parte, si el convenio ha sido prorrogado (pues tiene vigencia), podrá ser modificado, tal como reconoce el art. 86.3 ET. Pero si el convenio ya ha muerto y carece de vigencia, ¿cómo explicar que pueda ser modificado? Para ser modificado, el convenio ultraactivo debería tener autonomía o entidad propia; es decir, esa energía esencial que permite tener vida. En definitiva, vigencia.

La cualidad de estar en vigor, lo que aplicado a las normas jurídicas supone referirnos a la propia existencia de la norma y a su eficacia, de manera que una norma vigente es la que existe y tiene capacidad para obligar a las partes a seguir un determinado comportamiento, que de no cumplirse supondrá la posibilidad de su imposición a través de la actuación judicial. Pues bien, teniendo en cuenta esta realidad, no cabe más remedio que estimar que durante la ultraactividad, el convenio está vigente, pues mantiene su fuerza de obligar a las partes afectadas, de manera que sigue regulando las relaciones jurídicas entre las partes. Desde luego, así ocurre cuando un convenio entra en esta fase de ultraactividad, sin que se genere duda alguna respecto del mantenimiento de su fuerza obligatoria, que deriva, inequívocamente, de su vigencia. De otro lado, hay un sólido argumento para entender que el convenio sigue vigente durante este período: la propia literalidad del art. 86 ET cuando regula la ultraactividad. Este precepto señala que, si las partes nada pactan sobre la ultraactividad, supletoriamente se aplica la ultraactividad legal, afirmando con rotundidad que “se mantendrá su vigencia” (art. 86.3 ET). Además, al regular qué ocurre si durante la negociación las partes no llegan a un acuerdo, y los procedimientos

de mediación o arbitraje no resuelven la cuestión, se afirma que, “se mantendrá la vigencia del convenio colectivo” (art. 86.4 ET).

No obstante, hay opiniones doctrinales que estiman que, tras la denuncia y el vencimiento del término pactado, no cabe hablar ya de vigencia del convenio colectivo. Se entiende en estos casos que se pierde la vigencia del convenio, si bien el legislador impone el mantenimiento de la aplicabilidad del convenio, pese a no estar vigente<sup>25</sup>. También es posible encontrar una opinión similar en la jurisprudencia laboral, que llega a afirmar que la ultraactividad no es una situación de vigencia plena del convenio<sup>26</sup>. Sin embargo, estas interpretaciones chocan directamente contra la literalidad del art. 86 ET, que se refiere al período de ultraactividad como una situación de vigencia del convenio colectivo; de hecho, el convenio sigue teniendo fuerza de obligar que, tal como hemos visto, es la esencia de la vigencia.

De otro lado, parece conveniente aclarar que la denominada ultraactividad de los convenios, no es realmente un verdadero supuesto de ultraactividad. Me explico, pues no pretendo hacer un trabalenguas sin sentido. Recordemos que han sido doctrina y jurisprudencia los que han usado el término “ultraactividad” para referirse a los efectos regulados por el art. 86.3 (y en la actual regulación, también en el apartado 4) ET. Lo que ocurre es que los efectos regulados en este precepto no encajan realmente con la ultraactividad. Todo ello teniendo en cuenta que hemos concebido la ultraactividad como una situación de prórroga de la vigencia del convenio, de manera que, durante lo que denominamos ultraactividad, el convenio está vigente. Lo que defendemos es que, si el convenio está vigente, no puede haber ultraactividad en sentido estricto; o mejor, en el sentido correcto de dicho término.

La ultraactividad de una norma consiste en que una vez que la misma está efectivamente derogada, sin embargo, sigue siendo aplicable a actos jurídicos producidos durante su vigencia, de manera que sus efectos jurídicos alcanzan

---

<sup>25</sup> DURAN LOPEZ, F.: “Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta contractualista limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente”, *Relaciones Laborales* nº 9 de 2014, página 36. También LAZARO SANCHEZ, J.L.: Op. cit., página 174.

<sup>26</sup> Vid. la STS de 17 de mayo de 2004, Rec. Cas. 101/2003.



más allá de su propia existencia o vigencia<sup>27</sup>. De esta manera, una norma es ultraactiva cuando habiendo regulado una situación nacida durante su vigencia, va a seguir siendo aplicable a dicha situación, tras su derogación, incluso estando vigente otra norma distinta que podría asumir la regulación de dicha situación jurídica. Esto es realmente la situación de una norma ultraactiva, siendo evidente que no es coincidente con lo previsto por el art. 86.3 y 4 ET, que realmente prevén una prórroga del convenio vigente, que seguirá estando en situación de vigencia, sin que exista todavía otro convenio posterior que lo haya sustituido (de hecho, la ultraactividad debería durar hasta que dicho segundo convenio sea aprobado y entre en vigor). Por ejemplo, trasladada esta cuestión al ámbito de la negociación colectiva, un convenio sería verdaderamente ultraactivo si las condiciones laborales sobre salario, no sólo fuesen aplicables durante su vigencia, sino que el salario por él regulado, seguiría aplicándose pese a la vigencia de un nuevo convenio colectivo posterior con su propia regulación salarial.

Podemos, por tanto, señalar que cuando una norma está derogada, pero se mantiene su aplicabilidad, estamos ante una norma ultraactiva. Si, por el contrario, una norma no ha sido derogada y mantiene su aplicabilidad, estamos ante una norma vigente.

Lo regulado por el art. 86.3 y 4 ET no es, por tanto, una verdadera situación de ultraactividad. Esta afirmación no supone que la verdadera ultraactividad sea inexistente en el marco de la dimensión temporal del convenio, al contrario, podemos encontrar ejemplos de verdadera aplicación ultraactiva del convenio colectivo. De entrada, podemos pensar en supuestos vinculados a situaciones de derecho transitorio o intertemporal, en forma de reglas de la nueva regulación que determinan la pervivencia de ciertos derechos de la regulación anterior. También podría pensarse en situaciones derivadas de reclamaciones judiciales; es decir, un trabajador reclama sus salarios según convenio vigente, y la demanda se presenta o se resuelve cuando ya ha entrado en vigor el nuevo

---

<sup>27</sup> Tal como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1997, de 27 de febrero, al referirse a la ultraactividad de una norma sancionadora, "lo que la Ley 20/1989 ha hecho es extender la actividad de las disposiciones sancionatorias hacia el futuro después de que, según se entiende, fueran excluidas del ordenamiento jurídico".



convenio. En estos casos, es evidente que el proceso se resuelve en base a la norma vigente en el momento en que nace la deuda.

Pero lo cierto es que la ultraactividad va más allá de estas concretas situaciones, afectando a derechos consolidados que siguen produciendo efectos tras la aprobación de un nuevo convenio. Pensemos en una situación habitual: un convenio pierde vigencia por la entrada en vigor del siguiente. La regulación de este último incide en las situaciones jurídicas creadas al amparo del convenio anterior, si bien dicha incidencia se proyecta hacia el futuro; es decir, su regulación será aplicable sólo tras su entrada en vigor. Esto supone que nuevas condiciones de trabajo, diferentes respecto del convenio anterior, serán de aplicación, pero exclusivamente desde que el nuevo convenio entra en vigor y no antes (es lo que denominamos retroactividad en grado mínimo -que probablemente no sea una verdadera retroactividad-). Sin embargo, podemos encontrar ejemplos de situaciones jurídicas en las que se mantiene la regulación original del convenio bajo el que nacieron, pese a su derogación; sin que les afecte la regulación contenida en el nuevo convenio colectivo. De esta manera, dichas situaciones jurídicas no sufren, en estos casos, alteración como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que regula de diferente manera tal situación jurídica o condición de trabajo. Tal como afirma el Tribunal Constitucional español, en estos casos estaríamos ante una “proyección ultraactiva o de vestigio de vigencia de las disposiciones”<sup>28</sup>.

Desde mi punto de vista, estos supuestos en los que se mantiene el régimen jurídico existente en el momento de nacimiento del derecho son los verdaderos casos de ultraactividad de un convenio colectivo; es decir, de prolongación de los efectos de un convenio, más allá de la derogación y sustitución del mismo; estando ya vigente un nuevo convenio<sup>29</sup>. La ultraactividad del convenio que hemos estudiado, no es sino una situación de verdadera

---

<sup>28</sup> Así la STC 199/1987, de 16 de diciembre; o la STC 290/2000, de 30 noviembre.

<sup>29</sup> La ultraactividad como situación intertemporal de normas jurídicas supone la pervivencia de una norma anterior, que sigue regulando una situación jurídica iniciada con dicha norma anterior, si bien dicha norma se aplica con posterioridad a la nueva regulación sobre la materia. Vid. DIAZ AZNARTE, M.T.: *Teoría general de la sucesión de normas en el tiempo (Una reflexión crítica sobre los principios ordenadores de la eficacia temporal de las leyes)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, página 122.

vigencia del convenio, mientras que aquí estamos ante una situación en la que el convenio anterior ya ha perdido vigencia; sin embargo, no deja de producir efectos jurídicos en ciertos supuesto. Por ejemplo: la STS de 29 de junio de 2010, Recud. 4239/2009, relativa a un trabajador, declarado en situación de invalidez permanente total para el trabajo habitual. En el momento de esta declaración el convenio aplicable reconocía al trabajador la posibilidad de acceder a un nuevo puesto de trabajo adecuado a su situación en su empresa, sin estar limitado tal derecho con plazo máximo alguno. Sin embargo, el nuevo convenio colectivo limitó tal derecho a un plazo máximo de tres años. El TS estimó el derecho sin límite temporal del trabajador, por ser esa la regulación aplicable en el momento de la declaración de invalidez.

#### **4.3. Efectos de la ultraactividad**

Sin lugar a dudas, el principal efecto previsto por el art. 86.3 ET en relación a la ultraactividad, es el mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo, lo que supone que su contenido seguirá siendo de aplicación a las partes afectadas por el mismo. Tal como expresamente señala, salvo pacto en contrario, “Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo (...) se mantendrá su vigencia”. Tal como hemos señalado anteriormente, estamos ante una prórroga o prolongación de la vigencia del convenio, de manera que este va a seguir regulando las condiciones de trabajo y las relaciones laborales dentro de su ámbito; todo ello con independencia de que las partes hubiesen establecido una determinada fecha de término final del propio convenio.

El mantenimiento de la vigencia del convenio durante la fase de ultraactividad permite a las partes renegociar el nuevo convenio que va a sustituir al ya denunciado, sin que las partes sufran las consecuencias de la pérdida de vigencia del mismo, de manera que se evita el vacío normativo que ello supondría, manteniéndose la vigencia del convenio.

A la vigencia del convenio colectivo van a acompañar otro tipo de efectos relevantes. De entrada, la ultraactividad es un período de negociación, de hecho, expresamente el art. 86.3 ET establece que se mantiene la vigencia durante las

negociaciones. Ello supone, como es lógico, que existe un deber de negociar<sup>30</sup>. De otro lado, el art. 89.1 ET señala la coincidencia entre denuncia y promoción de la negociación, de manera que la contraparte “sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones” por las causas expresamente recogidas en dicho precepto; de manera que ambas partes están obligadas a negociar bajo el principio de buena fe. El propio art. 89.2 ET establece la obligación de constituir la comisión negociadora en el plazo de un mes desde la recepción de la comunicación de promoción de negociación.

Otro efecto especialmente relevante de la ultraactividad es si se mantiene o no la prohibición de concurrencia una vez que se entra en esta fase de la vigencia del convenio. Podemos señalar cómo sectores doctrinales<sup>31</sup> y jurisprudenciales<sup>32</sup> han venido defendiendo que en este período no existe prohibición de concurrencia, por lo que podría ser factible la afectación del convenio ultraactivo por otro convenio de distinto ámbito y posterior; si bien afinando este planteamiento, se limita a los convenios de sector, pero no respecto de los convenios de empresa. Es decir, se defiende que no existe prohibición de concurrencia, siempre y cuando el convenio ultraactivo sea de sector. Por el contrario, si se trata de un convenio de empresa ultraactivo, se estima su impermeabilidad frente a los posteriores convenios de sector impidiendo su absorción por una unidad superior (es decir, se admite la afectación ascendente, pero no la descendente durante la ultraactividad). Desde mi punto de vista, creo que esta cuestión debe conectarse con el hecho de que se mantengan o no activos los procesos de negociación. De esta manera, habría

---

<sup>30</sup> GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre la eficacia de los convenios colectivos (...)”, op. cit., página 242; LAHERA FORTEZA, J.: “Ultraactividad pactada indefinida y deber de negociar (STS 1-12-2015)”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 4 de 2016, página 372; LOUSADA AROCHENA, J.F.: Op. cit., página 95; MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., páginas 97 y 98.

<sup>31</sup> CARRIZOSA PRIETO, E.: “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *Temas Laborales* nº 140 (2017), página 100; CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., página 17; GOERLICH PESET, J.M.: “La ultraactividad (...)”, página 19; LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, página 40; LOPEZ TERRADA, E.: “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 48 (2018), página 77; LOUSADA AROCHENA, J.F.: Op. cit., páginas 98 y 99; MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., página 1541; MARTINEZ YAÑEZ, N.M.: Op. cit., página 96; SALA FRANCO, T.: “La duración y la ultraactividad (...)”, op. cit., página 1225.

<sup>32</sup> Vid. las SSTs de 2 de febrero de 2004, Recud. 3069/2002; 21 de diciembre de 2005, rec. cas. 45/2005.

que estimar aplicable la prohibición de concurrencia durante la ultraactividad, mientras se negocia de manera efectiva la sustitución del convenio; dejando de existir dicha prohibición a partir del momento en que se produce el abandono expreso o tácito por las partes del proceso de negociación<sup>33</sup>. Es decir, desde mi punto de vista hay que conectar esta cuestión con la finalidad de la ultraactividad, que es permitir la renegociación del convenio colectivo: ¿qué sentido tiene permitir la afectación del convenio si se ha habilitado un período para negociar y sustituirlo? Y ¿qué sentido tiene mantener la ultraactividad y vigencia del convenio, si no hay un proceso de negociación efectiva?

Por último, la ultraactividad tiene un efecto que repercute directamente sobre la posibilidad de ejercer el derecho de huelga, pues expresamente el legislador ha señalado que las cláusulas convencionales de renuncia a la huelga decaerán a partir de la denuncia del convenio. Se trata de pactos por los cuales, los representantes del banco social firmantes del convenio colectivo, se comprometen a no convocar huelga durante la vigencia del convenio.

La justificación del decaimiento de los pactos de renuncia a la huelga es más que evidente: recordemos que la ultraactividad tiene como principal efecto permitir a las partes renegociar el convenio. La negociación es el principal escenario de conflicto entre las partes y, en consecuencia, es necesario que, durante la negociación, la parte laboral recupere su capacidad para volver a ejercer su derecho a la huelga<sup>34</sup>. De lo contrario, lo que tendríamos sería un proceso de negociación en el que una de las partes ve limitadas las armas propias y características de un proceso de negociación. Dicho de otro modo, si no se recupera esta capacidad, estaríamos ante una violación del derecho constitucional a la negociación colectiva. Estimo por ello que, pese al carácter dispositivo de la ultraactividad, las partes no pueden negociar el mantenimiento de estas cláusulas durante el período de negociación colectiva: si bien, con carácter general, un pacto de renuncia a la huelga es constitucionalmente válido

---

<sup>33</sup> GORELLI HERNANDEZ, J.: "Concurrencia de convenios colectivos (...)", op. cit., páginas 42 y ss.

<sup>34</sup> Vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "Sobre la eficacia de los convenios colectivos (...)", op. cit., página 247.

desde el punto de vista del derecho de huelga; no lo es desde la perspectiva del derecho a la negociación colectiva.

#### **4.4. Duración de la ultraactividad y fin de la vigencia del convenio**

Dadas las particularidades del convenio colectivo, el legislador ha establecido un mecanismo específico para facilitar el tránsito de un convenio a otro nuevo: la ultraactividad o prórroga para permitir a las partes negociar el convenio que va a sustituir al que ha sido denunciado. La ultraactividad es una prórroga del convenio, que mantiene su vigencia para evitar el vacío normativo. Este vacío es inaceptable, no sólo para ambas partes, sino para el propio sistema de relaciones laborales que se basa en la existencia de una regulación colectiva de condiciones de trabajo y de gestión de la actividad productiva, dejando a la ley un papel de regulación de simples mínimos que no puede sostener por sí sola toda la compleja realidad normativa laboral. Garantiza, además, la ultraactividad un proceso de negociación pacífico, en el que las partes no caen en un abismo de ausencia total de regulación tras la denuncia, evitando así situaciones convulsas con exigencia de respuestas inmediatas. Ahora bien, esta situación de prórroga del convenio debe ser, lógicamente, temporal, pues la temporalidad es una de las características esenciales del convenio colectivo. A partir de aquí, la pregunta es, ¿cuánto dura la ultraactividad?

La ultraactividad comienza a partir del momento en que, denunciado el convenio, se alcanza la duración pactada. Podemos, por lo tanto, conocer el inicio de la ultraactividad; ahora bien, dado que este período está diseñado para permitir a las partes la negociación, ésta puede durar más o menos, por lo que no contamos con una referencia que especifique la duración y finalización de la misma. Debemos estar al principio general varias veces señalado en este trabajo: serán las partes negociadoras, en base a su autonomía, las que pueden regular esta cuestión y limitar temporalmente la ultraactividad. No obstante, si nada regulan (lo cual es habitual), el legislador establece una regulación supletoria: a tenor del art. 86.4 ET, si las partes no alcanzan un acuerdo para aprobar el nuevo convenio tras el desarrollo de los procedimientos de mediación

y arbitraje, en defecto de pacto, se mantendrá la vigencia del convenio. No establece el precepto un límite temporal, por lo que estamos ante la posibilidad de una duración indefinida de la ultraactividad.

La posibilidad de una duración indefinida es directamente contraria a uno de los principios básicos en materia de vigencia y duración de los convenios, el de la temporalidad de los mismos. Esta ultraactividad indefinida puede facilitar que se produzca un efecto indeseado, el de la petrificación de las condiciones de trabajo, como consecuencia de la inactividad de los sujetos negociadores o de su incapacidad para llegar a acuerdos<sup>35</sup>.

No obstante, debemos reconocer que esta ultraactividad indefinida ha sido el planteamiento elegido por nuestro legislador, excepto en el período 2012-2021. Durante dicho período las diferentes reformas establecían la pérdida de vigencia del convenio al cumplirse un plazo máximo a computar desde la denuncia del mismo (dos años inicialmente, reducidos posteriormente a un solo año), limitando así la duración de la ultraactividad. Ciertamente, la extinción generaba un vacío normativo que debería, en su caso, cubrirse mediante el mecanismo previsto por la propia regulación legal: la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior. No obstante, era evidente que dicho mecanismo no era suficiente para resolver la totalidad de problemas y situaciones que podrían generarse como consecuencia de la pérdida de vigencia del convenio (basta pensar en que no hubiese un convenio de ámbito superior). Es por ello que fue necesario la intervención de la jurisprudencia para resolver la situación de persistencia del vacío normativo por inexistencia de convenio colectivo superior, que derivó en la doctrina conservacionista del convenio, a través de la contractualización de las condiciones establecidas en el mismo, que se plasmó a través de la STS de 22 de diciembre de 2014<sup>36</sup>. De esta manera, ante la inexistencia de convenio colectivo superior, el contenido del convenio que perdía vigencia, se incorporaba al contrato de trabajo con esa misma naturaleza o

---

<sup>35</sup> GOÑI SEIN, J.L.: "El fin de la ultraactividad y efectos del vacío normativo convencional". En AA.VV., El derecho a la negociación colectiva. *Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2014, página 216; RODRIGUEZ PIÑERO, M.: Op. cit., página 25.

<sup>36</sup> Rec. Cas. 264/2014.

condición (lo que permitía la modificación sustancial, al dejar de tener naturaleza de convenio y adquirir naturaleza meramente contractual).

Al margen de la solución jurisprudencial, una pérdida de vigencia del convenio no convenía a ninguna de las partes; de ahí que las reformas de 2012, introduciendo un límite temporal a la ultraactividad, se vivieron en mi país de manera convulsa tanto por parte laboral, como empresarial; tanto es así, que, frente a la reducida temporalidad prevista legalmente, fueron las partes quienes, a través de la propia negociación colectiva, optaron por establecer (en base al principio de autonomía de la voluntad y libertad de pacto) una ultraactividad indefinida o claramente ampliada respecto de la regulación legal. Podemos afirmar, por tanto, que, en materia de duración de la ultraactividad, tradicionalmente se ha impuesto la necesidad de cubrir los vacíos normativos, sobre el temor a los posibles efectos petrificadores de la regulación convencional.

Dado que la ultraactividad indefinida es posible, ¿supone esta solución que el convenio colectivo nunca pierda vigencia en estos casos? El problema que se plantea es evidente: la petrificación del convenio colectivo. Es por ello que la respuesta a la pregunta anterior va a ser negativa, pues si bien el legislador no ha creído oportuno establecer un límite temporal a la ultraactividad que determinaría la pérdida de vigencia del convenio y su desaparición del mundo jurídico, lo cierto es que la jurisprudencia sí ha previsto una solución a estos supuestos de convenios en los que la negociación se estanca y termina abandonándose. Esta solución consiste en inhabilitar la regla de prohibición de concurrencia entre convenios, de manera que el convenio ultraactivo, dependiendo de su ámbito, puede ser invadido o afectado por un convenio colectivo superior o inferior (ciertamente el convenio de empresa tiene ya prioridad sobre convenio de sector, pero no es una prioridad material total, de manera que en estos casos la afectación será total)<sup>37</sup>. En todo caso, esta es una solución que remitimos su análisis al próximo capítulo, junto con otras vicisitudes que pueden afectar a la vigencia del convenio.

---

<sup>37</sup> CASTRO MARIN, E.: "La ultraactividad del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2021", *Trabajo y Derecho* nº 109, versión electrónica.



No obstante, la ultraactividad legal, al igual que el resto de la regulación legal sobre vigencia y duración de los convenios, resulta ser supletoria de lo que pacten las partes negociadoras. El art. 86.3 ET establece que la vigencia del convenio, una vez denunciado y concluida la duración pactada, va a producirse según lo que las partes hayan establecido en el propio convenio. Este mismo precepto señala expresamente que se aplicará la ultraactividad “en defecto de pacto” (supletoriedad de la ultraactividad legal); por último, el art. 86.4 ET nos indica que la ultraactividad será indefinida “en defecto de pacto”. Ciertamente es frecuente encontrar que la regulación que establecen los convenios es una mera reiteración de las reglas legales, estableciendo la prórroga del convenio hasta la conclusión de un nuevo acuerdo. Pero al margen de la simple reiteración de la norma legal, lo cierto es que la libertad de pacto permite a las partes diferentes posibilidades. Así, las partes pueden pactar que no haya ultraactividad, de manera que tras la denuncia y la llegada del término final pactado (o, en su caso, tras la finalización de la prórroga ordinaria o automática), el convenio colectivo pierda vigencia. Ciertamente es un pacto que complica la situación, pues se podría crear un vacío normativo, con las consecuencias y problemas que ello puede generar; de ahí que no sea frecuente este tipo de pacto. De otro lado se puede pactar la duración de la ultraactividad, fijando esta prórroga del convenio dentro de un margen temporal que obliga a las partes a negociar un nuevo convenio dentro de dicho plazo y sustituir al que está en situación de ultraactividad.

Es evidente que el principal problema de establecer una prohibición de acudir a la ultraactividad, o una ultraactividad limitada temporalmente, es la cobertura del vacío normativo que podría crearse. En estos casos podría ocurrir que las partes hayan previsto alguna solución alternativa al vacío normativo, por ejemplo, pueden haber pactado una adhesión automática a otro convenio, evitando así el problema del vacío normativo. Pero, ¿qué ocurre si nada se ha previsto en estos casos? Entiendo que, puesto que el convenio ha perdido vigencia, ya no actúa la prohibición de concurrencia entre convenios del art. 84.1 ET, pues está prevista sólo “durante su vigencia” (la del convenio). Por lo tanto, en estos casos, si las partes no alcanzan un acuerdo, desaparecería la unidad



de negociación que sería absorbida por un convenio colectivo de ámbito superior. Obsérvese que, justamente, es la misma solución prevista por la reforma de 2012<sup>38</sup>, si bien en este caso la aplicación del convenio superior no es consecuencia de la propia regulación legal de la ultraactividad del art. 86 ET, sino consecuencia de las reglas sobre concurrencia entre convenios del art. 84 ET.

Pero podemos encontrarnos que el convenio afectado por esta regulación convencional de la ultraactividad sea, justamente, el convenio de sector y no exista un convenio de ámbito superior al que acogerse. En estos casos, al desaparecer la unidad negociadora de sector, los convenios de ámbito inferior podrán regular la totalidad de las condiciones de trabajo (debemos recordar que los convenios de empresa ya tienen una prioridad materialmente limitada sobre los convenios de sector). Ahora bien, ¿qué ocurre durante el período de tiempo en que tarde en pactarse tales condiciones en los niveles inferiores? Desde mi punto de vista, deberíamos plantearnos aplicar la misma solución que encontró el Tribunal Supremo a este problema con la regulación de ultraactividad limitada temporalmente por obra de la reforma de 2012: si no hay convenio colectivo aplicable, debemos admitir la contractualización de las condiciones del convenio colectivo que ha perdido vigencia<sup>39</sup>. Podemos aplicar, por tanto, los mismos

---

<sup>38</sup> Tal como ha señalado la doctrina, en realidad la absorción por un convenio colectivo superior era una medida reconocida jurisprudencialmente desde antiguo, que se plasmó en norma legal a través de la reforma de 2012; así BALLESTER PASTOR, M.A.: *La reforma laboral de 2012. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid 2012, página 178.

<sup>39</sup> Sobre el análisis de esta doctrina, vid. BALLESTER LAGUNA, F.: “El final de la ultraactividad y los límites de la doctrina de la incorporación al contrato de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 38 (2014), páginas 153 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.E.: Op. cit., páginas 23 y ss.; CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “El fin de la ultraactividad del convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social* nº 143 (2019), páginas 459 y ss.; DURAN LOPEZ, F.: “Ultraactividad: sentido y alcance”, op. cit.; FERRADANS CARAMES, C.: “Convenio colectivo ultraactivo y transmisión de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 198 (2017), versión electrónica; GOÑI SEIN, J.L.: Op. cit., páginas 221 y ss.; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia (y II)”, *Revista Aranzadi Social* nº 7 (2014), páginas 242 y ss.; MOLINA NAVARRETE, C.: *Escenarios de “pos-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Bomarzo, Albacete 2014, páginas 87 y ss.; OLARTE ENCABO, S.: “La ultraactividad de los convenios colectivos antes y después del 8 de julio de 2013. Debate doctrinal y primeras interpretaciones judiciales”, *Relaciones Laborales* nº 12 de 2013, páginas 219 y ss.; SUAREZ CORUJO, B.: “La ultraactividad del convenio en el nuevo sistema de negociación colectiva: hacia la pérdida de las señas de identidad del Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 71 (2015), páginas 35 y ss.

argumentos que señaló el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2014<sup>40</sup>, para defender este planteamiento, pues se trata de dos situaciones similares: en el caso de la STS se daba respuesta al decaimiento del convenio como consecuencia de la norma legal que imponía un plazo máximo de ultraactividad, sin que existiera un convenio colectivo de ámbito superior al que acudir para evitar el vacío normativo; mientras que en este caso estamos ante la pérdida de vigencia del convenio como consecuencia de la decisión de las partes de evitar la ultraactividad o de fijar un límite temporal a la misma, sin que tampoco exista un convenio superior que en virtud de las reglas sobre concurrencia pueda absorber esta unidad de negociación. Por lo tanto, el convenio desaparece por la pérdida de vigencia, pero su regulación se incorporaría al contrato de trabajo.

