

RJT

REVISTA JURÍDICA DEL TRABAJO

DIRECTOR

JORGE ROSENBAUM

COORDINADOR

FEDERICO ROSENBAUM

No. 2

Mayo-Agosto
2020

Agosto de 2020.

Copyright © Equipo editorial RJT

Rincón 477/803, C.P. 11.000

Montevideo, Uruguay.

Teléfono: (+598) 29161523

revistajuridicadeltrabajo@gmail.com / www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

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



RESPONSABLES EDITORIALES

Equipo editorial

Director: Jorge Rosenbaum (Uruguay)

Coordinador: Federico Rosenbaum (Uruguay)

Comité científico

César Arese (Argentina), Héctor García (Argentina), Nelson Mannrich (Brasil), Rodrigo Palomo (Chile), Francisco Tapia (Chile), José Herrera (Colombia), Ignasi Beltrán (España), José Antonio Fernández Avilés (España), Carlos Palomeque (España), Eduardo Rojo (España), Wilfredo Sanguineti (España), Stefano Bellomo (Italia), Patricia Kurkzyn (México), Alfredo Villavicencio (Perú), Alejandro Castello (Uruguay), César Augusto Carballo (Venezuela) y Oscar Hernández (Venezuela).

Comité de evaluación

Miguel Ángel Maza (Argentina), Ricardo Seco (Argentina), Carlos Ernesto Molina (Colombia), José Antonio Baz (España), Rosa Morato (España) y Héctor Jaime (Venezuela).

Miembros Correspondientes de Edición

Fábio Tulio Barroso (Brasil), Nicolás Márquez (Chile), Francisco Ruay (Chile), Luis Triguero (España), Raúl Saco Barrios (Perú), Javier Suarez (República Dominicana) e Iván Mirabal (Venezuela).

Coordinador del tema de debate del N° 2

Jorge Rosenbaum (Uruguay)

ÍNDICE

EDITORIALiii

Jean-Michel Servais: Las empresas multinacionales y la OIT: ¿hacia una mayor eficiencia?1

Pedro Tuset Del Pino: Adaptaciones y condiciones generales de seguridad a observar en los edificios y locales destinados a lugares de trabajo ocupados por trabajadores discapacitados31

Raúl Saco Barrios: Perú: la estabilidad en el empleo en el contexto de la pandemia55

Pablo Salinas: ¿La pandemia de COVID-19 es caso fortuito o fuerza mayor que justifique terminar legítimamente el contrato individual de trabajo en Ecuador?75

Daniel Toscani Giménez: Las reformas laborales en España en aras de la flexiseguridad y las que quedan pendientes para recuperar derechos sociales87

Antonio Delgado Jiménez: La videovigilancia de los trabajadores mediante cámaras ocultas: el caso López Ribalda y otros c. España (STEDH de 17 de octubre de 2019)118

Javier Ordóñez Román: El derecho al trabajo en el Ecuador: del despido libre a un despido regulado143

Luis Díaz: Las pensiones son algo más que un número163

Roxana Aranguiz Cofré: Teletrabajo en el sector público chileno: una apuesta necesaria	179
Juan Caminos: Análisis del teletrabajo y su recepción legislativa en Latinoamérica	209
Bruno Sande Escobal: Primer caso jurisprudencial de Uber en Uruguay	238
DEBATE: El teletrabajo prestado en forma dependiente y el Derecho del Trabajo	268
Esperanza Macarena Sierra Benítez: La consolidación del teletrabajo y las variantes subjetivas en el Derecho del Trabajo	269
Federico Rosenbaum Carli: El teletrabajo dependiente: cuestiones centrales en torno a su regulación	285

EDITORIAL

El presente número de la RJT reúne una serie de aportes de autores pertenecientes a diversos países y continentes, profundizando en aspectos trascendentes del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

Entre ellos, se podrá acceder a estudios que han abordado problemas muy actuales en el contexto de la pandemia provocada por el COVID-19; la responsabilidad de las empresas multinacionales desde el ámbito de la OIT; la seguridad en los lugares de trabajo que ocupan personas con discapacidad; críticas y perspectivas en torno a las reformas laborales en el marco de la tensión entre flexisguridad y recuperación de derechos sociales; la estabilidad en el empleo; y los regímenes de pensiones.

A ese elenco de temas de interés se adicionan otros trabajos que abordan tópicos vinculados con las nuevas tecnologías y sus conflictos en el ámbito del trabajo, tales como la videovigilancia de los trabajadores; el trabajo mediante plataformas digitales y sus avatares jurisprudenciales; y finalmente aportes vinculados con el tema central de debate propuesto para este número, relativo al teletrabajo dependiente y sus fronteras regulatorias, incluyendo un estudio comparativo latinoamericano, así como una aproximación de esta modalidad en el ámbito público.

Finalmente, el Equipo editorial de la RJT se complace en anunciar que la Revista ha sido recientemente indexada en Open Academic Journals Index (OAJI: <http://oaji.net/journal-detail.html?number=9213>) y en la Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades (LatinREV: <https://www.flacso.org.ar/latinrev/>).

Equipo editorial de la RJT

LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y LA OIT: ¿HACIA UNA MAYOR EFICIENCIA?

MULTINATIONAL ENTERPRISES AND THE ILO: TOWARDS MORE EFFICIENCY?

Jean-Michel SERVAIS

Profesor invitado, Universidad de Gerona (España). Presidente de honor de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex-director de la OIT

jeanmichelservais@sunrise.ch

Fecha de envío: 31/03/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

LAS EMPRESAS MULTINACIONALES Y LA OIT: ¿HACIA UNA MAYOR EFICIENCIA?

Jean-Michel SERVAIS

Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Resumen: Este artículo examina la responsabilidad de las empresas multinacionales del punto de vista de la OIT. Una primera parte se centrará en la Declaración de principios tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social adoptada en 1977 por su Consejo de Administración, y revisada después. Este instrumento constituye la base de la acción de la Organización al respecto. En una segunda parte se examinarán las fuerzas y debilidades del mismo y se esbozarán algunas propuestas de mejoras.

Palabras clave: Empresas multinacionales - OIT - Conflictos laborales - Conciliación y mediación

Sumario: 1. La Declaración de principios tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social. 1.1. Una declaración. 1.2. El contenido. 1.3. La implementación. 2. El presente y el porvenir. 2.1. Algunas reflexiones sobre la capacidad para la OIT de influenciar las políticas sociales. 2.1.1. Conflictos laborales que exceden las fronteras de un Estado. 2.1.2. Conflictos laborales domésticos. 2.1.3. Conflictos laborales en empresas multinacionales. 2.2. Algunas reflexiones sobre la potencialidad para la OIT de actuar como conciliador, mediador e incluso árbitro.

Abstract: This article examines the responsibility of multinational companies from the ILO point of view. The first part will focus on the Tripartite Declaration of Principles on Multinational Enterprises and Social Policy adopted in 1977 by the Governing Body, and revised later. This instrument constitutes the basis of the

Organization's action in this regard. In a second part, it will be examined its strengths and weaknesses and some improvement proposals will be outlined.

Key words: Multinational companies - ILO - Labor conflicts - Conciliation and mediation

Summary: 1. The Tripartite Declaration of Principles on Multinational Enterprises and Social Policy. 1.1. A declaration. 1.2. The content. 1.3. The implementation. 2. The present and the future. 2.1. Some reflections on the capacity for the ILO to influence social policies. 2.1.1. Labor conflicts that exceed the borders of a State. 2.1.2. Domestic labor conflicts. 2.1.3. Labor conflicts in multinational companies. 2.2. Some reflections on the potential for the ILO to act as conciliator, mediator and even arbitrator.

Los juristas del trabajo a menudo tienen la impresión difusa de que un peligro vital pesa sobre su disciplina. Este peligro es múltiple, diverso. Se refiere a nuestra visión de la escena social, nuestros paradigmas, nuestras libertades. Pero, ¿qué es en última instancia la vida social sino un entrelazamiento de actores y lenguajes, de relaciones interpersonales, de intereses contradictorios o no, de sentimientos y de políticas? La vida social es todo esto a la vez, una combinación compleja, atrapada en un juego de fuerzas continuo, constantemente móvil, ocupada resistiendo todo lo que pueda destruirla¹.

El proceso de globalización ha aumentado, en particular, el papel de nuevos actores sociales, entre los que se destacan las empresas multinacionales (MNCs)². Las últimas no son directamente miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) porque la Organización es constituida “inter-nacionalmente” entre Estados, representados de una manera tripartita por gobiernos y asociaciones nacionales de empresarios y de trabajadores. El carácter transnacional, es decir más allá de las Naciones, de las MNCs aparece como un obstáculo mayor a su integración en esta Institución. Solamente pueden sus entidades en un país determinado integrar la asociación empresarial del mismo. Es cierto que puede ser la compañía dominante del grupo.

Las empresas más grandes propenden sin embargo a actuar por su cuenta y a preferir la negociación de empresa. La crispación que se observó³ en el sector empresarial alemán y en la Confederación BDA, al irse IBM de la Gesamtmetall, es muy reveladora. Las firmas se sienten especialmente tentadas de actuar así cuando operan, como IBM, en varios sectores. Las que funcionan en red⁴ tropiezan con obstáculos específicos que dificultan su

¹ Cons. F. Worms, *Pour un humanisme vital. Lettres sur la vie, la mort et le moment présent*, Paris, O. Jacob, 2019.

² Véase ya O. Ermida, *Empresas multinacionales y derecho laboral*, Montevideo, Ediciones Jurídicas, A.M. Fernández, 1981.

³ OIT, *Informe sobre el Trabajo en el Mundo 1997-1998* «Relaciones laborales, democracia y cohesión social», Ginebra, OIT, 1997, pág. 66

⁴ J. Rosenbaum Rimolo, “Negociación colectiva internacional. Algunas reflexiones acerca del impulso y sus frenos en Latino América”, XXII Congreso Mundial: Turín (Italia), 4-7 de Septiembre de 2018; G. P. Rojas, “La negociación colectiva en las redes empresariales”, en W.

participación en las negociaciones de sector o intersectoriales, que son el centro mismo de la acción de las organizaciones de empleadores de competencia social. A menudo no son miembros de estas últimas.

Además se crean entre las más grandes empresas, redes más o menos oficiales. Las relaciones de trabajo pueden figurar entre los puntos del orden del día de las reuniones de la máxima dirección de empresas muy grandes o de un consejo empresarial. Es bien sabido que las direcciones de las principales empresas japonesas celebran reuniones oficiosas de coordinación por sectores, intersectoriales o por grupos industriales, para responder a las ofensivas sindicales de primavera (*shunto*). En una forma más orgánica, las empresas se alían entre ellas y establecen vínculos verticales u horizontales, más o menos permanentes y más o menos interactivos, como es el caso de los fabricantes y distribuidores de prenda de vestir. En tales condiciones, les interesa unificar sus estrategias, no solamente industriales y comerciales sino también sociales. Ahora bien todo ello puede debilitar a las asociaciones patronales tradicionales⁵.

Sigue que las empresas multinacionales están mal representadas en las asociaciones patronales nacionales y, por consiguiente, en las actividades y decisiones de la OIT. Sin embargo, bufetes de abogados de negocios vinculados a estas MNCs aconsejan al grupo empleador en las reuniones de la OIT. Todas estas circunstancias hacen particularmente compleja la relación entre estas empresas y la OIT.

Este artículo examina la responsabilidad de las empresas multinacionales del punto de vista de la OIT. Una primera parte se centrará en la Declaración de principios tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social adoptada en 1977 por su Consejo de Administración, y revisada después. Este instrumento constituye la base de la acción de la Organización al respecto. En una segunda parte examinaré las fuerzas y debilidades del mismo y esbozaré algunas propuestas de mejoras.

Sanguineti y J.B. Vivero, *Impacto laboral de las redes empresariales*, Granada, Ed. Comares, 2018, págs. 251-276.

⁵ OIT, *ibid*, págs. 68-69.

1. La Declaración de principios tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social

Los párrafos siguientes tratan sucesivamente del tipo de instrumento internacional utilizado, de su contenido y de la implementación.

1.1. Una declaración

Podríamos considerar que cada Estado es responsable sobre su territorio de la aplicación de su legislación social, incluso de los convenios de la OIT que ha ratificado. La realidad aparece más compleja. Varias empresas multinacionales tienen un poder financiero que va mucho más allá del supuesto de una mayoría de países. Además la simple amenaza de mover sus inversiones en otra parte del mundo, con las consecuencias que sabemos sobre el nivel de empleo, suele ser suficiente para que el control del gobierno sea más flexible.

Es por eso que la OIT decidió tratar directamente con estas protagonistas importantes. No podía hacerlo a través de convenios que en derecho internacional público se dirigen a los Estados. Elaboró un instrumento de “soft law”, una declaración, instrumento no obligatorio.

El término “declaración” abarca instrumentos de política social de variados orígenes – y por esa razón de distinto peso - y contenido. Como las resoluciones, las declaraciones son adoptadas por la propia Conferencia, por el Consejo de Administración u otros órganos de la OIT. La palabra “declaración” enfatiza tanto la importancia del contenido como el deseo consecuente de expresar ese contenido con cierta solemnidad; se la utiliza habitualmente para textos de referencia emitidos por la Conferencia o el Consejo de Administración. El contenido de las declaraciones y las resoluciones también varía dependiendo de que proclamen principios fundamentales, los objetivos esenciales de la Organización, o de que contengan técnicas más o menos generales.

Algunas declaraciones de la OIT han tenido un pasado peculiar. Un ejemplo es la declaración adoptada por la Conferencia en Filadelfia en 1944, hacia fines de la Segunda Guerra Mundial. Actualizó metas y objetivos a la vez que acentuó ciertos principios fundamentales. Las delegaciones prefirieron adoptar una declaración antes que enmendar la Constitución, por razones determinadas por las circunstancias: una reforma constitucional habría llevado tiempo para entrar en vigencia considerando que el texto debía ser rápidamente actualizado de modo que la OIT pudiera hacer oír su voz en el nuevo sistema de Naciones Unidas. Dicho esto, la revisión de la Constitución de 1945-1946 legitimó la declaración: el artículo 1 reformado hace referencia a ella expresamente y anuncia que el texto de la declaración se encuentra anexo.

La Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social no tiene el mismo valor. Adoptada por el Consejo de Administración, no por la Conferencia, es puramente voluntario en su naturaleza, no prevé un mecanismo de control como tal sino mecanismos de acceso a la interpretación que se encuentran limitados por condiciones de admisibilidad difíciles de hallar sin consenso.

Estas limitaciones se deben al contexto político en el que se elaboró. El fuerte desarrollo de las firmas transnacionales en los años sesenta y setenta ha suscitado debates intensos en los foros internacionales, incluso en la OIT. El Consejo de administración de la Organización adoptó en 1977 una declaración que fue revisada después⁶. Por la primera vez, la OIT se dirigía directamente a entidades que no son Estados como sujetos de su instrumento.

La OIT precisa, en una introducción publicada con el texto de la Declaración⁷ que las partes interesadas pueden utilizar estos principios como orientaciones para potenciar los efectos sociales y laborales positivos

⁶ J.L. Gil y Gil, "La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, págs. 29-34.

⁷ OIT, *Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social*, Ginebra, 2017.

de las operaciones de la MNCs. Dichas orientaciones también pueden utilizarse para forjar alianzas que permitan abordar muchos de los desafíos que ni los gobiernos ni las empresas pueden hacer frente por sí solos, como alianzas entre múltiples partes interesadas y iniciativas internacionales. Los principios elaborados tienen la finalidad de guiar a los gobiernos y a las asociaciones empresariales y sindicales interesadas, así como a las MNCs en la adopción de medidas adecuadas.

1.2. El contenido

El texto empieza con algunos párrafos explicativos. Subraya que los progresos realizados por las MNCs en la organización de sus operaciones que trascienden el marco nacional pueden dar lugar a una concentración abusiva de poder económico y a conflictos con los objetivos de las políticas nacionales y los intereses de los trabajadores. La complejidad de esas firmas y la dificultad de percibir claramente sus estructuras, operaciones y planes son a veces motivos de preocupación en su país de origen, en el país de recibo, o en ambos.

El instrumento no contiene una definición jurídica precisa de las empresas multinacionales. Entre ellas figuran las firmas, ya sea total o parcialmente estatales o privadas, que poseen o controlan medios de producción o distribución, servicios u otros medios fuera del país en que tiene su sede. Pueden ser grandes o pequeñas. El grado de autonomía de las distintas entidades varía grandemente. Los términos “empresas multinacionales” se entienden en el instrumento para designar las distintas entidades (compañías matrices, entidades locales, ambas, o en conjunto de la empresa). A menudo operan a través de una serie de relaciones establecidas con otras empresas en el marco de su proceso general de producción. Como tales estas últimas pueden contribuir también a la promoción de los objetivos de la Declaración.

Luego trata sucesivamente de cuestiones de empleo (promoción del empleo, seguridad social, abolición del trabajo forzoso e infantil; igualdad de

oportunidades y de tratamiento, seguridad de empleo), de formación, de condiciones de trabajo y de vida (incluso salarios, prestaciones, seguridad y salud) y de relaciones colectivas (libertad sindical, negociación colectiva, consultas, examen de las reclamaciones y solución de los conflictos). Subraya el deber (moral) que tienen los gobiernos así como las MNCs de respetar los principios enunciados al respecto.

Las empresas, incluidas las empresas multinacionales, deben llevar a cabo la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y explicar cómo abordan sus impactos adversos reales y potenciales que se relacionan con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, entendidos en particular como aquellos expresados en los Pactos de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998 (párrafo 10 d).

Esta última disposición, introducida en 2017, consagra un principio de responsabilidad basada sobre la influencia (*leverage* en inglés) de la empresa derivada de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos preparados por J. Ruggie y hechos suyos por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011⁸. Estos principios proponen normas globales para tratar de las consecuencias negativas de las actividades empresariales sobre los seres humanos⁹. Según los puntos 13 y 19, la responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las firmas eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan. Deben tratar de prevenir o mitigar los efectos perjudiciales directamente relacionados con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso si no hayan contribuido a generarlos.

⁸ Estos principios han sido apoyado por una recomendación CM/Rec (2016) del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 2 de Marzo de 2016.

⁹ Véase en particular L. Heckendorn Urscheler, J. Fournier (coord.), *Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations*, Genève, Schulthess, 2017; Ph. Alston, R. Goodman, *International Human Rights*, Oxford University Press, 2013; Blacher, L. "Codes of Conduct: The Trojan Horse of International Human Rights Law?", *Comp. Labour Law & Pol. Journal*, vol. 38 (3), primavera 2017, págs. 468 y sig.

En estos casos, la empresa debe tomar las medidas necesarias para poner fin o prevenir esa situación y ejercer su influencia para mitigar en la mayor medida posible otras consecuencias dañinas. Se considera que tiene influencia la empresa que sea capaz de modificar las prácticas perjudiciales de una entidad que provoque un daño. Deberían actuar así teniendo en cuenta su parte de responsabilidad y usar de su poder de influencia - *leverage* en el texto original inglés - para atenuar, en la medida de lo posible, todo efecto negativo entre sus relaciones comerciales. Un proyecto de tratado vinculante sobre el tema se discute ahora dentro de la Naciones Unidas.

El punto 13 hace eco a las líneas directrices de la OCDE sobre las multinacionales, especialmente al párrafo 13 de los principios generales que conciernen más específicamente a las cuestiones de trabajo. Así Francia ha promulgado una ley núm. 2017-399 del 27 de Marzo de 2017 sobre el deber de vigilancia.

La Declaración tripartita se refiere igualmente a otra declaración, la adoptada por Conferencia Internacional del Trabajo en 1998 sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento que busca asociar la justicia social con el crecimiento económico. En ella, todos los Estados Miembros de la OIT se obligan a respetar, promocionar y hacer realidad, de buena fe, los principios y derechos relativos a la libertad sindical y negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación respecto del empleo y la ocupación. El texto admite que los Estados Miembros, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios relevantes, están obligados a respetar “de buena fe y de conformidad con la Constitución”, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios. El anexo sobre seguimiento invoca el artículo 19 de la Constitución de la OIT y requiere a los Estados que no han ratificado esos convenios que presenten las memorias anuales sobre los progresos realizados en la implementación de los principios que ellos albergan. Por último, la OIT se obliga a movilizar los

recursos presupuestarios y a ejercer su influencia a fin de ayudar a los Miembros a lograr sus objetivos.

Cabe destacar que esta Declaración de 1998 tiene el potencial de ir más allá del marco puramente interestatal, incluso si está principalmente dirigida a los Estados Miembros de la Organización. Se concentra en todos los derechos sociales fundamentales previamente mencionados, que enumera sin detallar los medios específicos para su implementación. Su valor vinculante es muy limitado, y los procedimientos de seguimiento claramente menos demandantes que los mecanismos de control tradicionales de la OIT. Los Estados mismos son invitados a adoptar medidas de implementación, pero el instrumento puede igualmente, precisamente porque está redactada de modo general, servir como una referencia directa para los nuevos actores globales sociales. En particular ha servido como inspiración para empresas multinacionales cuando proyectan sus códigos de conducta social o definen los criterios a ser observados por los informes sociales o auditorías. Las iniciativas privadas suplementan así la ley nacional en esos puntos o, lo que sucede más a menudo, aseguran un mayor respeto por ella.

La Declaración de 1977 tiene por objeto fomentar la contribución positiva que las multinacionales pueden aportar al progreso económico y social, minimizar y resolver las dificultades a que pueden dar lugar sus operaciones. Insiste sobre el carácter voluntario del documento que intenta guiar a los gobiernos, a las asociaciones empresariales y sindicales y a las MNCs, sin obligarlos jurídicamente, a observar estos principios.

El anexo I contiene una lista de los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo, declaraciones, repertorios de directrices prácticas y otros documentos de orientación a los cuales el documento se refiere, método que permite subrayar la importancia de los mismos. Incluye los convenios y las recomendaciones sobre los derechos fundamentales en el trabajo.

1.3. La implementación

La Declaración de la OCDE sobre inversiones internacionales y empresas multinacionales también incluye líneas directrices. Los comentarios que las acompañan en el documento se refieren a la Declaración tripartita de la OIT sobre las empresas multinacionales y la política social. Precisan que las Líneas directrices de la OCDE juzgan un papel de promoción para que la otra Declaración de la OIT, el instrumento de 1998, sea observada por las multinacionales. Adjunta que tanto las directrices como la Declaración de la OIT sobre las multinacionales se relacionan con el comportamiento esperado de las empresas. Siendo más detallada, la Declaración de la OIT incluso sirve para la comprensión misma de las directrices, aunque los procedimientos de seguido no son de la competencia de los mismos órganos.

Los comentarios señalan aún los instrumentos de la OIT sobre la abolición del trabajo infantil (convenios núm. 138 y 182; recomendación núm. 146) y del trabajo forzoso (convenios núm. 29 y 105), la eliminación de la discriminación en el empleo y la profesión (convenio núm. 111), la protección de la maternidad (183), la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas (convenio núm. 159), los trabajadores de edad, las recomendaciones (recomendación núm. 162) así como sobre el VIH y el sida (recomendación núm. 200). Mencionan igualmente las recomendaciones núm. 94 sobre la consulta y la colaboración entre empleadores y asalariados al nivel de la empresa, 198 sobre la relación de trabajo, 194 sobre la lista de enfermedades profesionales y 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos.

El anexo II de la Declaración de la OIT menciona una serie de herramientas prácticas, que comprenden un mecanismo de seguimiento regional, la designación de puntos focales nacionales sobre una base tripartita, el diálogo entre las empresas y los sindicatos y el procedimiento de interpretación. La OIT suministra también su asistencia a nivel de país a los gobiernos, empleadores y trabajadores.

En particular, alienta a los gobiernos, a los empleadores y a los trabajadores que designen puntos focales nacionales sobre una base tripartita para promover la aplicación de la Declaración. Este tipo de presión existe en los procedimientos para la implementación de las líneas directrices de la OECD. Establecen puntos de contacto nacionales realizando actividades de promoción y atendiendo consultas. Constituyen una plataforma de mediación y conciliación para resolver los problemas prácticos que puedan plantearse. La publicidad dada a sus declaraciones puede constituir en la práctica una presión cortiza que favorezca su aplicación. La creación de puntos focales en la Declaración de la OIT responde a preocupaciones similares. No ha obtenido sin embargo el mismo éxito, probablemente por falta de participación directa de las multinacionales, o incluso las ONG.

También prevé el texto un procedimiento para el examen de conflictos relativos a su implementación. Precisa que no puede substituirse a los recursos nacionales o a los distintos procedimientos para el control de la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT o a las solicitudes gubernamentales dirigida a la Oficina para obtener una interpretación oficiosa de los mismos. En el presente caso, un gobierno u una asociación empresarial o sindical pueden enviar una comunicación con el fin de solventar una controversia sobre la interpretación del significado de disposiciones de la Declaración. En cuanto a las solicitudes admisibles, la Oficina prepara, y el Consejo de Administración aprueba, una respuesta que será enviada a las partes interesadas y publicada en el *Boletín oficial* de la OIT.

La OIT ha establecido programas específicos para promover la Declaración. Ha creado en particular una oficina de ayuda (*Helpdesk*) para empresas sobre las normas internacionales del trabajo. Es un centro unificado de recursos para gerentes de empresas y trabajadores, destinado a promover el respeto de las normas internacionales del trabajo en las operaciones comerciales y a contribuir al establecimiento de buenas relaciones de trabajo. Ofrece información sobre una amplia gama de temas

en materia de prácticas laborales que, en todos los casos, se deriva de la Declaración de la OIT sobre las EMN. Los usuarios pueden acceder a los recursos y herramientas disponibles en la OIT, así como consultar secciones de preguntas y respuestas y enlaces útiles sobre diversos temas. Consultas específicas sobre la aplicación de los principios de las normas internacionales del trabajo en las operaciones de la empresa pueden hacerse directamente. La OIT pone a disposición sus instalaciones para empresas y sindicatos que deseen utilizar un espacio neutro para discutir asuntos de interés mutuo, como fue el caso después del accidente del Rana Plaza en 2013¹⁰.

Sin embargo, al estar lejos de las condiciones locales, ha sido criticado por el carácter extremadamente general de algunas de sus opiniones.

La Organización empuja la puesta en práctica de su instrumento no sólo a través de proyectos de asistencia técnica realizados con gobiernos y asociaciones profesionales, sino también de colaboraciones de tipo “público-privado” con gobiernos y multinacionales, como Volkswagen y varias empresas transnacionales españolas. También recibe peticiones para suministrar informaciones técnicas sobre los aspectos sociales de los códigos de conducta.

2. El presente y el porvenir

El debilitamiento del poder estatal ha estimulado a los sindicatos y otros ONG a ejercer presión sobre las empresas para que reconozcan su responsabilidad social y que analicen las consecuencias de sus actividades sobre la calidad de vida de los asalariados y de las comunidades locales en

¹⁰ Véase M. Anner, J. Blasi, « Toward Joint Liability in Global Supply Chains : Addressing the root Causes of Labor Violations in International Subcontracting », *Comp. Labour Law & Pol. Journal* vol. 35(1), Otoño 2013, págs. 1-43; B. ter Haar, M. Keune “One step forward or more window-dressing? A legal analysis of recent CSR initiatives in the garment industry in Bangladesh”, *Intern. Journal Comp. Labour Law Ind. Rel.*, vol 30(1), Marzo de 2014, pp. 5-25 ; F. Laronze et R. Quénaudon, « Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza », *Revue de droit du travail*, n°7/8, Julio-Agosto 2013, págs. 487-490.

las cuales obran¹¹. La responsabilidad social empresarial (RSE) puede definirse como el reconocimiento por parte de las firmas de una obligación de ofrecer condiciones laborales y ambientales decentes.

La Declaración constituye un código modelo para este fin; las MNCs están invitadas a seguirlo. Constituye ciertamente una referencia sino que falta de fuerza obligatoria para imponerse. Se entendió que esta forma de proceder, más orientada a recopilar y analizar información que a formular conclusiones y recomendaciones, ha facilitado llegar a una solución más aceptable para todos, en un contorno política complejo. Las discusiones se centraban en la influencia que podrían tener en la situación social de los países donde se establecieron. Algunos destacaban las ventajas en términos de modernización de la economía, el empleo y el bienestar, de su presencia en los países anfitriones; otros expresaban temor a una concentración excesiva de poder económico, a los abusos que esto podría conllevar y a conflictos entre sus objetivos y los de las políticas nacionales. Es casi innecesario decir que la comunidad de los Estados ha sido siempre reacia a dar cualquier autoridad coercitiva a las instituciones internacionales, especialmente en áreas concernientes a la economía.

Más allá de eso, una institución como la OIT puede promover mejor sus valores a través de una llamada a la ética y a la razón por medio del diálogo que a través de las sanciones. Esta observación nos lleva a reflexionar otra vez sobre el alcance de sus mecanismos tradicionales de control (1). Sacaremos lecciones de esto para reflexionar sobre cómo la Organización podría mejorar la eficacia de sus actividades en relación con las empresas multinacionales (2).

2.1. Algunas reflexiones sobre la capacidad para la OIT de influenciar las políticas sociales

¹¹ R. de Quénadon, *Droit de la responsabilité sociétale des organisations (RSO)*, Bruxelles, Larcier, 2014; J.P. Chanteau, K. Chenut-Martin, M. Capron (coord.), *Entreprise et responsabilité sociale en question: savoir et controverses*, Paris, Garnier (Classiques), 2017; C. Malecki, *Responsabilité sociale des entreprises*, Paris, LGDJ, 2014; M. Farraresi, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, Milano, Cedam, 2012; C. Gendron, B. Girard (dir.), *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise: l'école de Montréal*, Paris, Colin, 2013.

Es preciso recordar que el derecho de la OIT no conoce un sistema de sanciones parecido al de los derechos nacionales del trabajo cuando se constata una violación de las normas. Además de las medidas utilizadas para estimular la discusión y la mediación, el mecanismo de supervisión se basa principalmente sobre sanciones diplomáticas y el recurso, en última instancia, a la Corte internacional de Justicia.

La Organización podría adoptar medidas más disuasivas. Una disposición expresa para esto existe en el artículo 33 de la Constitución respecto del procedimiento de queja por violación de convenios ratificados. No hay nada que prevenga que sanciones no sólo diplomáticas sino también económicas sean tomadas en el marco de los procedimientos de control. La cuestión fue objeto de un intenso debate en relación con la cláusula social que se incluiría en los acuerdos comerciales. La respuesta fue claramente negativa como aún lo subraya la Declaración de 1998. En breve la OIT ha preferido siempre el diálogo a las sanciones. Es con esta visión en mente que la Institución ha resistido siempre las propuestas de acciones coercitivas, tales como el recurso a medidas comerciales¹².

Los órganos que controlan la aplicación de las normas laborales internacionales estudian la medida con que las leyes y la práctica nacionales se conforman a los instrumentos de la OIT. Una vez que la análisis ha sido concluida, sus comentarios, si los hay, no asumen la forma de sentencias judiciales, su objetivo es conciliar, o mejor mediar (en cuanto formulan recomendaciones específicas con miras a componer las diferencias surgidas). Esa colaboración tiene sus propias reglas, por cuanto las recomendaciones están basadas en las normas contenidas en los instrumentos de la OIT. Más aún, los procedimientos seguidos son parecidos a los procedimientos judiciales, garantías que juntas con el cuidado puesto

¹² Un punto significativo: el artículo 28 de la Constitución de la OIT anteriormente preveía la posibilidad de sanciones económicas luego de que una queja hubiera sido considerada por una Comisión de encuesta. Esa provisión desapareció cuando la Constitución fue enmendada luego de la Segunda Guerra Mundial. Aunque no hay nada que impida a los órganos encargados de definir las políticas en la OIT tomar medidas disuasivas de este tipo respecto de un Estado recalcitrante, evitan claramente hacerlo.

en la selección de las figuras públicas independientes que participan en los mecanismos de control, apuntan a dar confianza a los gobiernos, asegurarles que sus casos serán examinados de manera desapasionada e imparcial.

En pocas palabras, aunque se basan en normas legales fijadas en los convenios internacionales del trabajo, las conclusiones de los órganos de control no tratan de penalizar malas conductas; más bien intentan ayudar a un Estado a hacer efectivo un instrumento. Los órganos de la OIT buscan, y generalmente obtienen, la cooperación de los gobiernos interesados, como es implícitamente requerido por los procedimientos de control. El Estado, por su parte, tiene interés en cooperar, ya que de esta manera puede responder a las críticas formuladas contra él y explicar, si es necesario, la situación concreta que retrasa la plena aplicación del convenio.

Aún en casos sencillos, los órganos de control no se contentan con conclusiones en las que se cercioran de la existencia de anomalías respecto de un determinado convenio. Sus comentarios son acompañados, cuando es apropiado, de propuestas específicas para resolver los problemas encontrados. Los programas de asistencia técnica de la OIT también pueden ser útiles a este fin, particularmente cuando se trata de proyectar textos legislativos altamente técnicos.

A fin de lograr colaboración, aun cuando no se hayan realizado comentarios críticos en relación a la aplicación de un convenio, la Organización se embarca en varias actividades (seminarios sobre normas, prácticas para funcionarios públicos nacionales, folletos y manuales, etc.) enfocadas a intensificar el entendimiento del alcance, objetivos y el trabajo de los órganos de control. Tiene también varios canales para generar diálogo constructivo. A este respecto, las oficinas exteriores locales y regionales de la OIT juegan un papel útil. Para África, las Américas, Asia y el Pacífico así como para los países árabes, tiene funcionarios internacionales que se encuentran específicamente a cargo de asesorar a los gobiernos sobre temas relativos a las normas.

Va sin decirlo que cuanto más complejos y serios son los problemas, más elaborados son los mecanismos para lograr cooperación y encontrar soluciones. Los contactos formales e informales son forjados con la ayuda de las oficinas exteriores externas o durante la sesión anual de la Conferencia Internacional del Trabajo. El procedimiento del Comité de Libertad Sindical expresamente prevé que se le puede requerir al presidente del Comité que haga contactos con los representantes del gobierno durante la Conferencia, a fin de llamar su atención sobre el caso de su país y para discutir con ellos las razones de la demora en la transmisión de las observaciones solicitadas por el Comité. El Comité de Libertad Sindical y la Comisión de la Aplicación de las Normas de la Conferencia también pueden invitar a un representante del gobierno (y, en el caso del último, al denunciante) para que se presente por ante ellos y explique una situación dada. Aquí, de nuevo, el propósito de la audiencia no es la lectura de una acusación sino el intercambio de opiniones a fin de obtener resultados tangibles.

Cuestiones estancadas han sido a menudo resueltas a través de entrevistas o misiones realizadas en el lugar, llevadas a cabo por un oficial senior de la OIT. El Director General de la OIT puede designar, más oficialmente, un representante especial, funcionario de la OIT o persona independiente y solicitarle que investigue la situación en el lugar y que busque una solución a los problemas con las partes interesadas. Las visitas de “contacto directo” no están dirigidas a probar un caso contra el gobierno, sino a clarificar la situación y a utilizar el diálogo para generar un clima favorable para la obtención de un resultado positivo. Sin embargo, en años recientes este procedimiento ha sido percibido a menudo como la primera etapa en un proceso de sanción antes que como un acto de colaboración. Se ha convertido por eso en un medio menos conveniente de lograr el objetivo buscado.

Todos los procedimientos de control de la OIT se sostienen por la voluntad de valerse de la conciliación como modo de superar los obstáculos en la aplicación de las normas y de encontrar una solución amigable. Al

respecto, la Comisión de investigación y conciliación, constituida por figuras públicas independientes que pueden, en casos excepcionales, ser requeridas para investigar una cuestión relativa a una recomendación del Comité de Libertad Sindical o de la Comisión de Verificación de Poderes, es la más aptamente denominada. Está expresamente autorizada a discutir situaciones a ella sometidas para su investigación con el Gobierno interesado con miras a asegurar el arreglo de las dificultades a través del acuerdo.¹³ Aun las Comisiones de Encuesta establecidas con motivo de quejas por violaciones de un convenio ratificado (artículo 26 de la Constitución de la OIT) no sólo definen los hechos; también se esfuerzan por encontrar respuestas a las cuestiones generadas de conformidad con las normas de la OIT y que son aceptables para el país interesado. Al mismo tiempo, cuando la Oficina sabe que una queja o una reclamación bajo el artículo 24 de la Constitución va a ser o acaba de ser presentada, puede, si lo considera viable, tratar de obtener el acuerdo de las partes para solucionar las anomalías alegadas a través de la conciliación. En ese caso, le requiere al Consejo de Administración que suspenda el proceso formal por un tiempo limitado.

La OIT ha tratado casos en los que jugó oficial o informalmente un más claro rol de mediador. El punto no es tanto definir si el gobierno afectado actuó cumpliendo las normas internacionales del trabajo sino resolver, de acuerdo a las normas y de un modo aceptable para cada una de las partes, problemas especialmente complejos y delicados. La amenaza del debate público en el Consejo de Administración de la OIT o en la Conferencia General ha conducido a un número de gobiernos a buscar, con la ayuda del Secretariado, una solución consensuada al problema. Empezaré con algunos ejemplos que se refieren a conflictos laborales generados en un país particular o que exceden sus límites. Conciernen en primer lugar gobiernos sino que manifiestan la manera con lo cual la OIT es capaz ayudar en la solución de conflictos laborales. Dicho esto más informalmente aún, altos

¹³ OIT, *Sixth Report of the International Labour Organization to the United Nations* (Ginebra, 1952), Apéndice V, Primer Informe del Comité de libertad Sindical, págs. 172–173, para. 13.

funcionarios públicos han asesorado a empresas multinacionales acerca de la manera de mejorar las condiciones de trabajo de su personal.

2.1.1. Conflictos laborales que exceden las fronteras de un Estado

Un primer caso fue el relativo a la violación de algunos convenios marítimos. En Mayo de 1978, Francia hizo una reclamación contra Panamá, alegando que buques que enarbolaban su bandera no aplicaban las previsiones del Convenio núm. 68 de 1946 sobre alimentación y servicio de fonda (tripulación de buques), el Convenio núm. 23 de 1923 sobre repatriación de la gente de mar y el Convenio núm. 53 sobre el certificado de capacidad de los oficiales, 1936. Se llevaron a cabo consultas en la OIT. Los dos gobiernos involucrados acordaron utilizar el procedimiento de contactos directos. El Consejo de Administración suspendió el examen del caso y algunos funcionarios senior de la Organización fueron enviados a Panamá. Observaron que el país estaba listo para tomar medidas prácticas para mejorar el control real de la legislación laboral relevante y propusieron un soporte técnico internacional. Los expertos contribuyeron con la elaboración de medidas legislativas concernientes a las condiciones de empleo en la marina mercante. Siguiendo sus consejos, Panamá adoptó dos ordenanzas sobre el tema así como dos medidas con miras a tornar efectivos los convenios relevantes. El régimen de seguro obligatorio se extendió para cubrir a la gente de mar. Cuatrocientos doce inspectores del trabajo que acreditaron experiencia en trabajo marítimo y un adecuado conocimiento de las normas del trabajo, nacionales e internacionales, fueron designados.¹⁴ El éxito de la mediación permitió poner fin a la queja sin otra acción ulterior. Debe agregarse que Panamá ha ratificado ahora el Convenio núm. 186 de Trabajo Marítimo de 2006.

Lo mismo ocurrió en un caso concerniente a la expulsión de unos 30.000 trabajadores tunecinos y otros 15.000 egipcios por parte de las

¹⁴ OIT Documentos del Consejo de Administración GB. 214/5/5, 18-21 Noviembre 1980, y GB. 226/13/5, 31 Mayo-2 Junio 1984.

autoridades libias, en los últimos años ochenta. Las razones parecían ser, a la vez, técnicas (la caída del precio del petróleo disminuyó significativamente los ingresos) y políticas (los vínculos de sus países fueron considerados demasiado cercanos a los Estados Unidos). Egipto y Túnez no tenían relaciones diplomáticas con Libia. El gobierno tunecino inició un procedimiento con fundamento en el artículo 24 de la Constitución por violación del Convenio núm.95 sobre la protección del salario, 1949, del Convenio núm.111 sobre Discriminación (Trabajo y Ocupación), 1958 y del Convenio núm. 118 sobre Igualdad de Trato (Seguridad Social), 1962. Con relación a Egipto, cuyas relaciones con Libia eran especialmente malas, la confederación nacional de sindicatos presentó una reclamación. De nuevo aquí, el procedimiento formal fue suspendido para permitir a funcionarios de la OIT ir al lugar y convocar a las partes a una mesa a discutir las varias opciones por ellos propuestas. Se arribó a un acuerdo sobre el pago de los salarios impagos, compensación por las pérdidas y la transferencia de los derechos de seguridad social adquiridos. Los trabajadores tunecinos fueron indemnizados sobre la base de evidencia a través de una transferencia financiera operada por las autoridades libias de la seguridad social a su equivalente de Túnez. La queja fue retirada y las relaciones diplomáticas establecidas en 1987.¹⁵ La situación fue más difícil con Egipto. Hubo discusiones entre las respectivas organizaciones de trabajadores. Similares principios indemnizatorios fueron aceptados y se puso fin al procedimiento.

A fin de responder a las numerosas denuncias de discriminación y malos tratos contra los trabajadores árabes, la OIT ha enviado también misiones a Israel y a los territorios árabes ocupados con miras a coleccionar datos acerca de sus condiciones de vida y empleo.

2.1.2. Conflictos laborales domésticos

La OIT trató casos en los que su rol de mediadora apareció más claramente aún. Frecuentemente la cuestión no era tanto si el gobierno

¹⁵ OIT Documento del Consejo de Administración GB.240/14/25, Mayo-Junio 1988.

involucrado había respetado o no ciertas normas laborales internacionales sino, en líneas con esas disposiciones, encontrar una solución consensuada por todos los interesados a los problemas complejos y sensibles. Un caso paradigmático es el que se tuvo que decidir qué sucedería a los bienes de la anterior organización de comercio corporativa luego que España volvió al gobierno democrático. El Comité de Libertad Sindical, que trató el caso, no buscó definir a cuál organización deberían ir los bienes y en qué proporción, sino indicar los criterios a partir de los cuales deberían ser divididos.¹⁶ La misma aproximación prevaleció en otro caso concerniente a la transferencia de las propiedades de las organizaciones de trabajadores argentinos que se habían dividido entretanto cuando el régimen militar cayó en 1983.¹⁷

Un caso muy publicitado se refiere a Polonia donde el informe de la Comisión de Encuesta que trató sobre la disolución del movimiento sindical Solidarnosc y el arresto de líderes sindicales fue utilizado como la base para la democratización del régimen.¹⁸ Sería equivocado pensar sin embargo que todas las quejas fueron solucionadas positivamente. No sorprende observar fracasos evidentes. ¿Cómo podría ser de otra manera? Myanmar y, en cierta medida, China son ejemplos bien conocidos, incluso si la situación finalmente se normalizara en el primer.

2.1.3. Conflictos laborales en empresas multinacionales

Las líneas directrices de la OCDE precisan que se informará al sector empresarial, a las asociaciones de trabajadores, otras organizaciones no gubernamentales y otras partes interesadas acerca de la disponibilidad de los mecanismos vinculados a los puntos nacionales de contactos. Esta

¹⁶ *Boletín Oficial*, 1979, Series B, No. 2, Informe 194 Comité de Libertad Sindical, caso No. 900 (Spain), parágrafos 238–262; y 1980, Series B, No. 2, Informe 202, parágrafos 337–354; ver también sobre este tema *idem: The trade union situation and industrial relations in Spain*, Ginebra, 1985, pp. 43–45.

¹⁷ *Boletín Oficial*, vol. LXVII, 1984, Series B, n°3, Informe 236 del Comité de Libertad Sindical, caso No 842, § 16.

¹⁸ Fr. Blanchard, « Une page d'histoire de l'OIT: la Pologne » dans J.C. Javillier et B. Gernigon (ed.), *Les normes internationales du travail : un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Ginebra, OIT, 2004, págs. 83-88.

formulación implica que las MNCs y las ONGs están directamente involucradas en el procedimiento, lo que adjunta claramente a su eficacia.

El hecho que la OIT no tiene, como lo hemos visto, una base institucional para tratar los problemas internos de las empresas multinacionales, no impide técnicamente el establecimiento de un mecanismo análogo al de la OCDE, otra organización intergubernamental¹⁹. La dificultad – política – viene de la resistencia de representantes gubernamentales y empresariales a aceptar este tipo de actividades. Ya se ha subrayado que su secretaría, cuando es consultada, proporciona información y asesoramiento sobre la forma de resolverla, con plena transparencia para con sus mandantes.

Medidas de presiones serían necesarias para obtener una implementación satisfactoria, especialmente en casos en los cuales esas firmas encuentran dificultades en una u otra de sus filiales. La preocupación de proyectar una buena imagen puede ser utilizada especialmente para obtener una colaboración completa: una publicidad negativa podría incitar a los clientes a elegir de preferencia un competidor. Los ejemplos siguientes, relacionados a contactos totalmente informales de la OIT con MNCs, deberían permitir de captar mejor el impacto de la “movilización de la vergüenza”.

Una compañía internacional supo, por ejemplo, que algunos subcontratistas utilizaban las manos de los niños en la manufactura de alfombras y quiso detener inmediatamente esas prácticas que contradecían totalmente la cultura social y podían dañar su imagen o provocar un boicot de sus productos. Aprovechó la experiencia de la OIT y la consultó en la elaboración de una cláusula para ser incorporada a su código de conducta relativa a la prohibición del trabajo infantil. La Organización pudo asesorar en particular en la redacción de la previsión y en la manera de supervisar su aplicación.

¹⁹ Comp. F. Maupain, “L’OIT, la justice sociale et la mondialisation”, *Collected courses of the Academy of International Law*, vol. 278, 1999, págs. 301-314.

Una cadena de supermercado temió que se lanzara una campaña hostil en su contra a instancias de una ONG. La firma vendía fruta y vegetales enlatados cultivados por una multinacional en varias plantaciones donde los derechos sindicales no eran respetados. Con la ayuda oficioso de un funcionario internacional los supermercados introdujeron una cláusula social en el contrato de suministro con la firma agro-industrial requiriendo la observación de los principios de la libertad sindical; la ONG quedó a cargo de controlar la previsión.

Una ONG indicó a la OIT de la existencia de trabajo infantil en un subcontratista de una gran empresa de calzado en Vietnam. La Organización comunicó la información a la multinacional. Temió crear una imagen negativa al permitir que la ONG comunicara esta acusación a los medios y acordó eliminar la práctica y compensar a las familias de estos niños.

2.2. Algunas reflexiones sobre la potencialidad para la OIT de actuar como conciliador, mediador e incluso árbitro

Se pueden extraer lecciones de estos ejemplos, especialmente de los últimos, para reflexionar sobre las posibilidades de mejorar la manera de resolver los problemas sociales transnacionales. El recurso a las técnicas legales clásicas parece ser totalmente insuficiente.

La apertura de las fronteras con frecuencia ha dejado obsoletas las soluciones ofrecidas a los conflictos de derecho por las legislaciones nacionales o los procedimientos previstos por las mismas para resolver los conflictos de intereses. El derecho internacional privado del trabajo no proporciona a veces un resultado satisfactorio, es decir, aceptable para todas las partes interesadas a los conflictos transnacionales de trabajo cuyo número, no obstante, aumenta con el progreso de la globalización. Las páginas anteriores demuestran que podemos encontrar en los instrumentos internacionales y especialmente en sus procedimientos de aplicación una rica fuente de inspiración para implementar métodos de solución de conflictos transnacionales, adaptados a los nuevos contextos.

Algunos apoyan la adopción de un convenio internacional sobre esta cuestión. Sin embargo, los grupos de empleadores y de trabajadores han manifestado siempre a la OIT sus reservas a la elaboración de normas internacionales sobre este punto, como en términos más generales, las asociaciones patronales y sindicales han mostrado sus reticencias a cualquier intervención exterior sobre las relaciones entre ellas. Adoptar instrumentos sobre temas como las cadenas mundiales de suministros²⁰ parece también difícil teniendo en cuenta la hostilidad actual del grupo empresarial a nuevas normas que afectan sus miembros.

No es deseable, desde el punto de vista social, y poco realista, en términos de eficacia, de pasar por alto esta oposición, cuando el consentimiento de los dos actores claves en la escena social aparece como elemento fundamental para el éxito de estos procedimientos. Más vale utilizar métodos menos imperativos, fomentar las buenas prácticas en las empresas o en los sectores de actividad, mejor aún, concluir acuerdos marco a este nivel o en el ámbito interprofesional para poner fin pacíficamente a tales conflictos.

La Recomendación (núm. 92) de la OIT sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios, 1951, dispone que se deberían establecer organismos de conciliación voluntaria, apropiados a las condiciones nacionales, con objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre empleadores y trabajadores. El instrumento se limita a establecer algunos principios generales, dejando que las partes convengan los procedimientos a seguir, pero la Organización puede prestar su asesoramiento para ayudarlas a encontrar la mejor forma de proceder. El último párrafo precisa, si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, que

²⁰ D. Lantarón Barquín, *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El trabajo decente como telón de fondo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; W. Sanguineti, “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”, en Asociación española de derecho del trabajo y de la seguridad social, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*, Madrid, Ministerio del trabajo, migraciones y seguridad social, 2019, págs. 25-77; K. Kolben, “Dialogic labor regulation in the global supply chain”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 36 (3), 2015, págs. 101-143.

debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a la huelga o al cierre patronal mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral. Sin embargo ninguna de sus disposiciones podría interpretarse “en menoscabo del derecho de huelga”; el arbitraje obligatorio equivaldría, en efecto, a impedir este derecho y a obstaculizar la libre negociación colectiva de las condiciones de empleo.

El texto prevé el establecimiento de órganos de conciliación voluntaria que contribuyen a la prevención y a la resolución de los conflictos laborales. Aboga por un procedimiento gratuito y rápido iniciado a instancias de una de las partes o de oficio a instancias del órgano de conciliación. El Comité de Libertad Sindical ha aceptado, no obstante, la obligación de pagar los servicios de mediación-arbitraje, si el coste resulta razonable y no afecta a la capacidad de las partes, en particular de aquellos que disponen de recursos económicos insuficientes para recurrir a los servicios ofrecidos²¹.

Cuando el órgano de mediación se establece sobre una base mixta, debe contar con una representación igual de empleadores y trabajadores. El Comité ha insistido en que las partes participen en las diferentes etapas del procedimiento. Una vez más el arbitraje debería ser rápido, independiente y aparentarlo, sin que los criterios legales predeterminen sus conclusiones. Los laudos emitidos deberían aplicarse en su totalidad y sin retrasos²².

Los órganos de control de la OIT no han fomentado más la conciliación que la mediación o viceversa dado que tanto la una como la otra ayudan a las partes a concluir un acuerdo voluntario. No se han posicionado sobre la superioridad de un sistema de conciliación distinto del arbitraje comparado con un sistema combinado de mediación-arbitraje en tanto que los miembros de los órganos encargados de tales funciones son imparciales y aparentan serlo.

Las federaciones sindicales internacionales han adoptado la política de favorecer a las partes firmantes para asegurar la implementación de los

²¹ OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición revisada, Ginebra, 2006, § 602.

²² OIT, *La libertad sindical. Recopilación de las decisiones del Comité de la libertad sindical*, 6a edición, Ginebra, OIT, 2018, §§ 792-795.

acuerdos concluidos y resolver sus diferencias de manera autónoma. Los consideran como los más aptos a estos efectos, al tiempo que aceptan que se recurra a terceras instancias, tribunales nacionales u órganos extrajudiciales para encontrar una solución. Sin embargo, también encontramos procedimientos previos, especialmente de conciliación y mediación, para regular eventuales conflictos. Tal es el caso de los acuerdos marco de Securitas AB (26 de octubre de 2012) y GDF (16 de noviembre de 2011).

Con el fin de dinamizar la política de la OIT sobre y con las multinacionales, la sugerencia sería que se formalice los contactos informales que se han mencionado. Implica la involucración más directa de las MNCs mismas en los mecanismos así como una participación – ¿a través de los sindicatos? – de las ONGs que obtienen informaciones relevantes. La preocupación que se mantenga su imagen debería estimular las firmas en cuestión a responder positivamente como lo hacen de vez en cuando en la OCDE.

La OIT podría además establecer equipos de evaluadores de las disposiciones de la Declaración similares a la forma en que la OCDE ha concebido la Fuerza Internacional de Trabajo sobre Fraude Fiscal. Convencer a la mayoría de los Miembros no es una tarea fácil. Sin embargo, tarde o temprano, los países concernidos deben darse cuenta de que sus reservas no detendrán un movimiento que vea que las MNCs se vuelven cada vez más al centro de la escena social. En lugar de tener que aceptar formas de trabajo indecentes ¿por qué no confiar un nuevo papel a la Organización: la calidad de sus expertos, su neutralidad, su conocimiento de primera mano de los problemas del desarrollo los hacen ideales en tercer lugar? examinar los conflictos que conllevan estas disposiciones. La participación de la OIT ayudaría a superar el desafío de establecer un control creíble y riguroso. Entonces sería necesario desarrollar más un programa, llamado “Better Work” (“Mejor trabajo”), lanzado en 2007 para apoyar los esfuerzos de las empresas integradas en cadenas globales para

implementar las normas básicas de la Organización y los derechos laborales nacionales.

Bibliografía

- ALSTON, Ph. y GOODMAN, R. (2013). *International Human Rights*. Oxford University Press.
- ANNER, M. y BLASI, J. (2013). "Toward Joint Liability in Global Supply Chains: Addressing the root Causes of Labor Violations in International Subcontracting". *Comp. Labour Law & Pol. Journal*. Vol. 35.
- BLACHER, L. (2017). "Codes of Conduct: The Trojan Horse of International Human Rights Law?". *Comp. Labour Law & Pol. Journal*. Vol. 38.
- BLANCHARD, F. (2004). "Une page d'histoire de l'OIT: la Pologne", en J.C. Javillier y B. Gernigon (Ed.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra. OIT.
- CHANTEAU, J. P., CHENUT-MARTIN, K. y CAPRON, M. (Coord.) (2017). *Entreprise et responsabilité sociale en question: savoir et controverses*. Paris. Garnier (Classiques).
- DE QUÉNAUDON, R. (2014). *Droit de la responsabilité sociétale des organisations (RSO)*. Bruxelles. Larcier.
- ERMIDA, O. (1981). *Empresas multinacionales y derecho laboral*. Montevideo. Ediciones Jurídicas A.M. Fernández.
- FARRARESI, M. (2012). *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*. Milano. Cedam.
- GENDRON, C. y GIRARD, B. (dir.) (2013). *Repenser la responsabilité sociale de l'entreprise: l'école de Montréal*. París. Colin.
- GIL Y GIL, J. L. (2017). "La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 5. Núm. 1. Enero-Marzo.
- HECKENDORN URSCHELER, L. y FOURNIER, J. (Coord.) (2017). *Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations*. Ginebra. Schulthess.
- KOLBEN, K. (2015). "Dialogic labor regulation in the global supply chain". *Michigan Journal of International Law*. Vol. 36.

- LANTARÓN BARQUÍN, D. (2019). *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El trabajo decente como telón de fondo*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- LARONZE, F. y QUÉNAUDON, R. (2013). “Réflexions juridiques après la tragédie du Rana Plaza”. *Revue de droit du travail*. N°7/8. Julio-Agosto.
- MALECKI, C. (2014). *Responsabilité sociale des entreprises*. Paris. LGDJ.
- MAUPAIN, F. (1999). “L’OIT, la justice sociale et la mondialisation”. *Collected courses of the Academy of International Law*. Vol. 278.
- OIT (1997). “Informe sobre el Trabajo en el Mundo 1997-1998”. *Relaciones laborales, democracia y cohesión social*. Ginebra. OIT.
- OIT (2017). *Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y Política Social*. Ginebra.
- OIT (2006). *La libertad sindical. Recopilación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical*. 5a edición. Ginebra. OIT.
- OIT (2018). *La libertad sindical. Recopilación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical*. 6a edición. Ginebra. OIT.
- ROJAS, G. P. (2018). “La negociación colectiva en las redes empresariales”, en W. Sanguinetti y J. B. Vivero, *Impacto laboral de las redes empresariales*. Granada. Ed. Comares.
- ROSENBAUM RIMOLO, J. (2018). “Negociación colectiva internacional. Algunas reflexiones acerca del impulso y sus frenos en Latino América”. *XXII Congreso Mundial: Turín (Italia)*. 4-7 de Septiembre de 2018.
- SANGUINETI, W. (2019). “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un derecho del trabajo sin fronteras”, en Asociación española de derecho del trabajo y de la seguridad social, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT*. Madrid. Ministerio del trabajo, migraciones y seguridad social.
- TER HAAR, B. y KEUNE, M. (2014). “One step forward or more window-dressing? A legal analysis of recent CSR initiatives in the garment industry in Bangladesh”. *Intern. Journal Comp. Labour Law Ind. Rel.* Vol. 30.
- WORMS, F. (2019). *Pour un humanisme vital. Lettres sur la vie, la mort et le moment présent*. Paris, O. Jacob.

**ADAPTACIONES Y CONDICIONES GENERALES DE
SEGURIDAD A OBSERVAR EN LOS EDIFICIOS Y LOCALES
DESTINADOS A LUGARES DE TRABAJO OCUPADOS POR
TRABAJADORES DISCAPACITADOS**

**ADAPTATIONS AND GENERAL SAFETY CONDITIONS TO BE
OBSERVED IN BUILDINGS AND PREMISES INTENDED FOR
WORKPLACES OCCUPIED BY DISABLED WORKERS**

Pedro TUSET DEL PINO

*Magistrado de lo Social, Magistrado-Juez titular del Juzgado de lo Social núm. 11 de
Barcelona (España)*

pedrotuset@gmail.com

Fecha de envío: 30/03/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

ADAPTACIONES Y CONDICIONES GENERALES DE SEGURIDAD A OBSERVAR EN LOS EDIFICIOS Y LOCALES DESTINADOS A LUGARES DE TRABAJO OCUPADOS POR TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Pedro TUSET DEL PINO

Magistrado de lo Social (España)

Resumen: El presente artículo, tras definir el concepto de persona con discapacidad, entra a considerar las obligaciones del empresario en lo concerniente a las condiciones constructivas y a las disposiciones de obligado cumplimiento en relación con los lugares de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad, refiriéndose, además, al régimen sancionador para el supuesto de incumplimiento de la normativa vigente en la materia.

Palabras clave: Trabajador con discapacidad - Condiciones constructivas en los lugares de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad - Disposiciones mínimas de seguridad

Sumario: 1. Marco normativo general. 2. Definición de la persona con discapacidad. 3. Las obligaciones del empresario en lo concerniente a las condiciones constructivas. 3.1. Condiciones constructivas. 3.2. Orden, limpieza y mantenimiento. 3.3. Condiciones ambientales. 3.4. Iluminación. 3.5. Servicios higiénicos y locales de descanso. 3.6. Locales de primeros auxilios. 4. Disposiciones de obligado cumplimiento en relación con los lugares de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad. 5. Régimen sancionador.

Abstract: This article, after defining the concept of a person with a disability, begins to consider the obligations of the employer with regard to the construction conditions and the provisions that must be complied with in relation to the workplaces occupied by workers with disabilities, referring, furthermore, to the

sanctioning regime for the case of non-compliance with the regulations in force on the subject.

Key words: Disabled worker - Construction conditions in workplaces occupied by disabled workers - Minimum safety provisions

Summary: 1. General regulatory framework. 2. Definition of the person with disability. 3. The obligations of the employer regarding construction conditions. 3.1. Construction conditions. 3.2. Order, cleanliness and maintenance. 3.3. Environmental conditions. 3.4. Lighting. 3.5. Hygiene services and rest áreas. 3.6. First aid facilities. 4. Mandatory provisions regarding workplaces occupied by disabled workers. 5. Penalty regime.

1. Marco normativo general

Si importante es la accesibilidad de la persona con discapacidad a la vivienda habitual y a los edificios públicos y privados, no lo es menos la adaptación de su puesto de trabajo y de la empresa donde lleva a cabo su actividad laboral. Adaptaciones que, en una gran mayoría de casos, son necesarias para una mayor seguridad del trabajador.

España dispone de una amplia y generosa normativa en materia de prevención de riesgos laborales, que tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo.

Considerando por riesgo laboral la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo, ya provenga de la falta de medidas adecuadas de prevención o protección en la ejecución del trabajo, bien sea de la falta de adecuación de los medios o instalaciones del centro o puesto de trabajo, deberá valorarse no sólo la exposición del trabajador a tales agentes o causas susceptibles de causarle daños graves a su salud o integridad física, sino, además, contemplar todas aquellas otras circunstancias relacionadas con el trabajo que puedan influir en la magnitud de los riesgos a que pueda estar expuesto.

Partiendo de dichas consideraciones, es obligación del empresario, como norma general, adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, planificando la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo, para todo lo cual deberá tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas para las cuales hayan sido contratados.

Un colectivo de especial protección es el de aquellos trabajadores que se encuentran afectados, de manera congénita o sobrevenida, por alguna

minusvalía legalmente reconocida que les merma facultades físicas, sensoriales o psíquicas. En tales supuestos, no sólo el método de trabajo, sino el puesto de trabajo y las condiciones físicas y medio ambientales del centro donde realicen su actividad laboral deben ser los adecuados tanto a dicha discapacidad como también a la capacidad residual del trabajador, de modo que se eliminen todos los obstáculos e impedimentos físicos y/o arquitectónicos que impidan un normal desenvolvimiento de quien padece limitaciones funcionales o de movilidad.

Participando de esta preocupación se encuentra la Ergonomía, ciencia que estudia las relaciones entre el hombre y la actividad que realiza y que trata de adaptar las condiciones del trabajo a las características físicas, psicológicas y fisiológicas del trabajador. Adaptación que adquiere mayor importancia cuando se trata de trabajadores con minusvalías ya que es más necesario y a la vez más difícil realizar una adaptación particular del puesto de trabajo para cada trabajador. Todo esto resulta de vital importancia para los denominados centros especiales donde la mayoría de los trabajadores son minusválidos (al menos un 70 por 100 de su plantilla).

El resultado de la ergonomía, esto es, la adaptación del trabajo a la persona, es conseguir un mayor confort y calidad de vida en el trabajo pero al mismo tiempo una mejor calidad del mismo y una mayor productividad, ya que de lo contrario puede conllevar lesiones laborales como lesiones de espalda, microtraumatismos repetitivos, etc. Por todo ello, la evaluación inicial de los riesgos debe ser un pilar fundamental para detectar y evaluar los concretos derivados del puesto de trabajo, que permita corregir o eliminar tanto los riesgos laborales como los de tipo ergonómico, tan importantes para las personas afectadas de minusvalía.

En este marco de actuación, España ha incorporado a su legislación diversos tratados internacionales en materia de salud y seguridad laborales:

a) Convenio nº 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de Junio de 1981, ratificado el 26 de Julio de 1985 y, en particular, el Convenio nº 148, relativo

al medio ambiente de trabajo, de 20 de Junio de 1977, ratificado el 24 de Noviembre de 1980.

b) Tratándose de trabajadores discapacitados, se encuentra vigente el Convenio 159 OIT, aprobado el 20 de junio de 1983, sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas (ratificado por España el 17 de julio de 1990 y publicado en el BOE el 23 de noviembre de ese mismo año), en cuya Parte II, referida a los “Principios de Política de Readaptación Profesional y de Empleo para Personas Inválidas”, se advierte que *tales políticas deberán tener en cuenta de forma especial los principios de accesibilidad e igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores.*

c) Con posterioridad fue adoptada la Recomendación nº 168, cuyo Apartado II referido a la “Readaptación Profesional y Oportunidades de Empleo”, en su ordinal 11, letras a), g) y h) recomienda

“(...) se adopten las medidas apropiadas para adaptar, en la medida de lo posible, los lugares de trabajo, la disposición de las tareas, los útiles, las máquinas y la organización del trabajo de forma que se facilite la formación y el empleo, suprimiendo, por etapas si fuese necesario, las trabas u obstáculos de orden físico o arquitectónico así como en el plano de las comunicaciones, que impiden llegar y acceder a los locales destinados a la formación y al empleo a las personas con discapacidad, así como circular por ellos, la toma en consideración de normas apropiadas en los nuevos edificios e instalaciones públicas”.

Esta misma Recomendación se hace extensible a la promoción de medios de transporte para el traslado hacia y desde los lugares de rehabilitación y de trabajo, teniendo en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad.

d) De igual manera, en el ámbito de la Unión Europea, son diversas las Directivas que introducen criterios de carácter general en materia de seguridad y salud en los lugares de trabajo, así como otros específicos referidos a medidas de protección contra accidentes y situaciones de riesgo. De entre ellas, destaca la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, en

virtud de la cual se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo.

Pero dicho lo anterior, se precisaba que este conjunto de convenios y disposiciones se adaptara y traspusiera al ordenamiento legal español, concretando los medios que el empresario debía poner a disposición del trabajador así como las condiciones físicas y medio ambientales que debía reunir el centro y, por extensión el puesto de trabajo, incluyendo las particularidades a observar cuando se tratase de trabajadores con minusvalía declarada, modificando la obsoleta regulación que en materia de seguridad y prevención, condiciones constructivas de los lugares de trabajo, iluminación, servicios higiénicos y locales de descanso, etc. se contemplaba en la entonces vigente Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, de 9 de Marzo de 1971.

De esta manera, se procedió a la aprobación de una amplia batería de normas legales de las que destaco, por orden cronológico y entre otras muchas, las siguientes:

a) La Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, cuyo art. 4.2 faculta al trabajador a solicitar del empresario la realización de aquellas obras que resulten necesarias en el centro de trabajo para adaptarlo a su capacidad física y/o sensorial, suprimiendo las barreras físicas y arquitectónicas que le impidan llevar a cabo con normalidad su actividad laboral por cuenta ajena.

b) La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (desarrollada por el Real Decreto 39/1997, de 17 de Enero, de Reglamento de Servicios de Prevención), cuyo art. 25 obliga al empresario a:

“Garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las

evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren en estado o situaciones transitorias que no responda a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo”.

c) El Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, y el Real Decreto 485/1995, 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de señalización de seguridad y salud en los lugares de trabajo, ambas puestas en vigor el 23 de julio de 1997.