## 5. Sucesión y sustitución de convenios

Analizamos ahora las dos vías por las que se procede al reemplazo de un convenio por otro, lo que va a determinar la pérdida de vigencia del primero. En primer lugar, la sustitución. Sobre esta cuestión contamos con dos preceptos fundamentales. De un lado, el art. 86.5 ET, a tenor del cual, el convenio que sucede a otro anterior, “deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”. De otro lado, el art. 82.4 ET, según el cual, para el caso de sustitución del anterior convenio por uno nuevo, este “podrá disponer sobre los derechos reconocidos por aquél. En dicho supuesto se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio”.

La sucesión significa ir detrás de algo en el tiempo. En consecuencia, la sucesión de convenios se configura como el mecanismo a través del cual aprobado en la misma unidad de negociación un nuevo convenio, se produce la derogación del anterior, siendo el nuevo convenio aplicable a las relaciones jurídicas incluidas en su ámbito de aplicación. Como es lógico, esta derogación produce efectos en el momento en que el nuevo convenio entra en vigor, momento hasta el que se mantienen los efectos del anterior; pudiendo, a partir de ese momento, aplicarse retroactivamente el nuevo convenio tal como ya

---

<sup>40</sup> Rec. Cas. 264/2014.

hemos analizado. Por lo tanto, la sucesión a la que se refieren estos preceptos consiste en que desde que un nuevo convenio del mismo ámbito entra en vigor, se produce la derogación del anterior, que pierde así su vigencia.

Los efectos de la sucesión se recogen en la propia regulación legal. De un lado la derogación; de otro lado, que el nuevo convenio puede disponer de los derechos reconocidos en el convenio anterior. En primer lugar, se plantea la derogación del anterior convenio. Esta derogación es automática<sup>41</sup>, pues se establece como efecto directo a tenor de lo previsto por el art. 86.5 ET; por lo tanto, aprobado el nuevo convenio y entrado este en vigor, se produce la derogación sin necesidad de un pronunciamiento expreso de las partes. La consecuencia de la derogación es que los trabajadores no pueden reclamar la aplicación de condiciones que se regulaban en el convenio ya derogado (excepto en el caso de verdaderos supuestos de reglas ultraactivas a las que nos hemos referido con anterioridad). Se trata de una derogación plena y total, de manera que el anterior convenio queda derogado “en su integridad”, lo que supone la completa desaparición del ordenamiento jurídico del mismo, de su contenido y condiciones de trabajo. En el mismo sentido el art 82.4 ET establece que en la sucesión se aplicará “íntegramente” lo regulado en el nuevo convenio. Sin embargo, el art. 86.5 ET permite la posibilidad de mantener contenidos del convenio derogado; posibilidad que es expresión de la libertad y autonomía de las partes para configurar el contenido de los convenios colectivos. Por lo tanto, la derogación no impide conservar de determinados contenidos de convenios anteriores. En todo caso, la conservación de tales condiciones no supone mantener una vigencia parcial del convenio derogado; lo que ocurre es que el nuevo convenio asume como parte de su propio contenido ciertos elementos o condiciones del anterior convenio, incorporándolo a su regulación.

De otro lado, la sucesión de convenios significa, tal como señala el art. 82.4 ET, que el nuevo convenio puede disponer sobre los derechos reconocidos en el anterior, de manera que se aplique íntegramente el nuevo convenio. Se establece, por tanto, el principio de modernidad; es decir, la desaparición de las condiciones del convenio anterior y la aplicación de las condiciones establecidas

---

<sup>41</sup> PASTOR MARTINEZ, A.: “Artículo 86”, op. cit., página 1876.

por el nuevo convenio. Y ello con independencia de que el nuevo convenio sea mejor o peor que el anterior. Por lo tanto, cabe perfectamente en el ordenamiento español que el convenio sucesivo sea peyorativo (en todo o en parte) respecto del convenio anterior. De esta manera, el principio de modernidad supone el rechazo a la irreversibilidad de los derechos laborales establecidos en convenios anteriores, de modo que las mejores condiciones procedentes de un convenio anterior se pierden automáticamente por la sucesión de convenios, sin que sea factible su mantenimiento<sup>42</sup>, salvo que se mantengan expresamente por el nuevo convenio.

Junto con la sucesión del convenio, contamos con la sustitución del mismo. Como hemos visto, la sucesión se refiere a un supuesto de negociación o renegociación de un nuevo convenio dentro de la misma unidad de negociación. Por lo tanto, se trata de renovar un convenio de empresa que sustituye al anterior convenio de empresa, o un nuevo convenio de sector que va a suceder al anterior convenio de sector en el mismo ámbito. Esta situación no debe ser confundida con la posibilidad de que un nuevo convenio de diferente ámbito que sustituye a un anterior convenio de ámbito distinto. Distinguir ambos fenómenos es importante, pues en este segundo caso la regulación aplicable no es otra que la relativa a la concurrencia entre convenios contenida en el art. 84 ET<sup>43</sup>. Ello supone que estamos en diferentes escenarios, caracterizándose la sustitución por el hecho de que las partes no tienen un deber de negociar para alterar la unidad de negociación, pues estamos en un ámbito en el que impera la libertad de negociación<sup>44</sup>.

Teniendo en cuenta que durante la vigencia del convenio rige la prohibición de concurrencia del art. 84.1 ET, impidiendo que un convenio posterior de distinto ámbito, “invada” el ámbito del primer convenio, sólo sería

---

<sup>42</sup> En este sentido las SSTS de 20 de abril de 2009, Rec. Cas. 41/2008; 30 de septiembre de 2008, Rec. Cas. 88/2007; 7 de diciembre de 2006, Rec. Cas. 122/2005; 10 de octubre de 2006, Rec. Cas. 133/2005; 22 de junio de 2005, Recud. 2783/2004; 16 de julio de 2003, Recud. 862/2002; 25 de junio de 2002, Rec. Cas. 1187/2001. En concreto, sobre complementos de pensiones o prestaciones de Seguridad Social a cargo del empresario, vid. las SSTS de 4 de junio de 2012, Rec. Cas. 14/2011; 30 de marzo de 2006, Recud. 902/2005; 10 de febrero de 2005, Recud. 806/2004; 22 diciembre 2005, Recud. 5018/2004.

<sup>43</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. y CRUZ VILLALON, J.: Op. cit., página 211.

<sup>44</sup> En este sentido DURAN LOPEZ, F.: “Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 61 (1993), página 683.

posible la sustitución una vez que el primer convenio haya perdido vigencia. Por ejemplo, sólo sería posible que un previo convenio colectivo de empresa, pueda ser sustituido por un convenio de sector bien por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores debidamente legitimados, o por la pérdida de vigencia del convenio (ya sea por fijar el convenio su pérdida de vigencia expresa en un momento determinado sin posibilidad de ultraactividad, o por entrar en ultraactividad y abandonarse la negociación), momento en el que ya no rige dicha prohibición de concurrencia<sup>45</sup>. De esta manera, el convenio, al ser sustituido por otro de distinto ámbito, pierde su vigencia totalmente.

## 6. Conclusión

Vemos como se ha confirmado la primera de las afirmaciones que se realizaban en este trabajo: la complejidad de una cuestión, aparentemente simple, como es la finalización de la vigencia de los convenios colectivos. Ello obedece, a mi juicio, a diferentes cuestiones, pero sobre todo al hecho de que hay una evidente contradicción entre los dos ejes fundamentales de la regulación sobre esta cuestión.

De un lado, el ordenamiento otorga a la autonomía o voluntad de las partes un papel relevante: son las partes quienes deberían regular directamente esta cuestión. Sin embargo, junto a ello, el propio legislador decide intervenir de manera tremendamente incisiva. La intervención del legislador en la regulación del fin del convenio se debe al temor que genera el vacío normativo. El convenio colectivo no es hoy una de las posibles fuentes del ordenamiento laboral; es “la fuente” por excelencia. El legislador ha venido reconduciendo o transfiriendo desde hace décadas todo un conjunto de elementos que deben ser regulados a través de la negociación colectiva. La ausencia de convenio colectivo afecta negativamente tanto a los trabajadores como a los empresarios, pues el convenio es tan necesario para regular las condiciones de trabajo, como para permitir una adecuada gestión de la actividad productiva.

---

<sup>45</sup> Sobre las distintas posibilidades, vid. DURAN LOPEZ, F.: “Sucesión de convenios (...)”, op. cit., páginas 686 a 691.

Por lo tanto, que las partes pierdan el referente convencional por desaparición del convenio que venía siendo aplicado, se vive por ambas partes como una situación realmente dramática, de la que debe huirse. Quizás el ejemplo más claro de este “horror vacui” podamos tenerlo en las reformas de 2012, dirigidas a limitar los efectos de la ultraactividad. Con ello pretendía el legislador provocar el fin de la ultraactividad indefinida, incitando a las partes a negociar de manera rápida para sustituir al convenio. Sin embargo, fueron las propias partes (las dos), quienes rechazaron ese planteamiento, optando por facilitar una ultraactividad indefinida o, al menos, de larga duración. A través de los convenios colectivos, estas partes pactaron (en base a la libertad o autonomía que les reconoce el ordenamiento) una ultraactividad de estas características, evitando la ultraactividad de corta duración que limitaba la vigencia del convenio a un año desde la denuncia.

En definitiva, estamos ante una cuestión es mucho más compleja de lo que parecería a simple vista, tal como afirmábamos al comienzo de este trabajo.

## Bibliografía

- AA.VV. (2013). “Sobre la ultra-actividad de los convenios colectivos en la reforma del 2012”, *Revista de Derecho Social* nº 61.
- ALVAREZ DE LA ROSA, M. (2013). “Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo (ultraactividad)”, *Revista de Derecho Social* nº 65.
- ALBIOL MONTESINOS., I. (2006). “La denuncia del convenio colectivo”, en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- AMAADACHOU KADDUR, F. (2014). “El impacto de las últimas reformas legislativas sobre los aspectos concernientes a la dimensionalidad temporal del convenio colectivo estatutario: vigencia y ultraactividad. Cuestiones para el debate”, *Relaciones Laborales* nº 9.
- ARUFE VARELA, A. (2000). *La denuncia del convenio colectivo*, Civitas, Madrid.
- BALLESTER LAGUNA, F. (2014). “El final de la ultraactividad y los límites de la doctrina de la incorporación al contrato de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 38.
- BALLESTER PASTOR, M. A. (2022). *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid.
- CARRIZOSA PRIETO, E. (2017). “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *Temas Laborales* nº 140.
- CASAS BAAMONDE, M. E. (2013). “La pérdida de la ultraactividad de los convenios colectivos”, *Relaciones Laborales* nº 6.
- CASAS BAAMONDE, M. E. y CRUZ VILLALON, J. (2023). *Negociación colectiva laboral: aspectos cruciales*, Aranzadi, Pamplona.
- CASTRO ARGÜELLES, M. A. (2019). “El fin de la ultraactividad del convenio colectivo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Revista del Ministerio de Trabajo Migraciones y Seguridad Social* nº 143.
- CASTRO MARIN, E. (2024). “La ultraactividad del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2021”, *Trabajo y Derecho* nº 109.



- DURAN LOPEZ, F. (2014). "Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta contractualista limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente", *Relaciones Laborales* nº 9.
- DURAN LOPEZ, F. (1993). "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 61.
- FERRADANS CARAMES, C. (2017). "Convenio colectivo ultraactivo y transmisión de empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 198.
- GARCIA BLASCO, J. (2000). "El contenido del convenio colectivo (En torno al artículo 85)", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100, Volumen 2º.
- GARCIA QUIÑONES, J. C. (2007). "Vigencia y sucesión de convenios colectivos", en AA.VV., F. Valdés-Dal Re (Dir.), *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley y Wolters-Kluwer, Madrid.
- GOERLICH PESET, J. M. (2013). "Contenido mínimo del convenio colectivo", en AA.VV., J. L. Monereo Pérez y M. N. Moreno Vida (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.
- GOERLICH PESET, J. M. (2013). "La ultraactividad de los convenios colectivos", *Justicia Laboral* nº 54.
- GONZALEZ ORTEGA, S. (2004). "Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos", *Temas Laborales* nº 76.
- GOÑI SEIN, J. L. (2014). "El fin de la ultraactividad y efectos del vacío normativo convencional". En AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- GORELLI HERNANDEZ, J. (2019). "Vigencia y ultraactividad en la negociación colectiva del sector público", en AA.VV. J. García Blasco (Dir.), *La negociación colectiva en el sector público*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid.
- GORELLI HERNANDEZ, J. (2024). "Concurrencia de convenios colectivos en situación de ultraactividad", *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 271.
- GORELLI HERNANDEZ, J. (2014). "Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia", *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6.



- GORELLI HERNANDEZ, J. (2014). “Sobre la eficacia de los convenios colectivos una vez agotada su vigencia (y II)”, *Revista Aranzadi Social* nº 7.
- LAZARO SANCHEZ, J. L. (2013). “La vigencia de los convenios colectivos: las modificaciones al régimen jurídico del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., coordinados por J. Gorelli Hernández e I. Marín Alonso, *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, Madrid.
- LAHERA FORTEZA, J. (2016). “Ultraactividad pactada indefinida y deber de negociar (STS 1-12-2015)”, *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 4.
- LAHERA FORTEZA, J. (2022). *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOPEZ TERRADA, E. (2018). “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 48.
- LOPEZ DE LA FUENTE, G. (2016). “La subsistencia aplicativa transitoria de los convenios colectivos tras su denuncia más allá del límite legal: a vueltas con la ultraactividad”, *Trabajo y Derecho* nº 17.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. (2022). “La ultraactividad tras el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Derecho Social* nº 97.
- MARTIN VALVERDE, A. (2016). “Régimen de la ultraactividad”, en AA.VV., J. M. Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTINEZ YAÑEZ, N. M. (2018). “Autonomía colectiva, denuncia y ultraactividad del convenio colectivo”, *Temas Laborales* nº 141.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2022). “Retorno normativo a la ultraactividad indefinida: ¿cambio que bien merece una reforma o valor simbólico?”, *Temas Laborales* nº 161.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2014). *Escenarios de “pos-ultraactividad” del convenio: soluciones judiciales a la incertidumbre*, Bomarzo, Albacete.
- OJEDA AVILES, A. (2012). “Artículo 85”, en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba*

*el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada.

OLARTE ENCABO, S. (2012). "Artículo 86", en AA.VV., dirigidos por J.L. Monereo Pérez, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores. Estudio jurídico-sistemático del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Comares, Granada.

OLARTE ENCABO, S. (2013). "La ultraactividad de los convenios colectivos antes y después del 8 de julio de 2013. Debate doctrinal y primeras interpretaciones judiciales", *Relaciones Laborales* nº 12.

PASTOR MARTINEZ, A. (2022). "Artículo 86", en AA.VV., dirigidos por S. Del Rey Guanter, *Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. (2014). "Contenido mínimo del convenio", *Relaciones Laborales* nº 23-24.

RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (1986). "La aplicación en el tiempo del convenio colectivo", *Relaciones Laborales* Tomo II.

RODRIGUEZ SAÑUDO-GUTIERREZ, F. (1995). "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo", en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo XII, Vol. 2º, Edersa, Madrid.

SALA FRANCO, T. (2013). "La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos", *Actualidad Laboral* nº 10.

SALA FRANCO, T. (2014). "La ultraactividad de los convenios colectivos", en AA.VV., *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.

SALIDO BANUS, J. L. (2013). "La reforma de la negociación colectiva: la prórroga normativa (ultraactividad) de los convenios colectivos. Urgencia de soluciones prácticas eficaces", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 35.

SUAREZ CORUJO, B. (2015). "La ultraactividad del convenio en el nuevo sistema de negociación colectiva: hacia la pérdida de las señas de identidad del Derecho del Trabajo", *Revista de Derecho Social* nº 71.

VILA TIERNO, F.: (2022). *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva. Al hilo de la reforma laboral del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona.

---

## **O SISTEMA DE PRECEDENTES NA JUSTIÇA DO TRABALHO: PARTICULARIDADES DO RECURSO DE REVISTA**

## **THE SYSTEM OF PRECEDENTS IN LABOR COURT: PARTICULARITIES OF THE REVIEW APPEAL**

Maria Cristina IRIGOYEN PEDUZZI

*Ministra do Tribunal Superior do Trabalho. Foi presidente do TST e do CSJT (2020/2022). Bacharel e Mestre em Estado, Direito e Constituição, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (Brasil). Ex-Conselheira do Conselho Nacional de Justiça e ex-Diretora da Enamat (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho). Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (2002/2006).*

[mcristinapeduzzi@tst.jus.br](mailto:mcristinapeduzzi@tst.jus.br)

Fecha de envío: 16/07/2024

Fecha de aceptación: 02/09/2024

---

## O SISTEMA DE PRECEDENTES NA JUSTIÇA DO TRABALHO: PARTICULARIDADES DO RECURSO DE REVISTA

Maria Cristina IRIGOYEN PEDUZZI

*Academia Brasileira de Direito do Trabalho*

---

**Resumen:** A crise numérica no sistema judicial brasileiro tem gerado insegurança jurídica e insatisfação social. A institucionalização de um sistema de precedentes vinculantes, que vem sendo progressivamente construída desde os anos 1990, visa uniformizar a jurisprudência, aumentar a produtividade e promover a segurança jurídica. Reformas processuais, como a Emenda Constitucional nº 45/2004 e o Código de Processo Civil de 2015, consolidaram este sistema, impondo a observância obrigatória dos precedentes e aumentando a eficiência judicial. Apesar das reformas, a Justiça do Trabalho só incorporou esses mecanismos com a vigência do Novo CPC e a Lei nº 13.015/2014, que introduziram os Recursos de Revista Repetitivos e o Incidente de Assunção de Competência. A Lei nº 13.467/2017, por sua vez, instituiu o requisito da transcendência ao processamento do Recurso de Revista. Nesse sentido, o artigo propõe-se a explorar a evolução do sistema de precedentes brasileiro, com ênfase particular no processamento dos precedentes vinculantes no contexto do Recurso de Revista.

**Palabras clave:** Direito processual - Precedentes vinculantes - Segurança jurídica - Reformas processuais - Recurso de Revista

**Sumario:** 1. Introdução. 2. A evolução do sistema de precedentes judiciais brasileiro: resultado de 20 anos de reformas processuais. 3. O sistema de precedentes e a Justiça do Trabalho. 4. A implementação do sistema de precedentes no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho. 4.1. Recursos de Revista Repetitivos e Incidente de Assunção de Competência. 4.2. Possibilidade

de manejo da Reclamação para preservar a competência e garantir a autoridade do Tribunal Superior do Trabalho. 4.3. Transcendência. 5. Conclusão.

**Abstract:** The numerical crisis in the Brazilian judicial system has generated legal uncertainty and social dissatisfaction. The institutionalization of a system of binding precedents, which has been progressively built since the 1990s, aims to standardize jurisprudence, increase productivity and promote legal certainty. Procedural reforms, such as Constitutional Amendment No. 45/2004 and the 2015 Civil Procedure Code, consolidated this system, imposing mandatory compliance with precedents and increasing judicial efficiency. Despite the reforms, the Labor Court only incorporated these mechanisms with the entry into force of the New CPC and Law No. 13,015/2014, which introduced Repetitive Review Appeals and the Incident of Assumption of Competence. Law No. 13,467/2017, in turn, established the requirement of transcendence in the processing of the Review Appeal. In this sense, the article proposes to explore the evolution of the Brazilian precedent system, with particular emphasis on the processing of binding precedents in the context of the Magazine Appeal.

**Keywords:** Procedural law - Binding precedents - Legal certainty - Procedural reforms - Magazine Appeal

**Summary:** 1. Introduction. 2. The evolution of the Brazilian judicial precedent system: the result of 20 years of procedural reforms. 3. The precedent system and the Labor Court. 4. The implementation of the precedent system within the scope of the Superior Labor Court. 4.1. Repetitive Magazine Features and Assumption of Competency Incident. 4.2. Possibility of handling the Complaint to preserve the competence and guarantee the authority of the Superior Labor Court. 4.3. Transcendence. 5. Conclusion.

## 1. Introdução

A crise numérica no sistema judicial brasileiro tem sido um problema crescente e preocupante para a efetivação da justiça no país. De acordo com o Relatório Justiça em Números de 2023, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil finalizou o ano de 2022 com mais de 81,4 milhões de processos em tramitação.<sup>1</sup> A quantidade e a complexidade dos casos têm gerado insegurança jurídica e desafios para os integrantes do Sistema de Justiça, além de uma crescente insatisfação à sociedade.

A crise numérica tem sido um problema também verificado no Judiciário Trabalhista. Embora tradicionalmente seja um ramo eficiente na resolução dos processos judiciais, ainda há um acúmulo de 5,2 milhões de processos, como consta do Relatório Justiça em Números de 2023, taxa de congestionamento, contudo, inferior à média nacional.<sup>2</sup>

A busca por soluções para a crise numérica tem levado a importantes mudanças no sistema judiciário brasileiro. Uma das principais estratégias desenvolvidas ao longo das últimas décadas para a contenção do problema foi a institucionalização de um sistema de precedentes vinculantes, que teve início no final dos anos 1990 e vem sendo aprimorado desde então. O objetivo manifesto das mudanças processuais tem sido o de elaborar um sofisticado mecanismo de uniformização da jurisprudência para que as decisões tomadas em casos semelhantes possam ser aplicadas a controvérsias futuras.

O intuito tem sido, sempre, o de elevar a produtividade e a eficiência, com a correspondente expectativa de redução do volume de processos e, conseqüentemente, do tempo de tramitação. Ademais, os precedentes vinculantes promovem a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, uma vez que os operadores do direito passam a contar com importante mecanismo para antever os resultados de seus casos. Desse modo, partes e advogados podem buscar atuar, preventivamente, em sintonia com os padrões de julgamento do Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *Relatório Justiça em Números* (Brasília: CNJ, 2023): 43.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 116.

A implementação de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil é uma realidade. Compreender a evolução desse sistema, assim como sua incorporação à Justiça do Trabalho, é uma tarefa importante a fim de assegurar a efetiva concretização dos objetivos propostos.

O CNJ, implementando importante política pública judiciária nesse sentido, aprovou a Resolução nº 444 e a Recomendação nº 134 em 2022<sup>3</sup>.

Entre os principais pontos da Resolução nº 444/2022 do CNJ, destaca-se a instituição do Banco Nacional de Precedentes (BNP), em sucessão ao banco que fora criado pelo art. 5º da Resolução CNJ nº 235/2016, constituindo repositório e plataforma tecnológica unificada de pesquisa textual e estatística (art. 1º).

O art. 2º da norma elenca os precedentes que deverão constar do repositório. Além dos identificados no art. 927 do Código de Processo Civil como precedentes qualificados, que indica no inciso I, refere, no inciso II, como precedentes *latos*, “os pedidos de uniformização de interpretação de lei de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ)”. Além disso, inclui também os enunciados de súmula dos Tribunais e os pedidos representativos de controvérsia da Turma Nacional de Uniformização dos juizados especiais federais (TNU), bem como os precedentes normativos e as orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho.

Por sua vez, a Recomendação nº 134/2022 do CNJ orienta aos tribunais que, nos termos do art. 926 do CPC/2015, zelem regularmente pela uniformização das questões de direito controversas sob julgamento, utilizando-se, com a devida prioridade, dos instrumentos processuais cabíveis (art. 2º). Nesse sentido, prescreve que os tribunais conduzam trabalho permanente de identificação das questões de direito controversas, que sejam comuns, em uma

---

<sup>3</sup> Na gestão do Ministro Luiz Fux como Presidente do CNJ, foi constituído "Grupo de Trabalho destinado à elaboração de estudos e de propostas voltadas ao fortalecimento dos precedentes no sistema jurídico", instituído pela Portaria CNJ nº 240/2020. Os estudos do grupo de trabalho renderam frutos e muitas das sugestões estão hoje incorporadas à Resolução CNJ nº 444, de 25 de fevereiro de 2022, que disciplina o Banco Nacional de Precedentes (BNP), e, sobretudo, à Recomendação nº 134 de 9 de setembro de 2022, que dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro.



quantidade razoável de processos, ou de repercussão geral, para que possam ser objeto de uniformização (art. 3º).

A norma recomenda também que a uniformização da jurisprudência seja realizada, preferencialmente, mediante a formulação de precedentes vinculativos (art. 5º), reconhecendo ainda que a sistemática deve ser utilizada com regularidade e representa uma técnica de gestão, processamento e julgamento dos processos, com a metodologia de decisão concentrada. Nesse sentido, reconhece que os meios de resolução concentrada de questões comuns de direito são importantes para o acesso à justiça, para a segurança jurídica, para a garantia da isonomia, para o equilíbrio entre as partes e para o cumprimento do direito material” (art. 7º).

Elemento fundamental da Resolução nº 134 diz respeito ao estabelecimento de boas práticas para a aplicação de precedentes vinculantes. No art. 10, por exemplo, impõe como requisito a necessária fundamentação da decisão sobre as razões que levam à necessidade de afastamento ou ao acolhimento dos precedentes trazidos pelas partes (art. 10). Além disso, reputa fundamental a “formação do precedente dentro de prazo razoável” para a consecução dos objetivos do sistema processual (art. 27).

No art. 14, a Recomendação estabelece boas práticas para a realização do *distinguishing*. Em primeiro lugar, recomenda que, ao realizar a distinção (*distinguishing*), o juiz explicita, de maneira clara e precisa, a situação material relevante e diversa capaz de afastar a tese jurídica (*ratio decidendi* do precedente tido por inaplicável (art. 14, § 1º). Além disso, veda que a distinção (*distinguishing*) seja utilizada como considerada instrumento hábil para afastar a aplicação da legislação vigente, bem como estabelecer tese jurídica (*ratio decidendi*) heterodoxa e em descompasso com a jurisprudência consolidada sobre o assunto (art. 14, § 2º).

O *distinguishing* não deve ser confundido e utilizado como simples mecanismo de recusa à aplicação de tese consolidada (art. 14, § 3º), sendo imprópria a utilização do *distinguishing* como via indireta de superação de precedentes (*overruling*) (art. 14, § 4º). A norma reputa como vício de

fundamentação a utilização indevida do *distinguishing*, o que pode ensejar a cassação da decisão (art. 14, § 5º).

A orientação do CNJ, encartada nas normas retrocitadas, é mais um elemento que resulta de um processo evolutivo institucional que vem sendo construído desde a década de 1990, com o intuito de enfrentar a crise numérica enfrentada pelo Poder Judiciário brasileiro.

Neste artigo, propõe-se apresentar como o sistema de precedentes brasileiro vem sendo construído, os elementos têm sido fundamentais para sua institucionalização e como a legislação recente inovou, também, no tocante ao processamento dos precedentes vinculantes na esfera trabalhista – em particular, no Recurso de Revista.

## **2. A evolução do sistema de precedentes judiciais brasileiro: resultado de 20 anos de reformas processuais**

Desde o final da década de 1990, quando foram promulgadas as Leis nºs. 9868/99 e 9882/99, regulamentadoras do sistema abstrato de revisão judicial por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), Constitucionalidade (ADC) e de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), cresce a preocupação de que os Tribunais disponham de meios para oferecer uma solução rápida, vinculante e uniforme para os conflitos.<sup>4</sup>

A regulamentação dessas ações constitucionais foi um primeiro e crucial passo nessa direção. As leis citadas estabelecem que as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade são vinculantes a todos os Tribunais e órgãos administrativos, como consta do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868/90.

Pouco depois, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45/2004 implementou uma profunda reforma em nosso sistema judiciário. Em primeiro lugar, incluiu nova disposição no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, mencionando

---

<sup>4</sup> Maria Tereza Sadek, "Judiciário: Mudanças e Reformas," *Estudos Avançados* 18, n. 51 (2004).

explicitamente o direito a uma "duração razoável dos processos" na resolução de disputas judiciais e administrativas como um direito fundamental.<sup>5</sup>

A emenda também criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão responsável pelo controle administrativo, financeiro e disciplinar externo dos Tribunais. O Conselho tem desempenhado um papel fundamental no estabelecimento de normas administrativas relativas à eficiência judicial, incluindo a instituição de metas para que os juízes forneçam a solução definitiva dos casos judiciais. Dentre as metas estabelecidas, destaco o compromisso de julgar mais ações judiciais do que as ajuizadas durante o ano; resolver casos mais antigos e priorizar casos de corrupção, bem como ações coletivas.

O Conselho Nacional de Justiça também tem desempenhado um papel importante no desenvolvimento de projetos e na coordenação de ações com os Tribunais para promover mecanismos consensuais de resolução de conflitos. Em 2006, o Conselho institucionalizou o Movimento de Conciliação, projeto que fomenta a conciliação judicial de disputas judiciais. Na mesma linha, editou a Resolução nº 125/2010, que incentiva a adoção da mediação e da conciliação como forma de dirimir controvérsias.<sup>6</sup>

Como assinalam o Min. Gilmar Mendes e o Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco, a reforma de 2004 também tentou exonerar o Supremo Tribunal Federal de seu número esmagador de recursos.<sup>7</sup> Em primeiro lugar, a alteração constitucional reafirmava, agora com status constitucional, o efeito vinculante dos acórdãos em controle concentrado do Tribunal. Em segundo lugar, a Emenda instituiu um novo requisito para o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal: o recorrente deveria, a partir de então, demonstrar que a questão apresenta repercussão geral, justificando sua significância econômica, política, social ou jurídica. Em terceiro lugar, a Emenda Constitucional atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o poder de emitir súmulas vinculantes. Anteriormente

---

<sup>5</sup> Luiz Guilherme Marinoni, "Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo," *Estação Científica* 1, n. 4 (2009).

<sup>6</sup> Joaquim Falcão, "Movimento pela Conciliação," *Revista Conjuntura Econômica* 60, no. 9 (2008): 41.

<sup>7</sup> Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. (São Paulo: Saraiva, 2012): 1028-1030.

a 2004, a Corte podia emitir súmulas que condensassem seu entendimento em assuntos específicos, mas seu poder era antes persuasivo do que vinculante.

A fim de compreender adequadamente o impacto dessas inovações, é importante ter em mente que o acesso ao Supremo Tribunal Federal por meio do sistema recursal é estruturado a partir de dois sistemas diferentes.<sup>8</sup> Originalmente, baseava-se no sistema americano de revisão judicial difusa, por meio do qual as partes podem levar um caso ao Supremo Tribunal exclusivamente pela via recursal. Com o tempo, e progressivamente, as instituições judiciárias brasileiras também passaram a ser altamente influenciadas pela Alemanha e seu sistema de revisão judicial abstrata e concentrada, no qual a impugnação da validade constitucional de uma lei pode ser levada diretamente ao Supremo Tribunal Federal, sem quaisquer decisões prévias dos tribunais de nível inferior. Hoje em dia, podemos dizer que o sistema de revisão judicial brasileiro é híbrido: o STF pode examinar não apenas recursos de decisões de outras Cortes, mas também ações diretas que impugnem a validade de uma lei específica.

A novidade trazida pela instituição do requisito de repercussão geral e das súmulas vinculantes aos recursos para a Suprema Corte aproxima os dois sistemas de revisão judicial. Em primeiro lugar, o requisito de repercussão geral tem alguma semelhança com o *writ of certiorari*.<sup>9</sup> Como a Suprema Corte dos Estados Unidos, que pode aceitar ou recusar discricionariamente se examinará ou não um caso, o Supremo Tribunal Federal também pode negar seguimento a um Recurso Extraordinário sob o argumento de que não demonstrada repercussão geral. Em segundo lugar, tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre os processos de repercussão geral como as súmulas vinculantes devem ser observadas por todos os outros tribunais, tendo um efeito *erga omnes* semelhante às suas decisões em matéria de controle abstrato de constitucionalidade. Em certo sentido, essas novidades institucionalizaram um efeito semelhante ao da doutrina americana do *stare decisis*, impedindo a Suprema Corte de reavaliar continuamente os fundamentos jurídicos de

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, 1099.

<sup>9</sup> Ives Gandra da Silva Martins Filho, "A Reforma do Poder Judiciário e seus Desdobramentos na Justiça do Trabalho," *Direito Público* 2, n. 7 (2005): 35.

decisões passadas. Além disso, fomentaram a previsibilidade do sistema judicial e desencorajaram os litigantes a impugnar as suas decisões.

Tanto a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre os processos de repercussão geral como as súmulas vinculantes devem ser observadas por todos os outros tribunais.

Logo após a reforma de 2004, em 2008, uma alteração normativa no Código de Processo Civil de 1973 estendeu a mesma lógica ao Superior Tribunal de Justiça, com a possibilidade de que, sempre que a mesma questão jurídica tenha sido discutida em um grande número de casos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça possa selecionar alguns recursos como representantes da controvérsia subjacente e decidir a questão jurídica em discussão. Em vez de repetir a mesma decisão em todos os recursos, o Tribunal decide o caso uma vez e esta decisão deve ser obrigatoriamente observada pelos tribunais inferiores.

O efeito vinculante tenta abordar uma das características mais criticadas do sistema judiciário brasileiro: a instabilidade dos precedentes. Com base em uma forte teoria da independência judicial, frequentemente juízes e tribunais inferiores decidiam contra o entendimento firmado em precedentes dos tribunais superiores. Até mesmo os Tribunais Superiores costumavam mudar seus precedentes, estimulando as partes a recorrerem o máximo que podiam, esperando que eventualmente sobreviesse uma decisão favorável. Esse estado de coisas inevitavelmente resultou na produção de um Poder Judiciário lento e ineficiente.

O novo Código de Processo Civil de 2015 aprofundou a reforma processual, mantendo as inovações mencionadas e institucionalizando ainda mais a doutrina do *stare decisis*. O novo Código impôs aos tribunais inferiores o dever de observar as decisões vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Este é um fundamento tão importante do Código de 2015 que o diploma processual considera nula e sem efeito qualquer decisão que não observe súmulas vinculantes ou precedentes de observância obrigatória - a menos que a Corte justifique adequadamente as razões para distinguir o caso ou anular o *stare decisis*.

Como assinalam o Min. Luís Roberto Barroso e Patrícia Mello, a trajetória de reformas processuais consolidou-se com o Novo CPC, que “instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau”.<sup>10</sup>

No cerne das reformas mencionadas está a percepção compartilhada de que os tribunais brasileiros não devem concentrar sua força de trabalho no julgamento de todos os recursos, mas concentrar esforços para a estabilização do direito, decidindo precedentes relevantes e estabelecendo entendimentos jurisprudenciais que sejam obrigatoriamente observados por Cortes inferiores e juízes em casos semelhantes.

Em certo sentido, essas reformas legais têm buscado institucionalizar o que o sistema judicial americano alcançou no final do século XIX e início do século XX. A Suprema Corte dos Estados Unidos também revisava o mérito de todos os recursos interpostos pelas partes. À medida que o sistema judicial federal se expandiu, contudo, a elevação do número de casos e o esgotamento do sistema levaram a uma busca por soluções institucionais ao volume de processos. As Leis Judiciais de 1891 e 1925 resolveram o problema, redesenhando a jurisdição da Suprema Corte e instituindo o *writ of certiorari*, que atribuiu aos Justices a atribuição de selecionar discricionariamente os recursos a serem examinados.

Como afirma Larry Alexander, professor da Universidade de San Diego, ao discutir o modelo jurisprudencial anglo-saxão “o precedente vincula e constrange os juízes”.<sup>11</sup> Com isso, desempenham importante função prospectiva, orientando o sistema jurídico e a sociedade para suas ações futuras. Nesse sentido, a lição de Frederick Shauer:

O argumento vindo de um precedente parece, a princípio, orientado para a retrospectiva. A perspectiva tradicional sobre os precedentes, dentro e fora

---

<sup>10</sup> Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, "Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro," *Revista da AGU* 15, n. 9 (2016): 11.

<sup>11</sup> Larry Alexander, "La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis de sus posibilidades y sus virtudes," in *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, ed. Carlos Bernal Pulido e Thomas Bustamante (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

do Direito, tem, desta maneira, focado no uso dos precedentes do passado nas decisões atuais. Entretanto, de uma maneira igualmente se não mais importante, uma argumentação por precedente se projeta também para o futuro, pedindo-nos para olhar as decisões de hoje como um precedente para os julgadores do amanhã. Hoje não é apenas o futuro do passado; é, do mesmo modo, o ontem do amanhã. Um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá.<sup>12</sup>

Assim, os precedentes vinculantes estabilizam o direito, fixando o sentido da interpretação normativa em relação a matérias relevantes e concretizando a segurança jurídica. Contudo, daí não se segue a impossibilidade de revisão das teses vinculantes firmadas; a absoluta rigidez dos precedentes congelaria o sistema jurídico e o tornaria incapaz de se adaptar às mudanças sociais. Por essa razão, o sistema de precedentes prevê a possibilidade de introduzir exceções à tese geral em situações específicas (*distinguishing*), assim como a possibilidade de revisão da tese geral firmada (*overruling*).

Como afirma William Eskridge, professor da Yale Law School e um dos maiores especialistas nos Estados Unidos, a teoria dos precedentes afirma uma 'presunção super-forte' a favor do precedente vinculante, devendo o *overruling* ser aplicado exclusivamente em situações absolutamente exorbitantes.<sup>13</sup> De acordo com David Schultz, entre 1789 e 2020, a Suprema Corte superou precedentes anteriores em 145 vezes, ou apenas 0,5% de todos os casos julgados.<sup>14</sup>

O *overruling*, portanto, deve ser utilizado com cautela e em circunstâncias limitadas. O uso excessivo do mecanismo pode causar instabilidade no sistema jurídico e enfraquecer a confiança nas decisões judiciais se for aplicado com

---

<sup>12</sup> Frederick Schauer, "Precedente," in *Precedentes*, ed. Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., e Lucas Buriel de Macêdo (Salvador: JusPodivm, 2015), 49-86: 50-51.

<sup>13</sup> William Eskridge Jr., "Overruling Statutory Precedents," *The Georgetown Law Journal* 76 (1987): 1361-1439, 1361.

<sup>14</sup> David Schultz, "The Supreme Court has overturned precedent dozens of times, including striking down legal segregation and reversing Roe," *The Conversation*, 30 de junho, 2022, <https://theconversation.com/the-supreme-court-has-overturned-precedent-dozens-of-times-including-striking-down-legal-segregation-and-reversing-roe-185941>.



muita frequência ou sem justificativa adequada. Além disso, pode gerar desconfiança na integridade e na credibilidade do sistema jurídico.

Como salientado pelo Ministro Gilmar Mendes, "a distinção, ou *distinguishing* (ou *distinguish*), consiste na confrontação entre os fatos materiais de dois casos, de modo a afastar a aplicação da *ratio decidendi* do precedente ao caso em julgamento em virtude da diversidade fática".<sup>15</sup> Assim, conclui o Ministro, para a realização do *distinguishing* é necessário que se demonstre, "fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução ao caso".

A simples distinção fática entre os casos, todavia, não é elemento bastante para a realização da distinção ou *distinguishing*. Isso porque, como alertam Didier Jr., Braga e Oliveira, "muito dificilmente haverá identidade absoluta entre as circunstâncias de fato envolvidas no caso em julgamento e no caso que deu origem ao precedente. Sendo assim, se o caso concreto revela alguma peculiaridade que o diferencia do paradigma, ainda assim é possível que a *ratio decidendi* (tese jurídica) extraída do precedente lhe seja aplicada"<sup>16</sup>.

No que concerne à legislação processual vigente, o Código de Processo Civil de 2015 faz referência à distinção (*distinguishing*) em alguns dispositivos, vejamos:

Art. 489. (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

<sup>15</sup> AR 2702 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 13-09-2019 PUBLIC 16-09-2019.

<sup>16</sup> Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, e Rafael Alexandria de Oliveira, *Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*, 14ª ed. (Salvador: JusPodivm, 2019): 604.



(...)

V - violar manifestamente norma jurídica;

(...)

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Art. 1037. (...)

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

Como se vê, com a internalização gradativa do sistema de precedentes no ordenamento jurídico pátrio, saber se um precedente é ou não aplicável ao caso concreto é de suma importância para partes e juízes, motivo por que, cada vez mais, é preciso estabelecer limites claros e precisos para o *distinguishing*, sob risco de banalização ou mau uso da técnica.

O *distinguishing* deve, nesse contexto, ser feito sempre de maneira ponderada, sendo inaceitável sua utilização como mero subterfúgio para se chegar a um resultado diverso do consolidado pelo precedente que se pretende afastar. Tal conduta - como bem destaca a Exma. Justice Barret da Suprema Corte Americana, em artigo intitulado "*Stare Decisis and Due Process*" - não é somente errônea, mas absurda dentro de um sistema de precedentes maduro e bem consolidado: "Mesmo quando há uma distinção em potencial, o precedente vincula os litigantes. Uma distinção proposta por uma das partes não contesta que o precedente a vincula, mas não a questão a ser decidida no caso concreto. Ela simplesmente argumenta que uma outra questão está em jogo".<sup>17</sup>

Decerto, em nosso sistema processual (*civil law*), todo juiz deve guardar obediência primeira à lei, sendo imprópria, mesmo sob a via dos precedentes, a criação ou inovação legislativa judicial (menciono, ilustrativamente, o art. 8º, § 2o, da CLT).

---

<sup>17</sup> Amy Coney Barrett, "Stare Decisis and Due Process," *University of Colorado Law Review* 74 (2003): 1020-1023.

Por outro lado, mas também em decorrência da imperatividade da lei, não pode o juiz furtar-se a aplicar interpretação legal consolidada na jurisprudência, sob o singelo argumento de que o caso concreto é diverso. A distinção fática entre as situações, se tanto, pode justificar a inaplicabilidade de determinado dispositivo a um caso concreto - quando se tratar, por exemplo, de fato que se enquadra em hipótese de incidência diversa -, mas jamais pode ser utilizada para respaldar interpretação heterodoxa de uma mesma lei. Nesse sentido, vale o alerta da Exma. Justice Barret: "cases interpreting texts are often difficult to distinguish", isso quando não são *indistinguishable* (indistinguíveis).

De fato, como assinalado pela autora, a despeito de teoricamente ser sempre possível fazer alguma distinção (*distinguishing*), nem as partes, nem os juízes devem se comportar como se os precedentes não importassem. Eventual discordância interpretativa pode e deve ser explicitada por uma ressalva de entendimento, por exemplo.

A distinção (*distinguishing*) - ou mesmo a superação (*overruling*) - deve ser trabalhada, assim, dentro da concepção dworkiniana de "romance em cadeia" e "história geral digna de ser contada", isto é, não deve ser utilizada como mero instrumento para contrariar ou "burlar" o sistema de precedentes. Nesse sentido, o prof. Scott Hershovitz sustenta:

Em uma visão baseada na integridade, o *stare decisis* é a prática de se envolver com a história, não apenas seguindo precedentes, mas também distinguindo-os e, quando apropriado, anulando-os. Anular um precedente, e às vezes até distingui-lo, são muitas vezes considerados atos contrários às exigências do *stare decisis*. Mas se pensarmos no *stare decisis* como uma prática em que os tribunais se esforçam para exibir integridade na tomada de decisões, então podemos ver que distinguir e anular precedentes são maneiras pelas quais um tribunal se envolve com sua própria história.<sup>18</sup>

Em suma, para que se possa fazer uma distinção justa e efetiva, os juízes devem, sobretudo, respeitar os precedentes, sua história e importância; e não recorrerem a particularidades do caso concreto como "brecha hermenêutica"

---

<sup>18</sup> Scott Hershovitz, "Integrity and Stare Decisis," in *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, ed. Scott Hershovitz (Oxford: Oxford University Press, 2006): 104.

para impor seu entendimento particular ao caso. Fazer isso, reiterar-se, atenta contra a segurança jurídica, o devido processo legal, a unidade e dignidade do Poder Judiciário, além de estimular desnecessariamente a litigiosidade, tão combatida nos tempos atuais.

Dessarte, muito embora nosso sistema processual tenha matriz diversa do modelo anglo-saxão, cada vez mais o ordenamento jurídico pátrio tem afirmado e reconhecido a força e a importância do respeito aos precedentes. Dessa compreensão deriva, hoje, o dever concreto que cada juiz e Tribunal têm de observar, não somente os julgados de natureza obrigatória ou vinculante (*biding precedents*), mas também aqueles de natureza meramente persuasiva. Isso sinaliza, em última análise, não o enfraquecimento da autonomia de cada juiz, mas o amadurecimento e o fortalecimento do nosso sistema judicial.

Os precedentes, assim, são importante fonte do direito, particularmente em sociedades complexas marcadas pelo permanente conflito entre concepções de mundo e de direito diversas. O conflito de interpretações é uma marca do direito, assim como o é a estabilização normativa exercida pelos Tribunais. A incorporação de um sistema de precedentes é fundamental para que o direito brasileiro possa de fato impor orientação segura para a sociedade, assegurando um ambiente institucional propício para que todos possam orientar normativamente suas ações concretas.

### **3. O sistema de precedentes e a Justiça do Trabalho**

Embora as reformas processuais mencionadas tenham sido implementadas ao longo dos últimos 20 anos, poucos dos novos mecanismos foram aplicados em disputas trabalhistas até a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. Até 2014, esses instrumentos afetavam apenas ações julgadas por tribunais estaduais e federais de competência geral, pouco se refletindo na jurisprudência trabalhista e na atuação do Tribunal Superior do Trabalho, em decorrência das especificidades do processo do trabalho definidas na CLT.

É bem verdade que a Justiça do Trabalho fora afetada como um reflexo geral das reformas processuais. A jurisprudência impositiva do STF, fundada nas súmulas vinculantes e decisões no julgamento das ações de controle concentrado e abstrato, assim como nos precedentes de repercussão geral, passou a fazer parte do cotidiano da Justiça especializada.

Nesse sentido, podemos mencionar precedentes importantes do STF, como a tese firmada pelo Plenário, na sessão de 30/8/2018 - Tema 725 da Repercussão Geral -, de que “é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (julgamento conjunto da ADPF nº 324/DF e do RE nº 958.252/MG).

Outro precedente relevante foi firmado em 2 de junho de 2022, quando o E. Supremo Tribunal Federal julgou o Tema 1046 de repercussão geral, intitulado "validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente", em clara revisão das teses firmadas nos Temas 357 e 762 (que consideravam a matéria de natureza meramente infraconstitucional). Foi firmada a seguinte tese jurídica após julgamento do mérito da Repercussão Geral no referido tema (ARE 1121633):

São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis (...). (Plenário, 2/6/2022 - grifos acrescidos)

De acordo com a tese firmada no Tema 1046, as negociações coletivas envolvendo direitos trabalhistas têm como balizas apenas aqueles absolutamente indisponíveis, que, como já esclarecido no julgamento do Tema 152 de repercussão geral, são os direitos que definem um "patamar civilizatório mínimo" e podem ser exemplificados como o trabalho livre, a remuneração de ao menos um salário mínimo, a observância do repouso semanal remunerado, e assim por diante.

Em que pese a relevância desses e de outros inúmeros precedentes vinculantes firmados pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho ainda não contava com instrumento processual para assegurar a observância de sua própria jurisprudência.

#### **4. A implementação do sistema de precedentes no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho**

Embora a reforma de 2008 do Código de Processo Civil fosse subsidiariamente aplicável ao contencioso laboral, os poderes para proferir decisões vinculativas em casos repetitivos foram atribuídos apenas ao STJ e ao STF. Esse estado de coisas passou a mudar em 2014. Nesse ano, com a promulgação da Lei nº 13.015, houve a introdução de novos mecanismos para a emissão de decisões vinculantes em recursos para o Tribunal Superior do Trabalho.

De acordo com Fredie Didier Jr. e Lucas Buril de Macêdo, a mencionada lei

inaugura o procedimento específico para julgamento de recursos de revista repetitivos, importante meio para produção de precedentes obrigatórios e, assim, para a promoção de uma tutela adequada de questões repetitivas que se apresentam na Justiça do Trabalho.<sup>19</sup>

A Lei nº 13.015/2014 inaugura o procedimento específico para julgamento de recursos de revista repetitivos, importante meio para produção de precedentes obrigatórios.

Após a edição da Lei nº 13.015/2014, a promulgação do Novo CPC no ano seguinte e da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) consolidaram o atual sistema de precedentes, com institutos relevantes, como os *Recursos de Revista Repetitivos* e *Incidente de Assunção de Competência*.

---

<sup>19</sup> Fredie Didier Jr. e Lucas Buril de Macedo, "O Julgamento de Recursos de Revista Repetitivos e a IN Nº 39/2016 do TST: O Processo do Trabalho em Direção aos Precedentes Obrigatórios," *Revista do TST* 82, n. 3 (2016): 188-214, 189.

#### 4.1. Recursos de Revista Repetitivos e Incidente de Assunção de Competência

O primeiro dos novos mecanismos instituído foi a incorporação do sistema de julgamento de recursos repetitivos à CLT. A lei, ainda no horizonte de vigência do CPC de 1973, determinou a aplicação das "normas relativas ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos" ao Recurso de Revista (art. 896-B da CLT).

Além disso, antecipando-se ao próprio CPC de 2015, a alteração legislativa incluiu o § 13 no art. 896 da CLT, que passou a prever a possibilidade de remessa de questão relevante, ainda que não repetitiva, ao Plenário do TST. O instituto passou a ser previsto no novo estatuto processual civil, como Incidente de Assunção de Competência.

Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

Posteriormente, os Tribunais Regionais do Trabalho também passaram a ser competentes para julgar recursos repetitivos, na forma do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC), com base nas disposições do CPC de 2015. Com efeito a Instrução Normativa nº 39/2016 do TST regulamentou a aplicabilidade dos institutos ao processo do trabalho, afirmando expressamente sua compatibilidade com os preceitos deste ramo especializado de Justiça.<sup>20</sup>

O Tribunal Superior do Trabalho já utilizou os dois mecanismos processuais para uniformizar a jurisprudência em inúmeros casos. A Corte firmou, até o momento, 18 teses de Recursos de Revista repetitivos e 2 Incidentes de Assunção de Competência.

---

<sup>20</sup> Disposições da Instrução Normativa referida: "art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: (...) XXV - art. 947 e parágrafos (incidente de assunção de competência); art. 8º Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas dos arts. 976 a 986 do CPC que regem o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)".

A título exemplificativo é possível mencionar, entre outros, o Tema nº 8 e 16 da Tabela de Recursos de Revista Repetitivos, pelas quais a Corte reconheceu aos Agentes de Apoio Socioeducativo da Fundação Casa o direito à percepção de adicional de periculosidade (Tema nº 16), mas não ao adicional de insalubridade (Tema nº 8).

No julgamento do Tema nº 9, por sua vez, a Corte fixou que "a majoração do valor do repouso semanal remunerado, decorrente da integração das horas extras habituais, deve repercutir no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sem que se configure a ocorrência de bis in idem". Além disso, a Corte firmou importantes teses sobre o divisor aplicável às horas extras dos bancários (Tema nº 2), bem como a ausência de direito ao adicional de insalubridade por parte de atendentes de telemarketing que utilizam fones de ouvido nos atendimentos (Tema nº 5).

O Tribunal firmou tese em um único precedente em Incidente de Assunção de Competência, que tive a honra de relatar. O primeiro IAC foi inadmitido, mas a Corte, no julgamento do segundo (IAC-5639-31.2013.5.12.0051), firmou a tese de que "é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei nº 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

#### **4.2. Possibilidade de manejo da Reclamação para preservar a competência e garantir a autoridade do Tribunal Superior do Trabalho**

Com os novos institutos e especialmente após a edição do CPC de 2015, as partes envolvidas nos processos trabalhistas passaram a contar com a possibilidade de ajuizar Reclamação para assegurar a autoridade das decisões da Corte, nos termos do art. 988 do CPC.

O próprio instituto da Reclamação veio a se consolidar no novo estatuto processual, como mecanismo fundamental para assegurar a observância dos precedentes vinculantes. Evita-se, assim, que órgãos administrativos e judiciais, em postura ativista, evitem dar cumprimento a decisões com caráter vinculante. Como afirma o Ministro Luís Roberto Barroso,

Nos países do common law, um instrumento como a reclamação é prescindível para que a eficácia normativa se torne efetiva. O respeito aos binding precedents é pressuposto e tradição do sistema. A experiência mostrou, contudo, que não é isso o que ocorre no Brasil. O cabimento de reclamação é essencial, em nosso sistema, para a efetividade do respeito ao precedente. Não há, aqui, tradição neste sentido. Ao contrário, há mesmo alguma resistência em aceitar a ampliação dos precedentes vinculantes, por se considerar que estes interferem indevidamente na independência e no livre convencimento dos juízes. E a correção das decisões que violam os precedentes judiciais pelo sistema recursal tradicional pode levar muitos anos. Consequentemente, só é possível falar em eficácia normativa forte, por ora, para aqueles casos em que é cabível a reclamação.<sup>21</sup>

A medida confere também ao TST importante mecanismo assegurador de sua competência, além de promover a aplicação dos precedentes vinculantes em decisões uniformes e céleres. Com efeito, a uniformização de jurisprudência é fundamental para a promoção da segurança jurídica, evitando que decisões conflitantes prejudiquem direitos de trabalhadores e empregadores.

#### **4.3. Transcendência**

Outro mecanismo elaborado com a finalidade de reduzir o acervo processual do Tribunal Superior do Trabalho é a transcendência. Diferentemente da repercussão geral no Recurso Extraordinário e da relevância no Recurso Especial, a transcendência não tem assento constitucional, mas apenas previsão legal e regimental, uma vez que o próprio Recurso de Revista não está previsto na Constituição da República.

A primeira tentativa de introduzir a transcendência como requisito à admissibilidade do Recurso de Revista ocorreu por meio do Projeto de Lei nº 3.267/2000, que acabou se concretizando por idêntico texto através da Medida Provisória nº 2.226/2001. O diploma inseriu o artigo 896-A na CLT, prevendo que

---

<sup>21</sup> Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello, "Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro," 13.



o TST, “no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica”.

A Medida Provisória permaneceu em vigor por força do art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001. Contudo, a eficácia do requisito ficou condicionada à regulamentação no regimento interno da Corte, que por sua vez chegou a instituir, em duas oportunidades, comissões com a finalidade de regulamentar o instituto. Contudo, em virtude da ausência de consensos quanto à melhor regência da matéria, não o regulamentou.

A reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/17 estabeleceu os contornos normativos da transcendência (art. 896-A, § 1º, da CLT) e o procedimento para sua aplicação.

Os indicadores legais de transcendência constroem o espaço argumentativo à disposição do Relator para afirmar ou negar a transcendência de determinadas questões. A Lei nº 13.467/2017 estabeleceu quatro indicadores de transcendência (econômica, social, jurídica e política), sem excluir a possibilidade de identificação de outros pelo órgão julgador.

A afirmação da transcendência econômica exige fundamentação quanto à caracterização da causa como de elevado valor (art. 896-A, § 1º, I) sem, contudo, a fixação legal de um valor definido de 500 salários mínimos como ocorre na relevância do REsp; a transcendência política, por sua vez, demanda demonstração de desrespeito a Súmula do TST ou do Supremo Tribunal Federal” (art. 896-A, § 1º, II); a transcendência social, que apenas pode ser reconhecida mediante postulação do Reclamante vinculada a direito social reconhecido pela Constituição (art. 896-A, § 1º, III); e a transcendência jurídica, que alude a questão nova relativa à interpretação da legislação trabalhista (art. 896-A, § 1º, IV).

Apesar da existência dos indicadores legais, cada Ministro tem em suas mãos enorme flexibilidade na verificação de tais critérios.

O que é elevado valor para fins de aferição da transcendência econômica? Tal critério é objetivo, de modo que qualquer causa que ultrapasse determinado

valor seja considerada transcendente, ou subjetivo, devendo ser levada em conta a relação entre o direito postulado e o valor financeiro pleiteado?

Quais são os direitos sociais reconhecidos pela Constituição para fins de reconhecimento da transcendência social? São apenas os inscritos no capítulo II da Constituição? Ou eventuais direitos mais abrangentes, previstos em outros títulos, também podem viabilizar o reconhecimento da transcendência?

Além disso, o que é “questão nova” para fins de reconhecimento da transcendência jurídica?