Entre dichas disposiciones mínimas destacan las referentes a la seguridad estructural, espacios de trabajo y zonas peligrosas, suelos, aberturas y desniveles, tabiques, ventanas, baños y vías de circulación, condiciones ambientales y luminosas, servicios higiénicos, locales de descanso y locales de primeros auxilios, todas ellas de aplicación a los edificios y locales destinados a lugares de trabajo.

2. Definición de la persona con discapacidad

Son diversas las definiciones que pueden encontrarse en torno a la acepción de minusválido o persona con discapacidad.

a) El Programa de Acción Mundial para los Impedidos, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, después de trazar la distinción existente con la deficiencia y la incapacidad propiamente dicha, define la minusvalidez como aquella:

“incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en la medida que limita o impide el cumplimiento de una función que es

normal para esta persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales ... que le impide el acceso a los varios sistemas de la sociedad que están a disposición de los otros ciudadanos ... y de participar en la vida de la comunidad en un pie de igualdad con los otros“. El apartado 21 de la Resolución mencionada advierte que “una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que hacen falta para los actos fundamentales de la vida, incluida la vida familiar, la educación, la ocupación, la vivienda, la seguridad financiera y personal, la participación en grupos sociales y políticos, las actividades relaciones íntimas y sexuales, el acceso a instalaciones religiosas, las públicas, la libertad de movimientos y el estilo general de la vida diaria“.

b) Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo se decanta por el término discapacitado, entendiendo por persona discapacitada toda aquella las posibilidades de la cual de obtener y conservar una ocupación adecuada y de progresar quedan sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida (artículo 1 del Convenio 159, sobre readaptación profesional y la ocupación de personas inválidas).

c) Así mismo, el sistema de clasificación propuesto por la Organización Mundial de la Salud en la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalideces (“Classification of Impairments, Disabilities and Hándicaps –ICIDH-“) adoptado en Ginebra el 1980, distingue tres niveles diferenciados de clasificación de las consecuencias permanentes de la dolencia según el nivel al cual afecten: a) Deficiencia. Es toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. El concepto de deficiencia se refiere, pues, a las consecuencias permanentes a nivel orgánico de las dolencias y accidentes; b) Discapacidad. Es decir, toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. El concepto de discapacidad se refiere, pues, a las consecuencias permanentes de las

dolencias y accidentes en el ámbito personal; c) Minusvalidez. Referida a toda situación desventajosa para un individuo, a consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales concurrentes. El concepto de minusvalidez, de este modo, se relaciona con las consecuencias permanentes de las dolencias y accidentes en el ámbito social.

d) Esta clasificación fue objeto de una posterior reforma aprobada el 22 de mayo de 2001, con el nombre de Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud, bajo las siglas CIF, en la cual se hace mención a: a) Funcionamiento. Como término genérico para designar todas las funciones y estructuras corporales, la capacidad de desarrollar actividades y la posibilidad de participación social del ser humano; b) Discapacidad. Como término genérico que recoge las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, las limitaciones en la capacidad de llevar a cabo actividades y las restricciones en la participación social del ser humano; c) Salud. Como el elemento clave que relaciona los dos anteriores.

e) En España, se entiende por minusválido a toda persona las posibilidades de integración educativa, laboral o social de la cual se encuentren disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales (artículo 7 de la Ley de integración social de los minusválidos, de 7 d 'abril de 1982).

f) Por su parte, el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), señala que:

“Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar

con varias barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva a la sociedad, en igualdad de condiciones con los otros”.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las administraciones públicas tienen que velar para evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar las personas con discapacidad.

Sin embargo, a los efectos de esta Ley, tienen la consideración de personas con discapacidad aquellas a quien se haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considera que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se tiene que realizar en los términos establecidos reglamentariamente y tiene validez en todo el territorio nacional.”

Hay que precisar que la condición de persona con discapacidad en un 33% no deriva automáticamente de la circunstancia que tenga reconocida una incapacidad permanente en los grados mencionados, fuera del ámbito propio de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, independientemente de que, tanto los procesos de discapacitación como de invalidez permanente, obedecen a procedimientos y finalidades diversas.

Criterio este que ha sido confirmado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia, entre otras, de 22-7-2008 (rec. núm. 726/2008, Ponente Sr. Gullón Rodríguez), al establecer en su fundamento de derecho cuarto que:

“La doctrina unificada de esta Sala... contiene los argumentos necesarios para afirmar que la sentencia hoy recurrida no se ajusta a la misma, teniendo en cuenta ... que no es jurídicamente aceptable la

automaticidad a todos los efectos de la homologación de la incapacidad permanente total que tiene el demandante con el 33% de grado de discapacidad que pidió el demandante y concedió la sentencia recurrida”.

Alineándose con dicho criterio, la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Catalunya, de 11-2-2014 (rec. núm. 5230/2013, Ponente Sra. María Macarena Martínez Miranda).

g) La aprobación el 13 de diciembre de 2006 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificado por España el 23 de noviembre de 2007, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El propósito de dicha Convención es promover, proteger y asegurar el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente, incluyendo cómo tales a todas aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con varias barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las otras.

Su art. 1 define a las personas con discapacidad de la siguiente manera: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”*

Por su parte, el art. 9.1 señala lo siguiente:

“A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en

zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo”.

h) En el ámbito laboral, se consideran personas minusválidas aquellas que, teniendo reconocida una minusvalidez en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de esto, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior al porcentaje mencionado, presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los llamados centros especiales de ocupación. La disminución de la capacidad de trabajo se aprecia posándola en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar calificación profesional (artículo 2 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio), el reconocimiento de la minusvalidez es competencia de los equipos de valoración y orientación encuadrados en los centros base de las direcciones provinciales del IMSERSO en Ceuta-Melilla o, bien, de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas a las cuales hayan sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalidez (Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalidez y Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 2 de noviembre de 2000, por la cual se determina la composición, organización y funciones de los equipos de valoración y orientación).

i) Finalmente, hay que destacar el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba lo Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo art. 2 a) entiende por discapacidad “...una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por su parte, su art. 4, apartados 1 y 2, señala que:

“1. Su personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.
2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 cuando los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o grande invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro o incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulan los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.”

j) Por último el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido ocasión de delimitar la definición de persona con discapacidad, en el marco de los despidos acontecidos mediando una baja médica por incapacidad temporal y la posible vulneración del derecho a la salud y a la condición de minusvalía del trabajador afectado.

En concreto, la sentencia del TJUE de fecha 1-12-2016 dictada en el asunto C- 395/15, con ocasión de resolver una cuestión prejudicial planteada por el Auto de 14-7-2015 del Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, afirma lo siguiente:

“El Tribunal de Justicia recuerda que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de la Convención de la ONU sobre discapacidad, debe entenderse referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Entiende el Tribunal de Justicia que para determinar si cabe considerar al

trabajador despedido como una «persona con discapacidad» con arreglo a la Directiva 2000/78, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, es «duradera», remitiéndose a la jurisprudencia del propio Tribunal para la determinación del término “duradero”, y concluyendo que tal concepto debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme para todos los Estados Miembros, pero correspondiendo al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico, razonando que el régimen jurídico de incapacidad temporal ni excluye ni predetermina la concurrencia de una limitación “duradera”

A tal efecto, el Tribunal de Justicia declara que entre los indicios que permiten considerar que la limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Y, por último, que al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”.

3. Las obligaciones del empresario en lo concerniente a las condiciones constructivas

Como regla general, el empresario deberá adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los lugares de trabajo no origine riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores o, si ello no fuera posible, para que los riesgos se reduzcan al mínimo.

Lo anterior supone que al momento de contratar una construcción o de comprar o alquilar un local, nave industrial o edificio con la finalidad de explotar en ellos una actividad industrial, deberá el empresario velar porque dichos lugares de trabajo cumplan con las disposiciones mínimas de

seguridad en orden a su seguridad estructural, de medios y condiciones de todo tipo que garanticen la seguridad de los trabajadores que desarrollen en los mismos su actividad.

Entre tales disposiciones merecen ser destacadas las siguientes:

3.1. Condiciones constructivas

El diseño y las características constructivas de los lugares de trabajo deberán ofrecer la necesaria seguridad frente a los riesgos de resbalones o caídas, choques o golpes contra objetos y derrumbamientos, o caídas de materiales sobre trabajadores.

El diseño y las características constructivas de este tipo de locales deberán también facilitar el control de las situaciones de emergencia, en especial en caso de incendio, y posibilitar, cuando sea necesario, la rápida y segura evacuación de los trabajadores.

A tales efectos, los edificios y locales deberán poseer la estructura y solidez apropiadas a su tipo de utilización, así como con respecto a todos sus elementos, estructurales y de servicios, incluidas las plataformas de trabajo, escaleras y escalas. En cuanto a los espacios y zonas peligrosas, sus dimensiones deberán permitir que los trabajadores realicen sus trabajos sin riesgos para su seguridad y en condiciones ergonómicas aceptables.

En cuanto a los suelos de los locales de trabajo, deberán ser fijos, estables y no resbaladizos, sin irregularidades ni pendientes peligrosas. Las aberturas o desniveles que supongan un riesgo de caída de personas se protegerán mediante barandillas u otros sistemas de protección de seguridad equivalente, que podrán tener partes móviles cuando sea necesario, disponer de acceso a la abertura, y barandillas.

Por lo que respecta a los tabiques, los transparentes o traslúcidos y, en especial, los tabiques acristalados situados en los locales o en las proximidades de los puestos de trabajo y vías de circulación, deberán estar claramente señalizados y fabricados con materiales seguros, o bien estar

separados de dichos puestos y vías, para impedir que los trabajadores puedan golpearse con los mismos o lesionarse en caso de rotura.

Tratándose de ventanas, los trabajadores deberán poder realizar de forma segura las operaciones de abertura, cierre, ajuste y fijación de las mismas, vanos de iluminación cenital y dispositivos de ventilación; además, cuando estén abiertos, no deberán colocarse de tal forma que puedan constituir un riesgo para los trabajadores.

Por su parte, las vías de circulación de los lugares de trabajo, tanto las situadas en el exterior de los edificios y locales como en el interior de los mismos, incluidas las puertas, pasillos, escaleras fijas, rampas y muelles de carga, deberán poder utilizarse conforme a su uso previsto, de forma fácil y con total seguridad para los peatones o vehículos que circulen por ellas y para el personal que trabaje en sus proximidades, respetando las distancias y anchuras que expresamente se exigen.

En cuanto a las puertas y portones, las puertas transparentes deberán tener una señalización a la altura de la vista y estar protegidas contra roturas. Las puertas y portones de vaivén deberán ser transparentes o tener partes transparentes que permitan la visibilidad de la zona que se accede. Las puertas correderas deberán ir provistas de un sistema de seguridad que impida salirse de los carriles y caer. Si las puertas y portones fueran mecánicos deberán funcionar sin riesgo para los trabajadores, mediante dispositivos de parada de emergencia de fácil identificación y acceso, y podrán abrirse de forma manual, salvo si se abren automáticamente en caso de avería del sistema de emergencia. Las puertas de acceso a las escaleras no se abrirán directamente sobre sus escalones sino sobre descansos de anchura al menos igual a la de aquellos.

Finalmente, los portones destinados básicamente a la circulación de vehículos deberán poder ser utilizados por los peatones sin riesgos para su seguridad, o bien deberán disponer en su proximidad inmediata de puertas destinadas a tal fin, expeditas y claramente señalizadas.

También existe un capítulo especial dedicado a las rampas, escaleras fijas, de servicio y escalas fijas con especial consideración a su anchura

mínima, porcentaje de pendiente, dimensiones de los peldaños, dimensiones de huellas y contrahuellas, altura máxima entre los descansos de las escaleras, condiciones de funcionamiento y dispositivos de seguridad en su utilización.

Por lo que se refiere a las vías y salidas de evacuación, así como las vías de circulación y las puertas que den acceso a ellas, deberá garantizarse que permanezcan expeditas y desembocar lo más directamente posible en el exterior o en una zona de seguridad, facilitando en caso de peligro que los trabajadores puedan evacuar todos los lugares de trabajo rápidamente y en condiciones de máxima seguridad.

Especial mención se hace a las condiciones de protección contra incendios, de modo que según las dimensiones y el uso de los edificios, los equipos, las características físicas y químicas de las sustancias existentes, así como el número máximo de personas que puedan estar presentes, los lugares de trabajo deberán estar equipados con dispositivos adecuados para combatir incendios y, si fuere necesario, con detectores contra incendios y sistemas de alarma. Todos estos dispositivos serán de fácil acceso y manipulación y estarán debidamente señalizados.

Con respecto a la instalación eléctrica de los lugares de trabajo, no deberá entrañar riesgos de incendio o explosión, mientras que los trabajadores deberán estar debidamente protegidos contra los riesgos de accidente causados por contactos directos o indirectos. La instalación eléctrica deberá tener en cuenta la tensión, los factores externos condicionantes y la competencia de las personas que tengan acceso a partes de la instalación

3.2. Orden, limpieza y mantenimiento

Como regla general, las zonas de paso, salidas y vías de circulación de los lugares de trabajo y, en especial, las salidas y vías de circulación previstas para la evacuación en casos de emergencia, deberán permanecer

libres de obstáculos permitiendo que sea posible utilizarlas sin dificultades en cualquier momento.

Todos los lugares de trabajo, instalaciones y respectivos equipos deberán limpiarse periódicamente, sin que tales operaciones de limpieza entrañen peligro alguno.

3.3. Condiciones ambientales

La exposición a las condiciones ambientales de los lugares de trabajo no debe suponer un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, razón por la cual deberán evitarse las temperaturas y humedades externas, los cambios bruscos de temperatura, las corrientes de aire molestas, los olores desagradables, la irradiación excesiva y, en particular, la radiación solar a través de ventanas, luces o tabiques acristalados.

En cuanto a la temperatura en los locales de trabajo cerrados y tratándose de trabajos sedentarios propios de oficinas o similares, la temperatura estará comprendida entre los 17° y 27°; si se realizan trabajos ligeros, la temperatura estará comprendida entre los 14° y 25°; y si los lugares de trabajo son al aire libre o en aquellos que no puedan ser cerrados por la actividad desarrollada, deberán tomarse medidas para que los trabajadores puedan protegerse, en la medida de lo posible, de las inclemencias del tiempo.

El empresario velará, igualmente, por las condiciones de los locales de descanso, de los locales para el personal de guardia, de los servicios higiénicos, de los comedores y de los locales de primeros auxilios, ajustándose al uso específico de cada uno de ellos.

3.4. Iluminación

La iluminación de cada zona o parte de un lugar de trabajo deberá adaptarse a las características de cada actividad que se efectúe en ella, evitando los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores

dependientes de las condiciones de visibilidad y de las exigencias visuales de las tareas a desarrollar.

Siempre que sea posible, los lugares de trabajo tendrán iluminación natural, complementada con otra artificial cuando la primera, por sí sola, no garantice las condiciones de visibilidad adecuadas.

Se establecen los niveles mínimos de iluminación por zonas de trabajo, evitando, en todo caso, los riesgos eléctricos, de incendio o de explosión. A título de ejemplo, en las zonas de bajas exigencias visuales deberá haber un nivel mínimo de iluminación de 100 lux, y de 1.000 lux cuando las exigencias visuales sean muy altas, en tanto que en las áreas o locales de uso habitual será de 100 lux y de 50 lux en las vías de circulación de uso habitual.

3.5. Servicios higiénicos y locales de descanso

Se establece toda una serie de disposiciones mínimas que contemplan desde la disponibilidad de agua potable, a la existencia de vestuarios, duchas, lavabos y retretes.

De esta manera, los vestuarios estarán provistos de asientos y de armarios o taquillas individuales con llave y capacidad suficiente para guardar la ropa y el calzado. Cuando los vestuarios no sean necesarios, los trabajadores deberán disponer de colgadores para colocar su ropa.

Los locales de aseo, por su parte, dispondrán de espejos, lavabos con agua corriente, caliente si es necesario, jabón y toallas individuales u otro sistema de secado con garantías higiénicas.

Será también obligatorio que haya retretes con descarga automática de agua y papel higiénico, debiendo disponer de duchas de agua corriente, caliente y fría, cuando se realicen habitualmente trabajos sucios, contaminantes o que originen elevada sudoración.

Por lo que se refiere a los locales de descanso, serán obligatorios cuando la seguridad o la salud de los trabajadores lo exijan, en particular en razón del tipo de actividad o del número de trabajadores, salvo que se trate

de despachos o lugares de trabajo similares que ofrezcan la posibilidad de descanso equivalentes durante las pausas. Las trabajadoras embarazadas y madres lactantes deberán tener la posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas.

3.6. Locales de primeros auxilios

Los lugares de trabajo de más de 50 trabajadores, deberán disponer de un local destinado a los primeros auxilios y otras posibles atenciones sanitarias. También deberán disponerlo los lugares de más de 25 trabajadores cuando así lo determine la Autoridad Laboral, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad desarrollada y las posibles dificultades de acceso al centro de asistencia médica más próximo.

Estos locales deberán disponer, al menos, de un botiquín, una camilla y una fuente de agua potable, debiendo estar próximos a los puestos de trabajo y de fácil acceso para las camillas.

En el resto de los casos que no sea obligado contar con un local de primeros auxilios, los lugares de trabajo dispondrán, como mínimo, de un botiquín portátil con los materiales necesarios para los primeros auxilios en caso de accidente, que deberá ser adecuado, en cuanto a su cantidad y características, al número de trabajadores, a los riesgos a los que estén expuestos y a las facilidades de acceso al centro de asistencia médica más próximo. Tanto el material como los locales de primeros auxilios deberán estar claramente señalizados.

4. Disposiciones de obligado cumplimiento en relación con los lugares de trabajo ocupados por trabajadores con discapacidad

Como regla general, los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados u ocupados por trabajadores con discapacidad, deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos

atendiendo a su movilidad reducida o a la naturaleza y alcance de su discapacidad.

Sin perjuicio de que los centros de trabajo deban cumplir con las disposiciones mínimas de seguridad a que me he referido en el apartado anterior, pueden distinguirse tres supuestos de adaptación de los locales y puestos de trabajo:

1º. En los contratos de trabajo celebrados entre centros especiales de empleo y trabajadores que tengan la condición legal de minusválidos (lo que se acreditará por medio de la resolución emitida por el Instituto Nacional de Migraciones y Servicios Sociales –IMSERSO- o de las Administraciones habilitadas al efecto en cada una de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas), se hará constar expresamente las adaptaciones técnicas que resulten necesarias para la realización de la actividad laboral, así como los servicios de ajuste personal y social que el centro de empleo ponga a disposición del trabajador discapacitado cuando fuera contratado a domicilio (art. 7.3 c/ del Real Decreto 1368/1985, de 17 Julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los que trabajan en centros especiales de empleo).

Para tal fin, se contemplan subvenciones para la adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas en cuantía no superior a 1.803,04 euros (300.000 pesetas) por puesto de trabajo, sin que en ningún caso pueda rebasar el coste real que, al efecto, se justifique por la referida adaptación o eliminación (Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 16 de Octubre de 1998).

2º. Cuando la relación laboral fuera de carácter común e independientemente de la modalidad de contrato de trabajo que se celebre, las empresas que contraten trabajadores minusválidos podrán solicitar del INEM u organismo competente subvenciones por cada trabajador minusválido contratado, destinada a la adaptación de los puestos de trabajo o, previo informe favorable de la Inspección de Trabajo, a la dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales (art. 12 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el

empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos). Si la empresa no solicitase estas ayudas podrá hacerlo el propio trabajador.

3º. Por otra parte, los trabajadores con discapacidad por cuenta ajena podrán solicitar la realización de obras de adecuación en el centro de trabajo donde presten sus servicios, así como la modificación de elementos comunes del mismo que sirvan de paso necesario entre éste y la vía pública, tales como escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico, o las necesarias para la instalación de dispositivos electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior.

En todo caso, se exige la notificación por escrito al propietario, a la comunidad de propietarios o a la mancomunidad de propietarios y al propio empresario sobre la necesidad de ejecutar dichas obras, acompañando al efecto el proyecto técnico detallado de las mismas. En el plazo de 60 días, el propietario, la comunidad de propietarios o el empresario, comunicarán por escrito al solicitante su consentimiento o su oposición razonada a la ejecución de las obras, o proponer las soluciones alternativas pertinentes. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la expresada comunicación, se entenderá consentida la ejecución de las obras de adecuación, que podrán iniciarse una vez obtenidas las autorizaciones administrativas precisas (art. 4.2 de la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad).

5. Régimen sancionador

Todas las disposiciones de seguridad de edificios y locales destinadas al trabajo tienen como elemento común preservar la seguridad y prevenir el riesgo a que, en el desarrollo de su actividad, pueda estar sometido el trabajador.

El incumplimiento de dichas disposiciones puede originar desde el simple requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con

objeto de que el empresario subsane las deficiencias observadas, hasta la paralización inmediata de los trabajos, pasando por la suspensión o cierre del centro de trabajo, cuando concurren circunstancias de excepcional gravedad en las infracciones de seguridad y salud en el trabajo.

Puede asimismo, la Inspección de Trabajo proceder a levantar acta de infracción en materia de prevención de riesgos laborales, las que conforme el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, serán calificadas de leves, graves, o muy graves en atención al alcance del incumplimiento y al riesgo laboral producido, con multas que van:

a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

b) Las graves con multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

c) Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros.

PERÚ: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

PERU: JOB STABILITY IN EMPLOYMENT IN THE CONTEXT OF THE PANDEMIC

Raúl SACO BARRIOS

Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Abogado

rgsaco@pucp.edu.pe

Fecha de envío: 08/06/2020

Fecha de aceptación: 15/07/2020

PERÚ: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA

Raúl SACO BARRIOS

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: En este breve trabajo, se presenta algunos aspectos muy generales concernientes a la estabilidad en el empleo en el Perú y se los relaciona con la pandemia desencadenada por el nuevo coronavirus – COVID-19: luego de explicar la protección especial de la estabilidad con relación a la estabilidad en el trabajo existente en el país, se expone la regulación sobre la terminación colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos –con la idea de precisar si la extinción de la relación laboral en el entorno del COVID-19 ingresaría en alguna de dichas categorías–; finalmente, se procura determinar si la extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19 genera una obligación, atribuible al empleador, de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo. Así, pues, se precisa que la estabilidad en el empleo acredita dos dimensiones: una individual y otra colectiva, relacionadas, respectivamente, con las nociones de “causa justa” para el despido –la primera– y de “causa objetiva” para la terminación colectiva de los contratos de trabajo –la segunda–; acerca de esta última, se apunta que tanto el “caso fortuito” como la “fuerza mayor” permiten al empleador proponer un cese colectivo, si bien la extinción o término de la relación o contrato de trabajo en el contexto del COVID-19, antes que responder a o resultar de aquellas categorías, contestan mejor a la causa “motivos económicos” prevista para la terminación colectiva de los contratos de trabajo. Por último, se hace constar que la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por motivo del COVID-19 no generan obligación de indemnizar a los trabajadores por la pérdida del empleo.

Palabras clave: Estabilidad en el trabajo - Despido - Cese colectivo - Indemnización - Motivos económicos

Sumario: 1. Introducción. 2. Protección de la estabilidad en el trabajo. 2.1. Estabilidad en el trabajo: dimensiones individual y colectiva. 2.2. Aspecto individual de la estabilidad en el trabajo. 2.3. Dos consideraciones adicionales. 3. Extinción de la relación laboral motivada en causas de fuerza mayor o hechos fortuitos, o en motivos económicos. 3.1. Terminación de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos. 3.2 Terminación de los contratos de trabajo por motivos económicos. 4. ¿La extinción de la relación laboral motivada en el covid-19, genera una obligación de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo? 4.1. No aplicación de la indemnización por despido a la terminación colectiva de los contratos de trabajo. 4.2. Liberación al empleador de la responsabilidad por la terminación colectiva de los contratos de trabajo por “caso fortuito”, “fuerza mayor” y “motivos económicos”. 5. Conclusiones.

Abstract: In this brief paper, some very general aspects concerning job stability in Peru are presented and related to the pandemic triggered by the new coronavirus – COVID-19: after explaining the special protection of stability in relation to the stability in the work existing in the country, the regulation on the collective termination of work contracts by force majeure or acts of God is exposed –with the idea of specifying whether the termination of the labor relationship in the environment of COVID-19 would enter in one of these categories–; finally, an attempt is made to determine whether the termination of the employment relationship motivated in COVID-19 generates an obligation, attributable to the employer to compensate the worker for the loss of employment. Thus, it is specified that stability in employment accredits two dimensions: one individual and the other collective, related, respectively, to the notions of “just cause” for dismissal –the first– and of “objective cause” for termination collective of employment contracts –the second–; regarding the latter, it is pointed out that both the “fortuitous case” and the “force majeure” allow the employer to propose a collective cessation, although the extinction or termination of the relationship or

employment contract in the context of COVID-19, before rather than responding to or resulting from those categories, they better answer the cause “economic reasons” foreseen for the collective termination of employment contracts. Lastly, it is stated that the extinction or termination of the relationship or employment contract by reason of COVID-19 does not create an obligation to compensate workers for the loss of employment.

Key words: Stability at work - Dismissal - Collective termination - Compensation - Economic reasons

Summary: 1. Introduction. 2. Protection of stability at work. 2.1. Stability at work: individual and collective dimensions. 2.2. Individual aspect of job stability. 2.3. Two additional considerations. 3. Termination of the job relation caused by causes of force majeure or fortuitous facts, or for economic reasons. 3.1. Termination of employment contracts by force majeure or acts of god. 3.2. Termination of employment contracts for economic reasons. 4. Does the termination of the employment related in Covid-19, generate an obligation to compensate the worker for the loss of employment? 4.1. Non-application of severance pay to the collective termination of employment contracts. 4.2. Release to the employer of the responsibility for the collective termination of the work contracts for “fortuitous case”, “force majeure” and “economic reasons”. 5. Conclusions.

1. Introducción

En estas líneas, procuro presentar ciertos aspectos muy generales concernientes a la estabilidad en el empleo en el Perú y relacionarlos con la pandemia desencadenada por el nuevo coronavirus – COVID-19. Para ello, después de explicar la protección especial de la estabilidad en el trabajo existente en el país (I), expongo la regulación sobre la terminación colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos (II); esto, con la idea de precisar si la extinción de la relación laboral en el entorno del COVID-19 ingresaría en alguna de dichas categorías. Por último, trato de determinar si la extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19 genera una obligación, atribuible al empleador, de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo (III). Cierro este estudio con algunas conclusiones.

2. Protección de la estabilidad en el trabajo

En primer término, corresponde explicar la protección especial con relación a la estabilidad en el trabajo.

2.1. Estabilidad en el trabajo: dimensiones individual y colectiva

Conforme a la Constitución, “El trabajo es un deber y un derecho” (derecho al trabajo, art. 22); al tiempo que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” (art. 27).

El trabajador adquiere el *derecho a la protección contra el despido arbitrario* cuando supera el “período de prueba”, según determina el artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997; en adelante, LPCL)¹.

¹ El período de prueba es de tres meses, prorrogables: hasta seis meses, en el caso de trabajadores calificados o que desempeñen un cargo de confianza; y hasta un año, si se trata de personal de dirección (LPCL, art. 10).

Ahora bien, el artículo 16 de la LPCL dispone que son causas de “extinción del contrato de trabajo”², entre otras, el *despido* (inc. g) y la *terminación de la relación laboral por causa objetiva* (inc. h). Sobre esta base, el artículo 22 de la LPCL establece que para el despido de *un trabajador* que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de *causa justa* contemplada en la ley y debidamente comprobada³. A su vez, el artículo 46 de la LPCL indica las *causas objetivas* para la *terminación colectiva* de los contratos de trabajo⁴.

Queda fijada, entonces, la *estabilidad en el trabajo* en las *dimensiones individual y colectiva*, y con relación a ambas, los conceptos de “justa causa” y de “causa objetiva”⁵. Para el despido del trabajador, es forzosa la existencia de una “justa causa” comprobada y demostrable; y para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, es ineludible la presencia de una “causa objetiva” que el empleador propone y debe evidenciar en un procedimiento administrativo instaurado en procura de la autorización pertinente⁶.

2.2. Aspecto individual de la estabilidad en el trabajo

Por cuanto atañe al *aspecto individual de la estabilidad en el trabajo*, concretamente, la LPCL distingue el “despido arbitrario” del “despido nulo”. El *despido arbitrario* tiene lugar cuando el empleador no expresa causa o no puede demostrar esta en juicio; en tal caso, el trabajador tiene derecho al

² La relación o contrato de trabajo se extingue o termina cuando tiene lugar una causa que ocasiona jurídicamente el fin del vínculo habido entre empleador y trabajador (*vid.* Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, “La terminación de la relación de trabajo: Clasificación y efectos”, p. 536).

³ La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador y la demostración de su existencia incumbe al empleador en el proceso judicial que el trabajador pueda plantear para impugnar su despido (LPCL, art. 22).

⁴ A saber, el caso fortuito y la fuerza mayor; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; y la reestructuración patrimonial (LPCL, art. 46).

⁵ A mi juicio, la “causa justa” es para el despido individual lo que la “causa objetiva” para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

⁶ Así, pues, “la extinción [colectiva] de los contratos se produce *a iniciativa pero no por la sola iniciativa del empleador*. La exigencia de causa y la naturaleza del trámite la condicionan a la existencia de causa objetiva independiente de la voluntad de las partes, aun cuando, en ciertas circunstancias, pueda ser consecuencia de la voluntad concurrente o común de ambas” (Mario PASCO COSMÓPOLIS, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, p. 269).

pago de una *indemnización* como *única reparación* por el daño padecido (LPCL, art. 34)⁷ –tutela resarcitoria–. El *despido nulo* se produce cuando el empleador decide el cese por motivos groseramente abusivos, “particularmente odiosos” (Ferro), referidos expresa y taxativamente por la ley: actos antisindicales; desquite por la presentación de una queja o participación en un proceso contra el empleador; discriminación por sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole; embarazo, nacimiento y sus consecuencias o la lactancia (LPCL, art. 29); en tal caso, el trabajador tiene derecho a la *reposición*⁸ en el empleo –tutela restitutoria–, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización (LPCL, art. 34).

Ello no obstante, a la luz del *derecho al trabajo* (Constitución, art. 22) –atendiendo al cual, el trabajador tiene derecho a acceder a un empleo, pero también a conservarlo⁹–, el Tribunal Constitucional ha entendido que, de ocurrir un *despido lesivo de derechos constitucionales*, actúa igualmente la *nulidad del despido* y el trabajador tendrá derecho a la *reposición* en el empleo¹⁰. Al efecto, reconoce tres categorías de despido: nulo, fraudulento e “incausado” [sic]¹¹.

⁷ La indemnización por despido arbitrario equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un tope de doce remuneraciones; las fracciones de año se pagan por dozavos y treintavos, según corresponda (LPCL, art. 38).

⁸ Son sinónimos de “reposición”, expresión usada comúnmente en el Perú, las voces “readmisión”, “reincorporación”, “reinstalación” y “restitución”, que son las utilizadas normalmente por la doctrina.

⁹ “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. [...] el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa” [sentencia del Tribunal Constitucional (STC) dictada en el expediente 1124-2001-AA/TC (11.7.2002); fundamento jurídico 12].

¹⁰ Sentencias del TC dictadas en los expedientes 1124-2001-AA/TC (11.7.2002) y resolución aclaratoria (16.9.2002), y 976-2001-AA/TC (13.3.2003); ambas, sobre despido. Se ha estimado, sin embargo, que el Tribunal Constitucional habría “modificado” la Constitución a propósito de la vía seguida por el Constituyente para el tratamiento de la protección contra el despido arbitrario –quien optó por delegar al Legislador la decisión sobre el punto–, al introducir una “estabilidad absoluta” en el trabajo y retirar la “carta de ciudadanía” otorgada por el Legislador al despido sin expresión de causa acompañado del pago de una indemnización (PASCO, FERRO).

¹¹ Al lado de los supuestos previstos por el artículo 29 de la LPCL para la nulidad del despido, es también *nulo* el despido que afecta derechos constitucionales. El despido es *fraudulento* cuando «se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una

En suma, será el trabajador quien decida la *reparación* a aplicar por el despido infractor: la *tutela resarcitoria (indemnización)* o la *tutela restitutoria (reposición)*¹². La primera corresponderá a los casos de despido injustificado (el empleador no demuestra la existencia de una causa justa para despedir) y la segunda, a los de despido nulo, fraudulento e incausado.

En el *Derecho del Trabajo* peruano y con relación al *despido*, coexisten, pues, una *estabilidad relativa* –respecto al *despido injustificado*, frente al cual el trabajador tiene derecho a una *indemnización*– y una *estabilidad absoluta* –respecto al *despido nulo*, frente al cual el trabajador tiene derecho a la *reposición*– en el trabajo. En paralelo, el *Derecho Constitucional*, con relación al *despido lesivo de derechos constitucionales*, admite la restitución de los derechos del trabajador –traducida en la *reposición en el empleo*–¹³.

falta no prevista legalmente [...]; o se produce la extinción de la relación con vicio de voluntad [...] o mediante la “fabricación de pruebas”» [STC 976-2001-AA/TC (13.3.2003); fundamento jurídico 15]. El despido es *incausado* cuando “se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” [STC 976-2001-AA/TC (13.3.2003); fundamento jurídico 15]. Así, “el despido fraudulento se asemeja más al injustificado que al incausado, porque tiene imputación. Solo que esta se produce en un contexto de malicia, que debe ser probado por el demandante” (Javier NEVES MUJICA, “El despido en la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral”, p. 22).