Por fim, o art. 896-A, § 1º, da CLT, traz uma cláusula aberta de reconhecimento da transcendência, ao estatuir que “são indicadores de transcendência, entre outros”. Diante da abertura possibilitada pelo dispositivo, atribui-se a mais ampla liberdade aos Ministros do TST para reconhecer a transcendência da matéria examinada, mas uma limitação pelos critérios legais para rejeitar um recurso com base na ausência de transcendência, sendo necessária decisão fundamentada ainda que de forma sucinta.

A transcendência tem sido intensamente aplicada no âmbito do TST, o que tem se refletido em julgamentos mais céleres dos recursos. Afinal, em Agravos de Instrumento e Recursos de Revista versando teses conforme à jurisprudência consolidada da Corte, assim como a entendimentos vinculantes do STF em repercussão geral ou controle concentrado de constitucionalidade, é possível afirmar desde logo a intranscendência das matérias.

Do ponto de vista da gestão de precedentes, o instituto também facilita a identificação das matérias em que, reconhecida a transcendência, as Turmas têm enfrentado o mérito e estabelecido teses.

## **5. Conclusão**

Diante da crescente demanda por soluções ágeis e eficientes para a crise numérica no sistema judicial brasileiro, a implementação do sistema de precedentes vinculantes tem se destacado como um importante mecanismo para aprimorar a atuação jurisdicional, permitindo a redução do acervo processual e a uniformização da jurisprudência.

A evolução do sistema de precedentes judiciais brasileiro resulta de 20 anos de reformas processuais, culminando em uma progressiva institucionalização de uma doutrina 'brasileira' do *stare decisis*. Aos poucos, reformas procedimentais visando a garantir a segurança jurídica e a uniformidade na aplicação do direito vêm construindo um cenário de decisões judiciais mais céleres, previsíveis e efetivas.

A implementação e o aprimoramento do sistema de precedentes vinculantes constituem um avanço significativo no enfrentamento dos desafios colocados pela crise numérica no sistema judicial brasileiro, permitindo a promoção de uma tutela adequada de questões repetitivas, e, conseqüentemente, a efetivação do direito fundamental à jurisdição.

## Bibliografía

- ALEXANDER, L. (2015). "La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis de sus posibilidades y sus virtudes", *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*, editado por Carlos Bernal Pulido e Thomas Bustamante, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BARRETT, A. C. (2003). "Stare Decisis and Due Process", *University of Colorado Law Review* 74: 1020-1023.
- BARROSO, L. R. y PERRONE CAMPOS MELLO, P. (2016). "Trabalhando com uma Nova Lógica: a Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro", *Revista da AGU* 15 (9).
- DIDIER JR., F. y BURIL DE MACEDO, L. (2016). "O Julgamento de Recursos de Revista Repetitivos e a IN No 39/2016 do TST: O Processo do Trabalho em Direção aos Precedentes Obrigatórios", *Revista do TST* 82 (3): 188-214.
- DIDIER JR., F., SARNO BRAGA, P. y ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, R. (2019). *Curso de Direito Processual Civil Vol. 2: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 14ª ed. Salvador: JusPodivm.
- FALCÃO, J. (2008). "Movimento pela Conciliação", *Revista Conjuntura Econômica* 60 (9).
- HERSHOVITZ, S. (2006). "Integrity and Stare Decisis", *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, editado por Scott Hershovitz, 123-145. Oxford: Oxford University Press.
- MARINONI, L. G. (2009). "Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo", *Estação Científica* 1 (4).
- MARTINS FILHO, I. G. da S. (2005). "A Reforma do Poder Judiciário e seus Desdobramentos na Justiça do Trabalho", *Direito Público* 2 (7).
- MENDES, G. F. y GONET BRANCO, P. G. (2012). *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva.
- SADEK, M. T. (2004). "Judiciário: Mudanças e Reformas", *Estudos Avançados* 18 (51).

SCHAUER, F. (2015). “Precedente”, *Precedentes*, editado por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr., e Lucas Buril de Macêdo, 49-86. Salvador: JusPodivm.

### **Recursos electrónicos**

SCHULTZ, D. (2022). “The Supreme Court has overturned precedent dozens of times, including striking down legal segregation and reversing Roe”, *The Conversation*. 30 de junho de 2022. <https://theconversation.com/the-supreme-court-has-overturned-precedent-dozens-of-times-including-striking-down-legal-segregation-and-reversing-roe-185941>.

---

## REFLEXIONES SOBRE UNA POSIBLE HOJA DE RUTA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

## REFLECTIONS ON A POSSIBLE ROADMAP FOR LABOR LAW

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (retirado), Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Miembro 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 Brasileña de Derecho del trabajo.*

[jrosen@adinet.com.uy](mailto:jrosen@adinet.com.uy)

Fecha de envío: 30/09/2024

Fecha de aceptación: 15/10/2024

---

## REFLEXIONES SOBRE UNA POSIBLE HOJA DE RUTA PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

Jorge ROSENBAUM RIMOLO

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

---

**Resumen:** Asistimos a transformaciones profundas que, en lo tecnológico, poseen una complejidad muy distinta y los rasgos contractuales clásicos de la estructura normativa que regula el trabajo han pasado a ser de utilidad solo para un núcleo de personas reducido. De eso se trata vivir en la revolución del trabajo, proceso al que se le adjudica un carácter disruptivo del modelo clásico surgido en la sociedad industrial. Aun cuando el Derecho laboral ha realizado ingentes esfuerzos, incorporando criterios muy laxos sobre la presunción de laboralidad, no ha podido asumir, con respuestas unívocas, las transformaciones del trabajo en el mundo digital. En las sociedades contemporáneas, cobran fuerza la idea de que todos quienes trabajan personalmente para obtener un ingreso como sustento, necesitan protección legal. Es en este marco que comienzan a plantearse debates superadores de los conceptos tradicionales en los que se ha centrado históricamente la disciplina. Con una pretensión ordenadora, son presentadas algunas líneas generales que podrían conformar una hoja de ruta sobre el devenir del Derecho del Trabajo, en la cual los derechos fundamentales de las personas y ciertos niveles mínimos de protección, deberían alcanzar a todos quienes trabajan, al margen de relación jurídica de fondo.

**Palabras clave:** Tecnologías - Trabajo subordinado - Contratos atípicos - Presunción de laboralidad - Empresas virtuales - Niveles mínimos de protección

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Factores alterativos en el mundo del trabajo contemporáneo. 3. La devaluación del trabajo subordinado típico. 4. Vivir en la revolución industrial y el entorno de movimientos de rechazo de la intermediación

política y social. 5. Los esfuerzos que se activan desde el Derecho del trabajo. 6. Algunas alternativas en la hoja de ruta del Derecho del trabajo del futuro. 7. Reflexión conclusiva.

**Abstract:** We are witnessing profound transformations that, in terms of technology, have a very different complexity and the classic contractual features of the normative structure that regulates work have become useful only for a small nucleus of people. That is what living in the labor revolution is all about, a process that is attributed a disruptive character of the classic model that emerged in industrial society. Even though Labour law has made enormous efforts, incorporating very lax criteria on the presumption of employment, it has not been able to assume, with unequivocal answers, the transformations of work in the digital world. In contemporary societies, the idea that all those who work personally to earn an income as a livelihood need legal protection is gaining traction. It is in this framework that go beyond the traditional concepts on which the discipline has historically focused. With an ordering intention, some general lines are presented that could form a roadmap on the future of Labor law, in which the fundamental rights of people and certain minimum levels of protection should reach all those who work, regardless of the underlying legal relationship.

**Keywords:** Technologies - Subordinate work - Atypical contracts - Presumption of employment - Virtual companies - Minimum levels of protection

**Summary:** 1. Introduction. 2. Alterative factors in the contemporary world of work. 3. The devaluation of typical subordinate work. 4. Living in the industrial revolution and the environment of movements rejecting political and social intermediation. 5. The efforts that are activated from Labor law. 6. Some alternatives in the roadmap of the Labour law of the future. 7. Concluding reflection.



## 1. Introducción

Son muchos los autores que señalan -con acierto- que el Derecho Laboral ha sido, junto a la Seguridad Social, la gran invención jurídica sobrevenida para dar forma a *las nuevas relaciones de trabajo* que generó la primera revolución industrial.<sup>1</sup> Más aún, **Supiot** afirma que aquellos planteamientos surgidos desde el origen mismo del Derecho del trabajo, continúan justificando hoy día la razón de ser de la disciplina, por lo que adelantamos que, seguramente, tampoco habrán de sustraerse de su esencia en el futuro.

Es por ello que, para fundar este aserto, vamos a dedicar algunas breves reflexiones muy esquemáticas y exiguas acerca de cuáles son las líneas generales que hoy día se plantean respecto del diseño de una posible hoja de ruta sobre el futuro de la disciplina.<sup>2</sup>

## 2. Factores alterativos en el mundo del trabajo contemporáneo

Aseverar que transitamos por épocas de cambios constituye una expresión retórica. Porque “*el cambio es la única cosa inmutable*” (por ser eterno, perpetuo, inmortal), como afirmaba Arthur Schopenhauer.

Quizás el ingrediente diferencial es que asistimos a transformaciones drásticas, ya que poseen un alcance y una complejidad muy distinta a lo que nuestra realidad histórica haya experimentado antes. Y ello se debe a la vastedad de los factores alterativos que derivan de las tecnologías contemporáneas que, como la mecanización, el empleo de robots y de drones, la hiper conectividad y el uso intensivo de internet, el acceso a información a través de las redes sociales, los servicios en la nube y la expansión ilimitada de bases de datos, la impresión 3D, la inteligencia artificial y el dominio de los algoritmos, el metaverso y la realidad virtual, aparecen como ejemplos recientes

---

<sup>1</sup> SUPIOT, Alain: “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 115, No. 6, OIT, Ginebra, 1997.

<sup>2</sup> Este trabajo recoge en lo sustancial nuestra exposición en la Mesa Redonda sobre “Desafíos del Derecho del trabajo en el contexto actual”, desarrollada en las XXII Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social llevadas cabo en Buenos Aires el 14 de junio de 2024.

que sobresalen por su relevancia. Otro fenómeno que acompaña este devenir y se proyecta fuertemente en el mundo del trabajo, es, asimismo, el desarrollo que vienen asumiendo las plataformas digitales.

Pero, además, no caben dudas de que el mundo del trabajo deberá enfrentar un conjunto inacabado de avances técnico productivos en proceso de generación que, con una multiplicación vertiginosa, irán cobrando consistencia real.<sup>3</sup>

### 3. La devaluación del trabajo subordinado típico

Se trata de fenómenos desenvueltos a través de un largo proceso, en cuyo decurso se ha ido produciendo, entre otras cosas, un radical menoscabo del peso específico del trabajo subordinado como elemento definidor del alcance del Derecho laboral.

Ello ha provocado que los rasgos contractuales clásicos de la estructura normativa que regula el trabajo, hoy nos parecen superados y han pasado a ser de utilidad solo para un núcleo de personas que pueden considerarse favorecidas, grupo éste que día a día se reduce más y más.<sup>4</sup>

Nos parece oportuno recordar versadas expresiones de destacados juristas que han permanecido en nuestra memoria. Por un lado, **Tapia** explicaba como los temas sobre el futuro generan debates que la mayoría no alcanza a percibir en el día a día, así como existe una revolución permanente en el Derecho.<sup>5</sup> Por otra parte, **Goldín** señalaba que las transformaciones

---

<sup>3</sup> Más aun, debe tenerse en cuenta que el proceso tecnológico no es lineal, sino exponencial, rigiéndose por lo que Ray Kurzweil califica como una “ley de rendimientos acelerados”. Esto significa -según cita Leo Piccioli- “que cada aspecto que la tecnología toca comienza a crecer a un ritmo exponencial, impactando todas las industrias y sectores laborales” (“El futuro del trabajo: empoderando a los trabajadores en la era tecnológica”, Infobae, 14 de octubre de 2024).

<sup>4</sup> OIT, Informe “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación”, 2015. CASTELLO, Alejandro: “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX”, en revista Derecho Laboral N.º 190, Montevideo, abril-junio 1998.

<sup>5</sup> TAPIA, GUERRERO, Francisco, Universidad de Tarapacá, clases magistrales dictadas en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas el 14 de mayo de 2012.

económicas, tecnológicas y productivas someten al derecho del trabajo a duras pruebas.<sup>6</sup>

Quizás sea por ello que la realidad actual nos plantea tantas perplejidades, al grado de preguntarnos si estamos ante un Derecho laboral que ha sido puesto en jaque y cuál será su futuro.<sup>7</sup> Porque en el firmamento del trabajo, han irrumpido formas de prestación de actividad laboral muy diversas, las que inicialmente fueron catalogadas bajo el rótulo de “contratos atípicos”, una suerte de categoría residual, omnicomprendiva de ciertos modos o maneras diferentes, poco ortodoxas, de trabajar.<sup>8</sup>

Pero claramente, tales atipicidades se han acrecentado con el devenir del tiempo, rebosando aquella categoría originaria, tal como sucede con las tareas con alternancia esporádica o discontinuas, los trabajos por proyectos o encargos, los trabajos sujetos al desempeño, la tercerización de actividades, el trabajo pseudo independiente, las prestaciones de colaboración, el trabajo en la economía de plataformas y un elenco multiplicador de modalidades de prestar labores productivas, comerciales y de servicios cada vez más individualizadas.

#### **4. Vivir en la revolución industrial y el entorno de movimientos de rechazo de la intermediación política y social**

---

<sup>6</sup> GOLDÍN; Adrián O., “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, Relaciones Laborales, N°. 3, Año 12, Madrid, 1996.

<sup>7</sup> Rafael ALBURQUERQUE apuntaba que: “El clásico Derecho del trabajo fue concebido para regular una relación de trabajo nacida en la sociedad industrial; por tanto, sus normas se avienen mal a nuevos estereotipos laborales creados por una empresa horizontal que impone un nuevo modo de producción de naturaleza molecular, constreñida por la necesidad de triunfar en un mercado global dominado por la tecnología más sofisticada” (El futuro del Derecho del Trabajo”, conferencia expuesta en 2018 (cit.). Más aún, en su pensamiento precedente, el autor ya señalaba que: “Estamos ante un proceso de mundialización de la economía que exige obviamente la adaptación de institutos laborales superados por la evolución de los acontecimientos. La metamorfosis es inevitable, pero una interrogante se impone: ¿podrá adaptarse nuestra disciplina a los cambios de la economía y a la revolución tecnológica o simplemente perecerá en el intento?”, ¿Se desploma el Derecho del Trabajo?, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003.

<sup>8</sup> Basta recordar el tema central del XI Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, cuyo relator principal fuera Efrén CÓRDOVA, versando sobre el tópico: “Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas”, Caracas, 1985. En nuestro país, RASO DELGUE, Juan, La contratación atípica, 3ª. edición, FCU, Montevideo, 2023.

En anteriores presentaciones, hemos señalado que de eso se trata vivir en la revolución del trabajo<sup>9</sup>, proceso al que repetidamente se le adjudica un carácter disruptivo del modelo clásico surgido en la sociedad industrial (o de ciudadanía “industrial”, como gusta calificar **Romagnoli**).<sup>10</sup>

Pero, además, extramuros del Derecho, estos acontecimientos transcurren en un mundo en el cual aparecen nuevos actores y espacios, que llegan a posicionarse incluso más allá de los partidos políticos, de los sindicatos y de las asociaciones de empleadores. Un ejemplo paradigmático es el de los “chalecos amarillos” en Francia, al punto de poner en tela de juicio –con el natural peligro que esto conlleva– valores democráticos afianzados, desde que desconocen la representatividad de aquellos grupos intermedios de la sociedad civil. Para muchos politicólogos, tales fenómenos rompen el contrato social, ya que “marcan un deslizamiento del «populismo» del campo político al social”.<sup>11</sup>

Y es precisamente en este último ámbito, donde opera el Derecho del trabajo.

## 5. Los esfuerzos que se activan desde el Derecho del trabajo

Pese a los ingentes esfuerzos desplegados, fundamentalmente a través de la aceptación de criterios amplios y extendidos sobre la presunción de laboralidad, muchos son los seres humanos que, también trabajando, hace tiempo que han quedado fuera del círculo del Derecho laboral tradicional. Nos referimos a la relevancia que vienen cobrando diferentes notas que desbordan la subordinación jurídica<sup>12</sup>, como la ajenidad, la inserción en la organización

---

<sup>9</sup> ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, “Las lecciones acerca de cómo es vivir en la revolución del trabajo”, Transformaciones en el mundo del trabajo y efectos sobre el Derecho Laboral, Seminario Internacional de la AIADTSS, el Instituto de la Facultad de Derecho y la OIT, 16 y 17 de octubre de 2023, Uruguay.

<sup>10</sup> ROMAGNOLI, Umberto, “De la ciudadanía industrial a la ciudadanía industrial”, Revista de derecho social N°. 81, 2018.

<sup>11</sup> LEFEBVRE, Remi: Los «chalecos amarillos» y la representación política, Rev. Nueva Sociedad No. 286, enero-marzo 2020; YON, Karel: Les syndicats dans la roue des Gilets jaunes en «Gilets jaunes», Hypothèses sur un mouvement, La Découverte, París, 2019.

<sup>12</sup> ROSENBAUM CARLI, Federico, “Revisión crítica de la centralidad de la subordinación en el procedimiento de la determinación de la existencia de la relación de trabajo”, Memoria y vigencia del pensamiento jurídico de Oscar Ermida Uriarte. Estudios en su homenaje, Montevideo, 2022;

empresaria, la dependencia económica, la hiposuficiencia, la parasubordinación, la coresponsabilización solidaria de la empresa principal en la intermediación<sup>13</sup> y tercerizaciones, el empleador complejo, el empleador instrumental<sup>14</sup>; o aún cánones más convivientes con la modernidad, como la “ciberdinación”<sup>15</sup>, la subordinación digital<sup>16</sup> y la subordinación algorítmica<sup>17</sup>, entre tantos criterios que doctrina y jurisprudencia comenzaron a admitir como indicadores en el test de laboralidad.

Pero, el ordenamiento “ius laboral” existente, ni siquiera contempla o se adecua a categorías enteras de prestadores de actividad que trabajan para obtener, como los demás, un ingreso con el cual vivir.

**Raso Delgue** recurre al ejemplo de las empresas “virtuales” en la “gig economy”, que responden a un nuevo modelo de organización empresarial, y respecto de las cuales se procura, de forma desordenada, encontrar soluciones para proteger a esos trabajadores desplazados.<sup>18</sup> Se trata de una realidad con particularidades que dificultan ciertamente la aplicación de las normas tradicionales ya que, quienes brindan materialmente un servicio así contratado, aparentan no ser trabajadores, sino que las propias plataformas los califican como asociados, colaboradores, prestadores autónomos o auto emprendedores. Como tales, organizan con libertad su trabajo (son sus propios jefes, trabajan cuando quieren, aportan un vehículo o instrumental propio, deciden si responden

---

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar, “Crítica de la subordinación: veinte años después”, rev. Derecho Laboral N°. 285, Montevideo, 2022.

<sup>13</sup> VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación. En Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, OIT. Lima, 2000. SALA FRANCO, Tomás, “La noción laboral de contrata y de contrata de “propia de actividad”, Trabajo y empresa: revista de Derecho del Trabajo, vol. 1, N° 1, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2022.

<sup>14</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales”, Impacto laboral de las redes empresariales, Ed. Comares, Granada, 2018.

<sup>15</sup> REYNOSO CASTILLO, Carlos, De la subordinación a la “ciberdinación laboral”, Revista de la Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2023.

<sup>16</sup> UGARTE, José Luis, Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, Revista chilena de derecho privado N°. 85, Santiago, 2020.

<sup>17</sup> LIBERAL COUTINHO, Rianne, “Subordinação algorítmica: há autonomia na uberização do trabalho?”, ed. Dialética, e-book; PIRES FINCATO, Denise y WÜNSCH, Guillermo, “Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica?”, Revista TST, São Paulo, vol. 86, no 3, jul/set 2020.

<sup>18</sup> RASO DELGUE, Juan, “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 5, N° 1, enero-marzo de 2017.

o no a un llamado u oferta, no están obligados a cumplir un mínimo de prestaciones, se conectan y desconectan de internet cuando desean, no tienen exclusividad y asumen los riesgos de su actividad frente al cliente).<sup>19</sup>

Por eso no resulta nítido ni fácil discernir, practicando un simple “*test de laboralidad*”, cuál es la posición real que ocupan; todo depende de la casuística, del aporte probatorio, de los criterios de la administración del trabajo y de los tribunales que, ciertamente, mantienen posturas encontradas.<sup>20</sup>

Todo lo dicho nos llevó a sostener, tiempo atrás que, al presente, “*el Derecho del Trabajo no se encuentra preparado para asumir, con respuestas unívocas, estas transformaciones de organización del trabajo en el mundo digital*”, siendo notorio que el camino recorrido en estos últimos años, ha sido francamente vacilante y errático, planteando un escenario sin reglas claras y generador de ambigüedades.<sup>21</sup>

Lo cierto es que las concepciones están cambiando y cada vez con mayor fuerza se expande la idea de que todos quienes trabajan por un ingreso, necesitan protección legal.<sup>22</sup>

## **6. Algunas alternativas en la hoja de ruta del Derecho del trabajo del futuro**

Como lo describe **María Luz Vega**, asistimos a realidades de “*cambio en la concepción humana respecto al trabajo, un cambio ideológico que llevará a que el debate se abra a ámbitos nunca antes abordados y que se repiensen*”

---

<sup>19</sup> CARBALLO MENA, César Augusto, “Indicios de la relación de trabajo y empresa digital”, Revista derecho del trabajo N°. 26, La Ley, Uruguay, 2020.

<sup>20</sup> GARCÍA, Héctor Omar, “El servicio de entregas a domicilio mediante plataformas digitales y el problema de su calificación jurídica: ¿trabajo autónomo, dependiente o de ambos tipos a la vez?”, El trabajo en la economía de plataformas, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2022. CAPARRÓS, Fernando, “La dependencia en la economía de plataformas”, idem.

<sup>21</sup> ROSENBAUM RIMOLO, Jorge, “Las instituciones del Derecho del Trabajo, ¿están preparadas para las transformaciones del mundo digital?”, exposición en VIII Congreso Internacional de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sao Paulo, 5 de octubre de 2018; “Las nuevas relaciones de trabajo en la era digital”, exposición en el Colegio de Abogados de Santa Fe, 8 de noviembre de 2018.

<sup>22</sup> WEBER, Lauren: What if there were a new type of worker? Dependent contractor, The Wall Street Journal, 29.01.15.

*conceptos tradicionales que parecían inamovibles*".<sup>23</sup> Entre los cuales, claro está, el de la subordinación jurídica.<sup>24</sup>

Porque, como bien señala **Fernández Brignoni**, *"la sociedad humana subsiste por la innovación y por el control social del cambio, y en su construcción del futuro trata de anticiparse con la finalidad de planificarlo"*.<sup>25</sup>

Sin dudas, se torna difícil avizorar cuál será el devenir o futuro de la disciplina, así como también se diversifican las alternativas propositivas sobre el *"deber ser"* esperado o deseable.

Elecciones éstas que dependen, por otra parte, de decisiones políticas, que son las que determinan *qué, a quiénes y cómo regular* estos fenómenos, de acuerdo con un criterio finalístico determinado por la ciencia de la legislación.<sup>26</sup>

En este marco, constatamos que se confrontan perspectivas disímiles, lo que nos pone en situación de plantear únicamente algunas líneas generales que se debaten en el posible diseño de una hoja de ruta para la disciplina. Lo exponemos como una suerte de ensayo para el imaginario, sin pretender agotar el elenco de alternativas, siempre abiertas a nuevos aportes, especialmente en épocas de cambios como las que nos toca vivir.

Por lo tanto, advertimos sobre la aleatoriedad descriptiva de esta presentación, expuesta a observaciones y críticas discordantes sobre las limitadas disyuntivas sobre modelos o estructuras regulatorias que seguidamente son esquematizadas.

a) Una primera solución se inclina por el *mantenimiento de la estructura de un Derecho Laboral tradicional como modelo unitario*, sin abandono de los paradigmas centrales y clásicos de la subordinación y el trabajo asalariado, como delimitadores de su esfera de actuación (alcance personal, material, normativo e institucional). El Derecho del trabajo debe seguir siendo lo que siempre fue, aun cuando resulte necesario implantar ciertos grados de laxitud respecto de

---

<sup>23</sup> <https://www.ilo.org/es/resource/news/uruguay-los-desafios-del-futuro-del-derecho-del-trabajo>, Montevideo, 03.04.2017

<sup>24</sup> GARMENDIA ARIGÓN, Mario, "La crisis de la subordinación y la vulnerabilidad del trabajo autónomo y pseudo autónomo", *Revista Trabalho, Direito e Justiça*. V. 1, N°.1, set-dez 2023

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, "El futuro del Derecho del Trabajo. El impacto tecnológico y la cultura jurídica", *Boletín Cielo Laboral*, octubre 2018.

<sup>26</sup> Recordando la forma racional de hacer las leyes que preconizaba Gaetano FILANGIERI (1780 – 1788).



aquellos arquetipos como lo propone la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 de la OIT.<sup>27</sup>

En consecuencia, las prestaciones de actividad que quedan excluidas de la figura tradicional de los sujetos (empleador y trabajador dependiente) y del objeto (trabajo humano subordinado, y asalariado), tendrán que regularse desde el Derecho común (civil o comercial), tal como ocurre con el auténtico prestador de trabajo autónomo, quien organiza un emprendimiento por cuenta propia, toma los riesgos del mercado, transita por fuera de la organización empresarial a la que vende sus servicios, contrata su propio personal, determina el precio de su actividad o servicio, etc.

La lógica de estas posturas se sostiene en las estructuras binarias que diferencian el trabajo subordinado del trabajo autónomo o independiente. En términos duros y empleando lúcidas expresiones críticas de **Goldin**, parece claro que, desde esa dogmática, en el trabajo autónomo debe primar *“la lisa y llana supresión de la condición de trabajador protegido”*, de modo que estamos ante el trayecto más directo hacia la situación de una *“protección cero”*.<sup>28</sup>

Parece no resultar predominante una elección de ese tipo. El propio ex Director General de la OIT, **Guy Ryder**, en las Conversaciones del Centenario, formulaba una pregunta para reflexionar: *“¿Estamos entrando en un territorio nuevo, en el que una relación comercializada, y no la relación laboral, media en el trabajo?”*.<sup>29</sup>

No se trata de una interrogante ligera y vana. Observamos que, en el terreno finalístico de la aplicación de los ordenamientos jurídicos, la sociedad comienza a apreciar que las normas del Derecho privado, no cumplen ciertos objetivos axiomáticos de protección de la persona (del ser humano) y por ello

---

<sup>27</sup> No puede obviarse que este instrumento surgió tras el rechazo del proyecto de Convenio Internacional sobre subcontratación, acaecido en la Conferencia de 1998. De allí que sólo fuera posible aprobar años después, un instrumento normativo no imperativo, con el fin de resguardar ciertas formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas, lo que determinó que el partido recién comenzaba según Oscar Ermida Uriarte (*“La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”*, CSA, en pág.web <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>).

<sup>28</sup> GOLDIN, Adrián: *“El Derecho del Trabajo, hoy. Tendencias y desafíos”*, en *El trabajo en la economía de plataformas*, Lucas CAPARRÓS y Héctor O. GARCÍA (coordinadores), ed. Ediar, Buenos Aires, 2019.

<sup>29</sup> RYDER, Guy: *“El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global”*, OIT Informe preparatorio, 6 y 7 de abril de 2017.



contemporáneamente aparecen regulaciones específicas que procuran incorporarlos. Las protecciones que se instauran en el derecho comparado, recogen algunos derechos fundamentales, como -a vía de ejemplo- la no discriminación y el respeto de la intimidad y dignidad; la formación y readaptación profesionales; la seguridad y salud en el trabajo; la percepción puntual de su contraprestación económica; e, incluso, los derechos colectivos.

Ello nos introduce en otras opciones que matizan la idea de un Derecho del trabajo unitario.

b) La segunda línea de propuestas, participa de la idea de un *sistema de regulación del trabajo diferenciado y múltiple*, sobre la base de que, una realidad “diversificada” debería quedar regulada a través de normas que se adapten a la medida de las particularidades de los nuevos trabajos.<sup>30</sup> Se ingresaría, de ese modo, en una fragmentación o segmentación de tutelas, expandiéndose regímenes plurales de protección del trabajo, alejados de aquel modelo único que concentrara el Derecho del trabajo conocido y tradicional.

Es en este terreno que nace, entre otras iniciativas, la alternativa de multiplicar la actividad reglamentaria, más allá de la normativa típicamente laboral. Un ejemplo nítido ha sido la creación legislativa de la figura disociada del “TRADE” en España, un trabajador autónomo, pero económicamente dependiente, en función de que realiza una actividad profesional, a título lucrativo, de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.<sup>31</sup>

Trátase de reglar una relación laboral de carácter específico, encuadrada como una tercera categoría “legal” de trabajador, intermedia entre aquél amparado por un vínculo subordinado típico (regulado por el Derecho del

---

<sup>30</sup> RASO DELGUE, Juan: “Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos”, revista Derecho Laboral No. 190, Montevideo, 1998.

<sup>31</sup> Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolla el Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos. Véase SALA FRANCO, Tomás, “El trabajo autónomo económicamente dependiente”, El Trabajo (L. E. De La Villa, Coordinador), CEURA y Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2011.

Trabajo) y aquél otro que se desenvuelve con una estructura propia e independiente (regulado por el Derecho Común).

Se plasma, entonces, una suerte de “*tertium genus*”, que responde a una categoría a la que no se le han de conferir todas las protecciones del Derecho del trabajo, sino sólo algunos derechos específicos que son considerados de carácter fundamental y socialmente protectores. Pero sin reconocerse por ello, la existencia de una relación de dependencia.

Una de las críticas que se formulan a este tipo de propuestas, advierte que combinar independencia y protección laboral, genera incerteza e inseguridad jurídicas al momento de identificar qué vínculos y qué sujetos quedan comprendidos en una figura ambigua de esta naturaleza.<sup>32</sup> Al punto que deba apelarse a criterios diferenciadores “meta jurídicos”, como, en el caso ejemplificado, es el que refiere a la cuantía del ingreso económico (75 por ciento), entre otros indicadores.

c) En tercer lugar, se abre el espacio para admitir la *ampliación de las fronteras del Derecho del trabajo*, posibilitando abarcar modalidades y formas disímiles y asimétricas de prestar trabajo en el marco de un trabajo decente. Esta vía hace decir a **Vega Ruiz** que “*todo trabajo útil para la sociedad debe contar con una serie de derechos sociales que le permitan un estatuto jurídico*”.

Postulación que se enfrenta a realidades complejas, como las que impone la confrontación delimitadora del binomio “autonomía–subordinación”. Y donde ya no juega un rol central y único la subordinación como elemento diferenciador, sino que cobra relevancia la constatación de que existiendo una desigualdad contractual de base, se justificaría extender protecciones a quienes se someten a un estado de desequilibrio no necesariamente contemplado por la dependencia jurídica tal como fuera entendida en su sentido ortodoxo, aún ampliado. Se trata de un camino en el que a través de su recorrido comienza a consolidarse una universalización de los derechos sociales.

---

<sup>32</sup> VEGA RUIZ, María Luz: “Los nuevos paradigmas en la relación de trabajo: el dilema humanización, flexibilidad y producción. El futuro del trabajo”, XXVII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 17 y 18 de marzo de 2016; “Trabajo, relación de trabajo y derecho del trabajo: ¿crisis o renacimiento?”, El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. AEDTSS, MTM y SS, Colección Informes y Estudios, 2019.

Es así que, en opinión de **Supiot**, ha de relativizarse “*el alcance de la oposición entre trabajo dependiente e independiente, pues si la conciliación de la subordinación y de la libertad individual es un asunto propio del trabajo asalariado, la necesidad de seguridad del trabajador es algo válido por igual para las dos clases de trabajo*”. De allí su propuesta de elaborar un **derecho laboral común**, que se aplique lo mismo al trabajo independiente que al dependiente<sup>33</sup>, aunque reconociéndose unos derechos mínimos, considerados esenciales para todo trabajo que es prestado en forma personal. Y ello porque hoy, más que nunca, apremia “redefinir unos derechos humanos en el trabajo que correspondan a las condiciones de nuestra época”.<sup>34</sup>

Interpretamos que la visión de **Bronstein** va más allá aún, ya que percibe que “es posible que el derecho del trabajo deba evolucionar, para tratar de abarcar a todos los trabajadores y no solamente a aquellos que se encuentran en una relación de trabajo subordinada según los conceptos prevalecientes en el siglo pasado. En gran medida esto implicaría pasar del “derecho del trabajo” al “**derecho de los trabajadores**”.<sup>35</sup>

Por nuestra parte, en exposiciones antecedentes, propugnamos la idea de un “**Derecho del y para el trabajo global**”, ya que *todo trabajo y todo trabajador*, sin distinciones, están bajo la especial protección de la ley (es decir, del Derecho), por lo que la relación jurídica de fondo, resulta marginal.<sup>36</sup>

Este concepto fue germinando en nosotros por aproximación a ideas delineadas por algunos de nuestros referentes del pensamiento ius laboralista. Entre ellos, reconocemos la influencia que ejercieran las enseñanzas de **Barbagelata**, cuando en el año 2011 enunciaba una descripción de nuestra disciplina jurídica a través del prisma de lo que él califica como *su proyección*

---

<sup>33</sup> Propuesta que impulsara SUPIOT en los debates para la reforma del Código Francés cuando el Derecho del Trabajo resulta un obstáculo (Et si l'on refondait le droit du travail..., Le Monde Diplomatique N° 220 de octubre de 2017).

<sup>34</sup> SUPIOT, Alain, “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, Revista Internacional del Trabajo, vol. 115, N°. 6, OIT, Ginebra, 1996.

<sup>35</sup> BRONSTEIN, Arturo: Relatoría sobre el tema “El futuro del Derecho del Trabajo”, VI Congreso Regional Americano de la SIDTSS, Querétaro, México, setiembre de 2004.

<sup>36</sup> ROSENBAUM RIMOLO, Jorge: “El Derecho Laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno”, revista Derecho Laboral No. 270, Montevideo, abril- junio 2018.

*universal*. La concepción del autor le asigna al Derecho laboral una función omnicompreensiva de “protección del trabajo y consiguientemente de los trabajadores, bajo todas sus formas y modalidades, aunque...” -agrega- “...la protección deba adaptarse a las respectivas condiciones”, que puedan justificar una diferenciación de tratamiento.<sup>37</sup>

Similar postura parece ser la que enuncia **Ermida Uriarte**, al desarrollar como idea “la protección de todo trabajo (a secas) o de toda actividad”, producida a través de **una extensión monolítica, en bloque, del Derecho del trabajo**.<sup>38</sup>

Por otra parte, asumimos la relevancia de lo propuesto por la Comisión creada en la OIT con motivo de su Centenario, cuando recomendaba el establecimiento de una **“Garantía Laboral Universal”**, donde “todos los trabajadores, independientemente de su modalidad contractual o de su situación laboral, también deben gozar de una protección adecuada que les garantice condiciones de trabajo humanas para todos”.<sup>39</sup> Propuesta que, sin embargo, no fuera recogida -por no contar con mayorías suficientes- en las conclusiones de la Conferencia General del año 2019.<sup>40</sup>

## 7. Reflexión conclusiva

Compartimos la idea de que las modalidades de prestar y organizar el trabajo (como objeto), de las personas que viven del mismo (como sujetos), dependiendo de su capacidad de prestarlo para obtener su sustento (como fin), no pueden quedar supeditadas a los estrechos límites normativos del Derecho

---

<sup>37</sup> BARBAGELATA, Héctor-Hugo: “El Derecho universal del Trabajo”, Revista de la Facultad de Derecho No. 31, Montevideo, julio-diciembre 2011.

<sup>38</sup> ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ, Oscar: Crítica de la subordinación, *Ius et Veritas* No. 25, PUCP, Lima, 2002.

<sup>39</sup> MORGADO VALENZUELA, Emilio, La relación de trabajo en la declaración del centenario de la OIT para el trabajo del futuro”, Homenaje al Prof. Emérito Américo Plá Rodríguez a 100 años de su nacimiento, FCU, Montevideo, 2021.

<sup>40</sup> ROSENBAUM CARLI, Federico, “Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo ¿se hizo lo necesario o lo políticamente correcto?”, Blog Opinión y Crítica sobre el Derecho del Trabajo, Montevideo, 23 de junio de 2019. Disponible en <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/06/declaracion-del-centenario-de-la-oit.html>.

Laboral que supo irrumpir, en los orígenes, como una disciplina protectora del trabajo humano industrial.<sup>41</sup>

En esta posible (y probable) tarea de reacomodamiento y adaptación de la disciplina, parece ineludible contemplar ciertos valores y requerimientos que hoy día resultan esenciales en toda sociedad en la medida que han calado hondo en la conciencia social.

Por esta razón, consideramos necesario que, cualquiera sea el modelo o estructura que se adopte, la legislación que regule el trabajo, debe incorporar la observancia de los derechos fundamentales de la persona, así como garantizar niveles mínimos de protección para todos quienes trabajan, independientemente de su situación laboral, de su modalidad contractual y de la calificación de su relación o vínculo jurídico.

---

<sup>41</sup> Más aún, como señala Elmer ARCE, cuando la norma laboral no posibilita la consecución del fin que persigue el Derecho del Trabajo en el ámbito sobre el que actúa, será disfuncional, que es lo mismo que decir ineficaz (“Apuntes sobre la función social del derecho del trabajo contemporáneo”, Revista Laborem N°. 4, Lima, 2004).

## Bibliografía

- ARCE, E. (2004). "Apuntes sobre la función social del derecho del trabajo contemporáneo", *Revista Laborem*, N°. 4, Lima.
- BARBAGELATA, H. H. (2011). "El Derecho universal del Trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 31, Montevideo, julio-diciembre.
- CARBALLO MENA, C. A. (2020). "Indicios de la relación de trabajo y empresa digital", *Revista derecho del trabajo*, N°. 26, La Ley, Uruguay.
- CASTELLO, A. (1998). "De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX", *revista Derecho Laboral*, N.º 190, Montevideo, abril-junio.
- ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O. (2002). "Crítica de la subordinación", *Ius et Veritas*, No. 25, PUCP, Lima.
- FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2018). "El futuro del Derecho del Trabajo. El impacto tecnológico y la cultura jurídica", *Boletín Cielo Laboral*, octubre.
- GARCÍA, H. O. (2022). "El servicio de entregas a domicilio mediante plataformas digitales y el problema de su calificación jurídica: ¿trabajo autónomo, dependiente o de ambos tipos a la vez?", *El trabajo en la economía de plataformas*, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- GARMENDIA ARIGÓN, M. (2023). "La crisis de la subordinación y la vulnerabilidad del trabajo autónomo y pseudo autónomo", *Revista Trabalho, Direito e Justiça*, V. 1, N° 1, set-dez.
- GOLDÍN, A. (1996). "El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas", *Relaciones Laborales*, N°. 3, Año 12, Madrid.
- GOLDIN, A. (2019). "El Derecho del Trabajo, hoy. Tendencias y desafíos", *El trabajo en la economía de plataformas*, Lucas CAPARRÓS y Héctor O. GARCÍA (Coords.), ed. Ediar, Buenos Aires.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, O. (2022). "Crítica de la subordinación: veinte años después", *rev. Derecho Laboral*, N°. 285, Montevideo.
- LEFEBVRE, R. (2020). "Los «chalecos amarillos» y la representación política", *Rev. Nueva Sociedad*, No. 286, enero-marzo.

- LIBERAL COUTINHO, R. (2021). "Subordinação algorítmica: há autonomia na uberização do trabalho?", ed. Dialética, e-book.
- MORGADO VALENZUELA, E. (2021). "La relación de trabajo en la declaración del centenario de la OIT para el trabajo del futuro", *Homenaje al Prof. Emérito Américo Plá Rodríguez a 100 años de su nacimiento*, FCU, Montevideo.
- OIT (2015). "Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. El empleo en plena mutación".
- PIRES FINCATO, D. y WÜNSCH, G. (2020). "Subordinação algorítmica: caminho para o direito do trabalho na encruzilhada tecnológica?", *Revista TST*, São Paulo, vol. 86, no 3, jul/set.
- RASO DELGUE, J. (1998). "Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Relaciones Laborales: hacia una teoría de los círculos", *revista Derecho Laboral*, No. 190, Montevideo.
- RASO DELGUE, J. (2017). "La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, N° 1, enero-marzo.
- RASO DELGUE, J. (2023). *La contratación atípica*, 3ª. edición, FCU, Montevideo.
- REYNOSO CASTILLO, C. (2023). "De la subordinación a la "ciberdinación laboral", *Revista de la Universidad Autónoma Metropolitana*, México.
- ROMAGNOLI, U. (2018). "De la ciudadanía industrial a la ciudadanía industrial", *Revista de derecho social*, N°. 81.
- ROSENBAUM CARLI, F. (2022). "Revisión crítica de la centralidad de la subordinación en el procedimiento de la determinación de la existencia de la relación de trabajo", *Memoria y vigencia del pensamiento jurídico de Oscar Ermida Uriarte. Estudios en su homenaje*, Montevideo.
- ROSENBAUM RIMOLO, J. (2018). "El Derecho Laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo pos moderno", *revista Derecho Laboral*, No. 270, Montevideo, abril- junio.
- ROSENBAUM RIMOLO, J. (2018). "Las instituciones del Derecho del Trabajo, ¿están preparadas para las transformaciones del mundo digital?", exposición



- en VIII Congreso Internacional de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sao Paulo, 5 de octubre.
- ROSENBAUM RIMOLO, J. (2018). “Las nuevas relaciones de trabajo en la era digital”, exposición en el Colegio de Abogados de Santa Fe, 8 de noviembre.
- ROSENBAUM RIMOLO, J. (2023). “Las lecciones acerca de cómo es vivir en la revolución del trabajo”, Transformaciones en el mundo del trabajo y efectos sobre el Derecho Laboral, Seminario Internacional de la AIADTSS, el Instituto de la Facultad de Derecho y la OIT, 16 y 17 de octubre, Uruguay.
- RYDER, G. (2017). “El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global”, OIT Informe preparatorio, 6 y 7 de abril.
- SALA FRANCO, T. (2011). “El trabajo autónomo económicamente dependiente”, en L. E. De La Villa (Coord.), *El Trabajo*, CEURA y Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- SALA FRANCO, T. (2022). “La noción laboral de contrata y de contrata de propia de actividad”, *Trabajo y empresa: revista de Derecho del Trabajo*, vol. 1, N° 1, Tirant Lo Blanch, Madrid.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2018). “El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales”, *Impacto laboral de las redes empresariales*, Ed. Comares, Granada.
- SUPIOT, A. (1997). “Introducción a las reflexiones sobre el trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, No. 6, OIT, Ginebra.
- TAPIA GUERRERO, F. (2012). Universidad de Tarapacá, clases magistrales dictadas en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas el 14 de mayo.
- UGARTE, J. L. (2020). “Trabajo en empresas de plataforma: subordinación y más allá”, *Revista chilena de derecho privado*, N°. 85, Santiago.
- VEGA RUIZ, M. L. (2016). “Los nuevos paradigmas en la relación de trabajo: el dilema humanización, flexibilidad y producción. El futuro del trabajo”, XXVII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 17 y 18 de marzo.
- VEGA RUIZ, M. L. (2019). “Trabajo, relación de trabajo y derecho del trabajo: ¿crisis o renacimiento?”, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, XXIX Congreso anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. AEDTSS, MTM y SS, Colección Informes y Estudios.



VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2000). “La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación”, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT. Lima.

WEBER, L. (2015). “What if there were a new type of worker? Dependent contractor”, *The Wall Street Journal*, 29.01.15.

YON, K. (2019). Les syndicats dans la roue des Gilets jaunes en «Gilets jaunes», *Hypothèses sur un mouvement*, La Découverte, París.

### **Recursos electrónicos**

ROSENBAUM CARLI, F. (2019). “Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo ¿se hizo lo necesario o lo políticamente correcto?”, *Blog Opinión y Crítica sobre el Derecho del Trabajo*, Montevideo, 23 de junio. Disponible en <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2019/06/declaracion-del-centenario-de-la-oit.html>.

**DEBATE: UN DEBATE CRUCIAL SOBRE LA REFORMA DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL EN URUGUAY**

**DISCUSSION: A CRUCIAL DEBATE ON SOCIAL SECURITY  
REFORM IN URUGUAY**

El plebiscito constitucional sobre la seguridad social, impulsado por la central sindical PIT-CNT y sectores del Frente Amplio, es uno de los temas más debatidos del año en Uruguay. Este plebiscito propone transformaciones profundas en el sistema previsional del país, lo que ha generado un intenso debate no solo sobre la sostenibilidad del sistema, sino también sobre el impacto que estas reformas podrían tener en otros aspectos, como las relaciones laborales. En este contexto, presentamos dos artículos que ofrecen análisis críticos de la propuesta desde perspectivas complementarias.

El primer artículo, de **Rodolfo Saldain** y **Gonzalo Martínez Alba**, se centra en el análisis del fideicomiso que propone la reforma. Los autores desglosan las implicancias legales y económicas de esta figura, analizando el papel del Banco de Previsión Social (BPS) como fideicomitente, fiduciario y beneficiario de los fondos transferidos desde las cuentas de ahorro previsional de los ciudadanos. El artículo alerta sobre la naturaleza pública de estos bienes, que pasarían a ser parte del patrimonio estatal, y discute la legalidad de esta confiscación de fondos, subrayando la falta de compensación a los afiliados. Los autores concluyen que este fideicomiso presenta serios problemas desde el punto de vista jurídico y económico, lo que podría afectar la estabilidad del sistema de seguridad social.

El segundo artículo, de **Joaquín Perrone Ramos**, amplía el análisis al impacto de la reforma en el sistema de relaciones laborales. Perrone advierte sobre el riesgo de que la eliminación del pilar de ahorro individual y la modificación de las jubilaciones mínimas al valor del Salario Mínimo Nacional afecten la sostenibilidad del sistema previsional. Además, destaca que la propuesta podría debilitar el rol de los Consejos de Salarios, erosionando los avances logrados en la negociación colectiva y generando un incremento de la informalidad laboral. A través de un análisis histórico y comparativo, el autor muestra cómo las reformas previas afectaron el sistema laboral uruguayo y advierte que el plebiscito podría generar un retroceso en los derechos laborales.

Ambos trabajos, aunque desde ángulos distintos, coinciden en resaltar los riesgos e implicancias negativas del plebiscito en la seguridad social y el

mercado laboral. Este número de la revista invita a los lectores a reflexionar sobre los efectos a largo plazo de la reforma propuesta y su impacto en la vida de los trabajadores y jubilados uruguayos.

Federico Rosenbaum Carli<sup>1</sup>  
(Coordinador del tema de debate del N° 14)

---

<sup>1</sup> *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](mailto:federico.rosenbaum@ucu.edu.uy).*

---

## EL FIDEICOMISO DEL PLEBISCITO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

## THE TRUST OF THE CONSTITUTIONAL PLEBISCITE OF SOCIAL SECURITY

Rodolfo SALDAIN

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ex integrante presidente del directorio del Banco de Previsión Social (1986-1993). Ex presidente de la Comisión de Expertos en Seguridad Social (2020-2021). Coordinador del equipo redactor de la reforma previsional (aprobada por Ley 20.130, de 2 de mayo de 2023).*

[rodolfo@saldain.com](mailto:rodolfo@saldain.com)

Gonzalo MARTÍNEZ ALBA

*Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Licenciado en Economía. Integrante del equipo redactor de la reforma previsional (aprobada por Ley 20.130, de 2 de mayo de 2023).*

[gonzalo.martinez@saldain.com](mailto:gonzalo.martinez@saldain.com)

Fecha de envío: 24/09/2024

Fecha de aceptación: 11/10/2024

---

## EL FIDEICOMISO DEL PLEBISCITO CONSTITUCIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Rodolfo SALDAIN

*Equipo redactor de la reforma previsional (Uruguay)*

Gonzalo MARTÍNEZ ALBA

*Equipo redactor de la reforma previsional (Uruguay)*

---

**Resumen:** El plebiscito de reforma constitucional promovido por la central sindical PIT-CNT y parte de la coalición Frente Amplio (partidos Comunista, Socialista y otros) prevé la constitución de un fideicomiso con los actuales saldos de las cuentas de ahorro previsional que representan aproximadamente el 30% del producto interno bruto. Se analiza la regulación del fideicomiso en cuanto a su regulación, constitución, contrato a otorgar y su finalización. Las figuras del Banco de Previsión Social (BPS) como fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario son objeto de especial atención.

**Palabras clave:** Plebiscito de reforma constitucional de la seguridad social – Fideicomiso constitucional

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Fideicomiso de previsión constitucional. 2.1. Regulación de Derecho Público. 2.2. Fideicomiso de creación necesaria. 3. La constitución de la propiedad fiduciaria. 3.1. Introducción. 3.2. Naturaleza de los aportes jubilatorios obligatorios y voluntarios al régimen de ahorro. 3.3. La rentabilidad obtenida y otros recursos de las cuentas. 3.4. La titularidad de los fondos. El derecho constitucional de propiedad. 3.5. La confiscación previa de los fondos. 3.6. Los bienes que integran la propiedad fiduciaria. 3.7. Propiedad o dominio fiduciario. 4. Contrato de fideicomiso y tradición de los bienes o derechos. 5. Finalización del fideicomiso. 6. El fideicomitente. 6.1. El BPS:

poderes jurídicos y obligaciones. 6.2. La comisión en el ámbito del BPS. 7. El fiduciario. 7.1. Persona pública. 7.2. Alcance del encargo y obligación del fiduciario. 7.3. Prohibiciones. 7.4. Limitaciones en la Remuneración. 8. El beneficiario. 8.1. Introducción. 8.2. El BPS como beneficiario. 8.3. ¿Los fondos podrían ser utilizados para otros destinos? 8.4. ¿Cabría distinguir en los bienes que se confiscan según su origen? 8.5. ¿Los fondos podrían ser volcados a otro fideicomiso? 9. Control y supervisión.

**Abstract:** The constitutional reform plebiscite promoted by the PIT-CNT labor union and part of the *Frente Amplio* coalition (Communist, Socialist, and other parties) proposes the creation of a trust with the current balances of individual pension savings accounts, which represent approximately 30% of the gross domestic product. The regulation of the trust is analyzed in terms of its regulation, constitution, contract to be granted, and its termination. Special attention is given to the figures of the Social Security Bank (BPS) as the trustor, the trustee, and the beneficiary.

**Key words:** Plebiscite for constitutional reform of social security - Constitutional trust

**Summary:** 1. Introduction. 2. Constitutional pension trust. 2.1. Regulation of Public Law. 2.2. Trust of necessary creation. 3. The constitution of trust property. 3.1. Introduction. 3.2. Nature of mandatory and voluntary retirement contributions to the savings regime. 3.3. The profitability obtained and other resources of the accounts. 3.4. The ownership of the funds. The constitutional right to property. 3.5. Prior confiscation of funds. 3.6. The assets that make up the trust property. 3.7. Property or trust domain. 4. Trust contract and tradition of assets or rights. 5. Termination of the trust. 6. The trustor. 6.1. The BPS: legal powers and obligations. 6.2. The commission within the scope of the BPS. 7. The trustee. 7.1. Public person. 7.2. Scope of the assignment and obligation of the fiduciary. 7.3. Prohibitions. 7.4. Limitations on Compensation. 8. The beneficiary. 8.1. Introduction. 8.2. The BPS as beneficiary. 8.3. Could the funds be used for other

purposes? 8.4. Could it be possible to distinguish between the assets that are confiscated according to their origin? 8.5. Could the funds be transferred to another trust? 9. Control and supervision.



## 1. Introducción

La iniciativa plebiscitaria propuesta por el PIT – CNT, que se someterá a votación el último domingo de octubre de 2024, ha generado un intenso debate desde diversas perspectivas: académicas, periodísticas, políticas y sociales. Ese análisis efectuado desde diversas ópticas, abordajes y sensibilidades, busca ofrecer a los votantes información relevante para fundamentar su decisión en un momento trascendental para la historia del país, considerando los impactos que podría tener la aprobación de la propuesta<sup>1</sup>.

Como hemos mencionado anteriormente<sup>2</sup>, la papeleta presenta deficiencias en su técnica normativa, lo que ha dado lugar a interpretaciones contradictorias. A esto se suman las implicaciones económicas (macro, financieras y sociales), cuyas consecuencias serían significativas.

Este trabajo se centra en el análisis del fideicomiso de creación constitucional incluido en la propuesta. Es importante señalar dos limitaciones del presente: en primer lugar, no se abordarán todos los aspectos relacionados con la reforma plebiscitaria en análisis, ya que se buscó ofrecer una visión global en el trabajo anterior citado. En segundo lugar, el enfoque estará en el fideicomiso en sí, sin abordar los aspectos generales de este instrumento, a cuyos efectos remitimos al lector a los trabajos generales y específicos sobre dicho instrumento.

---

<sup>1</sup> SALDAIN, Rodolfo y MARTÍNEZ ALBA, Gonzalo: “Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico”, FCU 2024, CINVE. Blog SUMA. “El plebiscito de la seguridad social en números: proyecciones de déficit y gasto en caso de aprobación de la propuesta”. Disponible en <https://suma.org.uy/el-plebiscito-de-la-seguridad-social-en-numeros-proyecciones-de-deficit-y-gasto-en-caso-de-aprobacion-de-la-propuesta/>, NOBILIS: “Plebiscito de la seguridad social y perspectiva de deuda en Uruguay”. Disponible en: [https://www.nobilis.com.uy/informe-especial-plebiscito/ct\\_55/es/](https://www.nobilis.com.uy/informe-especial-plebiscito/ct_55/es/), PARDO, Jimena, VALLCORBA, Martín y ZELKO, Braulio: “Análisis de política. La iniciativa de reforma constitucional sobre seguridad social y su impacto en la equidad y la sostenibilidad del sistema”, etcétera Centro de Estudios, Octubre 2023, RODRÍGUEZ AZCÚE, Álvaro: “Análisis de política: Fundamentos jurídicos críticos del proyecto de Reforma Constitucional en materia de Previsión Social”, etcétera Centro de Estudios, Mayo 2024, CÁMARA DE COMERCIO Y SERVICIOS DEL URUGUAY: Análisis sobre el impacto negativo del plebiscito jubilatorio, disponible en: <https://www.cnccs.com.uy/files/An%C3%A1lisis%20sobre%20el%20impacto%20negativo%20del%20plebiscito%20jubilatorio.pdf>, “Frenteampelistas por el No al Plebiscito de la seguridad social”, disponible en: <https://www.frenteampelistasporelno.uy/>.

<sup>2</sup> SALDAIN, Rodolfo y MARTÍNEZ ALBA, Gonzalo: “Plebiscito ...”, pp. 71 y ss.

## **2. Fideicomiso de previsión constitucional**

### **2.1. Regulación de Derecho Público**

El fideicomiso propuesto se configura como un fideicomiso de regulación constitucional. Se trata además de un fideicomiso de Derecho Público, dado que involucra personas jurídicas estatales, en las respectivas calidades de fideicomitente y fiduciario, pero además recae sobre bienes que pasan a ser públicos por efecto de la estatización, vía confiscación (no hay expropiación, por falta de justa y previa compensación). En efecto, los bienes a fideicomitir necesariamente pasan a ser patrimonio del BPS en forma previa a la constitución del fideicomiso, ya que ese ente autónomo es quien reviste la calidad de fideicomitente. Solo puede constituir una propiedad fiduciaria quien es propietario de los bienes a fideicomitir. Además de ello, el objeto del fideicomiso es el financiamiento de prestaciones de seguridad social servidas por el Banco de Previsión Social, por lo cual está involucrado el interés público. Se analizará más adelante quien resulta beneficiario del fideicomiso, aspecto no definido a texto expreso.