¹² Para el TC, dejar librada al empleador la posibilidad de despedir libremente al trabajador a cambio del pago de la indemnización por despido (LPCL, art. 34) significa “vaciar de contenido” el derecho al trabajo (Constitución, art. 22), que debe ser analizado conjuntamente con el derecho del trabajador a la adecuada protección contra el despido arbitrario (Constitución, art. 27): “[...] las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable” [STC 1124-2001-AA/TC (11.7.2002); fundamento jurídico 7]; “El artículo 34 [de la LPCL], segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por justa causa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado [...], vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional” [STC 1124-2001-AA/TC (11.7.2002); fundamento jurídico 12].

¹³ “[...] la tutela del trabajador frente a un despido que vulnera sus derechos constitucionales no supone la restauración por vía jurisprudencial de la estabilidad laboral, sino la protección –y restitución– de aquellos derechos” (Carlos BLANCAS BUSTAMANTE. *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, p. 167). Ciertamente, «sería posible distinguir entre una estabilidad laboral legal que gira en torno a la noción de “despido arbitrario” y en la cual es posible resarcir el daño mediante el pago de una indemnización, y una “estabilidad laboral constitucional” la cual dispensa protección al trabajador únicamente en caso de “despido lesivo de derechos fundamentales”, supuesto este en el que la reposición es la única medida reparadora en atención a la entidad de los derechos vulnerados, principalmente el derecho fundamental al trabajo» (*ibid.*, p. 173).

2.3. Dos consideraciones adicionales

Como hablamos de la *estabilidad en el empleo en el contexto de la pandemia*, me interesa señalar dos consideraciones adicionales.

La *primera*, relativa a la *seguridad social*. De acuerdo con el decreto supremo 2-DT del 28 de enero de 1954, *los trabajadores enfermos no podrán ser despedidos mientras se encuentren recibiendo las prestaciones que por riesgo de enfermedad otorga la Seguridad Social*. Aquí interviene el *subsidio por incapacidad temporal para el trabajo*, que la Seguridad Social en Salud (EsSalud) brinda a los afiliados regulares en actividad a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Debido al artículo 24 del decreto de urgencia 26-2020, del 15 de marzo de 2020, que “establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional”, se autoriza excepcionalmente a EsSalud el otorgamiento del subsidio por incapacidad temporal para el trabajo *por los primeros veinte días de incapacidad* a los trabajadores que hayan sido diagnosticados (diagnóstico confirmado) con COVID-19 y perciban una remuneración mensual inferior a S/ 2 400,00 (USD 700,00 aproximadamente; tipo de cambio, PEN 3,43).

La *segunda*, relativa al proyecto de ley 5039-2020-CR, “Ley de protección al trabajador frente a despidos durante la declaratoria de emergencia sanitaria producida por el COVID-19”, que la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República ha aprobado recientemente, por unanimidad, con el texto sustitutorio “Ley de protección al trabajador frente a despidos durante [la] declaratoria de emergencia nacional”¹⁴, que tiene por objeto el establecimiento de medidas “para brindar a los trabajadores una adecuada protección de su continuidad laboral durante la declaratoria de [sic] Estado de Emergencia Nacional y hasta treinta días hábiles después de terminado el mismo” (art. 1); en tal virtud,

¹⁴ Este texto deberá debatirse por el Pleno del Congreso de la República. Sin embargo, importa anotar que el estado de emergencia nacional –varias veces prorrogado– rige hasta el 30 de junio de 2020 (decreto supremo 94-2020-PCM del 23 de mayo de 2020, art. 2).

“carece de efecto legal toda terminación unilateral de contratos laborales” (art. 3).

3. Extinción de la relación laboral motivada en causas de fuerza mayor o hechos fortuitos, o en motivos económicos

En segundo término, importa exponer la regulación atinente a la terminación colectiva de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos. Esto, con miras a precisar si la extinción de la relación laboral en el entorno del COVID-19 ingresaría en alguna de dichas categorías.

3.1. Terminación de los contratos de trabajo por fuerza mayor o hechos fortuitos

El artículo 16 de la LPCL preceptúa que es causa de “extinción del contrato de trabajo”, entre otras, “La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley” (inc. h). Al tratar la “Terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”¹⁵ (LPCL, arts. 46-52), se estatuye que son “causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo”, el “caso fortuito” y la “fuerza mayor”, si son “de tal gravedad que implican la desaparición total o parcial del centro de trabajo” (LPCL, arts. 46 inc. a y 47); al lado de los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra; y la reestructuración patrimonial (LPCL, art. 46 incs. b, c y d).

El reglamento del decreto legislativo 728, aprobado por el decreto supremo 1-96-TR del 24 de enero de 1996 (en adelante, el Reglamento),

¹⁵ La “terminación de la relación de trabajo por causas objetivas” se denomina también “Cese colectivo por causas objetivas” (Rgto., capítulo II de su título II); o simplemente “cese colectivo” (LPCL, art. 52 y cuarta disposición complementaria y transitoria; Rgto., arts. 26, 72 y 74) o “cese del personal” (LPCL, arts. 48 inc. b y 49). Ciertamente, “cese colectivo” es cosa distinta de lo que podríamos denominar “cese masivo”: una mera suma de múltiples despidos individuales transgresores de la Constitución o la ley.

refiere, en su artículo 21¹⁶, las nociones de “fuerza mayor” y “caso fortuito”, que se configuran cuando el hecho invocado tiene carácter “inevitable, imprevisible e irresistible” y hace “imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo”^{17 18}.

Para concretar el *cese colectivo por caso fortuito o fuerza mayor*, el empleador, dentro del plazo máximo de suspensión del contrato de trabajo –noventa días– señalado para tales causas, podrá solicitar la terminación de los respectivos contratos individuales de trabajo a la Autoridad Administrativa de Trabajo (LPCL, art. 47). El *procedimiento* –normado por los artículos 47 y 48 de la LPCL, y los artículos 62-64 y 70-71 de su Reglamento– prevé que el empleador brinde a la parte laboral la información¹⁹ pertinente sobre las razones que aduce y la nómina de los trabajadores afectados, dé cuenta de ello a dicha Autoridad e inicie negociaciones²⁰ para acordar las circunstancias del término de los contratos de trabajo o las medidas a adoptar²¹ con vistas a evitar o restringir el cese propuesto. La Inspección del Trabajo efectuará la investigación consecuente –con audiencia de partes– y pondrá el resultado en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que resolverá dentro de un plazo de cinco días hábiles –al

¹⁶ Si bien los conceptos de “caso fortuito” y “fuerza mayor” ahí indicados figuran en una norma ubicada entre las ordenadoras de la “suspensión del contrato de trabajo”, los estimo aplicables en el ámbito de la terminación colectiva del contrato de trabajo: el carácter de aquellos no varía con relación a uno u otro suceso.

¹⁷ A su vez, la directiva nacional 6-94-DNRT, aprobada por la resolución ministerial 87-94-TR del 24 de junio de 1994, fija y ejemplifica las ideas: “caso fortuito” es “todo hecho imprevisible o un suceso por lo común dañoso que no puede preverse, evitarse ni resistirse, que acontece inesperadamente con independencia de la voluntad del hombre; que generalmente proviene de la acción de la naturaleza”, es decir, “una inundación, un aluvión, un sismo, un incendio, una sequía, un accidente, una peste o epidemia”; y “fuerza mayor” es “todo acontecimiento o hechos imprevisibles [sic], que pudiendo ser previstos no pueden resistirse ni evitarse, provienen casi siempre de la acción de la persona o de un tercero”, o sea, “una ley u otra forma legal, que impida realizar una actividad; un tumulto del que se derivan estragos; una guerra, una sedición [...]”.

¹⁸ Entre las “disposiciones generales” reguladoras de la “inejecución de obligaciones”, el artículo 1315 del Código Civil dispone: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

¹⁹ Tal exigencia constituye un reconocimiento legal expreso del *derecho de información* –esencialmente en este punto, del “derecho a la información”– de los trabajadores.

²⁰ Este requerimiento relleva el rol de la *autonomía colectiva* –la atribución, facultad o prerrogativa atribuida a los actores sociales para autorregular sus relaciones–.

²¹ Suspensión total o parcial de labores, disminución de turnos o días u horas de trabajo, modificación de las condiciones de trabajo, revisión de convenciones colectivas o cualesquiera otras providencias orientadas a preservar la *continuidad* de la empresa.

vencimiento del cual y a falta de resolución, se considerará aprobada la solicitud del empleador—; contra la resolución administrativa, expresa o ficta, y dentro un plazo de tres días hábiles, puede interponerse un recurso de apelación, a ser resuelto dentro de un plazo de cinco días hábiles —al vencimiento del cual y a falta de resolución, se tendrá por confirmada la resolución recurrida—.

Entonces, sí es posible —en el Perú— la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por causas de “fuerza mayor” o “hechos fortuitos”; siempre que aquella o estos sean de una gravedad tal que acarree la desaparición total o parcial del centro de trabajo.

3.2. Terminación de los contratos de trabajo por motivos económicos

Esto sentado, importa esclarecer si la extinción o término de la relación o contrato de trabajo *en el contexto del COVID-19* respondería a o resultaría de una de estas dos categorías: “caso fortuito” o “fuerza mayor”.

Al efecto, me pregunto: ¿el COVID-19 es un evento, en sí mismo, constitutivo de “caso fortuito” o “fuerza mayor”, causante de un cese colectivo?; o con más precisión, ¿el COVID-19, o, mejor, su transmisión, pueden acreditar una magnitud desencadenante de la “desaparición total o parcial del centro de trabajo”; acaso, la destrucción absoluta o fragmentaria del establecimiento?

En verdad, no parece posible que el COVID-19, como tal, o su transmisión puedan traer consigo la “desaparición total o parcial” del centro de trabajo: aquel y esta ocasionan la pérdida de vidas humanas y la infestación masiva de personas, pero no la destrucción —en mayor o menor grado— de los lugares de trabajo.

En rigor, la “fuerza mayor” vendría dada por los preceptos gubernamentales atinentes al estado de emergencia nacional²², dispositivos

²² Decreto supremo 44-2020-PCM del 15 de marzo de 2020, que “declara Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19”; y normas ampliatorias.

del aislamiento social obligatorio –cuarentena– y restrictivos de ciertos derechos constitucionales –entre ellos, las libertades de reunión y de tránsito–, que, aun cuando tienen una vigencia temporal, han conllevado que no puedan realizarse actividades vinculadas a bienes y servicios considerados “no esenciales”²³ y afectado drásticamente la economía y continuidad o pervivencia de la empresa²⁴.

Así las cosas, la causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo *en el contexto del COVID-19* derivaría de la *crítica situación económica* del empleador originada por la imposibilidad de desarrollar sus actividades habituales durante un período prolongado²⁵.

En consecuencia, el empleador podrá proponer el cese colectivo por *motivos económicos*²⁶; que *solo procederá cuando comprenda a no menos del diez por ciento del total de trabajadores* (LPCL, arts. 46 inc. b y 48). El *procedimiento* es similar al expuesto con relación al cese del personal por caso fortuito o fuerza mayor, aunque sin exigir la intervención de la Inspección del Trabajo; en lugar de requerirla, el empleador deberá presentar un *dictamen pericial* –que pondrá en conocimiento de los trabajadores– y practicarse *reuniones de conciliación* ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (LPCL, art. 48). Mientras dure este procedimiento, el empleador puede solicitar una *suspensión perfecta de labores*; esta se

²³ Me parece muy ilustrativa la apreciación de Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, reconocido profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, sobre la regulación del caso fortuito o la fuerza mayor en el Código Civil peruano y su aplicación en la práctica contractual en el entorno del estado de emergencia nacional engendrado por el COVID-19. *Vid.*:

https://www.youtube.com/watch?v=KlBA4_6Yv60&t=754s, minutos 2:15 y 9:07 / 12:18.

²⁴ A buena cuenta, la empresa no habría generado ingresos; por eso mismo, no puede proseguir; al menos, con el número de trabajadores que tenía al momento del inicio del estado de emergencia nacional. Por lo tanto, debe “reducir” personal. Obviamente, “la ley no puede obligar al empresario a asumir indefinidamente pérdidas” (Rolando MURGAS TORRAZZA, “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas”, p. 595).

²⁵ Como apunta MURGAS, “ya sea por la vía de la regulación específica del despido colectivo o por la genérica del despido o de la extinción, hay un espacio importante para que el empleador reduzca el personal por razones económicas o tecnológicas o llegue igualmente al cierre de la empresa, por la imposibilidad económica de continuar su actividad” (*ibid.*, p. 597).

²⁶ “Por causa económica [para la afectación colectiva de la estabilidad laboral] se entiende la situación de falencia o desequilibrio económico o financiero o de grave desmedro que coloca a la empresa ante la imposibilidad absoluta de seguir operando en las condiciones que lo venía haciendo” (Mario PASCO COSMÓPOLIS, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, p. 246).

considerará aprobada con la simple recepción del pedido por la Autoridad Administrativa de Trabajo, sin desmedro de una verificación posterior²⁷.

Entonces, *la extinción o término de la relación o contrato de trabajo en el contexto del COVID-19, antes que responder a o resultar de las categorías “caso fortuito” o “fuerza mayor”, contestan mejor a la causa “motivos económicos” prevista para la terminación colectiva de los contratos de trabajo*²⁸.

4. ¿La extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19, genera una obligación de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo?

En tercer término, interesa determinar si la extinción de la relación laboral motivada en el COVID-19 genera una obligación, atribuible al empleador, de indemnizar al trabajador por la pérdida del empleo.

4.1. No aplicación de la indemnización por despido a la terminación colectiva de los contratos de trabajo

Ante todo, tenemos dicho que el artículo 16 de la LPCL prescribe que son causas de “extinción del contrato de trabajo”, entre otras, “El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley” (inc. g) y “La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley” (inc. h).

Con base en la legislación peruana y por cuanto toca a las formas de extinción o término de la relación o contrato de trabajo, por lo tanto, el “despido” –*id est*, la decisión del empleador respecto a poner término al

²⁷ No se percibe con claridad cuáles son las reglas a seguir para el trámite de esta “suspensión perfecta de labores”: las de la LPCL y su Rgto.; o las del decreto de urgencia 38-2020 –que “establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el COVID-19 y otras medidas”– y las del decreto supremo 11-2020-TR del 20 de abril de 2020, una suerte de “reglamento” de este último.

²⁸ Un encuadre inadecuado de la causal invocada para el cese colectivo podría implicar el rechazo de la solicitud del empleador por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

contrato de trabajo— es una figura jurídica distinta a la “terminación de la relación laboral por causa objetiva” (“cese colectivo por causas objetivas” o “cese colectivo” o “cese del personal”)²⁹. En tal ambiente, la indemnización instituida para la ruptura (abusiva) del contrato individual de trabajo — “indemnización por despido arbitrario”, para los contratos de trabajo de duración indefinida; “indemnización por resolución arbitraria”, para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada) —³⁰ no se aplica a los casos de terminación colectiva (autorizada) de los contratos de trabajo.

En realidad, el cese colectivo *aprobado* por la Autoridad Administrativa de Trabajo *faculta* la terminación colectiva de los contratos de trabajo. Por eso mismo, *no implica el pago de una indemnización a los trabajadores*; no genera en estos el derecho a percibir una indemnización³¹. Como los trabajadores afectados por un cese colectivo no perciben indemnización alguna, la única seguridad que los asiste frente a abusos del empleador se asienta en la cabal satisfacción por este de las formalidades propias al procedimiento legal pertinente³². Evidentemente, la inexistencia de una indemnización en los supuestos de cese colectivo torna más penosa la pérdida del empleo por los trabajadores involucrados³³.

4.2. Liberación al empleador de la responsabilidad por la terminación colectiva de los contratos de trabajo por “caso fortuito”, “fuerza mayor” y “motivos económicos”

²⁹ Así, «no es despido, en términos estrictos, la terminación del contrato [de trabajo] “por iniciativa del empleador” cuando esa sola iniciativa no basta para lograr tal efecto, cuando debe ser complementada con el acuerdo del trabajador o del conjunto de trabajadores en vía colectiva o autorizada previamente por una autoridad judicial o administrativa. A estas situaciones habría que denominarlas en puridad como “extinción de la relación por causas objetivas”» (Mario PASCO COSMÓPOLIS, “Extinción de la relación laboral en el Perú”, p. 246).

³⁰ Se trata de una indemnización tarifada, cuyo pago procede superado el período de prueba. Para los contratos de duración indeterminada, *vid.* nota 7; para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada), la “indemnización por resolución arbitraria” equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones (LPCL, arts. 38 y 76).

³¹ Víctor FERRO DELGADO, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*, p. 161.

³² Jaime ZAVALA COSTA, “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”, p. 362.

³³ Víctor FERRO DELGADO, “Derecho del Trabajo, globalización y ceses colectivos”, p. 319.

Desde otro punto de vista, el “caso fortuito” o la “fuerza mayor” e incluso los “motivos económicos” causantes del cese colectivo son ajenos a la voluntad del empleador³⁴ –también, a la del trabajador–. Cuando la extinción o término de la relación o contrato de trabajo dimana de alguno de tales acontecimientos, el empleador queda libre de responsabilidad: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del contrato de trabajo es producto de eventos extraños –ajenos o externos– a los contratantes³⁵. Esto, sin desconocer que, merced a la subordinación jurídica del trabajador hacia el empleador, este ejerce el poder de dirección –en tanto que organizador de la empresa– y asume el “riesgo económico” del quehacer empresarial³⁶.

En consecuencia, *la extinción o término de la relación o contrato de trabajo de índole colectiva por motivo del COVID-19³⁷ no generan obligación de indemnizar a los trabajadores por la pérdida del empleo³⁸.*

³⁴ “Cuando el patrono despide al trabajador, apremiado por motivos de carácter económico o tecnológico, [...] si bien es cierto que se trata de una decisión unilateral del patrono no lo es menos que tal decisión no responde a una simple voluntad suya, sino a condiciones externas de orden económico o tecnológico que explican, y en diversas legislaciones determinan, la existencia de consecuencias y procedimientos específicos en relación e este tipo de despido” (Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, “La terminación de la relación de trabajo: Clasificación y efectos”, p. 554).

³⁵ Como explica MURGAS, “la reducción de personal que se realiza mediante los despidos colectivos, responde a riesgos típicamente empresariales que, sin embargo, deben afrontar también los trabajadores para preservar la fuente de trabajo o al menos determinados niveles de empleo” (Rolando MURGAS TORRAZZA, “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas”, p. 600). De todos modos, “la existencia del riesgo empresarial conduce normalmente al reconocimiento de una indemnización, aunque no siempre la misma es igual a la que se paga en los casos de despido injustificado” (*ibid.*). Empero, no ocurre así en el Perú; tal vez por argumentos civilistas: según el artículo 1317 del Código Civil, “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”; *mutatis mutandis*, el empleador –*deudor del salario*– no respondería de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de su obligación de *dar trabajo* por causas no imputables a él.

³⁶ Américo PLÁ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Laboral*. T. 2, vol. 1, *Contratos de trabajo* (Montevideo: Idea, 1991), p. 37. Evidentemente, habría una especie de encontronazo entre esta exención de riesgos por el trabajador y aquella inexistencia de indemnización en los supuestos de cese colectivo.

³⁷ Por motivo del COVID-19, sí –“motivación indirecta”–; pero en particular y como ya expliqué (*supra*, II), por motivo de la crítica situación económica del empleador originada por la imposibilidad de desarrollar sus actividades habituales durante un período prolongado en atención a las normas gubernamentales relativas al estado de emergencia nacional por el nuevo coronavirus –“motivación directa”–.

³⁸ Con todo, los trabajadores afectados por el cese colectivo pertinente –por caso fortuito o fuerza mayor, o por motivos económicos– gozan de un *derecho de preferencia* por el plazo de un año

5. Conclusiones

Primera:

Para el despido del trabajador, es forzosa la existencia de una “justa causa” comprobada y demostrable; y para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, es ineludible la presencia de una “causa objetiva” que el empleador propone y debe evidenciar en un procedimiento administrativo instaurado en procura de la autorización pertinente.

Segunda:

En el *Derecho del Trabajo* peruano y con relación al *despido*, coexisten, pues, una *estabilidad relativa* –respecto al *despido injustificado*, frente al cual el trabajador tiene derecho a una *indemnización*– y una *estabilidad absoluta* –respecto al *despido nulo*, frente al cual el trabajador tiene derecho a la *reposición*– en el trabajo. En paralelo, el *Derecho Constitucional*, con relación al *despido lesivo de derechos constitucionales*, admite la restitución de los derechos del trabajador –traducida en la *reposición* en el empleo–.

Tercera:

Sí es posible –en el Perú– la extinción o término de la relación o contrato de trabajo por causas de “fuerza mayor” o “hechos fortuitos”; siempre que aquella o estos sean de una gravedad tal que acarree la desaparición total o parcial del centro de trabajo.

Cuarta:

La extinción o término de la relación o contrato de trabajo en el contexto del COVID-19, antes que responder a o resultar de las categorías “caso fortuito” o “fuerza mayor”, contestan mejor a la causa “motivos

–contado a partir de aquel– para su readmisión en el empleo o recontratación, si es que el empleador decide contratar nuevo personal, directamente o por medio de terceros, para ocupar cargos iguales o similares. Para ello, el empleador notificará por escrito al ex trabajador, con una anticipación de quince días calendario a la fecha de reingreso, en su domicilio. *En caso de incumplimiento, el ex trabajador podrá demandar judicialmente la indemnización por despido arbitrario* (LPCL, art. 52).

económicos” prevista para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Quinta:

La indemnización instituida para la ruptura (abusiva) del contrato individual de trabajo – “indemnización por despido arbitrario”, para los contratos de trabajo de duración indefinida; “indemnización por resolución arbitraria”, para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada) –³⁹ no se aplica a los casos de terminación colectiva (autorizada) de los contratos de trabajo.

Sexta:

La extinción o término de la relación o contrato de trabajo de índole colectiva por motivo del COVID-19 no generan obligación de indemnizar a los trabajadores por la pérdida del empleo.

³⁹ Se trata de una indemnización tarifada, cuyo pago procede superado el período de prueba. Para los contratos de duración indeterminada, *vid.* nota 7; para los contratos de trabajo sujetos a modalidad (de duración determinada), la “indemnización por resolución arbitraria” equivale a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones (LPCL, arts. 38 y 76).

Bibliografía

- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2013). *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 3ª ed. Lima: Jurista.
- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*. Lima: Palestra.
- DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, O. y CAVALIÉ CABRERA, P. (2009). “Ceses colectivos de los contratos de trabajo por razones estructurales: Análisis de las decisiones de la Autoridad Administrativa de Trabajo”. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley.
- FERRO DELGADO, V. (2009). “Derecho del Trabajo, globalización y ceses colectivos”. *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*. Lima: Ara – Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FERRO DELGADO, V. (2012). “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Derecho Pucp*, N° 68.
- FERRO DELGADO, V. (2015). “Estado actual de la estabilidad laboral en el Perú”. Ponencia oficial presentada al VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa, 9 de octubre de 2014. En *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva: Arequipa, 8, 9 y 10 de octubre 2014*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- FERRO DELGADO, V. (2019). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Ó. (1997). “La terminación de la relación de trabajo: Clasificación y efectos”, en De Buen Lozano, Néstor, y Emilio Morgado Valenzuela (Coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México.

- MORALES MORANTE, C. (2008). “El Derecho del Trabajo frente a las dificultades económicas de la empresa: Aproximación al concepto de despido por causas económicas en el Derecho laboral peruano”. *Trabajo y Seguridad Social: Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- MURGAS TORRAZZA, R. (1997). “Los despidos colectivos por fuerza mayor o por dificultades económicas o tecnológicas”, en De Buen Lozano, Néstor, y Emilio Morgado Valenzuela (Coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México.
- NEVES MUJICA, J. (2019). “El despido en la legislación y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral”. *Los desafíos actuales del Derecho del Trabajo: Libro homenaje al Dr. Omar Toledo Toribio conmemorando sus bodas de plata en la docencia universitaria*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (1987). “Extinción de la relación laboral en el Perú”, en Pasco Cosmópolis, Mario (Coord.), *La extinción de la relación laboral: Perspectiva Iberoamericana*. Lima: Aeale.
- PASCO COSMÓPOLIS, M. (2006). “Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral”, en Tribunal Constitucional del Perú. Centro de Estudios Constitucionales. *Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Tribunal Constitucional del Perú.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A. (1991). *Curso de Derecho Laboral*. T. 2. Vol. 1. *Contratos de trabajo*. 2ª reimpresión. Montevideo: Idea.
- ZAVALA COSTA, J. (2009). “El principio de continuidad en los procedimientos de cese o despido colectivo”. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. 2ª ed. Lima: Grijley – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¿LA PANDEMIA DE COVID-19 ES CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR QUE JUSTIFIQUE TERMINAR LEGÍTIMAMENTE EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN ECUADOR?

IS THE COVID-19 PANDEMIC A FORTUITOUS EVENT OR FORCE MAJEURE THAT JUSTIFIES LEGITIMATELY ENDING THE INDIVIDUAL EMPLOYMENT CONTRACT IN ECUADOR?

Pablo SALINAS

Abogado. Socio en Salinas Villacrés Abogados (Ecuador)

psalinas@salinasvillacres.com

Fecha de envío: 03/04/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

¿LA PANDEMIA DE COVID-19 ES CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR QUE JUSTIFIQUE TERMINAR LEGÍTIMAMENTE EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO EN ECUADOR?

Pablo SALINAS

Salinas Villacrés Abogados (Ecuador)

Resumen: En el presente trabajo se analiza la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por caso fortuito o fuerza mayor, en el contexto del COVID-19 en Ecuador.

Palabras clave: COVID-19 - Caso fortuito - Fuerza mayor - Extinción del contrato del trabajo

Sumario: 1. Antecedentes. 2. Definición y elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor. 3. Precedentes aplicativos del caso fortuito o fuerza mayor como causa de terminación contractual en materia laboral. 4. Conclusiones.

Abstract: This paper analyzes the possibility of termination of the employment contract due to fortuitous event or force majeure, in the context of COVID-19 in Ecuador.

Key words: COVID-19 - Act of God - Force majeure - Termination of employment contract

Summary: 1. Background. 2. Definition and constituent elements of the fortuitous event or force majeure. 3. Applicable precedents of the fortuitous case or force majeure as a cause of contractual termination in labor matters. 4. Conclusions.

1. Antecedentes

El COVID-19 es un agresivo virus que surgió en China a finales del 2019 y en pocos meses se ha convertido en una pandemia global, cuyo impacto aún es incierto, pero amenaza con provocar una crisis socioeconómica a nivel mundial. Específicamente en Ecuador, el Decreto Ejecutivo No. 1017¹ declaró un estado de excepción por calamidad pública y entre otras medidas dispuso la suspensión de la jornada presencial para los trabajadores del sector público y privado, con excepción de aquellos relacionados a la salud, seguridad, servicios básicos, provisión de víveres, exportaciones, entre otros necesarios para combatir la propagación del virus y mantener el orden público. Por su parte, el Ministerio del Trabajo emitió los Acuerdos No. 2020-076², 2020-077³ y 2020-080⁴ para regular el teletrabajo, la reducción, modificación y suspensión de jornadas emergentes, así como el goce de vacaciones acumuladas e incluso anticipadas, como medidas de prevención para garantizar la estabilidad temporal de los trabajadores y precautelar la economía del país hasta que finalice la emergencia sanitaria.

Con esta incertidumbre y la fundada preocupación por la continuidad de sus actividades productivas, varios empleadores han indagado alternativas adicionales y entre ellas han considerado la posibilidad de terminar sin indemnización los contratos individuales de trabajo conforme el artículo 169.6 del Código del Trabajo (CT), que señala que “El contrato individual de trabajo termina: (...) 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar; (...)”⁵.

¹ Ecuador, Presidencia de la República, Decreto Ejecutivo No. 1017 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 163 de 16 de marzo de 2020.

² Ecuador, Ministerio del Trabajo, Acuerdo No. 2020-076 emitido el 12 de marzo de 2020.

³ Ecuador, Ministerio del Trabajo, Acuerdo No. 2020-076 emitido el 15 de marzo de 2020.

⁴ Ecuador, Ministerio del Trabajo, Acuerdo No. 2020-080 emitido el 28 de marzo de 2020.

⁵ Ecuador, Congreso Nacional, “Código Del Trabajo,” Codificación No. 17 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

El presente artículo pretende examinar la procedencia y efectos de dicha posibilidad, empezando por una aproximación al concepto y elementos del caso fortuito o fuerza mayor; pasando por un breve análisis normativo, jurisprudencial, comparado y doctrinal de los precedentes aplicativos de esta causa de terminación; y, para finalizar, algunas conclusiones sobre su pretendida aplicación por el COVID-19 en Ecuador.

2. Definición y elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor

En atención a la supletoriedad establecida en el artículo 6 del CT, la aproximación debe iniciar desde la tradicional definición establecida en el artículo 30 del Código Civil (CC), según el cual “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁶.

Con base en la precitada norma legal, el respetado criterio de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la entonces Corte Suprema de Justicia del Ecuador⁷, inicia aclarando que caso fortuito es un hecho de la naturaleza y fuerza mayor es un hecho realizado por el hombre, aunque sus efectos son los mismos —al punto que respetados autores como Guillermo Cabanellas los equiparan como sinónimos—. Para luego establecer como elementos constitutivos del caso fortuito o fuerza mayor: (i) La imprevisibilidad, que sea

⁶ Ecuador, Congreso Nacional, “Código Civil,” Codificación No. 10 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁷ Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia del caso Romero Ponce vs. Metropolitan Expreso Cía. Ltda.,” 12 de noviembre de 2002, publicada en la Gaceta Judicial Serie 17, Número 11, p. 3395. “*En la terminología del Derecho Romano, los vocablos “caso fortuito”, deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos “fuerza mayor” designan los hechos realizados por el hombre. (...) De la definición del artículo 30 del Código Civil se extraen los dos elementos constitutivos del hecho que configura la fuerza mayor o caso fortuito. El primer elemento se refiere a un hecho imprevisible, esto es, alude a la idoneidad del deudor para anticipar el suceso dañoso que impide el cumplimiento de la obligación contractual. (...) El segundo elemento constitutivo de la fuerza mayor, o caso fortuito es que el hecho debe ser irresistible. Se trata de un hecho inevitable, o sea la insuficiencia material del individuo para obstaculizar o impedir la producción del acontecimiento dañoso. En este elemento juega también un sentido preponderante las condiciones de idoneidad del deudor, para juzgar sus cualidades y posibilidades reales de impedir los hechos lesivos.*”

inesperado, que los daños o consecuencias que impiden cumplir la obligación no puedan ser razonablemente anticipados; y, (ii) La irresistibilidad, que sea inevitable, que los daños o consecuencias que impiden cumplir la obligación no puedan ser evitados, según las cualidades y posibilidades reales de quien debe cumplir la obligación.

Mientras que doctrinariamente se han añadido dos elementos: (i) La exterioridad, que sea un hecho externo a quien lo alega, que es el componente que desde una perspectiva estrictamente civil o mercantil hace inimputable el incumplimiento de la obligación de esa naturaleza⁸; y, (ii) La existencia de una relación de causalidad entre el hecho ocurrido y el resultado material del mismo, pues “(...) Andrés Bello también trató el nexo causal como elemento del incumplimiento contractual, estableciendo que si dicho elemento es destruido no se configurará la responsabilidad en este ámbito. (...)”⁹.

Ahora bien, el acopio de estos requisitos solamente permite establecer si un determinado hecho constituye caso fortuito o fuerza mayor, pero el alcance de sus efectos jurídicos requiere analizarlos más detenidamente. Pues la simple ocurrencia de un hecho imprevisible, irresistible, externo a la voluntad de quien lo alega y conexo a un resultado concreto, no necesariamente exime en forma absoluta de responsabilidad a quien tenía el cumplimiento de una obligación a su cargo. Pues como bien distingue Graciela Monesterolo¹⁰, existen casos fortuitos o de fuerza mayor que solo ocasionan la suspensión absoluta o relativa de la relación laboral, como la calamidad doméstica (artículo 42.30 del CT) o la incapacidad temporal proveniente de enfermedad no profesional del trabajador (artículo 174.1 del CT). Mientras que en otras circunstancias sí se admite la terminación de la relación laboral bajo el presupuesto de que resulta imposible continuarla, como la muerte o extinción jurídica de la parte

⁸ Claro Solar, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, 1978, p. 537

⁹ Urrejola Santa María, Sergio “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil,” *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 17 (Diciembre 2011): 27–69, <https://doi.org/10.4067/S0718-80722011000200002>.

¹⁰ Monesterolo Lencioni, Graciela, *Instituciones de Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas*, vol. I (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012), 290 y 315.

empleadora cuya actividad resulta inviable continuar (artículo 169.4 del CT) o la muerte o incapacidad permanente y total del trabajador (artículo 169.5 del CT).

Por tanto, es un error de base considerar que el acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor habilita mecánica e invariablemente al empleador para terminar una relación laboral y mucho menos sin indemnizar. Pues de la interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico laboral más bien se desprende que la protección del principio de estabilidad laboral genera casi sin excepción indemnizaciones en favor del trabajador, aún cuando la terminación no sea ilegal o imputable al empleador. Como acontece en la cesión o enajenación de un negocio (artículo 171 del CT) — aún cuando la decisión de continuar o terminar la relación con el sucesor reside en la propia voluntad del trabajador—, en el fallecimiento del empleador doméstico cuyos herederos no lo subrogan (artículo 267 del CT) o la liquidación de un negocio (artículo 193 del CT), en los cuáles el trabajador tiene derecho a reclamar indemnizaciones consistentes con las del despido intempestivo.

3. Precedentes aplicativos del caso fortuito o fuerza mayor como causa de terminación contractual en materia laboral

Normativamente, escasos eventos han sido incorporados legalmente fuera de los constantes en la ejemplificación del precitado 169.6 del CT. Así pues, sobre el caso fortuito se tiene la muerte del empleador cuya actividad resulta imposible continuar por parte de sus herederos y la muerte o incapacidad permanente y total del trabajador. Mientras que para la fuerza mayor se encuentra la disolución oficiosa de una corporación conforme el artículo 577 del CC, la disolución de pleno derecho de una compañía según el artículo 361 de la Ley de Compañías¹¹ o aquel que operó *factum principis* derivado del plebiscito realizado el 07 de mayo de 2011, que prohibió en el

¹¹ Ecuador, Congreso Nacional, “Ley de Compañías,” Codificación publicada en el Registro Oficial No. 312 de 05 de noviembre de 2019.

país los negocios dedicados a juegos de azar como casinos y salas de juego, tornando jurídicamente esas actividades en ilícitas y por tanto imposible de ser continuadas por quienes las desarrollaban. Siendo este último un precedente imprescindible sobre cuáles son los efectos prácticos de una terminación contractual laboral por caso fortuito o fuerza mayor, pues en este caso la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales¹² y el artículo 3 del Reglamento de Juegos de Azar¹³ reconocieron expresamente la obligación patronal de indemnizar a los trabajadores como si hubiesen sido despedidos intempestivamente.

Jurisprudencialmente casi no existen precedentes, pero el caso Ricaurte Mendoza vs. Compañía J & P Cía. Ltda.¹⁴ establece que el caso fortuito o fuerza mayor cuyo resultado material imposibilite definitivamente la continuación de un contrato laboral está causal e indefectiblemente relacionado con la liquidación definitiva del negocio, que para efectos indemnizatorios en favor del trabajador se equipara al despido intempestivo conforme el artículo 193 del CT:

“(...) 3.2.- La afirmación de que J P Cía. Ltda. al momento de la terminación de la relación laboral con la accionante se encontró en una crisis económica que le obligó a cerrar el negocio y suspender el servicio de sus trabajadores amparado en lo dispuesto en el Art. 169 n. 6 del Código del Trabajo, que sostiene constituyó fuerza mayor, es necesario señalar que si

¹² Ecuador, Asamblea Nacional, “Ley orgánica para la defensa de los derechos laborales,” publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 797 de 26 de septiembre de 2012. “(...) DISPOSICIONES TRANSITORIAS: PRIMERA.- [Una vez embargados y rematados los bienes de los quienes hayan incumplido, el Ministerio de Relaciones Laborales] procederá al pago de las indemnizaciones a que se encuentran obligados los empleadores de los casinos y demás salas de juego, en favor de sus respectivos trabajadores, con ocasión de la culminación de sus actividades, en virtud de la disposición del mandato popular del 7 de mayo de 2011, por el que se prohibió los negocios dedicados a juegos de azar. (...)”

¹³ Ecuador, Presidencia de la República, “Reglamento de juegos de azar,” Decreto Ejecutivo No. 873 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 536 de 16 de septiembre de 2011. “(...) Artículo 3.- (...) En el caso de los pagos de indemnizaciones por despido intempestivo que se realicen a los trabajadores que laboren en los casinos y salas de juego (bingo - mecánicos) producto de los cierres, las personas naturales o los representantes legales de las personas jurídicas propietarias o administradoras de estos, no tendrán derecho para pedir repetición al Estado, ni indemnización alguna. (...)”

¹⁴ Ecuador, Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, “Juicio No. 1238-06, caso Ricaurte Mendoza vs. Compañía J & P Cía. Ltda.,” 03 de septiembre de 2008, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 112 de 31 de enero de 2011.

bien el caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, es causa que termina la relación laboral por liquidación del negocio que constituye un trámite dentro del que procede la notificación a los trabajadores y el pago de las indemnizaciones respectivas (Art. 193 del Código del Trabajo) (...)".

En el derecho comparado, los artículos 221 y 247 de la Ley de Contrato de Trabajo¹⁵ argentina, así como los artículos 47, 49.8, 51.1 y 53 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶ español, también establecen casos en que la fuerza mayor justifica la suspensión o la terminación de la relación laboral, respectivamente, debiendo señalar que en este último supuesto establecen una indemnización en favor del trabajador. Por su parte, los artículos 12.12, 47 y 51 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral¹⁷ peruana —tildada de ser pro empresarial— hace lo propio e incluso exige pericias para demostrar la existencia del caso fortuito alegado patronalmente. En Colombia, los artículos 51.1 y 61 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁸ establecen algo similar, porque si bien no reconocen expresamente a la fuerza mayor como causa de terminación, en cambio si señalan la muerte del trabajador y la suspensión de las actividades del empleador por más de ciento veinte días. En Venezuela, los artículos 72.i y 148 de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹⁹ establecen que frente a una razón técnica o económica que ponga en peligro de extinción la fuente de trabajo, la reducción de personal o modificar las

¹⁵ Argentina, "Ley de Contrato de Trabajo," Ley No. 20.744 dictada el 13 de mayo de 1976. Consultada en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

¹⁶ España, "Estatuto de los Trabajadores," Serie Legislativa, 1980-Esp. 1. Consultada en: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37817/64929/S94ESP01.htm>.

¹⁷ Perú, "Ley de Productividad y Competitividad Laboral," Decreto Supremo N° 003-97-TR, Leg No. 728,. Consultada en: <https://vlex.com.pe/vid/decreto-supremo-n-003-575977894?ga=2.16490227.47311484.1585705969-734100398.1585705969>.

¹⁸ Colombia, "Código Sustantivo del Trabajo," publicada en el Diario Oficial Año LXXXVIII, No. 27622 de 7 de junio de 1951. Consultada en: <http://www.mintrabajo.gov.co/normatividad/leyes-y-decretos-ley/codigo-sustantivo-del-trabajo>.

¹⁹ Venezuela, "Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras," publicada en la Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario de 07 de mayo de 2012. Consultada en: <http://www.onapre.gob.ve/index.php/publicaciones/descargas/finish/43-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras/210-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras>.

condiciones de trabajo, se requerirá de una autorización administrativa que mientras no sea emitida inviste a los trabajadores de inamovilidad.

En la doctrina ecuatoriana, Sarango Alcívar y Vivanco Vargas señalan que “(...) En esta causal el caso fortuito debe ser de tal magnitud que imposibilite el trabajo cuando suceda un acontecimiento extraordinario que los contratantes no puedan prever o que previsto no lo puedan evitar. La fuerza mayor en cambio, se refiere al hecho que se sea ajeno a la voluntad de los contratantes y superior a ella, y que sea imprevisto e inevitable, situación que acarrea la terminación del contrato cuando no permite de ninguna manera que se realicen o continúen las labores. (...)”²⁰. En tanto, Párraga Lino complementa que “(...) el rol del Estado frente a desastres naturales en el contexto del derecho al trabajo, es garantizar todos los derechos y principios que rigen las relaciones en defensa de la parte más vulnerable que es el trabajador. Así, el Ecuador tiene la obligación de crear las condiciones idóneas para evitar que se haga uso inadecuado de la causal del caso fortuito o fuerza mayor para terminar la relación de trabajo, de tal manera que el cese laboral solo se verifique ante una verdadera imposibilidad para seguir desarrollando las actividades, conforme lo manda el Art. 169 numeral 6 del Código de Trabajo. (...)”²¹.

4. Conclusiones

De todo lo expuesto, una primera conclusión es que la pandemia de COVID-19 y las medidas implementadas para enfrentarla evidentemente constituyen un caso fortuito y fuerza mayor en el Ecuador. Pero la magnitud y configuración de sus elementos constitutivos resulta insuficiente para justificar la terminación de relaciones laborales y solamente alcanza para

²⁰ Sarango Alcívar, Juan y Vivanco Vargas, Germania, “El despido intempestivo frente a los derechos constitucionales ecuatorianos. Necesidad de reformulación,” Universidad y Sociedad 10, no. 2 (Febrero 27, 2018): 181–86, <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/845>.

²¹ Párraga Lino, Andrea Beatriz, “El rol de las autoridades administrativas laborales como custodios del derecho a la estabilidad del trabajo frente a los problemas laborales generados por desastres naturales de gran magnitud. Secuelas del 16A,” ed. Gina Chávez Vallejo (Maestría en Derecho, Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2017), p. 19-20.

sustentar una suspensión (interrupción) de las mismas conforme el artículo 60 del CT. Norma legal que aparece prácticamente transcrita en la parte del Acuerdo No. 2020-077 que refiere la suspensión de jornada, precisamente porque el Decreto Ejecutivo No. 1017 solo declaró el estado de excepción por sesenta días. Luego, no existe un carácter definitivo ni imposibilidad que habiliten al empleador para conculcar el principio constitucional de estabilidad laboral y a su vez de los derechos fundamentales al trabajo, salud, alimentación y en general a una vida digna. Tanto más que los empleadores que de hecho e ilegalmente están despidiendo masivamente trabajadores conforme el artículo 169.6 del Código del Trabajo mantienen sus operaciones activas y para el efecto han mantenido personal en su nómina.

Una segunda conclusión es que la terminación de la relación laboral debido a un caso fortuito o de fuerza mayor, aunque fuera jurídicamente procedente, a la luz de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico laboral, así como de los precedentes aplicativos a nivel normativo, jurisprudencial, comparado y doctrinal, sí obliga al empleador a indemnizar al trabajador de una manera consistente con el despido intempestivo, pues a imposibilidad de continuar un negocio actualmente lleva a ese desenlace conforme el artículo 193 del Código del Trabajo. Pues la interpretación y aplicación eminentemente civilista y eximente de indemnizaciones que algunos empleadores pretenden dar al artículo 169.6 del Código del Trabajo, no considera que esa figura debe adaptarse al carácter tuitivo que caracteriza al Derecho del Trabajo, en razón de la asimetría que existe en la relación entre empleadores y trabajadores, a quienes algunos quieren despojar inclusive de la bonificación por desahucio. Pero debiendo aclarar también que el grave efecto económico que están afrontando los empleadores ecuatorianos proviene de una inadecuada e incompleta regulación legislativa, en el caso de la suspensión por forzar el pago normal de remuneraciones durante periodos improductivos y en el de la terminación por tener que indemnizar como si hubiese sido un despido intempestivo. Particulares que podrían ser razonablemente

ajustados hasta alcanzar un equilibrio que resguarde adecuadamente los derechos de los trabajadores, pero sin propiciar catástrofes a los empleadores y por ende generar desempleo.

Para terminar, quisiera compartir el criterio emitido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el contexto específico de la pandemia de COVID-19, que manifiestamente indica que “En el caso de los despidos individuales, el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) establece, como principio básico, que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador sin que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa”²². Que si bien no está ratificado por el Ecuador, es un instrumento internacional que indica el norte hacia el cual deberían apuntar las autoridades administrativas y judiciales en atención al principio constitucional de favorabilidad al momento de conocer causas referentes a este tema.

²² Organización Internacional del Trabajo, Las normas de la OIT y el COVID-19, 23 de marzo de 2020. Consultada en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf.

Bibliografía

- CLARO SOLAR, L. (1978). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago.
- MONESTEROLO LENCIONI, G. (2012). *Instituciones de Derecho Laboral Individual. Herramientas Didácticas*. Vol. I. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- PÁRRAGA LINO, A. (2017). “El rol de las autoridades administrativas laborales como custodios del derecho a la estabilidad del trabajo frente a los problemas laborales generados por desastres naturales de gran magnitud. Secuelas del 16A”. Ed. Gina Chávez Vallejo, Maestría en Derecho, Instituto de Altos Estudios Nacionales.

Recursos electrónicos

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020). *Las normas de la OIT y el COVID-19*, 23 de marzo de 2020. Consultada en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_739939.pdf.
- SARANGO ALCÍVAR, J. y VIVANCO VARGAS, G. (2018). “El despido intempestivo frente a los derechos constitucionales ecuatorianos. Necesidad de reformulación”. *Universidad y Sociedad* 10. N° 2. Disponible en <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/845>.
- URREJOLA SANTA MARÍA, S. (2011). “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*. N° 17. Disponible en <https://doi.org/10.4067/S0718-80722011000200002>.

LAS REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA EN ARAS DE LA FLEXIGURIDAD Y LAS QUE QUEDAN PENDIENTES PARA RECUPERAR DERECHOS SOCIALES

LABOR REFORMS IN SPAIN FOR THE FLEXIGURITY AND THOSE THAT ARE PENDING TO RECOVER SOCIAL RIGHTS

Daniel TOSCANI GIMÉNEZ

Profesor Titular, Universidad de Valencia (España)

daniel.toscani@uv.es

Fecha de envío: 19/07/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

LAS REFORMAS LABORALES EN ESPAÑA EN ARAS DE LA FLEXIGURIDAD Y LAS QUE QUEDAN PENDIENTES PARA RECUPERAR DERECHOS SOCIALES

Daniel TOSCANI GIMÉNEZ

Universidad de Valencia (España)

Resumen: En la actualidad, en algunos sectores se argumenta que el Derecho del Trabajo ha quedado, por así decirlo, desfasado, que es propio de otras épocas y siendo efectivamente necesario que establezca unos derechos mínimos, ya no es necesario que sea tan garante y tan rígido para regular las nuevas relaciones laborales. Hasta el punto que algunos detractores hablan de la rigidez del derecho del trabajo, esto es, que es poco sensible a las necesidades de adaptación de la empresa a las situaciones del mercado y la necesidad, en consecuencia, de flexibilizarlo, de tal modo que la empresa se pueda adaptar a las variaciones constantes del mercado moderno, pudiendo, por ejemplo, variar horarios, jornadas, funciones, número de trabajadores en función de las necesidades que experimente su actividad empresarial. Estas reivindicaciones se escuchan con más fuerza conforme nos asola cada crisis económica sucesiva en el tiempo, como panacea para recuperarse de la misma. Incluso se llega a decir que la supuesta rigidez del ordenamiento laboral es la causa de las crisis económicas que se sufren y, por lo tanto, con cada crisis que nos embiste, sea ya porque se crea que el derecho laboral es la causa exclusiva de las mismas o porque se alegue que es una de las causas, al menos, se vuelven a escuchar las voces de la necesidad de flexibilizar todavía más el derecho del trabajo. En todo caso, se propugna, al menos que esta flexibilización del Derecho Laboral se debe llevar a cabo procurando su compatibilidad con la seguridad en el empleo para los trabajadores, lo que se bautiza con el término de “Flexiguridad”. Pero, ¿en qué consiste esta flexibilización del Derecho del Trabajo, como se ha llevado a cabo en España y se ha compatibilizado realmente

con la seguridad en el empleo para el trabajador, se ha conseguido ese equilibrio?

Palabras clave: Reforma laboral - Flexiguridad - Flexibilidad externa - Flexibilidad interna - Flexibilidad en la salida - Contratación - Condiciones de trabajo - Cambio de condiciones de trabajo - Despido

Sumario: 1. Flexibilidad externa. 2. Flexibilidad interna. 3. Flexibilidad en la salida. 4. Conclusiones.

Abstract: At present, in some sectors it is argued that Labor Law has been, so to speak, outdated, that it is typical of other times and being effectively necessary to establish minimum rights, it is no longer necessary to be so guarantor and so rigid to regulate new labor relations. To the point that some detractors speak of the rigidity of labor law, that is, that it is not very sensitive to the needs of adaptation of the company to market situations and the need, consequently, to make it more flexible, so that the company can adapt to the constant variations of the modern market, being able, for example, to vary hours, hours, functions, number of workers depending on the needs of their business activity. These demands are heard more strongly as each successive economic crisis devastates us over time, as a panacea to recover from it. It even goes so far as to say that the supposed rigidity of the labor order is the cause of the economic crises that are suffered and, therefore, with each crisis that affects us, either because it is believed that labor law is the exclusive cause of themselves or because it is alleged that it is one of the causes, at least, the voices of the need to make labor law even more flexible are heard again. In any case, it is advocated, unless this flexibilization of Labor Law should be carried out trying to ensure its compatibility with job security for workers, which is baptized with the term “Flexi-security”. But, what does this flexibilization of Labor Law consist of, as it has been carried out in Spain and has it really been made compatible with job security for the worker, has this balance been achieved?

Key words: Labor reform - Flexi-security - External flexibility - Internal flexibility - Flexibility in departure - Recruitment - Working conditions - Change in working conditions - Dismissal

Summary: 1. External flexibility. 2. Internal flexibility. 3. Exit flexibility. 4. Conclusions.

1. Flexibilidad externa

Flexibilidad externa o flexibilidad en la entrada, a saber, la libertad para contratar, desde una doble vertiente, esto es, tanto la libertad para contratar o no a trabajadores como la libertad de contratar, en su caso, a la persona concreta que el empresario quiera, así como la libertad de contratarle bajo distintas modalidades contractuales. En este sentido, el Derecho Laboral español es extremadamente flexible en la entrada. De este modo, en la empresa privada (no así en la pública, donde la empresa debe contratar respetando el procedimiento de selección establecido; oposiciones, concursos de méritos, bolsas de trabajo, etc.), salvo que se hubiera acordado lo contrario en el Convenio Colectivo correspondiente, lo cual no es lo habitual, el empresario tiene absoluta libertad para contratar, esto es, para contratar o no, por lo tanto para fijar el número de trabajadores en su plantilla (salvo algunas excepciones aisladas, como Empresas de Trabajo Temporal o Cooperativas y Sociedades Laborales, donde la normativa específica obliga a disponer de un número mínimo de trabajadores, como veremos), como para escoger el trabajador concreto que desea contratar. Así, no es necesario contratarlo a través de las Oficinas Públicas de Empleo, puede recurrir a Empresas de Trabajo Temporal o Agencias privadas de selección o colocación de trabajadores. Puede realizar proceso de selección o no, contratando directamente el trabajador que, en última instancia, quiera, sin necesidad de justificar su decisión; con el único límite de no llevar a cabo discriminaciones prohibidas por algunas de las razones del art. 14 de la CE o el art. 17 del ET.

Además, como ya hemos adelantado, la empresa dispone de una amplia gama de contratos laborales, como también veremos en detalle, indefinidos o fijos y un abanico de modalidades de contratos temporales, hasta el punto que se habla de contratación a la carta. En un primer momento no existían contratos temporales. Así, la empresa únicamente podía contratar a través de contratos indefinidos o fijos. No obstante, a partir de la década de los ochenta se introducen varias modalidades de contratación

temporal para que la empresa pueda cubrir, asimismo, sus necesidades reales de mano de obra temporal y para que se creasen puestos de trabajo.

Por lo tanto, estos contratos temporales en nuestro ordenamiento laboral, al menos en teoría, como veremos, son causales. Así, a diferencia de la normativa de otros países donde el empresario puede optar libremente entre realizar contratos indefinidos o contratos temporales para cubrir sus necesidades de mano de obra, en España, el empresario sólo puede acudir a la contratación temporal cuando exista una necesidad real de mano de obra temporal, esto es, cuando la actividad empresarial para la cual se quiera contratar a trabajadores sólo sea temporal y limitada en el tiempo. Si es una actividad empresarial continua permanente en el tiempo, que no finaliza en un momento determinado, sino que se repite todos los años, es necesario celebrar contratos indefinidos, como veremos.

No obstante, a pesar de mantenerse formalmente la preferencia por el empleo estable o los contratos indefinidos, se introduce una variedad excesiva de modalidades de contratación temporal, hasta el punto de ser calificado como una de las normativas más abiertas e incluso desreguladoras de las de Europa occidental. Lo que da lugar a hablar de una contratación a la carta, llegando algunos autores incluso a dudar de la exigencia de la causalidad como requisito de la contratación temporal. Ya que en la práctica, no hay un verdadero control de la causalidad., salvo en las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores. Ya que en estos casos, como veremos, hay que entregarles una copia básica del contrato, estipulando la modalidad de contrato y la causa real por la cual se celebra. De tal modo que los representantes pueden controlar si efectivamente hay causa real de necesidad de mano de obra temporal o en una contratación temporal fraudulenta. Pero debido al tejido empresarial español, constituido por empresas muy pequeñas, en la gran mayoría de las empresas simplemente no hay representantes legales de los trabajadores. Sólo en empresas de 10 o más trabajadores hay obligación de constituir representantes legales de los trabajadores. Pero esto sólo es el 12% de las empresas. Así, en el 88% de las empresas españolas, que son de menos de

10 trabajadores, simplemente no hay representantes legales de los trabajadores. Lo deberían denunciar los propios trabajadores, que en la práctica no lo hacen por el miedo a perder su trabajo y la Oficina Pública del Empleo tampoco lleva a cabo un control de la legalidad del contrato. Ya que, aun cuando existe la obligación de entregar una copia del contrato a los servicios públicos de empleo, estos se limitan a registrarlo a efectos estadísticos, pero no llevan a cabo un control real de la legalidad del contrato. Tampoco la Inspección de Trabajo, que debido a los pocos efectivos con los cuales cuenta, unos 800 inspectores, 1 por cada 24.000 trabajadores, en la práctica sólo actúa por denuncia o por inspecciones programadas a algunas pocas empresas de algunos sectores.

Esto se demuestra gráficamente si vemos el elevado índice de temporalidad que existe (la tercera parte del total de los trabajadores del mercado laboral tienen un contrato temporal. Porcentaje que, además, no hace más que aumentar todos los años, ya que aproximadamente de cada 100 contratos laborales que se realizan 10 son indefinidos y 90 temporal). Esta alta tasa de temporalidad, llamada también precariedad del mercado laboral, es también, en buena medida, debido a una alta tasa de fraude en la contratación temporal, estimándose que alrededor del 50% de los contratos temporales se celebran en fraude de ley, esto es, que no responden a necesidades reales de mano de obra temporal, sino que encubren actividades permanentes que deberían cubrirse con contratos indefinidos, pero que el empresario lo hace con contratos temporales que le ofrecen mayores ventajas.

Así, para empezar, el coste de poner fin a un contrato temporal es sensiblemente inferior, una indemnización de 12 días de salario, por año de servicio o la parte proporcional si se ha trabajado menos, que suele ser lo habitual en contratos temporales cuya media es de tres meses (así, un contrato que ha durado tres meses, tendría una indemnización únicamente de 4 días de salario de indemnización). Mientras que, como veremos, un contrato indefinido puede llegar a tener una indemnización de 33 días de

salario, por año trabajado o la parte proporcional, en caso de que se haya trabajado menos de un año. Sensiblemente mayor.

También, en la práctica, es más fácil explotar, por así decirlo, a un trabajador, que está con un contrato temporal, pendiente de su renovación (lo típico, pues si te portas bien, te renovamos el contrato si no) que un trabajador con un contrato indefinido que puede permitirse ser más reivindicativo.

De este modo, lo que en realidad son actividades normales y permanentes de las empresas, no obstante se cubren, en gran medida y de forma habitual, por trabajadores con contratos temporales.

Además, esta excesiva temporalidad introducida en el mercado laboral no tiende, como era su finalidad, hacia la creación o al menos el reparto del empleo, sino más bien hacia la sustitución de los trabajadores fijos de plantilla por trabajadores temporales. De tal manera que, como hemos dicho, cada vez hay más trabajadores temporales y mayor precariedad, facilitada por la diversidad de contratos y los contornos a veces difusos entre unos y otros, así como la excesiva permisividad de la jurisprudencia en la utilización de ciertas modalidades, como el de obra y servicio, todo lo cual hace extraordinariamente difícil la aplicación del fraude de ley.

La anterior circunstancia ha llevado a que algunos autores hayan apuntado hacia un notable e incluso insalvable proceso de fragmentación del ordenamiento laboral. Así, hay disfuncionalidades que, por otro lado, son inevitables, si no se adoptan medidas correctoras, en un sistema diseñado alrededor de una relación laboral estable e indefinida, todavía hoy, al menos formalmente, considerada como típica. Así, por ejemplo, la imposibilidad práctica de ejercer la mayoría de los denominados derechos colectivos, que requieren del principio de estabilidad en el empleo, supuestos de excedencias de larga duración o algo tan simple como las vacaciones anuales, sin tener que conformarse con una mera compensación económica de las mismas. Por no mencionar las excesivas dificultades que experimenta

el colectivo de trabajadores precarios para poder acceder a una protección social digna.

De tal forma que, en consecuencia, se crea un binomio que literalmente coloca una espada de Damocles sobre las cabezas de estos trabajadores, que les impide de facto reivindicar derechos legítimos, por temor a represalias empresariales.

Además, se normaliza esta situación y se habla de la costumbre de la precariedad, no sólo en el empresario, como sería evidente, sino también en el propio trabajador, que se habitúa a una rotación excesiva, interioriza la temporalidad como algo “natural”, alternando periodos de trabajo con periodos de desempleo. Los efectos negativos de una excesiva precarización no sólo perjudican, sin embargo, a los trabajadores, sino que también a los propios empresarios. En efecto, las altas tasas de rotación de trabajadores provocan una falta de profesionalidad y de mano de obra especializada, lo cual impide la identificación del trabajador con la propia empresa, desincentivando su interés en la marcha de la misma. Pero también se perjudica el sistema de protección social. El alto índice de rotación injustificado de los trabajadores, por un lado, produce efectos negativos en el propio equilibrio financiero de la prestación por desempleo y por otro, incrementa el gasto en prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal y permanente, provocado por el aumento en las cotas de siniestralidad laboral.

La dualidad entre trabajadores fijos y temporales constituye el problema estructural más grave de nuestro mercado de trabajo”. La contratación temporal la fórmula mayoritariamente utilizada por las empresas españolas para obtener flexibilidad. De hecho, el recurso excesivo a la temporalidad ha impregnado nuestro sistema de tal forma que ha remplazado la utilización normalizada de múltiples instituciones laborales tales como los períodos de prueba al inicio de las contrataciones indefinidas, la contratación a tiempo parcial, los contratos formativos o las medidas de flexibilidad interna (cambio de funciones, de condiciones laborales como salario o jornada, etc., de forma temporal para superar supuestos de crisis)

que, como es fácilmente constatable, son empleadas en nuestro país de forma significativamente más reducida que en los países de nuestro entorno europeo.

Sin embargo, las medidas adoptadas desde hace años para corregir esta disfunción de nuestro mercado de trabajo, principalmente el fomento de la contratación indefinida basado en subvenciones y la reducción de las cotizaciones sociales, han resultado ineficaces, pues cuando se han agotado las bonificaciones, por regla general, las empresas han puesto fin a los contratos, formalmente indefinidos, llevando a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración, esto es, contratos indefinidos de verdad, donde los trabajadores están protegidos frente al despido y, por lo tanto, frente a una posible arbitrariedad empresarial por una elevada indemnización por despido y contratos indefinidos meramente formales ya que, pese a llamarse contratos indefinidos, el coste del despido es más barato y se asemeja al de un contrato temporal. Lo cual genera un nuevo dualismo, bajo la apariencia formal de contratos indefinidos, existente, no obstante, contratos formalmente indefinidos (en realidad contratos temporales con menos coste de despido) y contratos indefinidos de verdad.

Por ello se ha hablado como solución, crear el contrato único indefinido, esto es, poner fin a la contratación a la carta, contratación temporal y contratos indefinidos y que el empresario no pueda escoger entre distintos contratos a la hora de contratar a un trabajador, sino que sólo existe una única modalidad de contrato laboral bajo el cual se pueda contratar. Ahora bien, obviamente, la “quid” de la cuestión radica, de nuevo, en el coste del despido, en la cuantía de la indemnización que deba pagar el empresario. En efecto, si este contrato único tuviera un coste del despido elevado 33 días, por ejemplo, ofrecería una verdadera protección para el trabajador frente a un despido arbitrario del empresario y sería un contrato indefinido de verdad. Sin embargo, si se le fijara un despido bajo, 12 días, por ejemplo, no dejaría de ser formalmente asumible despedir al trabajador como ahora se hace a través de los contratos temporales y sólo sería un contrato indefinido sobre el papel. Por ello, los empresarios pedían un contrato único

con un despido bajo e incluso no tener que pagar indemnización alguna durante los primeros años de la contratación. De este modo, como en la actualidad realmente el coste medio del despido que se paga son unos 20 días por año de servicio, como veremos, debido a la generalización de los despidos objetivos, lo razonable sería establecer un contrato único con una indemnización intermedia, probablemente en torno a unos 25 días de salario por año de servicio. También se ha dicho que debería ser progresiva, esto es ninguna o poca indemnización los primeros meses o años del contrato y luego paulatinamente va aumentando hasta llegar a la indemnización máxima. Sin embargo, a nadie se le escapa que, de ser así, el empresario podría ir despidiendo trabajadores antes de llegar a la antigüedad en la empresa para tener derecho a la indemnización máxima y sustituyéndolos por nuevos que todavía no tengan indemnización, creando así otra dualidad. En la práctica, esto ya se ha hecho, aunque sea indirectamente.

En efecto, aunque finalmente, con las reformas de 2012, no se ha optado formalmente por el contrato único, ya que se mantienen los contratos indefinidos y temporales, pero se ha creado una modalidad contractual que, en la práctica, pretende fomentar la contratación indefinida, a saber, el llamado contrato para emprendedores que también fomenta la contratación indefinida a través de deducciones fiscales y bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social. Con el agravante añadido, sin embargo que ahora, recogiendo en parte las peticiones empresariales, finalmente, sí que se prevé la posibilidad de libre desistimiento durante el primer año de los trabajadores jóvenes que se articula a través de la posibilidad de tener a estos trabajadores hasta un año en periodo de prueba con este contrato, pudiendo poner fin a la relación laboral, el empresario, en cualquier momento sin indemnización. Parece más bien que esto podría llevar de nuevo a contratos indefinidos “de corta” y de “larga” duración generando un nuevo dualismo, un despido libre y barato y una falta absoluta de control judicial de la extinción y del encadenamiento de contratos que se van extinguiendo y celebrando de nuevo, ya que ni se prohíbe la sustitución por otro de igual

naturaleza con otro trabajador a su conclusión, ni se exige que con el mismo se produzca una creación neta de empleo.

Podría desnaturalizar la figura del periodo de prueba, dado el criterio restrictivo del Tribunal Supremo en la aceptación de una duración del periodo de prueba que guarde poca relación con el necesario conocimiento profesional por parte de ambos sujetos de la relación laboral, hasta el extremo de que provoca dudas respecto de su compatibilidad con la exigencia constitucional de causalidad de la extinción contractual. En efecto, parece que más bien estamos ante un nuevo contrato temporal sin causa de un año de duración, que incrementa la dualidad en el mercado de trabajo, e introduce una submodalidad de despido respecto a los hasta ahora existentes, el despido sin causa y sin indemnización, lo que conlleva la desprotección total del trabajador frente al poder empresarial. Sólo superado el primer año de duración del contrato se estará ante un verdadero contrato indefinido.

Tampoco se incide sobre la contratación temporal fraudulenta de una forma real y eficaz, pues es cierto que la prohibición de encadenamiento de contratos temporales prevista en el artículo 15.5 de la LET se vuelve a aplicar tras 31 de diciembre de 2012. De tal forma que ahora no es posible ir contratando en el tiempo a trabajadores con sucesivos contratos temporales de obra y eventuales durante más de 24 meses en un periodo de 30 meses.

Sin embargo, si bien a partir de dicha fecha vuelve a entrar en vigor, a nadie se le escapa las posibilidades, relativamente sencillas, de evitar la aplicación del mismo: rotación en el mismo puesto con dos o más trabajadores distintos, o con las modalidades de contratación exentas, interinidad, etc. Por no mencionar la posibilidad de rodear esta norma a través de la externalización de la mano de obra y, muy especialmente la subcontratación.

Mientras el coste del utilizar estos contratos temporales sea para el empresario menor, no dejará de utilizarlos frente a la contratación indefinida. Por ello, si se mantienen los contratos temporales sólo se puede cesar la utilización fraudulenta, elevando el coste de su utilización, para que no le sea

tan rentable al empresa, elevando las cotizaciones a la Seguridad Social de estos contratos y el coste por finalización del contrato, equiparándola al del despido de los contratos indefinidos y controlando que realmente se acude a ellos por necesidades reales de mano de obra temporal y no encubriendo actividades permanentes.

Otra posibilidad sería precisamente que la contratación temporal dejase de ser causal, esto es, que no fuera necesario tener una causa para recurrir a la misma y como ocurre en otros países, se condicione cuantitativamente y no cualitativamente la contratación temporal, estableciendo un número máximo de trabajadores que puede tener la empresa con contratos temporales, en función del número total de trabajadores que tenga en plantilla. Así, por ejemplo, empresas de menos de 100 trabajadores, 15% máximo de trabajadores con contratos temporales.