Como todo fideicomiso público la celebración del contrato de fideicomiso se inserta en una fase anterior, en este caso constitucional, que fija sus objetivos y características y determina los términos y condiciones a que se sujetará la contratación correspondiente. El texto en análisis regula tanto la constitución como la extinción del fideicomiso, los bienes o derechos que se transferirán al fiduciario y que estos bienes conforman un patrimonio separado, que se distingue del patrimonio del fiduciario y del fideicomitente (en este caso, el Banco de Previsión Social) y que tendrá un objetivo preciso (la administración de los activos hasta la extinción de las inversiones).

Este patrimonio separado debe reputarse como de dominio público, lo que implica que está destinado al cumplimiento de objetivos de interés público y no puede ser utilizado para fines privados o ajenos a su propósito.

## **2.2. Fideicomiso de creación necesaria**

El Banco de Previsión Social, en tanto titular de los fondos fideicomitados es quien constituye la propiedad fiduciaria a través de un negocio jurídico. La norma proyectada encomienda al BPS a celebrar el contrato de fideicomiso con una entidad estatal y a la ley reglamentar “la presente disposición”.

Se trata de una típica norma de tipo programático. Este tipo de normas son aquellas disposiciones que abordan un tema específico pero que, en lugar de regularlo de manera detallada, encomiendan su regulación al legislador o a otra autoridad competente de la República. Establecen un marco general y orientaciones sobre el tema en cuestión, dejando a la autoridad designada la tarea de desarrollar las regulaciones necesarias para su aplicación efectiva.

En el caso en análisis, el “programa” dirigido al Banco de Previsión Social es de tipo imperativo (norma programática del subtipo imperativo), ya que implica una obligación para la entidad, lo que surge de toda la sistemática proyectada (comisión de transición, “trazabilidad de aportes”, “no pérdida de derechos” en materia de prestaciones de seguridad social). En este caso, la omisión en el cumplimiento de dicho cometido por parte del BPS implicaría la violación de la Constitución (inconstitucionalidad de tipo negativo).

Por su parte, en caso que el legislador no cumpla con la norma constitucional que encomienda la reglamentación pertinente, entendemos que dado el contenido del mandato al BPS y que éste está obligado a cumplirlo, será aplicable por analogía las disposiciones de la Ley N° 17.703, en lo pertinente y en tanto dichas disposiciones no se opongan a la regulación proyectada y en sus aspectos generales de regulación específica, la regulación del Código Civil (normas generales de la contratación, de constitución de derechos reales, en la regulación del mandato en lo que dice con la gestión fiduciaria, etc.).

## **3. La constitución de la propiedad fiduciaria**

### **3.1. Introducción**

La papeleta en análisis establece que los bienes a fideicomitir es la “totalidad de los fondos acumulados en el pilar de ahorro individual creado por la Ley N° 16.713”. La referencia a la Ley N° 16.713 debe entenderse hecha a dicha disposición normativa con las modificaciones establecidas en la Ley N° 20.130, respecto de las cuentas de ahorro individual obligatorio y de la Ley N° 20.130 respecto de las cuentas de ahorro voluntario y complementario. Podría sostenerse que estas últimas no están comprendidas. Sin embargo la amplitud del giro concluiría en sentido contrario.

Dada la diversa naturaleza de derechos de los titulares sobre los fondos, previamente se hará un análisis de los mismos.

### **3.2. Naturaleza de los aportes jubilatorios obligatorios y voluntarios al régimen de ahorro**

En el ámbito del Banco de Previsión Social, el legislador optó decididamente en calificar a los aportes al régimen de ahorro individual obligatorio, como tributos y más precisamente como contribuciones especiales de seguridad social (art. 46 lit. A) Ley N° 16.713). Sin embargo, como en todo instituto jurídico hay que ahondar en la naturaleza jurídica con el análisis científico de sus elementos integrantes y comparación con las categorías existentes, más allá de la definición del legislador. En este análisis, también se concluye que revisten la naturaleza de contribuciones especiales<sup>3</sup>.

En tal sentido, no hay duda que hay una prestación pecuniaria, donde el BPS reviste la característica de un sujeto activo tributario, en una relación obligacional que se traba entre dicha entidad y el afiliado (en cuanto obligado, no en cuanto titular de la cuenta de ahorro), siendo una prestación coactiva, de origen legal y que la prestación tiene como fundamento y destino la cobertura del gasto necesario para el cumplimiento de un fin del Estado, sin que sea imprescindible que dicha actividad sea realizada por el propio Estado (entidades privadas administran los recursos que financiarán las prestaciones y pagan las

---

<sup>3</sup> BLANCO, Andrés: “Naturaleza jurídica de los aportes jubilatorios personales destinados al régimen de ahorro individual obligatorio”, en: Revista Tributaria, N° 132, Mont. Mayo-junio 1996.

prestaciones). Por lo demás, y dado que la actividad a la cual se destinará el producido por estos aportes integra un fin estatal, cual se la seguridad social, claramente se reúnen todos los elementos para ser considerados como contribuciones especiales<sup>4</sup>.

Por su parte, el ahorro individual voluntario, queda fuera de estas conclusiones, puesto que su origen voluntario no permite ni siquiera calificarlos como tributos<sup>5</sup>.

Finalmente, debe señalarse que las prestaciones coactivas a favor de las personas públicas no estatales de seguridad social, no son tributos, en tanto la naturaleza no estatal del sujeto activo impide calificarlas como tributos en sentido propio, sin perjuicio de la aplicación del Código Tributario (art. 1°) y sin perjuicio de reconocer una estructura similar a los tributos, como el origen estatal, reserva de la ley en su creación y regulación<sup>6</sup>.

### **3.3. La rentabilidad obtenida y otros recursos de las cuentas**

Las cuentas de ahorro individual a cargo de las entidades administradora también tienen como recurso la rentabilidad obtenida por el fondo de ahorro previsional (art. 45 lit. D Ley N° 16.713). En el caso de las cuentas de ahorro voluntario y complementario, la rentabilidad del fondo voluntario (art. 141 lit. D) Ley N° 20.130).

Estos recursos no tienen naturaleza tributaria. Tampoco hay duda que el titular de dichos fondos es el titular de la cuenta respectiva.

En el caso de las cuentas de ahorro voluntario, además de los aportes personales voluntarios, se encuentran los depósitos convenidos (art. 141 lit. B Ley N° 20.130) y los traspasos de créditos consolidados o saldos de cuentas personales provenientes de planes administrados por sociedades administradoras de fondos complementarios de seguridad social (Decreto Ley N° 15.611).

---

<sup>4</sup> BLANCO, Andrés: "Naturaleza jurídica...", cit.

<sup>5</sup> BLANCO, Andrés: "Tributos y precios públicos", FCU 2005, pp. 234.

<sup>6</sup> BLANCO, Andrés: "Tributos y precios públicos", FCU 2005, pp. 235.

### **3.4. La titularidad de los fondos. El derecho constitucional de propiedad**

El afiliado en tanto titular de la cuenta individual (ya no en tanto sujeto obligado al pago del tributo), tiene un derecho real en relación a los fondos en la cuenta. El inciso final del artículo 111 de la Ley N° 16.713 dispone que “La propiedad del Fondo de Ahorro Previsional será de los afiliados al mismo y estará sujeta a las limitaciones y destinos establecidos en la presente Ley”. En sede de Derecho Tributario podría discutirse si se trata de un derecho personal sobre el patrimonio (el Fondo de Ahorro Previsional) administrado por un tercero (AFAP)<sup>7</sup>.

Sin embargo, desde la óptica del Derecho Constitucional debe señalarse que las específicas limitaciones al derecho, entre las que se encuentra la obligatoriedad del aporte (para los aportes obligatorios) y las limitaciones al destino (para las cuentas obligatorias, voluntarias y complementarias), no enerva de modo alguno la existencia de un derecho de propiedad, del mismo modo que no enerva el derecho de cualquier propietario la limitación a las facultades, sean de carácter nacional, departamental o municipal.

De modo que la Ley N° 16.713 creó un derecho de propiedad sobre el saldo de la cuenta, con una regulación específica y con limitaciones al uso, formando parte (con estas características) del patrimonio de la persona. Se trata de un derecho de propiedad de singular característica dado que los aportes obligatorios (y los voluntarios y complementarios en gran medida), son el fruto del trabajo personal del afiliado es el producto del trabajo personal que permitirán financiar prestaciones jubilatorias con miras a cumplir un plan de vida. En términos generales son el resultado del trabajo y cuenta como tal de la protección como medio para desarrollarse.

Por otra parte, esta propiedad tiene una singular característica: la naturaleza alimenticia, en su carácter de financiamiento que tendrá por fin hacer frente a las necesidades vitales en etapa de retiro, tanto del propio titular de la

---

<sup>7</sup> BLANCO, Andrés: “Naturaleza jurídica...”, cit.

cuenta como de su familia. Aquí se vincula con el derecho a la vida (art. 7 Constitución), dado que los fondos están afectados al pago de una jubilación y al igual que el salario de actividad, procura asegurar la propia manutención y la familia, y que constituye, como en el caso, el único ingreso del jubilado, necesario para vivir.

### **3.5. La confiscación previa de los fondos**

En la actualidad, los titulares de las cuentas de ahorro individual (obligatorios y voluntarios y complementarios) son los propietarios de los fondos acumulados en sus cuentas, gestionados por las Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional (AFAP). Estos fondos pertenecen directamente a los afiliados y su gestión está orientada a maximizar el rendimiento a través de inversiones en diversos instrumentos, para servir prestaciones de seguridad social o formar parte de la herencia en caso de fallecimiento, en ausencia de beneficiarios de pensión.

Conforme a la disposición transitoria proyectada (letra V" inciso primero), los fondos acumulados en el pilar de ahorro individual se transferirán, en especie, a un fideicomiso por parte del Banco de Previsión Social (BPS), en tanto fideicomitente. Esta disposición implica un cambio significativo en la situación jurídica actual de los titulares de las cuentas de ahorro individual.

En nuestro ordenamiento jurídico, el fideicomiso establece la figura de la propiedad fiduciaria, lo que implica que el fideicomitente transfiere una propiedad plena de los bienes al fiduciario. Según la Ley N° 17.703, el fideicomiso se define como un negocio jurídico que "constituye" la propiedad fiduciaria, es decir, el fiduciario adquiere derecho o propiedad plena sobre los activos en cuestión. En puridad lo que acontece es que el fideicomiso es un contrato y cuya eficacia (como todo contrato) es crear obligaciones, pero a su vez es un contrato que es título hábil para transmitir esa propiedad fiduciaria (art. 2 Ley N° 17.703), por lo que se requiere el modo tradición para que se constiuya o transmita la propiedad fiduciaria (negocio dispositivo), lo que permite "constituir" la propiedad fiduciaria.

La redacción de la norma en análisis toma en consideración este antecedente y, por ello, establece que el fideicomiso se "constituirá" con la totalidad de los fondos acumulados en el pilar de ahorro individual, creado por la Ley N° 16.713. Esto significa que todos los recursos que los afiliados han acumulado en sus cuentas pasarán a ser del Banco de Previsión Social, quien se convertirá en el nuevo titular de esos fondos a través de una lisa y llana confiscación. Por efecto de esta confiscación, el BPS será titular del poder de disposición para constituir la propiedad fiduciaria, requisito previo para constituir la propiedad plena de los derechos reales o personales a fideicomitir.

La confiscación opera automáticamente, por así disponerlo la norma constitucional proyectada. Esto significa que, al entrar en vigor la norma, los derechos sobre los fondos acumulados en las cuentas de ahorro individual se transfieren automáticamente al BPS, sin necesidad de un acto adicional por parte de los titulares de las cuentas. Este cambio de titularidad a favor del Banco de Previsión Social y en desmedro de sus titulares, opera por la sola entrada en vigencia de la norma, incluso antes del cese efectivo de las AFAP por imperio de la proyectada letra V''''.

### **3.6. Los bienes que integran la propiedad fiduciaria**

La disposición en análisis establece en forma expresa que el fideicomiso se constituirá con "la totalidad de los fondos acumulados en el pilar de ahorro individual creado por la ley 16.713". Se trata de los recursos del fondo de ahorro previsional establecido en el artículo 113 de la Ley N° 16.713 y del fondo voluntario previsional del art. 143 de la Ley N° 20.130 y que son administrados por las AFAP, dado que la norma no distingue. Una interpretación en sentido diverso iría contra el texto constitucional.

Estos recursos se encuentran invertidos por las AFAP en diversos instrumentos, los que pasan en especie a su nuevo titular, con los que constituirá el fideicomiso. De ahí que la papeleta establezca la función y objetivo del fideicomiso, además de su limitación: "administrará las inversiones hasta que el plazo de las mismas se extinga".



Los artículos 118 y 119 de la Ley N° 16.713 (en redacción dada por Ley N° 20.130), regulan en forma precisa la categoría de activos autorizados o inversiones permitidas, así como los límites y prohibiciones de inversión en las categorías para cada subfondo. En la actualidad, la mayoría de los fondos están invertidos en valores emitidos por el Gobierno uruguayo y el Banco Central del Uruguay (BCU), como los bonos globales, las notas del tesoro y las letras de regulación monetaria. Sin embargo, hay muy importantes inversiones en el sector productivo a través de instrumentos emitidos por el sector privado, entre ellas: valores de fideicomisos financieros (títulos de deuda, certificados de participación y títulos mixtos) y obligaciones negociables<sup>8</sup>. Asimismo, las AFAP invierten en activos del exterior a través de bonos emitidos por organismos internacionales de crédito y de bonos emitidos por gobiernos extranjeros de muy alta calificación crediticia. Sin perjuicio de otras inversiones, con menor peso relativo.

Por efecto de la aprobación del plebiscito, el BPS pasa a ser titular de todos estos fondos y los mismos serán objeto de la propiedad fiduciaria a crearse por el fideicomitente por vía del negocio de fideicomiso.

### **3.7. Propiedad o dominio fiduciario**

La papeleta no habla de “propiedad” fiduciaria. La ley nacional establece que el negocio de fideicomiso es el medio para constituir la “propiedad fiduciaria” sobre ciertos bienes o derechos. Se ha debatido en la doctrina si la propiedad fiduciaria debe considerarse como una modalidad del derecho de propiedad o si, por el contrario, constituye un derecho diferente. El nuestro derecho el legislador tomó el concepto de propiedad del Código Civil. En este caso, este derecho deberá ser ejercido en la forma y dentro de los límites legales y enmarcados en el negocio.

De modo que esta discusión, teórica, es irrelevante en el contexto jurídico normativo nacional y el texto constitucional proyectado, especialmente atento a

---

<sup>8</sup> <https://www.afapitau.com.uy/novedades/inversiones-en-infraestructura-que-son-y-como-contribuyen-a-una-mejor-jubilacion-para-los-afiliados-a-las-afap>

la regulación de los sujetos del fideicomiso y su objetivo: administrar las inversiones vigentes hasta la extinción de las mismas.

Considerando que se trata de bienes que se estatizan a favor del Banco de Previsión Social y pasan a ser bienes del “Estado”, esta propiedad fiduciaria puede ser entendida como el conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales, transmitidos al fiduciario en cumplimiento del fideicomiso constitucional. Y su transferencia al fideicomiso viene autorizada constitucionalmente, por lo que se rige por dicha disposición en análisis.

En la propiedad o dominio fiduciario está ínsita la idea de un mandato, instrucción o encargo. En el caso en análisis el mandato (instrucción) surge de la normativa constitucional proyectada y limita el ejercicio de propiedad sobre esos bienes que constituyen el patrimonio fiduciario. La propiedad estará en la cabeza del fiduciario y el beneficio en la cabeza del beneficiario del fideicomiso, con un mandato establecido en la propia Constitución.

Esta propiedad fiduciaria está temporalmente acotada, dada la vinculación del plazo de cada inversión con la tarea encomendada al fiduciario.

Finalmente debe señalarse que el patrimonio fideicomitado en este fideicomiso no es “dinámico”. En general en el fideicomiso el patrimonio puede ser dinámico, en tanto se va agregando el producido de la gestión fiduciaria (inversión de los frutos de la gestión). Esto no sucede con el fideicomiso de marras, donde el fiduciario “administra” las inversiones vigentes hasta el vencimiento de cada una de ellas.

Con los bienes fideicomitados se constituye la propiedad fiduciaria como un patrimonio separado del fiduciario y del fideicomitente (BPS) que se desprende del mismo. Sus actuales propietarios, las personas ahorristas, desaparecen como sujetos de derechos en ese eventual nuevo marco normativo.

#### **4. Contrato de fideicomiso y tradición de los bienes o derechos**

El fideicomiso es un “negocio jurídico” por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria. El fideicomiso por acto entre vivos es un contrato que debe “otorgarse por escrito so pena de nulidad, cualquiera sea el objeto sobre el que

recaiga, requiriéndose la escritura pública en los casos en que dicha solemnidad sea exigida por la ley. La publicidad frente a terceros se regirá por lo dispuesto en la ley de Registros Públicos”.

El fideicomiso por acto entre vivos es título hábil para producir la transferencia de la propiedad o de la titularidad de los derechos reales o personales que constituyen su objeto y que requerirá el modo para producir la transmisión de los mismos (tradición).

El contrato de fideicomiso deberá tener cláusulas que podrían calificarse como mínimas, a tenor del art. 4 de la Ley N° 17.703, entre las que se destacan: a) la individualización de los bienes objeto del fideicomiso, b) la determinación del procedimiento en que los bienes serán incorporados al fideicomiso, b) el plazo a que se sujeta la propiedad fiduciaria, c) el destino de los bienes a la finalización del fideicomiso, d) los derechos obligaciones del fiduciario.

El fideicomiso propuesto sería de administración (dado su tenor literal), lo que significa que el BPS, como nuevo titular de los fondos, asumirá la gestión de los recursos acumulados en el pilar de ahorro individual, tanto en los componentes obligatorios como voluntarios o complementarios y los transferirá en propiedad al fiduciario. Sin embargo, será una administración limitada, dado que deberá respetarse los plazos de los títulos y demás activos, sin poder reinvertirse, tal como se verá. Más que un fideicomiso de administración se pensó un fideicomiso de “protección patrimonial”, donde el patrimonio fideicomitado se lo separa o segmenta del patrimonio del fideicomitente, con una finalidad específica.

Conforme las normas generales, la propiedad fiduciaria deberá ser inscripta en los registros respectivos, según la naturaleza de cada bien (Ley N° 16.871 y modificativas). Asimismo debería registrarse el propio fideicomiso conforme lo establece el art. 6 de la Ley N° 17.703, salvo que otra cosa se establezca por ley.

## **5. Finalización del fideicomiso**

El fideicomiso es un patrimonio afectado a una finalidad. La norma proyectada no solo establece la finalidad, sino que vincula la actividad de “administración” (limitada, según se verá) de las “inversiones vigentes”, “hasta que el plazo de las mismas se extinga” (disposición letra V’’’).

De modo que el fideicomiso se extingue con el cumplimiento de la finalidad para la cual se constituye, lo que es de regla en todo fideicomiso. En el caso se establece un plazo al fideicomiso: será el plazo de la inversión. No podrá pactarse otro, lo que sería contrario a la letra de la norma constitucional proyectada.

Ahora, cabe preguntarse: ¿es el plazo de cada inversión o es el plazo más antiguo de las inversiones vigentes? Si bien el texto habla que el fin del fideicomiso es hasta que el plazo de las inversiones vigentes se extinga, dando la idea que es un todo compacto, donde habría un plazo final asociado a la última inversión, entendemos que la interpretación del texto lleva a que se concluya que hay una desacumulación progresiva, a partir de los distintos vencimientos de los títulos e inversiones, donde el fiduciario entregará el beneficio al beneficiario final. De modo que al finalizar el respectivo plazo de cada inversión, el fiduciario deberá entregar su producto al beneficiario, esto es, retransmitir el patrimonio fideicomitado o su remanente al beneficiario, de modo de descomponer el sistema creado por el fideicomiso constitucional.

Conforme a esta interpretación el fideicomiso se extinguirá con el plazo de la última inversión vigente. Sería un plazo resolutorio cuyo transcurso extingue el contrato. No importa si la misma supera los 30 años (restricción del art. 33 lit. B de la Ley N° 17.703). Tampoco podría pactarse una prórroga del mismo, dado el tenor de la disposición.

Cabe preguntarse si en el contrato de fideicomiso podrían establecerse otras causas de extinción del fideicomiso (acuerdo entre fideicomitente y fiduciario, revocación del fideicomitente, etc.). Entendemos que no habría limitación en este punto, aunque siempre los fondos deberán ser volcados a otro fideicomiso que deberá tener las mismas características, esto es: el fiduciario deberá ser persona pública, etc.

## **6. El fideicomitente**

### **6.1. El BPS: poderes jurídicos y obligaciones**

El fideicomitente es el Banco de Previsión Social (BPS), quien tiene la obligación de transmitir los bienes o derechos al fiduciario para su administración. En este contexto, el BPS actúa como el propietario de los activos, según lo establecido por disposición constitucional y la obligación de transferir los fondos es la obligación principal a su cargo.

El BPS tiene la facultad de perfeccionar el contrato de fideicomiso para asegurarse de que se cumplan los objetivos establecidos en la norma proyectada. Sin embargo, si el legislador no promulga la ley correspondiente para regular el fideicomiso, entendemos que este se regiría por la Ley N° 17.703, en lo que sea aplicable.

Como bien se ha dicho<sup>9</sup>, la atribución de un cometido a una entidad u órgano público, regido por el Derecho Público, supone implícitamente la atribución de los poderes que sean necesarios para cumplirlo adecuadamente; siempre que el uso de tales poderes no le esté prohibido directa o indirectamente, ni estén atribuidos expresamente a otro órgano público. La atribución de un cometido a una entidad u órgano público lleva en sí el deber de cumplirlo. De ahí que el BPS deberá contribuir a dictar el negocio jurídico fideicomiso, se haya dictado o no la ley específica que la reglamente.

El BPS mantendrá el derecho de control sobre el cumplimiento del fideicomiso por parte del fiduciario, lo que es connatural a la figura, cuyo alcance dependerá de la ley reglamentaria o del contrato (entre otros: remoción del fiduciario por incumplimiento de obligaciones, revocación de actos del fiduciario, extraños al objeto del fideicomiso, derecho a solicitar rendición de cuentas, remoción del fiduciario, etc.).

### **6.2. La comisión en el ámbito del BPS**

---

<sup>9</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: "Régimen del fideicomiso público", en: "Sobre Derecho Administrativo", FCU 2019, Tomo III, pp.125.

El último inciso de la disposición transitoria V'''' establece que "El Banco de Previsión Social establecerá una comisión especializada en la transición, con el cometido exclusivo de ordenar y conciliar los aportes individuales, respetando y garantizando el derecho de los aportantes a la trazabilidad de sus aportes a lo largo de su período de actividad así como la no pérdida de derechos o beneficios en materia de prestaciones de seguridad social consagrada en la disposición transitoria V''".

En los hechos esta regulación impondrá una limitación sin mayor sentido a la ley que reglamente el fideicomiso o al contrato que lo constituya, atento a la sistemática del texto constitucional proyectado, que prohíbe el ahorro individual, incorporación retroactiva de las personas al régimen solidario (como si ya lo estuvieran y sin precisar a cuál de los tres que administra el BPS), la constitución de la propiedad fiduciaria y el objeto del fideicomiso (administrar los bienes fideicomitidos).

Por otra parte, estas limitaciones que pueda realizar el BPS (a través de su comisión de transición), desnaturalizan el concepto de propiedad fiduciaria, donde se transmite una propiedad plena, sin perjuicio del mandato o instrucción respectiva. Esto entronca directamente con el objeto del fideicomiso y el alcance del mandato al fiduciario, que queda sin contenido en la faz práctica (no reinvierte). Incluso se podría cuestionar la naturaleza del derecho que recibe el fiduciario, en el sentido que es un derecho limitado.

## **7. El fiduciario**

### **7.1. Persona pública**

El fiduciario, por su parte, puede ser una persona jurídica pública, lo que incluye entidades estatales o no estatales. Esta condición limita las garantías de que el fiduciario sea un profesional autorizado y calificado, como lo exigiría el Banco Central del Uruguay (BCU) para ciertos tipos de fideicomisos.

Dado el tenor de la disposición, el fiduciario tiene la obligación de llevar a cabo el encargo que se le confiere sin la posibilidad de delegar esta función a otra persona, incluso si esta es una entidad pública. Esta imperativa restricción se deduce del texto normativo, que establece de manera clara que será “una persona” pública y administrará las inversiones vigentes hasta que el plazo de las mismas se extinga. Por las mismas razones no podrá haber cofiduciarios o distintos sujetos depositarios de los bienes fideicomitidos.

## **7.2. Alcance del encargo y obligación del fiduciario**

El fiduciario se encargará de administrar las inversiones vigentes hasta que el plazo de las mismas se extinga. Entre las obligaciones connaturales al carácter de fiduciario, éste deberá defender el patrimonio fideicomitido, mantener un inventario y una contabilidad separada de los bienes, derechos y obligaciones que integran el patrimonio fideicomitido y rendición de cuentas.

Es obligación del fiduciario transferir los bienes de su patrimonio al patrimonio del beneficiario al vencimiento de cada inversión. Como fue expresado supra, entendemos que la interpretación del texto resiste que se concluya que hay una desacumulación progresiva, a partir de los distintos vencimientos de los títulos e inversiones, donde el fiduciario entregará el beneficio de forma progresiva y según cada uno de los vencimientos al beneficiario final.

Este enfoque implica que, una vez transferidos los fondos, los recursos no serán reinvertidos en nuevos instrumentos financieros, lo que representa una limitación significativa para el rendimiento del fondo y atender a los impactos financieros de la reforma constitucional que se extenderían por varias décadas. El fiduciario no podrá realizar operaciones, actos o contratos con los bienes fideicomitidos, así como ningún negocio jurídico vinculado a los mismos, dado que el plazo final de las inversiones parece invariable y determina el fin del fideicomiso. Se trataría de una administración pasiva, por lo que desde el punto de vista de las figuras propias de la administración de ahorro previsionales, el

fiduciario tendrá actividad más propia de un mero custodio de los títulos representativos de las inversiones.

Al no permitirse nuevas inversiones de los ahorros previsionales, se limita la capacidad del fiduciario para gestionar activamente los recursos y aprovechar oportunidades de inversión que podrían surgir. El fiduciario actuará principalmente como custodio de los títulos existentes, lo que genera preocupaciones sobre la rentabilidad del fondo administrado. La falta de claridad en la norma respecto a la gestión de inversiones puede acentuar estos riesgos, ya que no se garantizan estrategias adecuadas para maximizar el rendimiento de los recursos.

De acuerdo al desarrollo precedente puede decirse que más que un fideicomiso de administración o inversión, donde los activos se reinvierten, se trata de un fideicomiso de protección patrimonial, donde la finalidad es separar un segmento del patrimonio del fideicomitente, para hacerlo invulnerable a la gestión del organismo y con destino previsional, sin perjuicio de los desarrollos que se hacen más adelante sobre la figura del beneficiario.

Una vez que las inversiones alcancen su vencimiento, los fondos resultantes se transferirán al beneficiario (este aspecto se analizará infra). La obligación de transferencia se cumple mediante el modo tradición, conforme las reglas generales.

Atento a esta limitada actuación, así como los cometidos de la comisión de transición, cabe preguntarse si no está desnaturalizada la figura del fideicomiso, en tanto si el fiduciario carece de discrecionalidad en la administración de los bienes y se lo constituye un mero sujeto pasivo, no habría propiamente administración de la propiedad fiduciaria. Sería un mero depositario o custodio de los títulos representativo de las inversiones. Todo ello no es ocioso dado que será importante para saber los límites del sometimiento del fiduciario a las instrucciones del BPS y en particular su comisión de transición cuyo rol es particularmente incierto.