Pero lo que no se puede hacer, obviamente, es tener una contratación temporal causal y luego en la práctica no controlar la causalidad real de esa contratación temporal, pues esto nos llevan a tasas desorbitadas de temporalidad, como hemos dicho, de cada 100 contratos nuevos que se celebran 10 son indefinidos y 90 temporales. ¿Hay tanta necesidad real de mano de obra temporal? Evidentemente no, la gran mayoría es fraudulenta, pero no se controla.

Otro punto ha sido la exclusión de grandes colectivos de la aplicación de los derechos del Estatuto de los Trabajadores y de los convenios colectivos aplicables. Las reducciones de derechos directas son muy peligrosas, pero las indirectas más todavía, porque sin tocar derecho ni condiciones laborales directamente, se les deja de aplicar a grandes colectivos de trabajadores porque se les saca de su ámbito de aplicación. Como se hizo con los la figura del **trabajador autónomo económicamente dependiente regulado por el Estatuto del Autónomo aprobado por la ley 20/2007, de 11 de julio**. (El TRADE). El TRADE es aquel supuesto autónomo, que sólo trabaja para una empresa o si trabaja para más, percibe al menos el 75% de sus ingresos exclusivamente de una de esas empresas y no tiene contratados trabajadores por cuenta ajena. Antes de la reforma

estos trabajadores eran por cuenta ajena y se les aplicaba el ET y los convenios. Ahora se les aplican derechos muy inferiores específicos. ¿Qué autónomo es este que sólo trabaja para un cliente? ¿No es una excusa para aplica condiciones de trabajo inferiores. Lo mismo se quiere hacer ahora con los repartidores de comida de las grandes plataformas. Se habla de autónomos digitales. ¿Con qué fin? Para aplicar condiciones de trabajo inferiores, por eso no se puede permitir. Los repartidores de las plataformas son trabajadores por cuenta ajena y se les debe aplica los derechos del ET y del Convenio, no unos inferiores, con la excusa de que la forma de trabajar es especial y requiere de un regulación específica. ¿La forma de trabajar es especial, si están prestando servicio del siglo 19, lo que será distinto es la forma de contratar a través de las grandes plataforma o APPs, pero esto no justifica que los trabajadores deban tener unas condiciones de trabajo inferiores. Son trabajadores por cuenta ajena, que no se hacen publicidad a sí mismo, que la empresa les deriva los clientes y no cobran de los clientes, sino de la empresa.

2. Flexibilidad interna

A continuación se puede hablar de una flexibilidad interna, esto es para las facilidades que pueda tener la empresa para adaptarse a las exigencias del mercado y de la demanda. Así, poder reducir horas de trabajo cuando no haya tanta demanda a través de reducciones de la jornada de los trabajadores o suspensiones de los contratos (lo que se ha llamado también como EREs temporales), cambio de funciones de los trabajadores, que se les cambie el cometido para el cual fueron contratados inicialmente, así como de localidad y en última instancia, modificación de las condiciones de trabajo, por ejemplo, reducción de salarios, etc. Todo ello, con la supuesta finalidad de evitar que el ajuste a la demanda se haga por la vía de la flexibilidad externa, esto es a través de despidos. Por lo tanto, la se sacrifican derechos, pero para mantener los empleos y evitar despidos.

En este sentido, con las últimas reformas se amplían extraordinariamente las facultades empresariales para llevar a cabo una movilidad funcional o geográfica o modificación de condiciones de trabajo. Así, desaparece la clasificación profesional por categorías y se realiza ahora exclusivamente por grupos. De tal modo que, los grupos ya no podrán incluir en su estructura diversas categorías profesionales, sino únicamente distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades. La finalidad, obviamente, es la de ampliar las facultades unilaterales de la empresa para cambiar unilateralmente las funciones del trabajador.

La exigencia de causalidad se flexibiliza para la asignación de funciones inferiores, ya que se elimina la justificación por razones perentorias o imprevisibles de la actividad laboral.

Además, en la nueva redacción del art. 39, tras la reforma laboral de 2012, se elimina la referencia a los derechos profesionales del trabajador como límite, asimismo, a la movilidad funcional. Así, el trabajador no puede ya rescindir el contrato con derecho a indemnización, por vulnerar el cambio de funciones sus derechos profesionales.

Se produce un cambio significativo en la concurrencia de causas que permitan adoptar al empleador una decisión de modificación de condiciones de trabajo, desapareciendo la concreción de la existencia cuando las medidas pudieran contribuir a mejorar la situación de la empresa mediante la mejor utilización de sus recursos humanos, refiriéndose ahora, forma genérica, a razones “que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. De tal forma que las causas son ahora todavía más ambiguas, si cabe, que antes y se desdibuja sustancialmente la exigencia de causalidad, quedando prácticamente su incumplimiento reducido a órdenes discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales, lo cual da todavía más margen de maniobra a la empresa, quedando todo en manos de un posterior control judicial si el trabajador finalmente demanda.

Además, en el concreto supuesto de modificación de condiciones de trabajo acordadas en convenio colectivo estatutario, se viene a objetivizar y

cuantificar la concurrencia de causa económica, entendiendo por tal, en última instancia, la disminución persistente de ingresos “o” ventas, una u otra no de forma acumulativa “durante dos trimestre consecutivos”. De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas.

En consecuencia, se podrá llevar a cabo la modificación por esta causa con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en la situación económico-financiera de la empresa, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. No tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo. Así, es posible que ahora puedan modificar condiciones de trabajo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo.

De este modo, se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa como venía exigiéndose hasta ahora.

Se reducen las posibilidades de rescindir el contrato de trabajo por causa de tales modificaciones al amparo del art. 50 ET (esto es, con indemnización equivalente al despido improcedente). Así, ya sólo cabe instar tal rescisión si la modificación sustancial se realiza sin seguir los trámites del art. 41 ET y con menoscabo de la dignidad del trabajador. Antes de la reforma, cabía instar tal rescisión ante una modificación sustancial aplicada conforme a los trámites legales, si de ella derivaba un perjuicio a la formación profesional. De tal modo que ahora, además de eliminar el supuesto de

perjuicio de la formación profesional, se elimina, asimismo, la facultad rescisoria indemnizada, cuando la modificación perjudique la dignidad del trabajador, a pesar de ser conforme al art. 41, supuesto que, con la antigua redacción, era posible. De este modo, de forma no sólo injustificada, sino incluso podría argumentarse inconstitucional, se prima las facultades de dirección y organización empresarial frente a derechos fundamentales del trabajador.

Se produce la desaparición de la intervención de la autoridad administrativa laboral autorizando el expediente de suspensión o reducción de jornada. Así, ya no es necesario tramitar un ERE para suspender el contrato o para reducir la jornada de trabajo.

No obstante, lo más importante sin duda en este apartado es las modificaciones introducidas en la negociación colectiva. En efecto, aun cuando el Estatuto de los trabajadores (ET) es la norma laboral común más importante, no deja de ser una norma de derechos mínimos que, pueden y han sido mejorados en los convenios colectivos. De tal forma que en la actualidad, los verdaderos derechos de los trabajadores se encuentran en los convenios colectivos. La mayoría mejorados respecto a los que establece el ET y algunos regulados exclusivamente en los convenios ya que el estatuto no los establece, como puede ser, por ejemplo, la cuantía de los salarios. Existen convenios colectivos de varios ámbitos, Estatales, Autonómicos, provinciales y de empresa. Hasta ahora, los inferiores siempre debían respetar lo que establecían los superiores, negociados con las organizaciones sindicales. De tal modo que un empresario no podía negociar un convenio colectivo de su empresa, reduciendo los derechos que se habían fijado en los convenios de ámbito superior.

No obstante, ahora con las reformas, el nuevo artículo 84.2 ET concede prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto de los de ámbito superior en una amplia serie de materias: salario base y complementos, horas extraordinarias, régimen y retribución del trabajo a turnos, horario y distribución del tiempo de trabajo, adaptación del sistema

de clasificación profesional y de modalidades de contratación, medidas de conciliación y demás materias previstas en los acuerdos interprofesionales.

Es verdad, que las pequeñas empresas, la gran mayoría en España, tienen enormes dificultades para aplicar las condiciones que se negocian en los convenios colectivos supra empresariales, pero no parece que la fijación de tales condiciones en convenios de empresa sea la mejor solución para adaptar las condiciones de trabajo a la realidad de la pequeña empresa. En efecto, en las pequeñas empresas no suele haber representación sindical y por lo tanto los convenios se negociarán con representantes unitarios no sindicales que, muchas veces, no son plenamente independientes con respecto a la empresa, con el riesgo que ello entraña, de que la empresa acabe imponiendo unilateralmente las condiciones de trabajo más importantes. Por ello, probablemente, hubiera sido más aconsejable establecer unas condiciones mínimas legales específicas diferentes para la pequeña empresa, pero por Ley para garantizar dicho derecho para los trabajadores en la pequeña empresa. Mientras que las grandes empresas deberían venir obligadas a cumplir las condiciones establecidas en los convenios supra empresariales y no tener la facultad de establecer condiciones laborales inferiores en sus empresas que, por su tamaño, no tienen las dificultades que encuentran las pequeñas empresas para aplicar dichas condiciones (por ejemplo, no es lo mismo que un autónomo que tenga una pequeña tienda con un empleado, deba pagarle los 1.500 euros al mes que le fija el convenio colectivo supra empresarial de su sector, además de la Seguridad Social, que lo deba hacer una multinacional).

Asimismo, se articula la posibilidad de no aplicar el convenio colectivo de referencia, sea el de la propia empresa o bien de ámbito superior en un amplio número de materias: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial; sistema de trabajo y rendimiento; funciones y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Es verdad que se sigue exigiendo para ello la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, apreciada según los

misimos criterios establecidos para el despido objetivo. Sin embargo, se viene a objetivizar y cuantificar la concurrencia de causa económica, entendiendo por tal, en última instancia, la disminución persistente de ingresos “o” ventas, una u otra no de forma acumulativa “durante dos trimestre consecutivos”. De tal forma que, pese a tener beneficios, si estos han disminuido durante dos trimestres consecutivos ya se puede llevar a cabo el descuelgue. Condición en la que se encuentran actualmente más del 85% de las empresas.

Se requiere una negociación con los representantes legales de los trabajadores. Sin embargo, en las empresas en las que no exista representación legal de los mismos (en la gran mayoría de las empresas pequeñas que suponen el 80% del tejido empresarial español), éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente. Con el agravante ahora que se permite, por tanto, modificar condiciones laborales acordadas en convenio colectivo estatutario a través de acuerdos con los propios trabajadores constituidos en comisiones “ad hoc”, lo que encubre “de facto” un pacto individual con cada trabajador o plural.

Desaparece, aunque de forma limitada por la amplitud del plazo de duración, la llamada “ultraactividad” del convenio. En efecto, las partes tienen ahora un máximo de un año para llegar a un nuevo acuerdo desde la denuncia del convenio colectivo que fuere de aplicación, y transcurrido ese plazo sin acuerdo o decisión arbitral que lo sustituya perderá su vigencia “y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que sea de aplicación”. Sin embargo, si no hay convenio colectivo superior, se aplicará la normativa laboral común, mínima, el ET, que en materia de salario, por ejemplo, sólo garantiza el SMI. Si bien, ahora, como veremos en el apartado de convenios colectivos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2014, aboga por la contractualización de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo que expira. Esto es, se siguen aplicando las condiciones de trabajo mejoradas en el convenio

colectivo, a pesar de que haya expirado su vigencia, porque pasan al contrato de trabajo de los trabajadores. Salvo que haya un convenio de ámbito superior (STS de 5 de junio de 2018).

3. Flexibilidad en la salida

Finalmente, hablamos de una flexibilidad en la salida, esto es, la facilidad con la cual una empresa puede despedir a un trabajador y el coste que dicho despido supone, en términos económicos, para la empresa. A tal respecto hay que destacar, en primer lugar que, frente al más conocido despido disciplinario, esto es, el despido por incumplimientos graves y culpables del trabajador de sus obligaciones laborales, se encuentran también las denominadas como causas objetivas de despido. Estas, a diferencia de las primeras, son causas en las cuales el trabajador no tiene culpa alguna, es decir, el trabajador no ha incumplido obligación laboral alguna, sino son supuestos en los cuales, la normativa establece la posibilidad de despedir por causas sobrevenidas, siendo la más conocida, las causas económicas.

En el despido disciplinario, si se prueba el incumplimiento del trabajador, la empresa no debe abonar indemnización alguna, ya que el despido será procedente. De no probarse dicho incumplimiento, pueden ocurrir dos cosas diferentes. La primera que en el despido se hayan vulnerado derechos fundamentales o que el mismo haya sido discriminatorio, en cuyo caso, el despido se declarará nulo, que conlleva la obligación de la empresa a readmitir el trabajador en las mismas condiciones que antes del despido y abonar los salarios de tramitación. La segunda, que no se hayan vulnerado derechos fundamentales y que no sea discriminatorio, pero que no se haya probado el incumplimiento del trabajador. En este caso, entonces, la empresa puede optar entre readmitir con el abono de los salarios de tramitación o despedir. Sin embargo, para poder despedir al trabajador debe pagar una indemnización de 33 días de salario por año de antigüedad, al ser el despido improcedente. Mientras que en los despidos

objetivos, si la causa se prueba la empresa podrá despedir pero debe pagar en todo caso una indemnización de 20 días de salario por año de antigüedad que tenga el trabajador en la empresa.

En este segundo supuesto, ahora tras la reformas de 2012, se profundiza en la flexibilización de las facultades empresariales y se procede a una nueva regulación del despido económico.

Se suprime la anterior exigencia causal para las empresas de que las situaciones económicas negativas pudieran afectar a su viabilidad o capacidad para mantener el empleo, y de que se justifique "la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa o a mejorar su situación, pretendiéndose reducir el margen de apreciación judicial. De este modo, se eliminan los juicios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, el control judicial queda reducido a verificar que la causa alegada esté relacionada con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa y no a que la medida adoptada sea una de las posibles para contribuir a mejorar la situación de la empresa como venía exigiéndose hasta ahora.

Ahora, la extinción de los contratos de trabajo se vincula a la exigencia de que durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior, con independencia del impacto que esta reducción de ventas haya producido en su situación económico-financiera, y en su capacidad para mantener el volumen de empleo. No tienen que implicar pérdidas para la empresa, no tienen que suponer ningún riesgo para su continuidad hacia el futuro y ni tan siquiera han de comprometer sus disponibilidades financieras como para hacer inviable para la misma el mantenimiento del conjunto de los puestos de trabajo. Así, es posible que ahora puedan acudir a la figura del despido colectivo por causas económicas empresas en una situación económica saneada, sin ningún atisbo de riesgo previsible sobre su continuidad o sobre su capacidad de mantener su actual volumen de empleo.

Con lo cual, al haberse objetivizado la concurrencia de esta causa en la reducción de ventas o ingresos durante tres trimestres consecutivos, situación que cumple el 85% de las empresas en estos momentos, los jueces no van a tener más remedio que considerar legal el despido.

Finalmente se opta por la supresión de la autorización administrativa, esto es de un ERE (Expediente de Regulación de Empleo), que era necesario antes cuando el número de trabajadores despedidos superaban los umbrales marcados en la Ley, lo que se denomina como despidos colectivos. En estos casos no se podía despedir sin la previa autorización de las autoridades laborales. Ahora ya no hay que acudir a dicha autorización previa, habiendo sólo una revisión judicial posterior y, en todo caso, si los trabajadores demandan en vía judicial. Con lo cual se facilita el despido en estos casos.

En el primer supuesto, de despidos disciplinarios, la indemnización para los nuevos contratos, en caso de despido declarado improcedente, se fija en 33 días de salario/año y un máximo de 24 mensualidades, es decir (no conviene olvidarlo ciertamente) la que ya existía para el contrato de fomento de la contratación indefinida. Para los contratos ya existentes se prevé un doble régimen de cuantía por año, 45 días para el período anterior a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 (12, de febrero de 2012) y 33 días para el resto. Además, en cualquier caso el importe no podrá ser superior a 24 mensualidades.

Así, pongamos por ejemplo, un trabajador con una antigüedad de 10 años y con un sueldo de 20.000 euros anuales. Ahora la indemnización máxima será aproximadamente de 1.833,15 euros (correspondiente a 33 días de trabajo) multiplicado por 10, que son los años trabajados. 18.331,50 euros, frente a los 24.997,50 euros que hubiera cobrado con 45 días de indemnización.

Otro ejemplo, para los contratos ya existentes, pongamos un trabajador con una antigüedad de 10 años antes del 12 de febrero de 2012, fecha de entrada en vigor de la norma y que le despiden 10 años después, con un sueldo de 20.000 euros anuales: se calcularía en dos tramos su

indemnización: el primero, equivalente a diez años con 45 días de indemnización (24.997,50 euros) y el último, posterior a la entrada en vigor de la reforma, equivalente a diez años con 33 días de indemnización (18.331,50 euros). Siendo el montante final de su indemnización la suma de ambas cantidades: 43.329 euros. No obstante, asimismo, se aplicaría el nuevo tope máximo de 24 mensualidades, de tal forma que la indemnización se quedaría en: 40.000 euros.

Por tanto, los trabajadores que ya tuvieran 16 años de antigüedad al día 12 de febrero de 2012, ya han alcanzado los 24 meses de tope de indemnización, y el nuevo período de trabajo a partir de ahora ya no genera derechos en caso de despido improcedente, lo que hace que su indemnización quede congelada. Con la legislación anterior, el tope se alcanzaba con 28 años.

Para evitar esto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2014, establece que si con fecha 12 de febrero de 2012 (la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012), el trabajador ya ha generado derecho al nuevo tope de indemnización, 24 meses, en ese caso, se seguirá aplicando el antiguo tope de 42 meses. Así, por ejemplo, trabajador que gana 20.000 euros anuales y tuviera 16 años de antigüedad antes del 12 de febrero de 2012 y 4 años de antigüedad después de la reforma, tendría ya derecho a 40.000 euros, el tope máximo (24 meses) sólo con la antigüedad previa a la entrada en vigor de la reforma. De tal modo que no le servirían los cuatro años trabajados posteriormente (7.332, 60 euros que perdería). Por eso la Sentencia del Tribunal Supremo, en ese caso, establece que se aplicará el antiguo tope de 42 mensualidades. Así en este caso, hasta 70.000 y ya podría percibir por tanto los 47.332, 60 euros.

La reducción de la indemnización va acompañada ahora de la modificación relativa al abono de los salarios de tramitación (los salarios que debería haber percibido el trabajador desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia declarando el despido improcedente), a los que el trabajador tendrá derecho sólo si la empresa opta por la readmisión, no si opta por la extinción con indemnización (salvo el supuesto de los

representantes de los trabajadores, que tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización). Con lo cual se abarata más todavía el coste del despido.

Se suprime el trámite de reconocimiento de improcedencia y depósito de la indemnización (despido exprés), estipulándose simplemente que "el abono de la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo".

Por lo tanto, ahora, al no poder reconocer la improcedencia del despido la empresa, poniendo a disposición del trabajador la indemnización legal, el coloquialmente denominada despido exprés dará paso a lo que podríamos llamar como despido exprés objetivo o económico. Esto es, los despidos, a partir de ahora, se canalizarán a través de los despidos objetivos, poniendo la empresa a disposición del trabajador la indemnización de 20 días, con el tope de 12 mensualidades, en todo caso, con un posterior control judicial, sólo si el trabajador recurre el despido en vía judicial. Sin el peligro, como venía ocurriendo hasta ahora, como hemos visto, de que si el juez declara improcedente el despido, el empresario tenga que pagar junto con la indemnización, los salarios de tramitación, que ahora precisamente se eliminan en este caso.

La modificación relativa al abono de los salarios de tramitación, es en última instancia una reducción más del coste del despido, pues como hemos señalado, aunque en la práctica tales salarios se habían eliminado si el empresario ponía a disposición del trabajador la indemnización legal por despido improcedente dentro de las 48 horas siguientes al despido, como establecía el art. 56.2 del ET. No obstante, el trabajador, podía obtener el abono de tales salarios, además de si reclamaba contra el despido por considerarlo nulo y el juez le daba la razón, declarando la obligación de reingreso en el trabajo con el abono de estos salarios, asimismo, cuando no estaba conforme con la cuantía de la indemnización puesta a su disposición. En cuyo caso, si el juez le deba la razón, la empresa, además de abonar la

diferencia de la cuantía de la indemnización, debía proceder al pago de los referidos salarios de tramitación.

Ahora, se mantiene el abono de los salarios de tramitación en los supuestos de declaración de nulidad, pero en los supuestos de declaración de improcedencia, sólo se pagarán si la empresa opta por la readmisión. De tal forma que, si la empresa opta por la extinción, sólo tendrá que abonar, en su caso, la diferencia de la cuantía de la indemnización (por ejemplo con los 20 días que será lo más habitual que ahora se pague para despedir, como hemos destacado). Lo cual además, en la mayoría de los casos, tendrá un cierto efecto de fomento de la opción de la extinción del contrato, frente a la readmisión, en términos estrictamente económicos, ya que la empresa se ahorra los salarios de tramitación. Los cuales, aunque pueda parecer lo contrario, no es un tema baladí en la cuantía del coste del despido, por dos razones fundamentales.

En efecto, en primer lugar, porque para un trabajador con muchos años de antigüedad en la empresa, el factor que más encarecerá el despido será efectivamente la propia indemnización de 45 días de salario multiplicados por esos años de antigüedad. Sin embargo, en la actualidad, con un mercado laboral que tiene la tasa de temporalidad más alta de toda Europa (32,5%, 90 de cada 100 contratos celebrados son temporales), es fácilmente observable que los salarios de tramitación ya no tienen un interés menor en términos cuantitativos, pues en un mercado laboral donde la duración media de los contratos temporales apenas llega a los tres meses, en la mayoría de las ocasiones la cuantía de estos últimos superará con creces la de la propia indemnización, en aquellos supuestos en que el trabajador con contrato temporal demanda en vía judicial y obtiene una calificación del despido de improcedente.

En segundo lugar, porque junto con el pago de los salarios de tramitación, el empresario debe abonar las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes al periodo de dichos salarios. De tal forma que, en este sentido, el despido se ve abaratado por partida doble. Por un lado por

la cuantía de los salarios que se dejan de abonar y, por el otro, por la cuantía de las cotizaciones sociales que se dejan de ingresar.

En cualquier caso, en el supuesto de los representantes de los trabajadores, tienen la opción de elegir, que recibirán los salarios de tramitación tanto en caso de readmisión como de extinción del contrato con indemnización. Lo cual no parece que tengan justificación alguna, pues aun cuando desde la función que representan tiene mucho sentido que puedan optar entre readmisión o extinción, no se puede justificar en dichas funciones, la opción por poder acumular salarios de tramitación con la cuantía de la indemnización cuando haya optado el mismo por la extinción del contrato.

Cabe recordar ahora que se trata de la misma medida que fue declarada contraria a la Constitución por parte del Tribunal Constitucional ya en la reforma del año 2002, precisamente por entender que una regulación de este alcance no podía ser objeto de tratamiento a través de la figura excepcional del Real Decreto ley.

Basta con reiterar los argumentos que ya se expresaron en relación con el citado RDL del año 2002, para poder evaluar sus defectos. Implica una rebaja sustancial del coste del despido injustificado, que tiene particular relevancia proporcional en relación con los trabajadores de menor antigüedad, así como de los trabajadores sujetos a contrato temporal respecto de los cuales se declare que el mismo es fraudulento, pues para estos colectivos, como hemos visto, el importe de los salarios de tramitación expresa la mayor parte de la indemnización por despido improcedente. Si bien ahora se ratifica por la Ley 3/2012.

A favor de una reducción del coste del despido se argumenta que el elevado coste actual es la razón del alto porcentaje de contratos temporales que se mantiene en España así como la explicación de la alta tasa de paro. En este sentido se mantiene que la actual regulación del despido constituye un factor que dificulta la competitividad de nuestras empresas en relación con el resto de Europa y también que el coste del despido es un elemento

disuasorio para que los empresarios contraten a nuevos trabajadores con contratos indefinidos.

En contra, se afirma que si el despido fuera más barato habría todavía más despidos, incrementándose el paro en lugar del empleo. Además, al recibir una indemnización menor los trabajadores despedidos se encontrarían económicamente más indefensos ante un previsible alargamiento de su situación de parados.

4. Conclusiones

Es evidente que se trata de buscar un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las demandas empresariales de flexibilidad, pero parece más bien que con estas reformas de 2012 se ha roto dicho equilibrio y se ha inclinado la balance finalmente a favor de la empresa, olvidándose de la finalidad del Derecho Laboral que es, como hemos visto, la de proteger la parte más débil dentro de la relación laboral y optando por ver al Derecho del Trabajo como algo obsoleto que pone trabas a la actividad empresarial y debe recortarse, porque ni siquiera se ha condicionado las facultades de despido a la necesario y previa utilización de los instrumentos de flexibilidad interna. Es decir, para despedir no es necesario que sea como último recurso y haber previamente reducido jornadas, salarios, etc. Y sólo después de haber hecho esto despedir, porque la situación no mejora, sino que la empresa puede despedir directamente. Con lo cual parece que finalmente era cierta la postura que postulaba, como hemos visto, que si se bajaba el coste de despido de los contratos indefinidos, se aumentaría el número de despidos y, en consecuencia, parados, en lugar de aquella que promulgaba que se crearían más puestos de trabajo indefinidos, como desgraciadamente se ha puesto gráficamente de manifiesto en las cifras del paro.

El concepto de “Flexiguridad”, en los países donde se originó (fundamentalmente países nórdicos como Dinamarca), va acompañado de una protección al trabajador en cuanto a elevadas prestaciones por desempleo e indemnizaciones para proteger al trabajador mientras

encuentra un nuevo empleo. Lo cual desgraciadamente aquí no se ha hecho, sino todo lo contrario, reducir tanto indemnizaciones como prestaciones por desempleo, con el consiguiente resultado de reducción de derechos laborales y reducción de protección frente al desempleo. Y es que se ha reformado y reducido un derecho laboral con la excusa que era la causa del paro y de la destrucción de empleo y que era necesario para crear empleo y encima empleo fijo. Sin embargo, ese mismo ordenamiento laboral era el que estaba en vigor en la época del “boom” económico donde se habían alcanzado récords históricos de creación de empleo y donde el paro había bajado a sus niveles más bajos, alcanzado casi el pleno empleo. Por ello, no parece que se pueda atribuir un excesivo papel en la destrucción o creación de empleo. La demanda de mano de obra por parte de las empresas es siempre derivada. Es decir, depende de que aumente también la demanda del consumo de los productos o servicios que esas mismas empresas ofrecen y, para ello, es necesario, a su vez, que mejore la situación económica. De tal modo que cuando esto ocurra, se volverá a crear empleo, como siempre se ha hecho en las sucesivas crisis anteriores. Sólo que los nuevos empleados tendrán, tras cada crisis y su correspondiente reforma, menos derechos que los anteriores, ya que esa es la finalidad verdadera.

Centrar de manera prioritaria los cambios en los aspectos laborales y no en el modelo productivo corre el riesgo de pretender recuperar la inversión y la creación de empleo, y los beneficios empresariales, no sobre una mejora de la competitividad, sino sobre la base de la *flexiguridad*, esto es, del empeoramiento de condiciones de trabajo como condición *sine qua non* para la creación de empleo, como se está ya produciendo en la crisis, y sobre un abaratamiento de costes, tanto laborales como de Seguridad Social, y de ahí la permanente reivindicación patronal de rebaja de impuestos y de cotizaciones a la Seguridad Social. Sólo que, como estamos viendo, esto no sirve para crear puestos de trabajo, sino sólo para reducir salarios y prestaciones sociales, de tal forma que cuando se recupere la actividad económica y se vuelva a crear empleo, ya que esta es la única premisa que

puede crear puestos de trabajo, esos nuevos trabajadores tendrán menos derechos sociales.

Por lo tanto parece prioritario reestablecer de nuevo la jerarquía de los convenios colectivos, relegando los convenios de empresa, de nuevo, al último escalón de dicha jerarquía, de tal forma que solo puedan mejorar lo establecido por los sindicatos en los convenios colectivos superiores. De tal modo que las grandes empresas con convenio propio no puedan establecer peores condiciones, especialmente salariales, que las obtenidas por los sindicatos en las negociaciones de los convenios de ámbito superior, lo que vacía de contenido los convenios colectivos estatutarios y la función negociadora de los sindicatos de estos colectivos para todos los trabajadores y es un ataque directo al derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.

Restringir de nuevo la posibilidad de descolgarse de un convenio colectivo estatutario en el caso de causas económicas, sólo cuando existan pérdidas reales e imposibilidad, por lo tanto, de mantener las condiciones laborales del convenio y no, como ahora, cuando sólo haya disminución de ingresos, durante un periodo de tiempo corto, pero la empresa todavía tenga beneficios reales. Especialmente respecto de las grandes empresas que no tienen dificultades para pagar los salarios de los convenios colectivos. Si acaso manteniendo la posibilidad de descuelgue de las pequeñas empresas que sí pueden encontrar dificultades para hacer frente a los salarios de los convenios sectoriales.

En cuanto a los contratos temporales, no puede ser tener una contratación temporal causal y no controlar la causa. En la Oficina de Empleo, te registran el contrato pero no controlan la causa. La ITSS está desbordada y sólo actúa bajo denuncia. EL trabajador no denuncia porque tiene medio a que no le renueven el contrato y perder su trabajo. Sólo se controla en las empresas que tienen representantes legales de los trabajadores, pero como las empresas españolas son tan pequeñas, el 93% no tienen representantes legales de los trabajadores. Por lo tanto, al final, entre todos la casa sin barrer y tenemos una contratación temporal causal

que nadie controla. Esto sólo se nos ocurre a nosotros. Resultado, de cada 100 contratos que se celebran 90 son temporales. Evidentemente la gran mayoría celebrados de forma fraudulenta encubriendo lo que deberían ser contratos indefinidos. Por lo tanto o empezamos a controlar la causa, en la Oficina de Empleo, aumentando el número de Inspectores, etc. o abandonamos la causalidad y adoptamos el modelo anglosajón, limitando porcentualmente el número de trabajadores con contratos temporales que puede tener una empresa en plantilla, de acuerdo con el número total de trabajadores que tenga en plantilla. Así, por ejemplo, empresas de hasta 100 trabajadores en plantilla, pueden tener como máximo un 20% del total de sus trabajadores con contratos temporales, el resto deben ser contratos indefinidos. Así, de un plumazo, reduces objetivamente la contratación temporal sin tener que controlarla.

La otra opción sigue siendo adoptando el contrato único, con una indemnización intermedia, 20, 25 días, pero no progresiva, sino, elevada precisamente durante los primeros años, para que al empresario no le salga rentable despedir, desde el punto de vista económico, durante los primeros años del contrato y vaya sustituyendo y rotando entre trabajadores, sino que para compensar la poca antigüedad que tiene el trabajador durante los primeros años, establecer una indemnización elevada, tal vez fija de 45 días de salario y que esta vaya bajando progresivamente hasta quedarse en 25 o 20 días de salario por año, después de 3 o 4 años, así la menor indemnización ya se vería aumentada al tener que multiplicar por los años de antigüedad en la empresa y se vería, así, compensada. También se podría instaurar el modelo austriaco, bien aumentando las cuotas que pagan los empresarios todos los meses, bien imponiendo unas cuotas a los trabajadores o bien ambas cosas, ya que se trataría de que con esas cuotas se creara un fondo, una hucha si se prefiere, para cada trabajador, que va aumentando a través de las cotizaciones de su empresario y las suyas, dependiendo del sistema que se adopte. Cantidad que si no es despedido va aumentando y acumulándose y si el trabajador cambia de empresa, se lo puede llevar con él, a modo de mochila con la cantidad acumulada. Si

finalmente es despedido más adelante, se puede utilizar para pagar la indemnización y sino es despedido en mucho tiempo, se puede utilizar para mejorar las prestaciones por desempleo, cuando finalmente sea despedido o en caso contrario, para mejorar el día de mañana la propia pensión de jubilación. Se intentó en su momento financiarlo a través de la cuota mensual que abonan los empresarios al FOGASA, pero el exiguo 0,20% que se paga no fue suficiente para garantizar los salarios y las indemnizaciones a los trabajadores de las empresas insolventes, además de pagar las indemnizaciones y no se quiso entonces aumentar la cuota. Ahora bien, si se quisiera implementar en serio, requeriría que los empresarios lo financien a través de cuotas todos los meses, lo que incrementaría el coste de la mano de obra, ya que habría que cotizar por este concepto, por cada trabajador, todos los meses. Y los empresarios ya dicen que el coste es elevado. Aunque al pagarlo todas las empresas, se mutualizaría el coste del despido, en el sentido que la cuota que pagara cada empresa podría ser muy poco, porque al ser tantas empresas, aunque sea una cuota muy reducida, por ejemplo, 0.25%, a título individual supondría muy poco (por ejemplo, 0.25% de un sueldo de 1000 euros, sería una cuota de dos euros y medio al mes y, por el contrario, cuando despidas a un trabajador no tendrías que pagarle la indemnización, sino que se haría cargo el fondo. Otra opción es cargar en su totalidad la cuota a los trabajadores o en parte, conjuntamente con las empresas. Sin embargo, en los supuestos en que el trabajador no lo tocara hasta la edad de jubilación sería una ventaja para él, ya que tendría un plus a la pensión de jubilación, pero en los casos en que fuera despedido antes y se utilizara para pagar su indemnización, en última instancia, estarían pagando ellos su propia indemnización de despido, que no parece razonable con la idea que la indemnización por despido debe ser a coste de la empresa y a favor del trabajador para compensar el perjuicio.