### **7.3. Prohibiciones**



Sin perjuicio de las obligaciones y limitaciones que podrán establecerse en el contrato de fideicomiso, o en la ley respectiva, serían de aplicación las establecidas en la norma legal vigente. En este fideicomiso adquiere relevancia la prohibición de realizar actos de inversión, dado que tiene que mantener la inversión hasta el vencimiento del plazo.

#### **7.4. Limitaciones en la Remuneración**

Finalmente, el fiduciario no podrá recibir contraprestación o remuneración alguna por la custodia o administración de los títulos, dado que el lucro está prohibido conforme al inciso 1) del artículo 67 de la norma proyectada. Sin embargo, podría existir reintegro de gastos, en el caso de que existieran.

De manera que no aplicará lo establecido en la ley de fideicomiso, en tanto establece el derecho del fiduciario a la remuneración y que si esta no hubiere sido fijada en el contrato, la fijará el juez teniendo en consideración la naturaleza del fideicomiso encomendada y la importancia del patrimonio fiduciario. Esta disposición no sería aplicable en el fideicomiso de marras, al menos en todo aquello que pueda considerarse remunerativo.

### **8. El beneficiario**

#### **8.1. Introducción**

El beneficiario es quien recibe los beneficios, las ventajas o provechos del fideicomiso. De la proyectada letra V'' no surge explícitamente quien es el beneficiario.

En nuestro derecho, el destinatario final natural de los bienes fideicomitidos es el fideicomitente o el beneficiario en caso que así "se hubiera establecido en el negocio constitutivo" (art. 33 inc. 2 Ley N° 17.703). De modo que la regla general en nuestro derecho es que los bienes se transfieran al fideicomitente (o a sus sucesores), salvo que se pacte que el destinatario será otro sujeto (beneficiario). Tal vez por eso que los redactores de la norma no

explicitaron que al vencimiento de las inversiones su producido debía retransmitirse al fideicomitente; lo consideraron implícito.

No obstante, se ha dicho que al no estar determinado precisamente, una futura ley (o el propio BPS en el contrato de fideicomiso) podría establecer cualquier destino a los bienes una vez que finalice el fideicomiso. Otros pretenden calificar a los ex titulares de las cuentas de ahorro previsional, como beneficiarios del fideicomiso, atento a la trazabilidad de los aportes y “no pérdida de beneficios” en materia de prestaciones de seguridad social. En otra posición se han posicionado aquellos que a partir del objeto, finalidad y garantía a los afiliados dada por la papeleta en análisis entienden que el beneficiario del fideicomiso es el Banco de Previsión Social.

Lo que no hay duda, es que la papeleta no es clara en el punto. Sin embargo, interpretada de manera lógico sistemática, quien parece ser el beneficiario es el propio Banco de Previsión Social, quien deberá asumir el pago de las prestaciones asociadas a la reversión de la capitalización e incorporación de los afiliados al régimen solidario.

## **8.2. El BPS como beneficiario**

Cuatro disposiciones, entendidas en forma lógico sistemática, coadyuvan a concluir que el beneficiario del fideicomiso es el Banco de Previsión Social, a saber:

A. Por efecto de la reversión del pilar de capitalización, las personas se incorporarán de forma retroactiva al régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional “administrado por BPS” (disposición V’ in fine). Este régimen es, en principio, el definido en el art. 5 de la Ley N° 16.713 y de la sistemática de esta ley se define el destino de los aportes, su finalidad y quien lo administra.

B. La entrada en vigor de la reforma no implicará pérdida o menoscabo en derechos o beneficios previstos en leyes anteriores en materia de prestaciones de seguridad social (disposición letra V’).

C. El derecho de los aportantes a la “trazabilidad de sus aportes” y la no pérdida de beneficios en materia de prestaciones de seguridad social (letra V''' in fine).

D. La comisión especializada en la transición, en el ámbito del BPS, con el cometido de “ordenar y conciliar” los aportes individuales (letra V''' in fine).

No puede decirse que los afiliados sigan teniendo derecho a los fondos, cuando fueron incorporados retroactivamente a uno de los tres regímenes por solidaridad intergeneracional administrados por el BPS; aun cuando no se indique cuál es este régimen<sup>10</sup> y sus aportes (obligatorios y voluntarios) son transferidos en propiedad (fiduciaria) a otra persona jurídica estatal.

Lo que sí cabe concluir que estos afiliados tendrán derecho a la no pérdida de beneficios previsionales que asumirá el Banco de Previsión Social, por efecto del inciso final de la disposición V' (“se incorporarán al Régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional, administrado por el Banco de Previsión Social, con carácter retroactivo a la fecha de afiliación”).

Quien deberá cargar con estas prestaciones será el BPS con cargo a un régimen solidario, donde se establecen prestaciones definidas y por el cual los afiliados, con sus aportaciones, financian las prestaciones de los pasivos, juntamente con los aportes patronales, las partidas compensatorias, los tributos y recursos indirectos afectados, rendimiento de inversiones y asistencia del Estado.

El destino señalado tiene relación con la “no pérdida de derechos o beneficios... en materia de prestaciones de seguridad social” consagrada en la disposición transitoria V' y a la que hace referencia la disposición transitoria V''', en sede de regulación del fideicomiso y la comisión “especializada en la transición”. Se establece un derecho a los ex titulares de las cuentas a la “trazabilidad de sus aportes” así como la no pérdida de beneficios en materia de prestaciones de seguridad social (disposición letra V'''), lo que liga el destino de los aportes a los beneficios producto de la desincorporación y la no pérdida de beneficios en materia de prestaciones de seguridad social. Hemos dicho en otro

---

<sup>10</sup> Ver sobre este punto: SALDAIN, Rodolfo y MARTÍNEZ ALBA, Gonzalo: “Plebiscito constitucional...”, pp. 107 y siguientes.

lugar que tal cálculo y garantía es inviable, ya que se elimina el pilar de capitalización que es de aportación definida y no de prestación definida, a cuyos desarrollos nos remitimos<sup>11</sup>. Sin embargo, en esta sede corresponde decir, que no hay dudas que el texto constitucional vincula el destino de los fondos, con las prestaciones brindadas por el BPS.

A esto hay que agregar la naturaleza de contribuciones de seguridad respecto de los aportes obligatorios al régimen de ahorro (no así los voluntarios, ni los establecidos en un ámbito institucional fuera del BPS), con destino (por definición) de financiar actividades comprendidas en los fines del Estado, que en el caso son prestaciones de seguridad social. A lo que hay que añadir que la nueva redacción del numeral 5) del art. 67 (como su antecedente), reiteraría que las prestaciones del sistema de seguridad social se financian sobre la base de “contribuciones obreras” y que “Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados”.

De ello se deduciría que el beneficiario final sería el Banco de Previsión Social, quien deberá cargar con el pago de los beneficios asociados a la reversión de la capitalización y deberá garantizar (aunque ello sea ilusorio), la no pérdida de beneficios de sus afiliados en materia de prestaciones de seguridad social y la trazabilidad de sus aportes. Este mandato es una norma impuesta al BPS, de tipo imperativo y por tanto, de carácter operativo, que eventualmente dará un derecho correlativo a sus afiliados a exigir el cumplimiento de la norma (la no pérdida de sus derechos en materia de prestaciones de seguridad social).

### **8.3. ¿Los fondos podrían ser utilizados para otros destinos?**

¿Podría una norma legal -o el propio contrato de fideicomiso- establecer un beneficiario diferente del BPS? ¿ los fondos que provienen de la confiscación y luego de pasar por el fideicomiso pueden utilizarse para otros destinos que no sean para financiar las jubilaciones y pensiones? ¿Sortearía un examen de constitucionalidad?

---

<sup>11</sup> SALDAIN. Rodolfo y MARTÍNEZ ALBA, Gonzalo: “Plebiscito constitucional...”, pp. 72 y 73, 131 y 132.

Pese a las dudas que surgen de la deficiente técnica legislativa, entendemos que la respuesta negativa tendría mayor fundamento. Esto coadyuva con el entendimiento que el Banco de Previsión Social sería el beneficiario final del fideicomiso.

En efecto, el numeral 5) proyectado establece: “Las prestaciones previstas en los numerales 3 y 4 se financiarán sobre la base de: a. Contribuciones obreras y patronales y demás tributos establecidos por la ley. Dichos recursos no podrán ser afectados a fines ajenos a los precedentemente mencionados b. La asistencia financiera que deberá proporcionar el Estado, si fuera necesario”.

Esta disposición reconoce como antecedente la reforma constitucional de 1989 sometida a consideración popular por plebiscito de 26 de noviembre del citado año y que resultara aprobada.

Tal como lo señaló la Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 56/008 de 04.04.2008: “En efecto, el lit. A) del inc. 3 del Art. 67 establece que los recursos necesarios para solventar el pago de las prestaciones de pasividades pueden derivar, además de las contribuciones obreras y patronales, de otros tributos cualquiera sea su fuente, pero el producto de esos tributos debe ser utilizado para el pago de esas prestaciones. Y agrega a continuación la expresa prohibición de que los recursos mencionados sean destinados a fines ajenos al pago de esas prestaciones. Esto es, los tributos que graven las jubilaciones deben ser utilizados solamente para el pago de las prestaciones adecuadas cuya consagración y protección realiza el artículo analizado. De ningún modo puede admitirse que tengan por destino Rentas Generales para realizar otros gastos, cualquiera sea la naturaleza de éstos (ya sea corrientes o de inversión) o su pretendida finalidad (subsidio, subvención o distributivos). Ni siquiera puede hablarse de razones de interés general, siendo que -en el caso- éste no puede vulnerar un interés específicamente establecido en la misma Constitución y que limita todo tipo de consideración al respecto. Lo esencial es que hay una clara limitación constitucional al gravamen de las prestaciones de pasividad”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> La sentencia declaró “inconstitucional e inaplicable al caso concreto el art. 8 de la Ley No. 18.083 de 27 de diciembre de 2006, por violar el art. 8o. de la Constitución vigente, en cuanto modifica el Título No. 7 (To. no. 7) del Texto Ordenado de 1996 en sus arts. 2 lit. c, en cuanto

De manera que con la citada disposición se garantiza que el producido de las contribuciones obrero – patronales tenga un destino de financiación del sistema de seguridad social. En el caso en análisis, la totalidad de los fondos acumulados en el pilar de ahorro individual no podrían destinarse a otro destino que no sea el pago de las prestaciones de seguridad social, a cargo del BPS, por efecto de la reversión del pilar de capitalización.

Admitir otro destino, sería ir contra el expreso mandato de la Constitución. Lo contrario podría constituir un proceder con fraude a la Constitución, que es la realización de actos o negocios, en sí mismo lícitos, pero que tienden a obtener, en forma indirecta un resultado prohibido, contrario al fin perseguido por la norma.

En este punto, es claramente trasladable lo dicho por la doctrina constitucionalista: A. La Constitución debe aplicarse sin excepciones pese a los actos jurídicos inferiores que la contraríen o desnaturalicen. En estos casos deberán descartarse los actos inferiores y aplicar directamente la norma de máxima jerarquía, B. La Constitución (sus preceptos) debe aplicarse pese a las omisiones del ordenamiento jurídico inferior. En estos casos se deberá integrar el ordenamiento inferior a los efectos de superar la omisión inconstitucional y de lograr la plena aplicación de los preceptos constitucionales. C. La Constitución debe ser utilizada en la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico, lo que implica que la Carta, y en especial sus valores, principios generales y los derechos humanos, será tenida en cuenta en la aplicación de todo el orden jurídico, haciendo realidad los valores y pautas constitucionales. Esto no es otra cosa que la normalmente llamada “interpretación del ordenamiento jurídico desde la Constitución”<sup>13</sup>.

---

dicha disposición incluyó como hecho generador del tributo, entre las rentas comprendidas a “... las jubilaciones, pensiones y prestaciones de pasividad de similar naturaleza”; 30 y 33, con excepción de lo dispuesto en el inciso segundo en tanto establece: “no estarán incluidas las generadas en aportes realizados a instituciones de previsión social no residentes, aun cuando sean servidas por los organismos a que refiere el inciso anterior”, a partir del 1o. de julio de 2007”.

<sup>13</sup> RISSO FERRAND, Martín, “Derecho Constitucional”, Tomo I, 2ª. ed. actualizada, FCU, 2006, pág. 265 – 285.

#### **8.4. ¿Cabría distinguir en los bienes que se confiscan según su origen?**

Los saldos de las cuentas de ahorro individual consolidan dos tipos de recursos. Por un lado están los aportes propiamente (obligatorios, voluntarios o convenidos) y, por otro, las rentabilidades. Los aportes se representan cuotas del fondo y las rentabilidades inciden en la variación de dicho valor.

Sin perjuicio de las operaciones necesarias para desagregar ambos componentes del saldo, sería posible hacerlo y los obstáculos constitucionales para dar otro destino a los bienes que se confiscarían dejarían de aplicar respecto de la parte del saldo que corresponda a rentabilidades.

Una solución, legal o contractual, de ese tipo sólo agravaría el problema de desfinanciamiento que generaría la aprobación de la iniciativa plebiscitaria.

#### **8.5. ¿Los fondos podrían ser volcados a otro fideicomiso?**

Cabe preguntarse si otra ley podría establecer otros mecanismos de desacumulación, a través de otro fideicomiso, que invierta los activos y los rentabilice, luego de operado el vencimiento de los títulos en el fideicomiso constitucional.

Sin perjuicio de admitir la oponibilidad del punto, entendemos que nada impediría que una ley dispusiera que el BPS destinara los fondos que reciba como beneficiario a otro fideicomiso que no tuviera las limitaciones que establece el texto constitucional<sup>14</sup>, aunque siempre con un destino último que es el financiamiento de las prestaciones de seguridad social servidas por dicho instituto, sin perjuicio de lo indicado en el apartado anterior.

### **9. Control y Supervisión**

---

<sup>14</sup> SALDAIN, Rodolfo y MARTÍNEZ ALBA, Gonzalo: "Plebiscito constitucional...", pp. 132.

Como bien se ha expresado, por más que constituyan “patrimonios de afectación independientes”, la constitución de fideicomisos con bienes y recursos públicos hace relación a la Hacienda Pública y conforme al art. 229 de la Constitución la función de contralor de toda gestión relativa a la misma es de cargo del Tribunal de Cuentas<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo: “Régimen del fideicomiso público”, en: “Sobre Derecho Administrativo”, Tomo III, FCU 2019, pp. 130.



## Bibliografía

- BLANCO, A. (1996). “Naturaleza jurídica de los aportes jubilatorios personales destinados al régimen de ahorro individual obligatorio”, *Revista Tributaria*, N° 132, Mayo-junio.
- BLANCO, A. (2005). “Tributos y precios públicos”, FCU.
- CAJARVILLE PELUFFO, J. P. (2019). “Régimen del fideicomiso público”, *Sobre Derecho Administrativo*, FCU, Tomo III.
- PARDO, J., VALLCORBA, M. y ZELKO, B. (2023). “Análisis de política. La iniciativa de reforma constitucional sobre seguridad social y su impacto en la equidad y la sostenibilidad del sistema”, etcétera Centro de Estudios.
- RISSE FERRAND, M. (2006). “Derecho Constitucional”, Tomo I, 2ª. ed. actualizada, FCU.
- RODRÍGUEZ AZCÚE, Á. (2024). “Análisis de política: Fundamentos jurídicos críticos del proyecto de Reforma Constitucional en materia de Previsión Social”, etcétera Centro de Estudios.
- SALDAIN, R. y MARTÍNEZ ALBA, G. (2024). *Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico*, FCU.

## Recursos electrónicos

- CÁMARA DE COMERCIO Y SERVICIOS DEL URUGUAY (2024). “Análisis sobre el impacto negativo del plebiscito jubilatorio”. Disponible en: <https://www.cnscs.com.uy/files/An%C3%A1lisis%20sobre%20el%20impacto%20negativo%20del%20plebiscito%20jubilatorio.pdf>.
- CINVE. Blog SUMA (2024). “El plebiscito de la seguridad social en números: proyecciones de déficit y gasto en caso de aprobación de la propuesta”. Disponible en <https://suma.org.uy/el-plebiscito-de-la-seguridad-social-en-numeros-proyecciones-de-deficit-y-gasto-en-caso-de-aprobacion-de-la-propuesta/>.

---

## REFLEXIONES SOBRE EL PLEBISCITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL POSIBLE IMPACTO EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

## REFLECTIONS ON THE SOCIAL SECURITY PLEBISCITE AND THE POTENTIAL IMPACT ON THE LABOR RELATIONS SYSTEM

Joaquín PERRONE RAMOS

*Licenciado en Relaciones Laborales. Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Asistente de la Coordinación de la Licenciatura en Relaciones Laborales. Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Profesor Grado 1 (contratado) de Derecho del Trabajo y Derecho individual del Trabajo en la Licenciatura en Relaciones Laborales, Facultad de Derecho, Universidad de la República (Uruguay). Profesor Adjunto de Seguridad Social, Licenciatura de Gestión Humana, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Católica del Uruguay (Uruguay).*

[joaquin.perrone93@gmail.com](mailto:joaquin.perrone93@gmail.com)

Fecha de envío: 01/10/2024

Fecha de aceptación: 18/10/2024

---

## REFLEXIONES SOBRE EL PLEBISCITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y EL POSIBLE IMPACTO EN EL SISTEMA DE RELACIONES LABORALES

Joaquín PERRONE RAMOS

*Universidad de la República (Uruguay)*

---

**Resumen:** El presente artículo examina el impacto potencial del plebiscito sobre la seguridad social en Uruguay, promovido por el PIT-CNT, tanto en relación con la sostenibilidad del sistema previsional como con el actual sistema de relaciones laborales. Se advierte que la nueva propuesta podría generar efectos adversos, destacándose en particular la posible afectación del rol actual de los Consejos de Salarios. Aunque el plebiscito busca mejorar algunos aspectos, se alerta sobre los posibles efectos contraproducentes, tales como el incremento de la informalidad laboral y la reducción del poder adquisitivo de los trabajadores.

**Palabras clave:** Plebiscito - Seguridad social - Negociación colectiva - Relaciones laborales

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La reforma estructural planteada y su impacto en la sostenibilidad del sistema. 3. El posible impacto en el sistema de relaciones laborales. 4. La informalidad en América Latina y su tratamiento en Uruguay. 5. Reflexiones finales.

**Abstract:** This article examines the potential impact of the plebiscite on social security in Uruguay, promoted by the PIT-CNT, both in relation to the sustainability of the pension system and the current labor relations system. It is noted that the new proposal could generate adverse effects, highlighting in particular the possible impact on the current role of the Wage Councils. Although the plebiscite seeks to improve some aspects, it warns about possible

counterproductive effects, such as the increase in labor informality and the reduction of the purchasing power of workers.

**Key words:** Plebiscite - Social security - Collective bargaining - Labor relations

**Summary:** 1. Introduction. 2. The proposed structural reform and its impact on the sustainability of the system. 3. The possible impact on the labor relations system. 4. Informality in Latin America and its treatment in Uruguay. 5. Final reflections.

## 1. Introducción

El próximo 27 de octubre, nuestro país enfrentará una de las elecciones más trascendentales de las últimas décadas. Si bien la atención pública se centra en las elecciones nacionales, la relevancia del plebiscito constitucional de la seguridad social que propone el PIT-CNT (apoyado por algunos sectores del Frente Amplio) podría eclipsar las elecciones presidenciales, dado que las decisiones del electorado tendrán un impacto significativo en el mediano y largo plazo sobre el sistema de protección social uruguayo.

A pesar de que la enmienda constitucional propuesta presenta varios aspectos, las cuales han sido analizadas principalmente por economistas y expertos en seguridad social, en estas breves reflexiones no nos detendremos en todos los aspectos y aristas que presenta el tema. Reconocemos que existen actores más calificados para llevar a cabo ese análisis. El objetivo, por tanto, será analizar el posible impacto de esta reforma en el sistema de relaciones laborales y en la sostenibilidad del sistema previsional.

Con respecto a la iniciativa, lo que resulta llamativo es que esta propuesta de enmienda constitucional no cuenta con un estudio detallado que la respalde. Aún más sorprendente es que, siendo una iniciativa proveniente del PIT-CNT, el Instituto Cuesta Duarte (ICD), su principal brazo técnico, no haya expuesto públicamente su “informe técnico”<sup>1</sup> sobre las consecuencias de esta reforma en nuestro país y su posible impacto en los sectores más vulnerables<sup>2</sup>.

Sin perjuicio de lo inconveniente de esta iniciativa, no se puede realizar un análisis crítico sin advertir uno de los principales motivos que la impulsan: la forma en que se llevó a cabo la última reforma del sistema previsional de nuestro

---

<sup>1</sup> En la página oficial del ICD encontramos, del año 2024 los siguientes informes económicos tales como: “informe sobre salarios segundo trimestre 2024”, “presentación de informes técnicos sobre la reducción de la jornada laboral”, “apuntes sobre la inflación. Segundo trimestre 2024”, “Análisis del mercado de trabajo. Primer cuatrimestre 2024”, “Los salarios sumergidos en 2023: 100.000 ‘veinticincomilpesistas’ más que en 2019”, “Informe sobre salarios. Primer trimestre 2024”, “Evolución de la actividad económica 4to trimestre de 2023 y cierre del año”, “Apuntes sobre la inflación. 1er Trimestre 2024”; y también informes jurídicos sobre temas relevantes como huelga, despido, tercerizaciones, registro de organizaciones sindicales, entre otros, pero ninguno sobre el presente Plebiscito.

<sup>2</sup> Si salió en la prensa, que según estimaciones del ICD podría costar 460 millones de dólares a valores del 2023.

país mediante la ley 20.130, en la que prácticamente no hubo diálogo social. Aunque la participación en una "comisión de expertos" podría reflejar diversas opiniones, si estas no son tenidas en cuenta, no se puede hablar de un verdadero diálogo social.

Este tipo de reformas estructurales, para ser sostenibles en el tiempo y trascender los cambios políticos, requieren de un diálogo genuino y de consenso. Como señaló Guillermo Montt en la Comisión Especial para el Tratamiento del Sistema Previsional Común: "Es esencial mantener siempre el diálogo social y la negociación, tanto en la reforma como en el sistema mismo, porque una reforma que no se funda en el diálogo y consenso es una reforma destinada a ser reemplazada." A pesar de que la propuesta plebiscitaria "redobla la apuesta" y va mucho más allá de la ley 20.130, es innegable que surge como una reacción a la misma.

En las siguientes secciones, abordaremos los posibles efectos laborales en caso de aprobarse esta propuesta, utilizando el análisis de la historia reciente para prever estos impactos de manera fundamentada y evitar caer en especulaciones alarmistas.

## **2. La reforma estructural planteada y su impacto en la sostenibilidad del sistema**

Los principales puntos de la propuesta plebiscitaria, que tiene como objetivo dotar de una nueva redacción al artículo 67 de la Constitución de la República, son:

- La Seguridad Social, como Derecho Humano Fundamental "no será susceptible de lucro". Quedan expresamente prohibidas los sistemas de ahorro individual con destino jubilatorio.
- Establece los principios de la seguridad social (omitiendo el principio de igualdad y el de sostenibilidad).
- Ninguna jubilación o pensión podrá ser menor al valor del Salario Mínimo Nacional, y los ajustes no podrán ser inferiores a la variación del Índice Medio de Salarios.

- Las personas tendrán derecho a configurar causal jubilatoria común a los 30 años de servicio y a los 60 años de edad, sin perjuicio de lo que establezcan normas más beneficiosas.

La iniciativa propone una reforma de tipo estructural, eliminando el componente de capitalización que integra nuestro sistema previsional (sistema mixto) desde el año 1996, volviendo a un sistema exclusivo de reparto bajo administración estatal, además de dejar establecido que la causal “normal” de jubilación será a los 60 años de edad y los 30 años de servicio. Más allá de la inconveniencia de consagrar en la Constitución un aspecto que debería ser materia de regulación legal, la propuesta tampoco parece cumplir con el objetivo de beneficiar a los más desprotegidos. Si se analiza la densidad de las cotizaciones en la órbita del BPS tomando en cuenta el bloque principal de aportantes, estos presentan una densidad de cotización del entorno al 60%<sup>3</sup>.

Por su parte, estudios de la Comisión de Expertos en Seguridad Social (CESS) han reflejado que solo el 20% de los trabajadores, precisamente aquellos de mayores ingresos, reunirán los 30 años de servicio a los 60 años<sup>4</sup>, por lo cual la iniciativa, fácticamente, se encuentra lejos de favorecer a la mayoría de las personas trabajadoras. Esta realidad sumada a los cambios en el mercado de trabajo producto de la automatización y la inteligencia artificial, vuelve totalmente inconveniente no focalizar los recursos públicos hacia quienes más lo necesitan tanto en el presente, como en el futuro cercano.

Tampoco parece conveniente que se elimine (prohiba) el pilar del ahorro individual. Con respecto a este tema, y siguiendo la bibliografía especializada internacional, como lo releva Rodríguez Azcúe:

...podemos decir que la fórmula del proyecto no está alineada con la concepción que postula la Organización Internacional del Trabajo, por cuanto elimina el diseño multipilar, escogiendo un modelo exclusivamente estatal. Tampoco nos ubica en la orientación de las reformas en curso en la experiencia extranjera, ni con las recomendaciones de la CEPAL, ni en

---

<sup>3</sup> CINVE (2023). La reforma de la seguridad social y la sostenibilidad financiera del sistema. Recuperado de: <https://cinve.org.uy/wp-content/uploads/2023/12/v-enero-24-5to-informe-Monografico-Observatorio-de-Seguridad-Social.pdf>.

<sup>4</sup> Saldain, Rodolfo & Martínez, Gonzalo (2024). Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico, FCU, Montevideo.

la línea de la reforma previsional latinoamericana más reciente en Colombia<sup>5</sup>.

Con respecto a la OIT, la misma propone un sistema multipilar en la cual “tiene como idea principal la posibilidad de combinar un conjunto de instrumentos de protección social, cada uno de los cuales desempeña una o más funciones, para garantizar toda la gama de objetivos de un sistema nacional de pensiones”<sup>6</sup>.

Este diagrama se resume en el siguiente cuadro:

## Modelo Multipilar de Pensiones de la OIT



Fuente: Modelo Multipilar de pensiones de la OIT.

Como se detalla en los informes de la OIT el Pilar II o complementario, es necesario para garantizar la sostenibilidad del sistema, principalmente en aquellos países donde los aspectos demográficos vuelven inviables los sistemas

<sup>5</sup> Rodríguez Azcúe, Álvaro (2024). Fundamentos jurídicos críticos del proyecto de reforma constitucional en materia de previsión social, Revista Derecho del Trabajo, Julio-Setiembre 2024, La Ley, Montevideo. Recuperado de: <https://www.informacionlegal.com.uy/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0a89ce23000001924313806e8a234259&docguid=i25CF4F46C812BD222CC5E333337B1D58&hitguid=i25CF4F46C812BD222CC5E333337B1D58&tocguid=&spos=1&epos=1&td=47&ao=i0AC5082CCDB545A681CDC3A1138093AA&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>.

<sup>6</sup> OIT (s/f). El modelo multipilar de pensiones de la OIT: Construyendo sistemas de pensiones equitativos y sostenibles. Nota informativa sobre protección social. Recuperado de: <https://www.social-protection.org/gimi/gess/Media.action?id=16775>.



basados puramente en el sistema de reparto (como propone la presente propuesta de reforma constitucional). De hecho, en este informe se hace énfasis en uno de los principios de la seguridad social que ha sido ignorado por los promotores de la reforma constitucional: el principio de sostenibilidad. Para el organismo la sostenibilidad

...se refiere a la capacidad actual y futura de la economía de afrontar los costos de la seguridad social. Garantizar la sostenibilidad es un desafío permanente para el Estado en el ejercicio de su responsabilidad general y primordial de garantizar sistemas de protección social funcionales e integrales. Ello exige la adopción de todas las medidas necesarias, incluida en su caso la realización periódica de estudios actuariales y la introducción de reformas paramétricas menores para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. De conformidad con la recomendación núm. 202, el Estado también es responsable de garantizar la sostenibilidad de los sistemas nacionales de seguridad social en respuesta al cambio demográfico, entre otros factores<sup>7</sup>.