**LA VIDEOVIGILANCIA DE LOS TRABAJADORES MEDIANTE
CÁMARAS OCULTAS: EL CASO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS
C. ESPAÑA (STEDH DE 17 DE OCTUBRE DE 2019)**

**VIDEO SURVEILLANCE OF THE WORKERS THROUGH
HIDDEN CAMERAS: THE CASE OF LÓPEZ RIBALDA AND
OTHERS C. SPAIN (STEDH OF 17th OCTOBER, 2019)**

Antonio DELGADO JIMÉNEZ

*Director de Relaciones Laborales y Sociales de BNP Paribas. Profesor Doctor de la
Universidad Complutense de Madrid (España).*

antdelga@ucm.es

Fecha de envío: 28/04/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

LA VIDEOVIGILANCIA DE LOS TRABAJADORES MEDIANTE CÁMARAS OCULTAS: EL CASO LÓPEZ RIBALDA Y OTROS C. ESPAÑA (STEDH DE 17 DE OCTUBRE DE 2019)

Antonio DELGADO JIMÉNEZ

Universidad Complutense de Madrid (España)

Resumen: Se analiza si la grabación del empresario al trabajador con cámaras ocultas y en el centro de trabajo vulnera la normativa. Para ello traemos a colación la reciente sentencia de la Gran Sala del TEDH, caso López Ribalda II, que justifica la instalación de las cámaras por la existencia de sospechas razonables con pérdidas significativas para el empresario.

Palabras clave: Cámaras ocultas - Grabación - Sospechas - Irregularidades

Sumario: 1. Introducción. 2. Resumen de la sentencia de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II). 2.1. Problema suscitado. Hechos y antecedentes. 2.2. Impacto a nivel interno. 2.3. Doctrina básica. 2.4. Proporcionalidad. 2.5. Apunte final. 3. Conclusiones.

Abstract: This research study analyses if the recording of the employer to the employee with hidden cameras in the workplace violates the regulations. To do so, we bring up the recent judgment of the Grand Chamber of the ECHR, case López Ribalda II, that justifies the installation of cameras due to the existence of reasonable suspicions with significant losses for the employer.

Key words: Hidden cameras - Recording - Suspensions - Irregularities

Summary: 1. Introduction. 2. Summary of the judgment of October 17, 2019 (López Ribalda II). 2.1. Problem raised. Facts and background. 2.2. Impact at the

internal level. 2.3. Basic doctrine. 2.4. Proportionality. 2.5. Final note. 3.
Conclusions.

1. Introducción

Si bien la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno, la supresión de los derechos fundamentales de los trabajadores¹, sin embargo, ello no significa la imposición de éstos a la actividad empresarial dada su prevalente jerarquía normativa².

En efecto, no cabe confundir el valor específico del bien jurídico con la garantía de protección³, de forma que no existe, a priori, una jerarquía normativa que haga prevalecer automáticamente unos derechos sobre otros, sino que habrá que decidir, en cada caso concreto, de conformidad con la ponderación de intereses en juego, cuál sea el más digno de protección para justificar la limitación del otro derecho fundamental en conflicto⁴.

En consecuencia, no es posible resolver el conflicto entre derechos fundamentales, como entiendo que se debería de hacer, desde la perspectiva de la prevalencia jerárquica, sino desde una ponderación específica, en cada caso concreto, en orden a la determinación del interés que deba prevalecer⁵.

Ello no obstante, parte de la doctrina entiende que sí hay derechos de carácter prevalente frente a otros, pero no respecto a los intereses empresariales, sino entre los propios derechos fundamentales, por entender que son portadores de otros intereses al estar dotados de una relevancia especial, como puede ser el derecho de información⁶. Cuando se produzca

¹ SSTC 38/1981, de 3 de noviembre, FJ 4º; 88/1985, de 19 de julio, FJ 3º; 4/1996, de 16 de enero, 98/2000, de 10 de abril, FJ 4º; 308/2000, de 18 de diciembre, FJ 5º y 126/2003, de 30 de junio, FJ 4º.

² TOSCANI GIMÉNEZ, V., "La videovigilancia de los trabajadores con cámaras ocultas o clandestinas. Comentario a las SSTEDH de 9 de enero de 2018 y 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda", *Trabajo y Derecho*, núm. 60, Diciembre 2019, pág. 69.

³ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Ed. Trotta, Valladolid, 1999, pág. 14.

⁴ GOÑI SEIN, J.L., "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?", Primera Ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Pamplona, 2014, pág. 11.

⁵ STC 320/1994, de 28 de noviembre. A respecto, véase, CASAS BAAMONDE, Mª. E., "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe", *Revista Relaciones Laborales*, nº 12, 2004, pág. 1.

⁶ GOÑI SEIN, J.L., "Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?", Primera Ponencia de las XXIV Congreso Nacional de

un conflicto en este último caso se deberá resolver mediante el juicio de comparación. En cambio, cuando el conflicto se produce entre derechos equiparados, se deberá resolver a través del juicio de proporcionalidad⁷.

Otros, en cambio, opinan que, en realidad, se trata de una misma técnica, habida cuenta de que el juicio de comparación conlleva un juicio de proporcionalidad, que es el que permite establecer la prevalencia en cada caso concreto⁸. De este modo, el conflicto se resolverá mediante la ponderación a través de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto⁹, siempre que no hubiere otra forma de hacerlo¹⁰. Esto es, se habrá de llevar a cabo un juicio de proporcionalidad en sentido estricto en orden a determinar si la limitación del derecho fundamental del trabajador está o no justificada¹¹.

En la actualidad, además, la jurisprudencia parece añadir un nuevo elemento que, en realidad, tendría preferencia sobre los demás para dirimir el conflicto de intereses, al menos en cuanto a la utilización de medios tecnológicos para controlar el cumplimiento de los deberes laborales, cual es el de la expectativa de confidencialidad derivada de las reglas de uso de

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Pamplona, 2014, pág. 47.

⁷ CASAS BAAMONDE, M^a. E., "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe", *Revista Relaciones Laborales*, nº 12, 2004, pág. 3.

⁸ DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B., *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 42.

⁹ SSTC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 4º y 126/2003, de 30 de junio, FJ 5º.

¹⁰ SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 3º; 6/1995, de 10 de enero, FJ 4º; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 4º; 55/1998, 98/2000, de 10 de abril, FJ 5º; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5º y 125/2007, de 21 de mayo, FJ 6º.

¹¹ SSTC 14/2003, de 28 de enero, FJ 5º; 270/1996, de 6 de diciembre, FJ 4º; 37/1998, de 17 de febrero, FJ 3º; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5º; 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 4º y 173/2004, de 18 de octubre, FJ 5º. Véase, VALDÉS DAL-RÉ, F., "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *Revista Relaciones Laborales*, nº 8, 1990, pág. 100; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", AA. VV., Dir. SEMPERE NAVARRO, A., *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág. 258; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; BALLESTER PASTOR, I.: "Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral", *TS* nº 169, 2005, pág. 32 y SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZUZUCCONI, C., *Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 279.

esos medios que la propia empresa hubiere establecido al efecto¹², de modo que dependerá de estas reglas y de su comunicación e información expresa a los trabajadores y de la posibilidad de sanciones al efecto para que no exista expectativa de confidencialidad alguna y no se vulnere el derecho a la intimidad.

El art. 4.2 e) ET sostiene que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad, consagrado en el art. 18 CE. La forma más habitual en que puede verse afectada la intimidad de los trabajadores es a través de la facultad que el empresario tiene de controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales (art. 20.3 ET), generándose, de este modo, un conflicto entre los poderes de vigilancia y control de éste y el derecho a la intimidad de los trabajadores, que debe ser resuelto fijando los límites de esos poderes para establecer cuándo son legítimos y cuándo no.

Esta facultad de vigilancia de la empresa puede ser llevada a efecto a través de diversas formas, si bien aquí nos centraremos en la posibilidad de hacerlo sin informar a los trabajadores, esto es, a través de cámaras ocultas.

Al respecto se puede argumentar que los medios audiovisuales de vigilancia y control deben ser conocidos por los trabajadores, tanto en su existencia, como en su ubicación, no pudiéndose colocar, por tanto, medios ocultos para grabar a aquéllos sin que estos lo sepan¹³, de tal modo que tanto la existencia de aquéllos como su concreto emplazamiento habrán de ser comunicados de modo expreso tanto a los representantes de los trabajadores como a los propios trabajadores¹⁴.

No obstante, podemos encontrar pronunciamientos judiciales que consideran que no es necesario notificar la existencia de estos medios audiovisuales si sólo se utilizan para controlar los puestos de trabajo, ya que el trabajador debe cumplir sus obligaciones laborales de conformidad con las

¹² SSTs de 26 de septiembre de 2007, FJ 2º y 8 de marzo de 2011, FJ 3º y SSTC 241/2012, FJ 5º y 170/2013, FJ 6º.

¹³ Vid. GOÑI SEIN, J.L., *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

¹⁴ STSJ de Madrid 20 de diciembre de 2006.

reglas de la buena fe, lo que, obviamente, excluye la realización, en horario laboral, de actividades ajenas a su responsabilidad laboral¹⁵.

En este artículo se analiza, pues, la posibilidad de grabar al trabajador mediante sistemas de video vigilancia ocultos dentro del centro de trabajo. Es decir, sin informar previamente a aquél.

Resulta obvio que con dicha grabación se genera una fuerte tensión dialéctica entre varios derechos que disfrutan de dimensión constitucional, a saber: por un lado, la libertad de empresa, la propiedad privada y la tutela del patrimonio empresarial (art. 38 CE); y, por otro, los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE), al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

Derechos que, a su vez, deben ponerse en relación con la normativa del CEDH, en especial, con los arts. 6 (referido al derecho a un proceso justo o equitativo) y 8 (referido al derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Es evidente que, en este tema, se suscitan multitud de cuestiones conflictivas respecto al alcance y prevalencia de cada uno de los derechos, centrándonos, en este artículo, en la solución recientemente otorgada por el TEDH en su sentencia de fecha 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda II, en la que se aplica también el contenido de otros supuestos planteados como el caso Barbulescu I y II c. Rumanía y el caso Libert c. Francia.

Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Número de resolución judicial y fecha: 1874/13 y 8567/13 de 17 de octubre de 2019.

Ponente. Linos-Alexandre Sicilianos (presidente), Guido Raimondi, Angelika Nußberger, Robert Spano, Vincent A. De Gaetano, Jon Fridrik Kjølbro, Ksenija Turković, Işıl Karakaş, Ganna Yudkivska, André Potocki, Aleš Pejchal, Faris Vehabović, Yonko Grozev, Mārtiņš Mits, Gabriele

¹⁵ STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000.

Kucsko-Stadlmayer, Lətif Hüseynov, María Elósegui, judges, y Søren Prebensen.

Votos Particulares. Sí. Voto disidente de los jueces Vincent A. De Gaetano, Ganna Yudkivska y Yonko Grozev.

2. Resumen de la sentencia de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II).

2.1. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

Habiendo sido declarado procedente el despido por parte del Juzgado de lo Social nº 1 de Granollers y, posteriormente, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y previa inadmisión de los recursos interpuestos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, las trabajadoras solicitaron al TEDH que se declarase la transgresión del art. 8 – derecho al respeto de la vida privada– y del art. 6.1 –derecho a un proceso justo o equitativo– del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

- Hechos

La empresa, tras constatar descuadres de caja en uno de sus establecimientos, instaló cámaras de vigilancia, tanto de forma visible como oculta, para esclarecer el origen de esta situación.

Estos dispositivos tenían objetivos distintos: (i) los visibles, que enfocaban los accesos al centro de trabajo, determinarían si las anomalías detectadas eran imputables a clientes de la empresa (las cámaras visibles); mientras que (ii) los ocultos, que mediante un zoom apuntaban a los mostradores de salida que cubrían la zona de detrás de las cajas registradoras, verificarían si la autoría de dichos descuadres correspondía a algún trabajador que ejerciese funciones en la caja (las cámaras ocultas). Para garantizar el éxito de la medida, la empresa solo informó a los

trabajadores sobre la instalación de las cámaras visibles, pero no de las cámaras ocultas.

Las grabaciones de las cámaras ocultas, que se prolongaron ininterrumpidamente durante dos semanas y a lo largo de toda la jornada laboral, revelaron que cinco trabajadoras eran las responsables de las irregularidades detectadas, por lo que la empresa procedió a su despido disciplinario.

Las trabajadoras impugnaron la extinción contractual alegando, por cuanto aquí interesa, que, al no haber sido debidamente informadas sobre la instalación y objeto de las cámaras ocultas, el uso laboral de estos dispositivos había vulnerado su derecho a la intimidad (vida privada). Tras agotar las instancias judiciales nacionales sin que sus pretensiones tuviesen acogida, las trabajadoras recurrieron al TEDH, cuya resolución da lugar a la sentencia que aquí se analiza.

- Fundamentos de Derecho

El TEDH, tras recordar que la monitorización laboral a través de las videocámaras puede colisionar con el derecho a la vida privada de los trabajadores (art. 8 CEDH), enjuicia si, en el caso analizado, se ponderó adecuadamente el derecho a la vida privada de las trabajadoras y la potestad de dirección y control de la empresa.

A estos efectos, el TEDH realiza las siguientes consideraciones:

- (i) La video vigilancia se adoptó al existir sospechas sobre la comisión de un hurto en el centro de trabajo. No obstante, las sospechas no se concretaban en las cinco trabajadoras, sino que afectaban a la generalidad de trabajadores de las cajas registradoras.
- (ii) Los datos personales obtenidos por las cámaras ocultas fueron visualizados por parte de varios sujetos (entre otros, el representante legal de la empresa y el delegado sindical) antes de

que las trabajadoras fuesen informadas sobre la existencia de las grabaciones.

- (iii) Las trabajadoras tenían una expectativa razonable de privacidad, ya que la empresa incumplió su deber de informar de forma previa, expresa, precisa, clara e inequívoca a los empleados sobre la instalación y finalidad de las cámaras ocultas (ex art. 5 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal e Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, vigentes en el momento de los hechos).
- (iv) La monitorización no fue puntual, sino que se extendió, ininterrumpidamente y a lo largo de toda la jornada laboral, durante varias semanas.
- (v) El TEDH concluye que, en vista de las circunstancias fácticas concurrentes, (i) los derechos de las trabajadoras podían haber sido salvaguardados si se hubiera proporcionado información (incluso de un modo general) sobre la instalación del sistema de video vigilancia; y (ii) la monitorización realizada a través de las cámaras ocultas no había sido ponderada adecuadamente en relación con el derecho a la vida privada de las trabajadoras.

- Fallo

El TEDH falla que el control empresarial ejercido a través de las cámaras ocultas no es proporcional a la injerencia que su implementación produjo en la vida privada de las trabajadoras. En consecuencia, declara, por seis votos a favor y uno en contra, que (i) se había violado el art. 8 del CEDH y (ii) reconoce el derecho de las trabajadoras a percibir una indemnización por daños y perjuicios (por valor de 4.000 euros), así como las costas procesales.

2.2. Impacto a nivel interno

A la luz de los fundamentos jurídicos aducidos por el TEDH puede concluirse que la proporcionalidad puede verse perturbada por la ausencia de información sobre el tratamiento de los datos personales a los afectados. En efecto, el TEDH entiende que al no haberse proporcionado la información obligatoria conforme a la normativa de protección de datos personales, las trabajadoras gozaban de una expectativa de privacidad que, en el presente caso, se ha visto vulnerada.

Sin embargo, de conformidad con el voto particular emitido por el juez Dedov, resulta cuando menos sorprendente que pueda entenderse desproporcionada (i) la grabación de imágenes de las trabajadoras en su puesto de trabajo y durante la jornada laboral —donde no se sobrentiende que vayan a realizarse actividades de índole privada o personal, dado que se trata de cajas registradoras— y (ii) con un fin claramente legítimo —como es el esclarecimiento de la autoría de hurtos cometidos en la organización— que podría verse frustrado en caso de difusión.

En esta línea, no conforme con la decisión, el Reino de España solicita la revisión del asunto por parte de la Gran Sala del Tribunal, la cual dicta nueva sentencia con fecha 17 de octubre de 2019, conocida como López Ribalda II, decidiendo, por catorce votos a favor y tres en contra, cambiar la solución adoptada: ahora, la Gran Sala del TEDH considera que grabar a empleados con cámara oculta no vulnera la intimidad cuando se trate de una medida proporcionada y legítima en determinadas circunstancias. Es decir, nunca ante la más mínima sospecha de una infracción por parte de los empleados, sino que se requiere la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave con perjuicios importantes para la empresa.

2.3. Doctrina básica

Lo primero que hay que destacar de esta sentencia es que la misma incorpora el Test Barbulescu de Garantía de la Privacidad (relativo al control del uso del ordenador) al control por video vigilancia de los trabajadores en

su puesto de trabajo, de forma que los tribunales nacionales deberán tener en cuenta los siguientes factores cuando sopesen los diversos intereses en conflicto:

i) Si el trabajador ha sido informado de la posibilidad de que el empleador pudiera adoptar medidas de video vigilancia y de su efectiva implementación. Si bien en la práctica los trabajadores pueden ser informados de varias maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación normalmente debe ser clara sobre la naturaleza de la vídeo vigilancia y debe ser anterior a su aplicación.

ii) El alcance de la video vigilancia por parte del empresario y el grado de intrusión en la privacidad del trabajador. En este sentido, se deberá tener en cuenta el nivel de privacidad en el área que se está vigilando, junto con las limitaciones de tiempo y espacio y la cantidad de personas que tienen acceso a los resultados.

iii) Si el empleador ha proporcionado razones legítimas para justificar la video vigilancia y el alcance de la misma. Cuanto más intrusiva sea la video vigilancia, mayor será la justificación que se requerirá.

iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de video vigilancia basado en métodos y medidas menos intrusivos. A este respecto, debe existir una evaluación a la luz de las circunstancias particulares de cada caso en cuanto a si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado a través de un menor grado de interferencia con la privacidad del empleado.

v) Las consecuencias de la video vigilancia para el trabajador, debiendo tenerse en cuenta, en particular, el uso que hace el empresario de los resultados de la supervisión y si dichos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida.

vi) Si el trabajador ha recibido las garantías apropiadas, de manera especial cuando las operaciones de video vigilancia del empleador son de naturaleza intrusiva. Dichas garantías pueden tomar la forma, entre otras, de proporcionar información a los empleados interesados o a los representantes de los trabajadores en cuanto a la instalación y el alcance de la video

vigilancia, o una declaración de tal medida a un organismo independiente o la posibilidad de presentar una queja.

En suma, se establece un riguroso control garantista de los derechos a la intimidad y la protección de datos de las personas de los trabajadores.

En segundo lugar, un gran avance que ha supuesto la sentencia ha sido que clarifica la cuestión de los controles ocultos y viene a validar y acotar la doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en su sentencia 186/2000, de 10 de julio, en cuya virtud sólo puede prescindirse de la información previa y la transparencia en la video vigilancia en supuestos excepcionales, cuando consten sospechas razonables de una infracción laboral que afecte gravemente a los intereses de la empresa y siempre que no haya medios alternativos menos intrusivos.

El TEDH acota dicha doctrina precisando que no son válidos los controles ocultos por el sistema de video vigilancia ante la más mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados, sino que deben existir sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave que atente gravemente contra los intereses de la empresa.

En tercer lugar, la sentencia no aprecia vulneración del art. 8 CEDH en los controles ocultos porque los mismos fueron proporcionados, pero también porque las demandantes podían denunciar la infracción de su derecho a la información en la protección de datos ante la AEPD y ante los tribunales, tanto en vía civil como administrativa, de modo que la infracción del deber de información de los trabajadores en materia de protección de datos puede recibir su adecuada compensación (AEPD, demanda civil en reclamación de daños y perjuicios).

Asimismo, el TEDH considera que la información que se debe suministrar a los trabajadores objeto de video vigilancia constituye solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo en un caso dado. No obstante, si falta dicha información, las garantías derivadas de los otros criterios serán aún más importantes.

Es decir, lo que la Gran Sala del TEDH hace en su sentencia es relativizar el deber de información caracterizándolo como un componente más del juicio de proporcionalidad (apartado 131 de la sentencia).

En definitiva, según la sentencia, la privacidad e intimidad de las personas trabajadoras sigue exigiendo que, como norma general, el empresario les notifique previamente las medidas intrusivas contra su intimidad y privacidad, informando además sobre su finalidad.

Ahora bien, la Gran Sala admite que, en casos muy concretos en los que existan sospechas fundadas de incumplimientos graves por parte de los trabajadores, se pueda usar, excepcionalmente, cámaras ocultas. Ello significa, según la Gran Sala, que:

- i) Cualquier mínima sospecha no justifica el uso de cámaras ocultas.
- ii) Cualquier incumplimiento tampoco lo justifica, sino que éste habrá de ser grave o muy grave. E irregularidades graves o muy graves son delitos. Y no meros actos ilícitos o simples incumplimientos laborales, que pueden ser infracciones menos graves. Y es así, y no de otro modo, como debe interpretarse el segundo párrafo del art. 89.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.
- iii) La medida debe de ser siempre limitada y proporcionada, no pudiendo ser general e indiscriminada.

Por último, señalar que la sentencia cuenta con el voto particular discrepante de tres Magistrados, que manifiestan su desacuerdo general con la interpretación efectuada por los restantes magistrados por la razón de que la sentencia “respalda una respuesta legal a una cuestión particular que surgió sólo después de los hechos y en relación con un caso particular. Si tal aproximación, que da al juez nacional cierto margen de maniobra para elaborar una respuesta jurídica a un conflicto que dé lugar a una controversia particular sobre derechos convencionales concurrentes, puede ser apropiada en algunos casos, creemos que no es apropiado para los casos de video vigilancia electrónica, precisamente por la facilidad con la que se puede utilizar la tecnología para llevar a cabo y difundir la vigilancia y difundir

las imágenes por medios electrónicos, con las consecuencias negativas potencialmente amplias e importantes que pueden tener sobre el derecho de cada individuo al respeto de la privacidad. Un régimen jurídico claro y predecible, que ofrezca garantías adecuadas y efectivas es crucial. En el presente caso, el régimen jurídico en vigor no preveía más que una garantía específica, a saber: la obligación de notificar a los empleados la instalación y el uso de la monitorización, y no contemplaba ninguna excepción a esta garantía. Este elemento, a nuestros ojos, es crucial a efectos de un análisis jurídico adecuado y de las conclusiones a sacar en el caso en juego”.

En definitiva, el voto particular afirma con claridad que los tribunales españoles no aplicaron el régimen jurídico que garantizara la protección de los datos, ni tampoco tomaron en consideración la situación de las recurrentes de una manera detallada e individualizada.

Con aplicación de las tesis recogidas en la sentencia *Barbulescu II*, y ahora por la de 17 de octubre de 2019 (*López Ribalda II*), enfatiza que los tribunales españoles deberían “haber considerado las medidas alternativas que el empleador podría haber tomado para alcanzar su objetivo legítimo. Medidas que, al mismo tiempo, habrían violado menos gravemente el derecho a la privacidad de los trabajadores”, y que en ningún caso el legítimo ejercicio de acciones por parte empresarial para tratar de encontrar respuesta a los problemas existentes de sustracción de productos, es decir, una infracción punible en sede laboral no justificaba una actuación privada como la que se llevó a cabo mediante la utilización de la video vigilancia que, para la sentencia de Sala, y ahora en tesis reiterada por el voto discrepante, “constituye una medida en exceso intrusiva y un abuso de poder” y, habiendo ahora sido aceptada por la Gran Sala, el TEDH está “animando a cada una a tomarse la justicia por sí mismo”.

2.4. Proporcionalidad y deber de información

Para el TEDH, en orden a garantizar la proporcionalidad de las medidas de video vigilancia en el lugar de trabajo, los tribunales nacionales

habrán de tener en cuenta los siguientes factores cuando sopesen los diversos intereses en conflicto:

- i) Si el trabajador ha sido notificado de la posibilidad de que el empresario adopte medidas de video vigilancia y de la implementación de dichas medidas. Si bien en la práctica los empleados pueden ser notificados de varias maneras, dependiendo de las circunstancias fácticas particulares de cada caso, la notificación normalmente debe ser clara sobre la naturaleza de la grabación y debe darse antes de la implementación.
- ii) El alcance de la grabación por el empleador y el grado de intrusión en la privacidad del trabajador. En este sentido, se debe tener en cuenta el nivel de privacidad en el área que se está grabando, junto con las limitaciones de tiempo y espacio y el número de personas que tienen acceso a los resultados.
- iii) Si el empleador ha proporcionado razones legítimas para justificar la grabación y el alcance de la misma. Cuanto más intrusiva sea la grabación, mayor será la justificación que se requerirá.
- iv) Si hubiera sido posible establecer un sistema de grabación basado en métodos y medidas menos intrusivas. En relación con esto, debe haber una evaluación a la luz de las circunstancias particulares de cada caso en cuanto a si el objetivo perseguido por el empleador podría haberse logrado a través de un menor grado de interferencia con la privacidad del trabajador.
- v) Las consecuencias de la grabación para el trabajador. Debe tenerse en cuenta, en particular, el uso que hace el empleador de los resultados de la supervisión y si dichos resultados se han utilizado para lograr el objetivo declarado de la medida.
- vi) Si al trabajador se le ha proporcionado las salvaguardas apropiadas, especialmente, cuando las operaciones de control del empresario son de carácter intrusivo. Dichas garantías pueden adoptar la forma, entre otras, de proporcionar información a los

trabajadores interesados o a los representantes del personal en cuanto a la instalación y el alcance de la grabación, una declaración de tal medida a un organismo independiente o la posibilidad de presentar una queja.

Asimismo, resulta necesario señalar que las tareas de las trabajadoras demandantes se llevaron a cabo en un lugar que estaba abierto al público y en contacto permanente con los clientes involucrados. En este sentido, el TEDH considera que es necesario distinguir, en el análisis de la proporcionalidad de una medida de video vigilancia, los diversos lugares en los que se lleva a cabo la supervisión a la luz de la protección de la privacidad que un empleado razonablemente podría esperar. Esa expectativa es muy alta en lugares privados por naturaleza, como inodoros o guardarropas, donde se justifica una mayor protección, o incluso una prohibición total de la video vigilancia. Sigue siendo alta en áreas de trabajo cerradas tales como oficinas. Es manifiestamente menor en lugares visibles o accesibles para trabajadores o, como en el presente caso, para el público en general.

En cuanto al alcance de la medida a lo largo del tiempo, el TEDH observa que, si bien, como argumentaron los demandantes, el empleador no había establecido de antemano la duración de la video vigilancia, en realidad duró diez días y cesó tan pronto como los empleados responsables habían sido identificados. Por lo tanto, la duración de la monitorización no parece excesiva en sí misma (compárese, por ejemplo, con el asunto Köpke, donde no se encontró que una duración de catorce días fuese desproporcionada).

Teniendo en cuenta estos factores, el TEDH considera que la intrusión en la privacidad de las trabajadoras no alcanzó un alto grado de seriedad.

En cuanto a si, por último, se informó a las trabajadoras de la instalación de la video vigilancia, el TEDH observa que no se discute que se instalaron dos tipos de cámaras en el supermercado donde trabajaban: por un lado, cámaras visibles dirigidas hacia la entrada y salida de la tienda, de las cuales, el empleador había informado al personal; y, por otro, cámaras ocultas dirigidas a las áreas de pago, de las cuales, ni los trabajadores despedidos ni los demás miembros del personal habían sido informados.

El TEDH observa que, si bien tanto la legislación española como las normas internacionales y europeas pertinentes no parecen requerir el consentimiento previo de las personas que se someten a video vigilancia o, en general, que tienen sus datos personales recopilados, esas normas establecen que, en principio, es necesario informar a las personas interesadas, de forma clara y previa a la implementación, de la existencia y las condiciones de dicha recopilación de datos, aunque solo sea de manera general.

Considera que el requisito de transparencia y el consiguiente derecho a la información son de naturaleza fundamental, particularmente en el contexto de las relaciones laborales, donde el empleador tiene poderes significativos respecto a los empleados debiéndose evitar cualquier abuso de esos poderes. Sin embargo, la provisión de información al individuo que se está monitorizando y su alcance constituyen solo uno de los criterios a tener en cuenta para evaluar la proporcionalidad de una medida de este tipo en un caso dado. Por tanto, si falta dicha información, las salvaguardas derivadas de los otros criterios serán aún más importantes.

En el presente caso, el TEDH observa que los tribunales del orden social que examinaron las reclamaciones de los trabajadores llevaron a cabo un ejercicio de equilibrio detallado entre, por un lado, su derecho al respeto de su vida privada, y, por el otro, el interés del empleador en garantizar la protección de su propiedad y el buen funcionamiento de la empresa. Los tribunales nacionales verificaron así si la video vigilancia estaba justificada por un objetivo legítimo y si las medidas adoptadas con ese fin eran apropiadas y proporcionadas, observando en particular que el objetivo legítimo perseguido por el empleador no podía lograrse con medidas que fueran menos intrusivas para los derechos de los trabajadores.

Mientras no se puede aceptar la proposición de que, en términos generales, una mínima sospecha de apropiación indebida o cualquier otro delito por parte de los empleados podría justificar la instalación de video vigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una mala conducta grave y el alcance de

las pérdidas identificadas en el presente caso sí parece ser una justificación importante. Esto es aún más cierto en una situación en la que el buen funcionamiento de una empresa está en peligro no solo por la sospecha del mal comportamiento de un solo empleado, sino más bien por la sospecha de una acción concertada por parte de varios empleados, ya que esto crea una atmósfera general de desconfianza en el lugar de trabajo.

En virtud del art. 6 CEDH, las trabajadoras se quejaron de que las grabaciones obtenidas en violación de su derecho al respeto de su vida privada habían sido admitidas y utilizadas como prueba por los tribunales españoles. Además, tres de las cinco trabajadoras despedidas alegaron que el reconocimiento de la validez de los acuerdos de solución que habían firmado, supuestamente tras una manipulación engañosa por parte del empleador, también había violado su derecho a un proceso justo o equitativo.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, la video vigilancia no se había aplicado transgrediendo el derecho de los trabajadores. Además, también señalaron que las imágenes obtenidas de la video vigilancia no eran los únicos elementos que evidenciaban el despido. No obstante, el TEDH observa que las grabaciones en cuestión no fueron la única evidencia en la que los tribunales nacionales basaron sus conclusiones. También se tuvieron en cuenta declaraciones, el testimonio del gerente del supermercado, los representantes y del personal, e informes de expertos en las que se acompañan las imágenes grabadas y los recibos de la caja de la empresa. En estos últimos recibos se evidencian que un número significativo de compras habían sido canceladas sin pago. También se basaron en la validez de los acuerdos que tres de los cinco trabajadores habían firmado con la empresa.

A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que el uso como prueba de las imágenes obtenidas por video vigilancia no socavaba la imparcialidad del proceso en el presente caso.

Respecto a la validez de los acuerdos de extinción de las relaciones laborales firmado por tres de las cinco trabajadoras, el TEDH señala que los

tribunales nacionales aceptaron la validez de tales acuerdos firmados por no encontrarse el consentimiento viciado. Se señala a este respecto que los tribunales nacionales analizaron todos los argumentos presentados por los trabajadores despedidos y consideraron que las circunstancias del presente caso no indicaban ninguna intimidación o engaño por parte del empleador. Examinaron las circunstancias en que se habían firmado los acuerdos y encontraron que la presencia del representante sindical en el momento de la firma, el reconocimiento previo de los actos por parte de los solicitantes durante una reunión con ese representante, y el hecho de que otros empleados que estaban despedidos no habían firmado el acuerdo con el empresario, descartaban cualquier indicio de coacción.

En estas circunstancias, teniendo en cuenta las importantes salvaguardas previstas por el marco jurídico español, incluidos los recursos que las trabajadoras no utilizaron, y el peso de las consideraciones que justifican la video vigilancia, tal como lo tienen en cuenta los tribunales nacionales, el TEDH concluye que las autoridades nacionales no incumplieron sus obligaciones positivas en virtud del art. 8 de la Convención, tales como sobrepasar su margen de apreciación. En consecuencia, no ha habido violación de esa disposición.

Tampoco hay razón para que el TEDH cuestione las conclusiones de los tribunales nacionales en cuanto a la validez y el peso de los acuerdos firmados por tres de los demandantes. Por lo tanto, considera que tampoco ha habido violación del art. 6 CEDH.

Por todos los razonamientos anteriores, el TEDH declara lo siguiente: se considera, por catorce votos contra tres, que no ha habido violación del art. 8 de la Convención; se considera, por unanimidad, que no ha habido violación del art. 6 de la Convención debido al uso en evidencia de las grabaciones obtenidas por medio de video vigilancia; se considera, por unanimidad, que no ha habido violación del art. 6 del Convenio debido a la aceptación de los acuerdos de extinción firmados por tres de los cinco trabajadores.