Por lo tanto, este tema no debe estudiarse sin tener en cuenta la sostenibilidad del sistema, que dadas las características demográficas de nuestro país vuelve inviable cumplir con este principio de la seguridad social en un sistema puramente de reparto. En función a este tema, un informe de CINVE ha señalado que "...la reforma propuesta en el plebiscito profundiza el diagnóstico de insostenibilidad financiera del sistema que ya era importante en el régimen anterior y que motivó el inicio del proceso de reforma<sup>8</sup>" (haciendo referencia a la reforma de la ley 20.130).

### **3. El posible impacto en el sistema de relaciones laborales**

En el año 1989 se llevó adelante el plebiscito de reforma del artículo 67 de la Constitución, el cual contó con un 72% de votos a favor, concretándose de esta forma la iniciativa. A partir de allí:

---

<sup>7</sup> Idem, p. 2.

<sup>8</sup> CINVE (2023). La reforma... ob. cit., p. 52.

...entró en vigencia una regla de indexación de las pasividades a la evolución del salario medio de la economía (medido por el Índice Medio de Salarios). Con ello desaparece en los hechos la posibilidad de restaurar el equilibrio mediante una reducción del valor real de las pasividades. Por otra parte, al reducirse la inflación desde uno de sus máximos históricos a comienzos de 1990 (130% anualizado), esta regla de indexación generó un incremento de la pasividad promedio de más de 40% en términos reales en un plazo de cuatro años<sup>9</sup>.

Esto dio como resultado que a comienzo de los años noventa el gasto en seguridad social comenzó a incrementarse en relación con el PBI, generando un déficit cada vez mayor, ocasionando que la transferencia del gobierno central para cubrir dicho déficit se ubicara en 5,3% del PBI para el año 1995, lo que llevó a muchos estudios a concluir que se aproximaba una “quiebra institucional”. Esto desembocó en una desconfianza pública del sistema que llevaba al trabajo informal y/o la sub-aportación<sup>10</sup>.

Por otra parte, antes de la creación de la Base de Prestaciones y Contribuciones (BPC) en el año 2004, el parámetro de ajuste de las jubilaciones y pensiones era el Salario Mínimo Nacional (SMN). En ese caso, como releva Pardo, el SMN cayó en términos reales un 65% entre los años 1985 y 2004, medida que afectó a cientos de miles de trabajadores<sup>11</sup>. Esto se llevó adelante mediante el control del Poder Ejecutivo de la política salarial del país, teniendo como emblema de este período la no convocatoria a los Consejos de Salarios<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> CINVE (1999). Efectos económicos de la reforma en seguridad social en Uruguay. Recuperado de: <https://cinve.org.uy/wp-content/uploads/2012/12/Efectos-econ%C3%B3micos-de-la-reforma-en-la-seguridad-social-en-Uruguay.pdf>.

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Pardo, Jimena; Vallcorba, Martín & Zelko, Braulio (2023). La iniciativa de reforma constitucional sobre seguridad social y su impacto en la equidad y sostenibilidad del sistema, La Diaria. Recuperado de: <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2023/10/la-iniciativa-de-reforma-constitucional-sobre-seguridad-social-y-su-impacto-en-la-equidad-y-la-sostenibilidad-del-sistema/>.

<sup>12</sup> Los Consejos de Salarios constituyen un mecanismo de Negociación Colectiva centralizada tripartita, por rama de actividad o cadena productiva, para fijar salarios mínimos por categoría laboral. Por medio de la ley 18.566, y reconociendo una práctica habitual de los actores sociales, se amplían sus competencias para incluir otras condiciones como ajustes generales a las remuneraciones y acuerdos sobre condiciones de trabajo bajo ciertos requisitos (en este último punto es necesario que exista acuerdo entre el sector trabajador y el empleador). A su vez, tiene otras funciones como fijar la licencia sindical por rama de actividad (ley 17.940), crear fondos de vivienda y actuar como órganos de conciliación y arbitraje por mandato constitucional (art. 57).

Los Consejos de Salarios fueron restituidos al marco laboral en la apertura democrática de 1985, pero en el posterior gobierno (1990-1995) la administración Lacalle Herrera deja de convocar este mecanismo de fijación de salarios mínimos de gran parte de la actividad privada<sup>13</sup>.

Si bien la no convocatoria a los Consejos de Salarios impactó en las reglas de la relación de trabajo, no se registran en el período grandes cambios normativos tendientes a modificar el marco jurídico laboral, salvo lo acontecido en la transición hacia la segunda administración Sanguinetti (1995-2000). En este período se pueden destacar dos decretos tendientes a desregular el trabajo profesional y a reglamentar las empresas unipersonales, y también la característica legislativa de incorporar cláusulas laborales flexibilizadoras a proyectos de leyes con características generales<sup>14</sup>.

El retiro del Estado de la negociación colectiva (salvo para las actividades en los que fijaba precios, ejemplo de salud y transporte), dio paso a una fuerte desprotección laboral, siendo su regulación un costo que debía disminuirse (cuando no eliminarse) en pro de la competitividad empresarial. Esto generó un fuerte debilitamiento de la afiliación sindical repercutiendo en ciertos “bienes colectivos” (convenios, ajustes salariales, cobertura social), provocando de esta forma un deterioro en las condiciones de empleo de las que se destacan: incremento del desempleo, precariedad laboral, informalidad, y bajos niveles de remuneración salarial en determinados sectores<sup>15</sup>.

Los cambios producidos a partir de la década del ‘90 debilitaron fuertemente al sindicalismo, además de provocar una disminución sostenida del salario real. La situación de absoluta precariedad se agravó con la llegada del nuevo milenio (intensificada por la crisis económica y social del año 2002), punto en el cual la negociación colectiva se sitúa en un nivel mínimo histórico. Como

---

<sup>13</sup> Es dable recordar que según la ley 10.449 en su art. 5, la potestad de convocatoria radicaba exclusivamente en el Poder Ejecutivo (luego, este aspecto fue modificado por la ley 18.566).

<sup>14</sup> Supervielle, Marcos & Quiñones, Mariela (2000). La instalación de la flexibilidad en Uruguay. Revista Sociologías, Porto Alegre, año 2, n°4, jul/diez, p. 20-65.  
Recuperado de: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-4522200000200003n2000](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-4522200000200003n2000).

<sup>15</sup> Alegre, Pablo (2006) La transformación del sindicalismo uruguayo en los ‘90: Crisis y re-estructura en un contexto de cambio, Documento n° 10, IPES, Universidad Católica.  
[https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/dcsp/sindicalismo\\_uruguayo\\_90.pdf](https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/dcsp/sindicalismo_uruguayo_90.pdf).

dato revelador de este período, se destaca que en el sector privado la tasa de sindicalización cayó un 60% en el período comprendido entre 1990 y 2004<sup>16</sup>.

Este repaso histórico no hace más que reafirmar lo inconveniente de atar las jubilaciones mínimas al SMN, porque esto puede repercutir negativamente en el salario de gran cantidad de trabajadores. A su vez, puede generar que se reaviven las iniciativas que pretenden no solo la no convocatoria de los Consejos de Salarios (bastaría una ley que modificara nuevamente la competencia discrecional de convocatoria al Poder Ejecutivo), sino que incluso se puede impulsar un cambio en sus competencias: por ejemplo, volverlos a su función original de fijación de salarios mínimos (y no de ajustes generales de los salarios) para de esta forma poder limitar la evolución también del Índice Medio de Salarios.

Como advierte Rodríguez Azcúe:

Es conocida la experiencia vivida por nuestro país de haber utilizado al SMN, instrumento de regulación del mercado de trabajo fundamental para proteger a los trabajadores más vulnerables, como criterio para fijar los topes jubilatorios, mínimos y máximos, y de prestaciones de actividad. La consecuencia fue la contención del presupuesto de la Seguridad Social mediante la congelación y reducción del SMN en términos reales.

El desenganche entre el SMN y los topes ocurre en el año 2004, con la creación de la Base de Prestaciones y Contribuciones (ley 17.856), lo que permitió recuperar el valor de aquel en términos reales y su utilización como piso de la remuneración mínima del trabajo asalariado.

Se ha dicho que, como las pasividades se indexan por la variación del Índice Medio de Salarios quedarían a resguardo de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo y ese argumento no es de recibo, dado que es conocida su incidencia en la política salarial, a través de las llamadas pautas para los Consejos de Salarios.

Desde la mirada propia de relaciones laborales, este es uno de los puntos que más preocupan a la hora de abordar este tema. Los Consejos de Salarios se han consolidado en nuestro país -más allá de las duras críticas que ha recibido- ya que ha mantenido sus principales competencias luego del cambio

---

<sup>16</sup> Supervielle, Marcos & Quiñones, Mariela (2000). La instalación... ob. cit.

de signo político del año 2020. Pero esto no puede tomarse como una realidad inamovible, ya que al abrirse un panorama de déficit, intento de control directo del Poder Ejecutivo en los salarios y en el ajuste de pasividades, entre otros, es posible pensar que será uno de los puntos a ser discutidos a mediano plazo. Incluso en un contexto donde no se realicen cambios normativos en sus competencias, el control del Poder Ejecutivo podrá estar basado en los lineamientos económicos presentados al comienzo de cada ronda.

Lo anterior podría tener impacto no solo en la pérdida del salario real de los trabajadores en actividad, sino también afectar las bases de cálculo de sus futuras jubilaciones, y por supuesto, al ser reconocidos como los verdaderos dinamizadores de la negociación colectiva puede afectar al conjunto del sistema de relaciones laborales.

Ermida, analizando en perspectiva la importancia de los Consejos de Salarios en el derecho colectivo nacional, señalaba que estos representaban el mayor exponente de diálogo social en el Uruguay, con el especial destaque que, cada vez que se los convocó, funcionaron como un mecanismo clave en la promoción del sindicalismo y de la negociación colectiva centralizando las relaciones colectivas del trabajo. A su vez, su actuación redundó en mejoras de los asalariados tanto en lo que respecta al salario real, como a las condiciones laborales<sup>17</sup>.

Por su parte, Plá Rodríguez dejó en manifiesto que "...la experiencia de 25 años de aplicación intensa de la ley demostró exactamente lo opuesto: el régimen de los Consejos de Salarios sirvió para fomentar la sindicalización, la cual cobró una nueva vida y dio a los sindicatos un protagonismo indiscutible, que desbordó incluso el tema salarial<sup>18</sup>". Incluso ilustres laboristas que en un principio se manifestaron en contra de estos instrumentos, al entender que atentaban contra el desarrollo del sindicalismo, reconocieron con el tiempo uno de los aspectos más favorables de los Consejos de Salarios "haber provocado

---

<sup>17</sup> Ermida, Oscar (2008). El protagonismo de los Consejos de Salarios en el sistema laboral uruguayo, *Revista Derecho Laboral*, Vól. 51, Núm. 229, FCU, Montevideo.

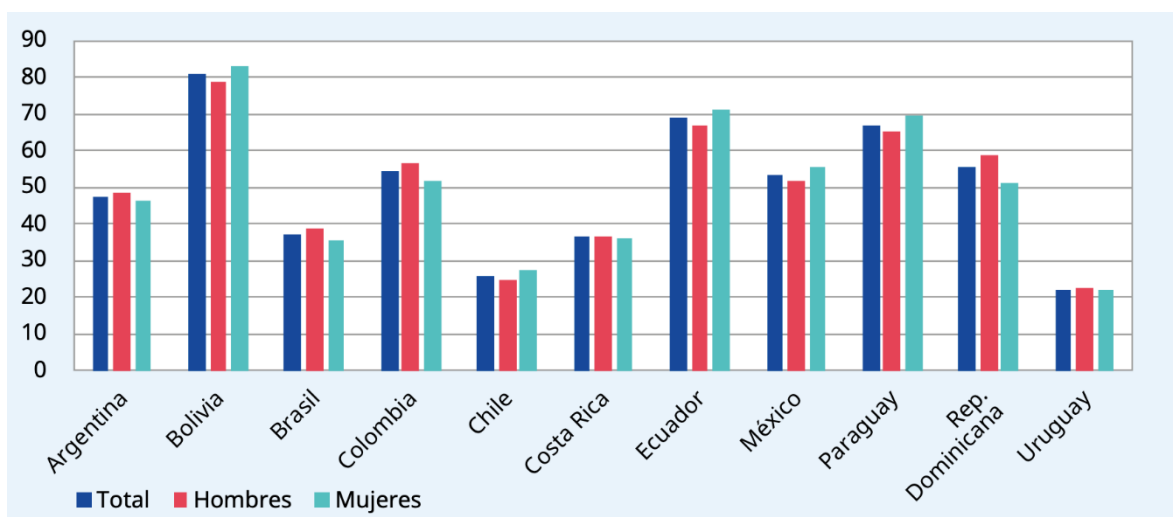
<sup>18</sup> Plá Rodríguez, Américo (1999). *Curso de Derecho Laboral, Derecho Colectivo*, Tomo IV, Volúmen I, Editorial IDEA, Montevideo, p. 77.

un notable movimiento sindical en el país, lo que constituye el hecho más significativo e importante que debemos a la ley<sup>19</sup>.

Por lo antes expuesto, la reforma propuesta por el PIT-CNT puede tener - por supuesto sin buscarlo- un impacto directo en la función de los Consejos de Salarios como mecanismo de mejora de los salarios y las condiciones de trabajo de casi la totalidad de los trabajadores dependientes de nuestro país, afectando también su función como redistribuidor de la riqueza.

#### 4. La informalidad en América Latina y su tratamiento en Uruguay

Uno de los problemas más grandes que enfrenta América Latina es la informalidad. Según la OIT el panorama en la región continúa siendo muy complejo. Tomando en cuenta un promedio de 11 países, a mediados del año pasado la tasa de informalidad promedio se sitúa en un 48%. Uruguay es el país de la región con menos índice de informalidad, que ronda el 20%, mientras que Bolivia se acerca al 80%.



Fuente: OIT (2023), Panorama laboral 2023. América Latina y el Caribe<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> De Ferrari, Francisco (1955). El salario mínimo y el régimen de los consejos de salarios en el Uruguay, Ediciones Sela, Montevideo.

<sup>20</sup> OIT (2023), Panorama Laboral 2023 de América Latina y el Caribe. Recuperado de: <https://www.ilo.org/es/publications/flagship-reports/panorama-laboral-2023-de-america-latina-y-el-caribe>.

A comienzos del milenio, Uruguay presentaba una informalidad del entorno al 35%, agravándose pos-crisis del año 2002, en la cual varios estudios la establecen en el entorno del 40% en el año 2004. Esta tendencia cambió en el año 2005, en la cual se empieza a reducir de forma sostenida hasta llegar a un 24% en el año 2013<sup>21</sup>. Actualmente, la tasa de informalidad reportada por el INE se sitúa en 21,5% mostrando una recuperación de este indicador pos-pandemia del Covid-19.

¿Pero qué hizo posible que nuestro país presente el índice de informalidad más bajo de la región? Para responder esta pregunta repasaremos los cambios introducidos del año 2004 a la fecha que han propiciado esta realidad, relacionando estos cambios con el posible impacto en caso de aprobarse el plebiscito.

Por más que algunas reformas no puedan reflejar a cabalidad el impacto en la formalidad por no contar con mediciones metodológicas, han sido destacadas como medidas que impactaron en la reducción de la informalidad. Estas son:

- El impacto de los Consejos de Salarios en la reactivación de la negociación colectiva y la tasa de afiliación y participación sindical.
- La recuperación del salario mínimo, ya que a fines de la década del '90 en términos reales había caído drásticamente, quitándole su función como precio-referencia del mercado laboral. Precisamente, el debilitamiento del SMN se dio principalmente para evitar deterioros en las cuentas públicas debido a que el monto de diversas prestaciones sociales se encontraba atados a este.
- La reforma tributaria del 2007 que realizó incentivos fiscales a la inversión productiva con creación de empleo formal, y también redujo el aporte patronal de 12% a 7,5% con el objetivo de bajar el “costo laboral” por trabajador y fomentar la formalización.
- La creación del Sistema Nacional de Salud concretando la extensión de la cobertura de salud a la familia de los trabajadores que realizan

---

<sup>21</sup> Amarante, Verónica; Arim, Rodrigo & Yapor, Mijail (2015). Desigualdad e informalidad en Uruguay. Recuperado de: <https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economia/Amarante.pdf>.

aportes a la seguridad social (con la posterior incorporación de otros colectivos, como por ejemplo los pasivos).

- Medidas específicas para el trabajo doméstico como la regulación por ley de diferentes condiciones de trabajo, y su incorporación a un grupo de los Consejos de Salarios<sup>22</sup>.

- Modificaciones al programa de seguro de desempleo como el sistema de pagos decreciente, y la reducción del plazo de la causal suspensión de trabajo de 6 a 4 meses, con el objetivo de incentivar la búsqueda de empleo.

- También se destaca la creación de herramientas para facilitar la protección social de los trabajadores independientes por intermedio del monotributo<sup>23</sup>.

Recientemente algunos impulsores de la iniciativa han manifestado que:

En la papeleta se propone que la jubilación y la pensión mínimas se igualen al salario mínimo nacional (SMN) y que, desde ese momento, aumenten por lo menos de acuerdo al índice medio de salarios (IMS), como las demás pasividades. Se cuestiona que eso provocará que disminuya el SMN, lo que no tiene fundamento porque, como claramente lo dice la papeleta, los aumentos de todas las pasividades dependerán del IMS –como lo estableció el plebiscito que reformó la Constitución en 1989, cuando los augurios de catástrofe eran similares a los actuales– y la variación a la baja del SMN solo afectaría por un año las pasividades de los que se jubilan y pensionan con un monto menor al mínimo, por lo cual el «ahorro» fiscal es insignificante<sup>24</sup>.

El “no tiene fundamento” parece ir en contra de lo visto en el período 1990-2004 (y reflejado anteriormente en estas breves reflexiones). Lo que nos preocupa precisamente es eso, que las políticas que se apliquen al cabo de un lustro o un decenio sean precisamente las mismas que han sido relevadas en la década del ‘90. Luego de la desindexación de las pasividades al Salario Mínimo

---

<sup>22</sup> Situación análoga con los trabajadores rurales.

<sup>23</sup> Amarante, Verónica; Arim, Rodrigo & Yapor, Mijail (2013). “Desigualdad e informalidad en Uruguay”. Recuperado de: <https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economia/Amarante.pdf>.

<sup>24</sup> Elías, Antonio; Notaro, Jorge & Viera, Carlos (2024). Un plebiscito para garantizar derechos y eliminar la privatización. Recuperado de: <https://brecha.com.uy/un-plebiscito-para-garantizar-derechos-y-eliminar-la-privatizacion/>.



Nacional, y la re-convocatoria de los Consejos de Salarios ocasionó un aumento del salario real del entorno al 46% entre el 2004 y el 2013.

En otro de los puntos se señala que:

Es posible mantener los derechos y mejorar las pasividades modificando progresivamente la financiación del gasto de la seguridad social, que tenderá a aumentar los aportes patronales gradualmente y a reducir las exoneraciones, a la vez que se eliminan subsidios al gran capital y aumentan los gravámenes a los ingresos del capital y a la riqueza acumulada. En ningún caso parece válido, ni conveniente, ni justo sostener que se debe aumentar el IVA, que es un impuesto indirecto y, por tanto, regresivo, en cuanto afecta proporcionalmente más a las personas de menores ingresos.

Ahora bien, aumentar el aporte patronal o disminuir las exoneraciones tiene como inconveniente que es una medida que terminará financiando en parte, o totalmente, el trabajador. Esto lo advertía Ermida al referir que la financiación tripartita de la seguridad social, era uno de los mayores problemas

...por constituir un gravamen al empleo (el patrón aporta más, cuanto más trabajadores emplea), y porque el patrón traslada su aporte a los precios de comercialización de sus productos, mientras que el estado extrae su aporte de impuestos, generalmente al consumo, que en definitiva los soporta la mayor parte de la población, que son también trabajadores. Entonces, todo o el 90 por ciento del costo de la seguridad social lo termina financiando el trabajador: una parte por su aporte directo; otra parte porque el patrón traslada a precios el aporte patronal, el que termina siendo abonado por el trabajador cuando consume, y otra parte porque el trabajador soporta el mayor peso de los impuestos al consumo con los que el Estado hace su aporte<sup>25</sup>.

La iniciativa propuesta parece ir a contracorriente de las realizadas en el período 2005-2020, en el cual se redujo significativamente el aporte patronal, se concedieron exoneraciones a las inversiones (al denominado “gran capital” según los impulsores de la reforma), entre otras medidas, cuyos resultados

---

<sup>25</sup> Ermida, Oscar (1984). Los Principios de la seguridad social, en La Seguridad Social del Uruguay, Rodríguez Plá, FCU, Montevideo, p. 41.

(reducción de la informalidad, aumento del salario real, mejora en las condiciones de trabajo, entre otras) fueron aplaudidas por el movimiento sindical.

## 5. Reflexiones finales

Lo abordado brevemente en el presente trabajo intenta otorgar un insumo más al debate público del futuro del sistema de seguridad social, y lo inconveniente que resulta la iniciativa plebiscitaria, por más de entender que el objetivo pueda ser loable.

En un mundo en constante evolución, donde la tecnología desplazará grandes contingentes de trabajadores (principalmente aquellos que ocupan profesiones “clásicas”) volverá necesaria la formulación de políticas que estén destinadas a complementar y robustecer el “Pilar 0”, por lo que no parece una solución adecuada brindar tantos recursos a favorecer a los “privilegiados” del sistema laboral. Como hemos relevado, la densidad de cotizaciones en los quintiles socioeconómicos más bajos es inferior a la que presentan los quintiles más altos. Si tomamos en cuenta la incertidumbre de los cambios del mercado de trabajo, las características de la masa laboral uruguaya (60% de los estudiantes abandonan el bachillerato), la elevada pobreza infantil, el problema del desempleo juvenil, entre otros, si miramos a futuro, no parece una medida que tienda a focalizar los recursos en los colectivos que más lo necesitan.

En lo que a esto respecto, la OIT señala que el Pilar 0 debe garantizar un mínimo de ingresos, con niveles adecuados de protección, con el objetivo de que la persona posea un nivel de vida digno y decente<sup>26</sup>.

Por otro lado, la iniciativa puede afectar el modelo actual de relaciones laborales laboral, ocasionando efectos contrarios a los buscados en los fundamentos de la iniciativa. Más allá de resultar totalmente anacrónico establecer los mismos requisitos (60 años de edad y 30 años de servicio) que se estableció en Uruguay en el año 1904 cuando se crea la Caja Civil, año en el cual “...la expectativa de vida al nacer era de apenas 50,8 años” mientras que “... en 2019 esta era de 78,1 años y a los 60 años era de aproximadamente 25

---

<sup>26</sup> OIT (s/f). El modelo multipilar...ob.cit.

años más, tiempo durante el que, en promedio, se deben pagar las jubilaciones de aquellos que se jubilen a esa edad<sup>27</sup>". En estos 120 años ha cambiado ha cambiado profundamente el componente demográfico de nuestro país, afectando la relación pasivos-activos, entre otros datos que han sido abordados profundamente en otros trabajos.

Por lo desarrollado, entiendo que la iniciativa tendrá efectos negativos tanto en la sostenibilidad del sistema de protección social, como también en el sistema actual de relaciones laborales, que ha tenido grandes logros y avances durante este siglo.

---

<sup>27</sup> Pardo, Jimena; Vallcorba, Martín & Zelko, Braulio (2023). La iniciativa de reforma constitucional...ob. cit.

## Bibliografía

- DE FERRARI, F. (1955). *El salario mínimo y el régimen de los consejos de salarios en el Uruguay*, Ediciones Sela, Montevideo.
- ERMIDA, O. (1984). “Los Principios de la seguridad social”, *La Seguridad Social del Uruguay*, FCU, Montevideo.
- ERMIDA, O. (2008). “El protagonismo de los Consejos de Salarios en el sistema laboral uruguayo”, *rev. Derecho Laboral*, Vól. 51, Núm. 229, FCU, Montevideo.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1999). *Curso de Derecho Laboral, Derecho Colectivo*, Tomo IV, Volúmen I, Editorial IDEA, Montevideo.
- SALDAIN, R. & MARTINEZ, G. (2024). *Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico*, FCU, Montevideo.

## Recursos electrónicos

- ALEGRE, P. (2006) La transformación del sindicalismo uruguayo en los ´90: Crisis y re-estructura en un contexto de cambio, Documento nº 10, IPES, Universidad Católica.  
[https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/dcsp/sindicalismo\\_uruguayo\\_90.pdf](https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/dcsp/sindicalismo_uruguayo_90.pdf).
- AMARANTE, V., ARIM, R. y YAPOR, M. (2013). “Desigualdad e informalidad en Uruguay”. Recuperado de:  
<https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economía/Amaranante.pdf>.
- AMARANTE, V., ARIM, R. y YAPOR, M. (2015). Desigualdad e informalidad en Uruguay. Recuperado de:  
<https://www.bcu.gub.uy/Comunicaciones/Jornadas%20de%20Economía/Amaranante.pdf>.
- CINVE (1999). Efectos económicos de la reforma en seguridad social en Uruguay. Recuperado de: <https://cinve.org.uy/wp->

[content/uploads/2012/12/Efectos-econ%C3%B3micos-de-la-reforma-en-la-seguridad-social-en-Uruguay.pdf](https://content/uploads/2012/12/Efectos-econ%C3%B3micos-de-la-reforma-en-la-seguridad-social-en-Uruguay.pdf).

CINVE (2023). La reforma de la seguridad social y la sostenibilidad financiera del sistema. Recuperado de: <https://cinve.org.uy/wp-content/uploads/2023/12/v-enero-24-5to-informe-Monografico-Observatorio-de-Seguridad-Social.pdf>.

ELÍAS, Antonio; NOTARO, Jorge & VIERA, Carlos (2024). Un plebiscito para garantizar derechos y eliminar la privatización. Recuperado de: <https://brecha.com.uy/un-plebiscito-para-garantizar-derechos-y-eliminar-la-privatizacion/>.

OIT (s/f). El modelo multipilar de pensiones de la OIT: Construyendo sistemas de pensiones equitativos y sostenibles. Nota informativa sobre protección social. Recuperado de: <https://www.social-protection.org/gimi/gess/Media.action?id=16775>.

OIT (2023), Panorama Laboral 2023 de América Latina y el Caribe. Recuperado de: <https://www.ilo.org/es/publications/flagship-reports/panorama-laboral-2023-de-america-latina-y-el-caribe>.

PARDO, J., VALLCORBA, M. y ZELKO, B. (2023). La iniciativa de reforma constitucional sobre seguridad social y su impacto en la equidad y sostenibilidad del sistema, La Diaria. Recuperado de: <https://ladiaria.com.uy/economia/articulo/2023/10/la-iniciativa-de-reforma-constitucional-sobre-seguridad-social-y-su-impacto-en-la-equidad-y-la-sostenibilidad-del-sistema/>.

RODRÍGUEZ AZCÚE, Á. (2024). “Fundamentos jurídicos críticos del proyecto de reforma constitucional en materia de previsión social”, *Revista Derecho del Trabajo*, Julio-Setiembre, La Ley, Montevideo. Recuperado de: <https://www.informacionlegal.com.uy/maf/app/document?&src=laley4&srquid=i0a89ce23000001924313806e8a234259&docguid=i25CF4F46C812BD22CC5E333337B1D58&hitguid=i25CF4F46C812BD22CC5E333337B1D58&tocguid=&spos=1&epos=1&td=47&ao=i0AC5082CCDB545A681CDC3A1138093AA&searchFrom=&savedSearch=false&context=20&crumb-action=append&>.

SUPERVIELLE, M. y QUIÑONES, M. (2000). “La instalación de la flexibilidad en Uruguay”, *Revista Sociologías*, Porto Alegre, año 2, n°4, jul/dez. Recuperado de: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222000000200003n2000](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222000000200003n2000).

[www.revistajuridicadeltrabajo.com](http://www.revistajuridicadeltrabajo.com)