2.5. Apunte final

La posición del TEDH es garantista. Lo cierto es que, en la sentencia del TEDH de fecha 9 de enero de 2018 (asunto López Ribalda I), se declaraba que la medida adoptada por el supermercado de instalar cámaras de grabación no superaba el juicio de proporcionalidad por dos motivos principales: el primero, en relación con la Ley Orgánica de Protección de Datos, por no informarse a los trabajadores de la instalación de las cámaras ocultas; y, el segundo, por el carácter indiscriminado de la grabación, ya que la misma afectaba a todos los trabajadores del supermercado, abarcando la totalidad de la jornada y extendiéndose en el tiempo por varias semanas.

Sin embargo, en la reciente sentencia del TEDH de fecha 17 de octubre de 2019 (caso López Ribalda II), la Gran Sala, manteniendo la misma fundamentación jurídica anterior, llega a la conclusión contraria. En otros términos, para el TEDH ha existido una justificación evidente que permitía a la empresa tomar la decisión de grabar en su supermercado dado que existían acreditadas sospechas razonables de irregularidades graves que estaban suponiendo importantes pérdidas para el empresario. No estamos, por tanto, ante una mínima sospecha o una mera suposición (en estos casos es evidente que no se podrá grabar).

La instalación de un circuito de videograbación ha superado el test de proporcionalidad porque existían sospechas razonables de las irregularidades que se estaban cometiendo, lo que termina por justificar la instalación de las cámaras. Realmente, es un problema de interpretación de cuestiones fácticas objeto de prueba, más que de fundamentación o sustento jurídico. Pero, al tiempo, exige un razonamiento jurídico a partir de indicios. No se olvide que se hace referencia a una función justificativa o probatoria del indicio, cuando el indicio necesario o los indicios contingentes –no simples sospechas aparentes sin más- sustentan una conclusión sobre el *factum probandum*¹⁶.

¹⁶ Michele Taruffo, M., “Observaciones sobre la prueba por indicios”, en *Nuevas tendencias de derecho probatorio*, Horacio Cruz Tejada (coord.), Bogotá, Universidad de los Andes, 2011, pág. 105.

3. Conclusiones

Como garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores y como recomendación a aquellos empresarios que quieran instalar un circuito de video vigilancia, se advierte que, dado que la imagen de la persona es un dato de carácter personal, la empresa deberá de informar, de manera previa a la instalación, de la instalación de las cámaras a los empleados. Concretamente, la LOPD se refiere a la obligación de informar a los afectados de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. Por tanto, sí es posible instalar cámaras para detectar irregularidades o incumplimientos por parte de los trabajadores, pero cumpliendo los siguientes requisitos:

1) Informando a los trabajadores de que van a ser grabados. Para ello se recomienda colocar un distintivo visible en el que se avise de la instalación de las cámaras y de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal (de conformidad con la normativa ya mencionada). Igualmente, y para ser más prudentes, se recomendaría la notificación individual a cada trabajador y, en los contratos que se firmen con nuevos trabajadores, incluir una cláusula concreta en la que se informe expresamente de este contenido.

2) Avisar a los trabajadores de que las grabaciones o la video vigilancia puede ser utilizada también para justificar incumplimientos laborales. Para ello se recomienda incluir una nota informativa en la misma notificación individual de cada trabajador, así como también incluirlo en los nuevos contratos que se firmen entre la empresa y trabajadores.

¿Y qué ocurre si no se informa o avisa a los trabajadores de manera preventiva? En caso de que los trabajadores demanden al empresario serán los tribunales los que decidirán, caso por caso, si se supera el juicio de proporcionalidad. Para superar el juicio de proporcionalidad cuando se está grabando o monitorizando a los trabajadores se realizan las siguientes recomendaciones:

1) Que la cámara o el circuito de grabación esté instalada durante unos pocos días, los necesarios para permitir confirmar las sospechas de los incumplimientos o irregularidades existentes por el trabajador.

2) Igualmente, la cámara o el circuito de grabación deberá de enfocar solo el puesto de trabajo de la persona de la que se sospecha (recordemos que deben ser sospechas razonables).

Con dichas finalidades se recomienda que la instalación la realice una empresa externa con capacidad para ello para que pueda certificar ambas recomendaciones con la finalidad de que las pruebas puedan considerarse lícitas y terminen superando el juicio de proporcionalidad.

3) La grabación o video vigilancia también deberá superar la idoneidad necesaria del juicio de proporcionalidad, lo que significa que dicha grabación deberá de tener la finalidad de detectar el incumplimiento o la irregularidad que se pretende evitar y de la que se tiene sospechas razonables (no caben meras sospechas o intuiciones, pues es evidente que tales justificaciones no superarían el juicio de proporcionalidad). Para el cumplimiento de dicha finalidad se recomienda su acreditación mediante cualquier tipo de documento que permita verificar estas sospechas razonables. Por ejemplo: una auditoría de tienda que permita verificar que, entre el dinero de caja y los productos disponibles, no hay un encuadre correcto (a ser posible, también realizada por empresa externa).

4) La grabación o video vigilancia también deberá ser necesaria. Esto significa que no haya sido posible adoptar cualquier otra medida que fuera menos lesiva para la intimidad del trabajador. Con dicha finalidad se recomienda valorar diferentes opciones y medidas a tomar, incluso por empresas profesionales externas al propio empresario que se va a ver obligado a realizar la grabación o video vigilancia sin informar a los trabajadores. Una vez más, derivar el encargo en profesionales del sector o empresas externas para que así lo puedan acreditar en juicio.

Bibliografía

- BALLESTER PASTOR, I. (2005). “Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral”. *TS*. Nº 169.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E. (2004). “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”. *Revista Relaciones Laborales*. Nº 12.
- DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A. B. (2013). *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*. Ed. Lex Nova. Valladolid.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. (2003). “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, en AA. VV., SEMPERE NAVARRO, A. (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid.
- GOÑI SEIN, J.L. (2007). *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*. Ed. Aranzadi. Pamplona.
- GOÑI SEIN, J.L. (2014). “Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿necesidad de una reformulación?”. *Primera Ponencia de las XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizadas por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. Pamplona.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Ed. Trotta. Valladolid.
- MICHELE TARUFFO, M. (2011). “Observaciones sobre la prueba por indicios”, en *Nuevas tendencias de derecho probatorio*, Horacio Cruz Tejada (Coord.). Bogotá. Universidad de los Andes.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2019). “TEDH. Revisión del caso López Ribalda y otros: los cajeros de supermercados españoles filmados encubiertamente por cámaras de seguridad no sufrieron una violación de sus derechos de privacidad”. *CEF Laboral Social*.

- MONEREO PÉRRER, J.L. y ORTEGA LOZANO, P. O. (2019). “STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019 (números 1874/13 y 8567/13) (asunto López Ribalda II)”. *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Nº 8/2019.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y SAN MARTÍN MAZUZUCCONI, C. (2011). *Los derechos fundamentales (inespecíficos) en la negociación colectiva*. Ed. Aranzadi. Pamplona.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E. (2004). *Principio de proporcionalidad, Constitución y Derecho del Trabajo*. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- TOSCANI GIMÉNEZ, V. (2019). “La videovigilancia de los trabajadores con cámaras ocultas o clandestinas. Comentario a las SSTEDH de 9 de enero de 2018 y 17 de octubre de 2019, caso López Ribalda”. *Trabajo y Derecho*. Nº 60.
- VALDÉS DAL-RE, F. (1990). “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”. *Revista Relaciones Laborales*. Nº 8.

EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ECUADOR: DEL DESPIDO LIBRE A UN DESPIDO REGULADO

THE RIGHT TO WORK IN ECUADOR: FROM A FREE DISMISSAL TO REGULATED DISMISSAL

Javier ORDÓÑEZ ROMÁN

Abogado, Universidad de Guayaquil (Ecuador). Psicólogo clínico, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de La Habana. Estudio jurídico LEXOR Abogados (Ecuador)

javierordonezroman@gmail.com

Fecha de envío: 18/05/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

EL DERECHO AL TRABAJO EN EL ECUADOR: DEL DESPIDO LIBRE A UN DESPIDO REGULADO

Javier ORDÓÑEZ ROMÁN

Estudio jurídico LEXOR Abogados (Ecuador)

Resumen: En el Ecuador se hace necesario reconsiderar el núcleo esencial del derecho al trabajo que permita lograr una efectiva estabilidad laboral a fin de reivindicar la dignidad del ciudadano en su condición de trabajador en el que realmente se posicione al ser humano por sobre el capital. El objetivo principal del trabajo es proponer un “repensar” del derecho al trabajo para superar el despido libre en el Ecuador. Se realizó una aproximación al derecho al trabajo destacando la importancia que tiene a nivel global y el compromiso que debe tener todo Estado para proteger al trabajador dada su condición de subordinación que se da en la relación laboral. Se hizo un recorrido sucinto del derecho al trabajo, principalmente en su vinculación con la estabilidad laboral en el devenir constitucional del Ecuador y la consideración que le ha prestado el Estado ecuatoriano a partir de la vigencia de la actual Constitución. Se procedió a fundamentar a través de criterios supranacionales, dado el reconocimiento de las figuras de bloque de constitucionalidad y convencionalidad que se reconocen en el Ecuador, que un despido regulado favorece a reivindicar un derecho al trabajo decente. A partir de ello se concluye que, en el Ecuador bajo el sistema constitucional actual, podría instaurarse un régimen de despido regulado, que signifique una verdadera garantía de la estabilidad laboral a la que el Estado debería propender.

Palabras clave: Derecho al trabajo - Estabilidad laboral - Despido

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho al trabajo y la estabilidad laboral en el Ecuador. 3. Fundamento para una reformulación del despido libre en el Ecuador. 4. Conclusiones.

Abstract: In Ecuador, it is necessary to reconsider the essential core of the right to work that allows effective job stability to be achieved in order to claim the dignity of the citizen as a worker, in which human beings are actually placed above capital. The main objective of the work is to propose a "rethink" of the right to work to overcome free dismissal in Ecuador. An approximation was made to the right to work highlighting the importance it has at the global level and the commitment that every State must have to protect the worker, given his status as subordination in the employment relationship. A succinct course was made of the right to work, mainly in its connection with the stability of labor in the constitutional becoming of Ecuador and the consideration given to it by the Ecuadorian State from the validity of the current Constitution. It was based on supranational criteria, given the recognition of the figures of block of constitutionality and conventionality that exists in Ecuador, that a regulated dismissal favors claiming a right to decent work. It is concluded that Ecuador, under the current constitutional regime, a regulated redundancy regime could be introduced, which means a genuine guarantee of the employment stability to which the State should advocate.

Key words: Right to work - Job stability - Dismissal

Summary: 1. Introduction. 2. The right to work and job stability in Ecuador. 3. Foundation for a reformulation of free dismissal in Ecuador. 4. Conclusions.

1. Introducción

El trabajo es un derecho que por largo tiempo estuvo relegado de dicho atributo¹, en la actualidad prácticamente es indiscutible que constituye un verdadero derecho que se ha extendido por distintos cuerpos normativos constitucionales a nivel global², así como en instrumentos internacionales de derecho³, siendo hoy la base sobre la que se cimienta gran parte de la efectividad de la regulación en el ámbito laboral. Sanguinetti ha referido: “la garantía de este derecho guarda una estrecha conexión con la tutela de la dignidad de la persona y el ejercicio de los atributos propios de la ciudadanía”⁴. El trabajo implica la subordinación personal del sujeto trabajador, que se coloca en el dominio y poder de dirección del empleador, a cambio de un salario; entonces, este desequilibrio jurídico, trata de ser compensado a través de la constitución de derechos que limiten la potestad del empleador frente al trabajador.

En tal sentido, el derecho al trabajo posee dos facetas a fin de enfrentar el referido desequilibrio jurídico en la relación empleador-trabajador, una de contenido público y otra de contenido privado.

La de contenido público implica obligaciones para los Estados en relación a implementar políticas públicas que permitan el acceso a un empleo de sus ciudadanos. En virtud de ello, América Latina y el Caribe deben rescatar los pronunciamientos de la Organización de Naciones Unidas

¹ Tiene su aparición el trabajo como derecho en: Constitución Soviética de 1917, Constitución de Querétaro de 1917, Constitución de Weimar de 1919.

² Entre las normas constitucionales que refieren al derecho al trabajo se encuentran: Argentina (art. 14), Bolivia (art. 46 y 48), Brasil (art. 6), Colombia (art. 25), Costa Rica (art. 56), Chile (art. 19), Cuba (art. 31), Ecuador (art. 33), El Salvador (art. 37 y 38), Guatemala (art. 101), Haití (art. 35), Honduras (arts. 127 y 129), México (art. 123), Nicaragua (arts. 57 y 80), Panamá (art. 64), Paraguay (art. 86), Perú (art. 2), República Dominicana (art. 62), Surinam (art. 4), Uruguay (art. 36), y Venezuela (art. 87).

³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6 y 7), Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), Carta Social Europea (art. 1), Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 15).

⁴ Wilfredo Sanguinetti, “El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el Derecho Internacional”, *El blog de Wilfredo Sanguinetti*, 2009. Disponible: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2009/10/03/el-derecho-al-trabajo-y-la-proteccion-frente-al-despido-en-el-derecho-internacional-algunos-materiales/> [consultado el 12 de julio de 2019].

(ONU) en septiembre de 2015 donde los 193 estados miembros se comprometieron a promover la Agenda 2030, que como expresa Alicia Bárcena en su prólogo “esta es una agenda civilizatoria que pone la dignidad y la igualdad de las personas en el centro (...) una herramienta para la creación de sociedades inclusivas y justas”⁵. En este contexto se incluye dentro de la referida agenda el octavo Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) que establece la promoción del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos⁶.

La faceta de contenido privado implica un enfoque hacia el derecho del trabajador de conservar el empleo, con la excepción de la existencia de una justa causa para la extinción del vínculo laboral⁷. Por lo expuesto, este contenido del derecho al trabajo entra en franca contradicción con el sistema de libre despido en el ámbito laboral, lo que supone a su vez una íntima relación entre el derecho al trabajo y la estabilidad laboral. La estabilidad laboral, entendido este concepto en dos vertientes: de causalidad en la contratación (estabilidad de entrada) y en la extinción del contrato de trabajo (estabilidad de salida)⁸.

2. El derecho al trabajo y la estabilidad laboral en el Ecuador

⁵ Organización de Naciones Unidas, “Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) Una oportunidad para América Latina y el Caribe”, Naciones Unidas, Santiago, 2016, 5. Disponible: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/10/S1700334_es.pdf [consultado el 20 de junio de 2019].

⁶ *Ibidem.*, 23 y 24.

⁷ *Vid.* Alfredo Villavicencio Ríos, “El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 71, 2013: 316.

⁸ 1. Estabilidad de entrada: que consiste en la preferencia por los contratos de trabajo indefinidos sobre los temporales; y, 2. Estabilidad de salida: que consiste en la protección de los trabajadores frente a los despidos injustificados. *Cfr.* Alfredo Montoya Melgar, “La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 33: 62. Disponible: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numero_s/33/estudio3.pdf [consultado el 10 de julio de 2019]. Alfredo Villavicencio Ríos, *op. cit.*, 318 – 320.

En el Ecuador, en la Constitución del año 1929, se establece por primera vez la protección del derecho al trabajo⁹, una protección incipiente, que sin embargo, permitió junto con las luchas obreras¹⁰ la aparición del Código del Trabajo en 1938, vigente hasta la actualidad, con las respectivas reformas que se han ido adhiriendo con el transcurrir del tiempo. Estas normas jurídicas sentaron las bases para establecer la obligación del Estado en la protección de obreros y campesinos, regular el salario mínimo y la jornada máxima de labores, el establecimiento de seguros sociales, o sea, asegurar condiciones básicas de bienestar para el trabajador. En la Constitución de 1945 se hace por primera vez alusión a la prohibición del despido sin justa causa¹¹, utilizando como mecanismo de protección el

⁹ Artículo 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: (...) 18. La protección del trabajo y su libertad.

A nadie se le puede exigir servicios no impuestos por la Ley. Los artesanos y jornaleros no serán obligados, en ningún caso, a trabajar sino en virtud de contrato.

El Estado protegerá, especialmente, al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurado a todos un mínimo de bienestar, compatible con la dignidad humana.

La ley fijará la jornada máxima de trabajo y la formal determinar los salarios mínimos, en relación, especialmente, con el coste de las subsistencias y con las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. También fijará el descanso semanal obligatorio y establecerá seguros sociales.

La Ley reglamentará las condiciones de salubridad y seguridad que deben reunir los establecimientos industriales. Es obligatoria la indemnización de los accidentes del trabajo y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento.

La Ley regulará, especialmente, todo lo relativo al trabajo de las mujeres y de los niños. Constitución de la República del Ecuador de 1929. Quito, 26 de marzo de 1929. Disponible: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf [consultado el 03 de julio de 2019].

¹⁰ Una mayor amplitud de las luchas obreras en esta época. Vid. Miguel Guzmán, "Breve historia del sindicalismo ecuatoriano", *Teoría y Acción Socialista*, núm. 6, diciembre 1968. Osvaldo Hurtado y Joachim Herudek, *La organización popular en el Ecuador* (Quito: INEDES, 1984). Isabel Robalino: *El sindicalismo en el Ecuador* (Quito: INEDES-INEFOS, 1976). Elías Muñoz Vicuña y Leonardo Vicuña Izquierdo, *Historia del movimiento obrero del Ecuador* (Guayaquil: Departamento de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Guayaquil, 1980). Patricio Ycaza, *Historia del movimiento obrero ecuatoriano*, volumen I y II (Quito: CEDIME, 1983 y 1991).

¹¹ Artículo 148.- El trabajo en sus diferentes formas es un deber social y goza de la especial protección de la ley. Ésta debe asegurar al trabajador las condiciones mínimas de una existencia digna.

El Estado utilizará los recursos que estén a su alcance, para proporcionar ocupación a quienes carezcan de ella.

La legislación del trabajo tendrá carácter orgánico y sistemático.

Las normas fundamentales que reglan el trabajo en el Ecuador son las siguientes: (...) m) Se prohíbe el despido sin justa causa. La violación de este precepto será sancionada con las indemnizaciones fijadas en la ley. La privación del huasipungo se considerará como despido intempestivo. Constitución de la República del Ecuador de 1945. Quito, 06 de marzo de 1945.

reconocimiento de una indemnización pecuniaria fijada por la ley¹². Posteriormente no se abordaría este tema, por el contrario, el Ecuador entraría en una etapa de flexibilización y precarización laboral a principios de los años noventa y se tornó crítica a finales de la referida década e inicios del presente siglo¹³.

En el año 2008 se da un freno a estas políticas de desregularización en el ámbito laboral y de un Estado mínimo con el Mandato Constituyente No. 8¹⁴ junto a la promulgación de una nueva Constitución. Se reconoce la centralidad del trabajo en la economía por sobre el capital, se incluye al trabajo dentro del catálogo de derechos del “Buen Vivir” o “*Sumak kausay*”, además, dentro de los principios del régimen de desarrollo, se establece la generación de trabajo digno y estable. Asimismo, se establece un Estado constitucional de derechos y justicia, que otorga un papel preponderante a

Disponible: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1928.pdf [consultado el 03 de julio de 2019].

¹² En palabras de Marinoni se puede decir que esto constituye una tutela insatisfactoria que lleva a una simple monetarización o patrimonialización de los derechos. *Vid.* Luiz Marinoni [et al.], “Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva”, *Revista Ius Et Veritas*, 2009, 321. Disponible: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12185/127500> [consultado el 13 de enero de 2020].

¹³ Las políticas adoptadas tenían sus cimientos en las directrices del Consenso de Washington que aupaba la mercantilización del derecho al trabajo. *Cfr.* Rubí Martínez y Ernesto Soto-Reyes, “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, *Política y cultura*, núm. 37, 2012, 46-64. Disponible: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422012000100003&script=sci_arttex&lng=en [consultado el 10 de diciembre de 2019]. En este sentido, en el Ecuador se expidieron varias normas jurídicas encaminadas a colocar al ser humano por debajo del capital en beneficio del lucro del empresario. *Vid.* Ley No. 90 o Ley de Régimen de Maquila, de contratación laboral a tiempo parcial y de reformas al Código del Trabajo, en Registro Oficial, Suplemento No. 493, Quito, 3 de agosto de 1990. Ley No. 133 o Ley Reformatoria al Código del Trabajo, en Registro Oficial Suplemento No. 817, Quito, 21 de noviembre de 1991. Ley 04 o Ley para la transformación económica del Ecuador (Trole I), en Registro Oficial Suplemento No. 34, Quito, 13 de marzo del 2000. Reglamento para la contratación laboral por horas, en Registro Oficial Suplemento No. 305, Quito, 12 de abril del 2001, Decreto Ley 2000-1 o Ley para la promoción de la inversión y participación ciudadana (Trole II), en Registro Oficial Suplemento No. 144, Quito, 18 de agosto de 2000.

¹⁴ Con este Mandato se desterró las formas de precarización laboral, así como la contratación por horas, la tercerización laboral y la intermediación laboral, figuras que eran la coronación de la flexibilización laboral en el Ecuador. *Vid.* Mandato Constituyente 8, Eliminación y prohibición de tercerización, Registro Oficial Suplemento No. 30, 06 de mayo de 2008. Disponible: https://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/lotaip2014/info-legal/Mandato_constituyente Eliminacion_tercerizacion.pdf [consultado el 10 de agosto de 2019].

los derechos, mismos que deben gozar de garantías efectivas para su respeto y protección.

Por lo tanto, el 2008 marcó un hito en el ámbito laboral ecuatoriano en materia de estabilidad laboral de entrada. La protección del Estado se encaminó a instaurar un régimen de estabilidad de entrada reivindicador de los derechos de los trabajadores a través de la implementación del contrato indefinido de trabajo en lo que respecta al trabajador sujeto al Código del Trabajo¹⁵. A su vez, la vigencia de la Constitución de 2008 en el Ecuador trajo consigo la implementación de un plan de trabajo denominado Plan Nacional de Desarrollo¹⁶, hasta la presente fecha han sido promulgados tres planes¹⁷, instrumentos que son fundamentales para entender las políticas de Estado en lo que respecta al tema del derecho al trabajo y la estabilidad laboral.

De manera general se puede señalar que en ninguno de estos planes han existido directrices que tiendan a replantearse el tema de la estabilidad laboral de salida, únicamente en el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017 existe un viso encaminado en este sentido, al referir:

la permanencia de los trabajadores debe ser también vista como un activo para las empresas, ya que implica contar con trabajadores con experiencia, integrados al proceso productivo y con un alto compromiso

¹⁵ La realidad del funcionario público es distinta, se promovieron contratos ocasionales, nombramientos provisionales de larga duración, que soslayan la estabilidad que habían tenido años atrás. Cfr. Lino Valencia Zumba, “La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador” (tesis en opción al grado académico de master en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2015), 53-79. Disponible: <http://hdl.handle.net/10644/4501> [consultado el 10 de julio de 2019].

¹⁶ Es un instrumento que se encuentra definido en el Art. 280 de la Constitución de la República del Ecuador de la siguiente manera: “El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados. Su observancia será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores”. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.

¹⁷ Como antecedentes de estos planes se encuentra el “Plan de Gobierno del Movimiento País” de 2006, movimiento político que alcanzaría la presidencia de la República del Ecuador el 25 de noviembre de 2006 y posteriormente, el “Plan Nacional de Desarrollo 2007 – 2010. Planificación para la Revolución Ciudadana”. A partir, del año 2009 se emite el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013”, esta vez con aval de la Constitución de la República del Ecuador promulgada en 2008, consecuentemente se emite el “Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017” y el actual denominado “Plan Nacional de Desarrollo 2017 – 2021. Toda una Vida”.

laboral. Por lo tanto, la estabilidad laboral beneficia no solo al trabajador, sino también a la empresa y a su productividad¹⁸.

Sin embargo, lo constriñe posteriormente al hecho de que los trabajadores deben disponer de contratos permanentes, es decir, la protección se limita únicamente a una estabilidad de entrada como se había referido con anterioridad.

Actualmente para el Estado, las personas que disponen de empleo adecuado son aquellas que se encuentran ocupadas en condiciones dignas, cumplen simultáneamente con: estabilidad laboral, protección social, e ingresos laborales iguales o superiores al salario básico unificado¹⁹. En tal sentido, para el Estado ecuatoriano, la protección a la estabilidad laboral que rige actualmente en el sistema jurídico ecuatoriano sería apropiada, dado que la destaca como atributo del que gozan las personas que disponen de un empleo adecuado.

No obstante, si bien se ha fortalecido la estabilidad de entrada en el empleo del trabajador sujeto al Código de Trabajo, por otra parte, no se ha presentado tal consideración al tema de la estabilidad de salida, salvo los casos de las trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, los dirigentes sindicales en el cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en la Ley²⁰, y más recientemente, los casos de trabajadores con enfermedades catastróficas o de alta complejidad²¹. En todos los demás casos no se ha considerado la exigencia

¹⁸ Consejo Nacional de Planificación, *Plan Nacional para el Buen Vivir 2013 – 2017* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2013): 341.

¹⁹ Vid. Consejo Nacional de Planificación, *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida* (Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, 2017): 50.

²⁰ Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- (Agregado por el Art. 35 de la Ley s/n, R.O. 483-3S, 20-IV-2015).- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.

Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187. Vid. Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento 167, de 16 de diciembre de 2005. Última modificación: 06 de abril de 2018.

²¹ La Corte Constitucional del Ecuador reconoce una estabilidad laboral reforzada para este segmento de la población, que implica el derecho a ser reintegrado a su puesto de trabajo por despidos intempestivos relacionados a su condición. Vid. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia, 080-13-SEP-CC, CASO No. 0445-11-EP, 09 de octubre de 2013; Sentencia, 016-16-

de justa causa para el despido y su posterior control judicial por parte de la justicia, contenidos que deben ser parte del derecho al trabajo dado que constituyen garantías mínimas e inderogables en un sistema democrático²² y sobre todo, en un Estado constitucional de derechos y justicia.

Por ello, el autor considera que se debe garantizar como principio, la justa causa en el despido y su respectivo control judicial por el hecho de devenir del contenido esencial del derecho al trabajo, y no aceptar el curso de la figura del despido libre como ocurre en la generalidad de los casos, situación que data desde el surgimiento del derecho laboral en el Ecuador, que mantiene como “garantía” de la estabilidad laboral de salida una indemnización pecuniaria²³, donde además, recae la carga de la prueba del despido sobre el trabajador.

3. Fundamento para una reformulación del despido libre en el Ecuador

Se hace necesario abordar el tema del trabajo decente, concepto social delineado en la 87 Conferencia Internacional de la OIT²⁴ que aparece en una situación de crisis del constitucionalismo social, propugnando integrar

SEP-CC, CASO No. 2014-12-EP, 13 de enero de 2016; Sentencia, 375-17-SEP-CC, CASO No. 0526-13-EP, 22 de noviembre de 2017.

²² Vid. José Goñi Sein, “El régimen causal de los despidos económicos y del ‘despido exprés’ tras la Ley 35/2010”, de reforma laboral, *Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011: 521 y ss.

²³ Art. 188.- Indemnización por despido intempestivo.- El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,

De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo.

(...) Cuando el empleador deje constancia escrita de su voluntad de dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo, esto es, sin justa causa, la autoridad del trabajo que conozca del despido, dispondrá que el empleador comparezca, y de ratificarse éste en el hecho, en las siguientes cuarenta y ocho horas deberá depositar el valor total que le corresponda percibir al trabajador despedido por concepto de indemnizaciones. Vid. Código del Trabajo, *op. cit.*

²⁴ Vid. Organización Internacional del Trabajo, “Trabajo decente” (conferencia 87va. de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra 23 de abril de 1999). Memoria disponible: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> [consultado el 03 de enero de 2020].

aspectos relativos a los derechos, el empleo, la protección y el diálogo en un todo integrado. Es así que el punto de partida para la realización de un trabajo decente se encuentra en la creación de empleos, esto: “subyace en manos de las políticas públicas de empleo de los gobiernos como primer eslabón y en segundo orden, en la garantía de una estabilidad para poder dar cometido al resto de las cuestiones que garantizan la decencia del trabajo contra la precariedad a la que se ven sometidos los trabajadores en el siglo XXI”²⁵.

Siendo fundamental para ello un rol tuitivo del Estado, garantizar que los empleos que se creen sean en respeto a los derechos laborales y además procuren una efectiva garantía de estabilidad. De esta manera, el trabajo decente se alinea con el de dignidad del trabajador que propugna el texto constitucional ecuatoriano para convocar a una concepción del derecho al trabajo reivindicador de la dignidad del trabajador que haga frente a los fenómenos de precarización laboral, flexibilización y demás posturas neoliberales, que pretenden la creación de empleo a cualquier costo²⁶, inclusive en detrimento de los derechos de los trabajadores.

Por consiguiente a más de dotar de empleo adecuado, el trabajo decente implica “seguridad en el trabajo, que forma parte de la calidad en el empleo (...), exige también cierta continuidad o estabilidad de la relación de trabajo”²⁷. Por ello, para hablar de estabilidad en el empleo es necesario que se establezca una justa causa en el despido, situación que como se señaló no acontece en el Ecuador.

²⁵ Reynaldo Lam Peña, “Trabajo decente, género y políticas públicas”, *Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 1, vol. 1, enero-junio 2019: 84. Disponible: https://issuu.com/guillermocabanellas/docs/ridtss._primer_semestre_de_2019._aidtss [consultado el 05 de enero de 2020].

²⁶ En este sentido Daniel Toscani nos recuerda la existencia de la “nueva clase de trabajadores. ‘The working poor’ trabajadores pobres precarios, que no pueden vivir dignamente, ni pasar el mes con su salario. Que deben buscar otros trabajos, extras para sobrevivir”. *Vid.* Daniel Toscani Giménez (@ToscaniDaniel), “La reforma laboral de 2012 creó trabajo. Sí. Pero a cambio de crear una nueva clase de trabajadores...”. Twitter, 15 de febrero de 2020, 09:18, <https://twitter.com/toscanidaniel/status/1228684942638559234?s=21>

²⁷ Oscar Ermida Uriarte, “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, 2001: 13. Disponible: https://www.oei.es/historico/etp/trabajo_decente_formacion_profesional_ermida.pdf. [consultado el 12 de enero de 2020].

En el derecho comparado se puede destacar que los países que aplican el despido con justa causa²⁸ corresponden esencialmente a aquellos que han ratificado el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la terminación de la relación de trabajo, destacándose lo establecido en su artículo 4: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”.

Y específicamente, en el caso de despido injustificado refiere su artículo 10 que se debe anular y consecuentemente “ordenar o proponer la readmisión del trabajador”. En este sentido, se conmina a establecer un régimen jurídico en el que se limite el poder del empleador, para ello se debe contratar en función de la causalidad del trabajo y erradicar el despido arbitrario, de esta manera se garantiza una verdadera protección al trabajador. Este autor considera que se humaniza la relación del trabajo al permitir que se reconozcan contratos en función de la causa por la que es requerido y en la posibilidad de entrar a discutir sobre la situación de su despido ante el Poder Judicial frente a eventuales despidos injustificados, a fin de que no se reduzca la “protección” del trabajador a meras indemnizaciones pecuniarias.

El Ecuador es uno de los Estados que no ha ratificado el Convenio 158 de la OIT, no ha existido tal interés, ni tan siquiera un debate al respecto²⁹, por lo que entonces cabe señalar: el Ecuador en el que la Norma

²⁸ Tenemos a Australia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Portugal, Serbia, Suecia, Turquía, Ucrania, Venezuela, etc. *Vid.* Organización Internacional del Trabajo, *Ratificación del C158 – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982. Disponible: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303 [consultado el 05 de julio de 2019].

²⁹ En Uruguay –al menos- ha existido interés por parte de la Cámara de Representantes del Parlamento uruguayo que ha remitido al Poder Ejecutivo una minuta de comunicación, a fin de solicitar que se ratifique el Convenio 158 de la OIT. *Vid.* Cámara de Representantes, “Se pide al Ejecutivo iniciativa para ratificar convenio 158 de la OIT”, Uruguay, 13 de abril de 2016. Disponible: <https://parlamento.gub.uy/noticiasyevenos/noticias/node/83317> [consultado el 03 de julio de 2019]. Para acceder a la referida minuta de comunicación. *Vid.* Cámara de Representantes, “Convenio No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo OIT”, Uruguay, Carpeta No. 896 de abril de 2016. Disponible: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2016040420-003632985.pdf>. [consultada el 03 de julio de 2019].

Suprema indica ser un Estado constitucional de derechos y justicia, que reconoce el pluralismo jurídico, en el que el centro del quehacer jurídico es el ser humano y se establece al trabajo como derecho fundamental, comprometiéndose el Estado a garantizar un pleno respeto a la dignidad del trabajador, ¿es razonable sostener un régimen de libre despido? al tenor de esta interrogante el autor plantea que es necesario reformular la concepción que existe del derecho al trabajo en el Ecuador, a fin de proponer un régimen de estabilidad de salida en la relación laboral, que sea reivindicador de aquella dignidad del trabajador que establece la propia Constitución del Ecuador, y de esta manera, permita que la terminación de la sindicada relación laboral sea justa, razonable, proporcionada, que respete el debido proceso y la garantía a la tutela efectiva de la justicia, es decir, corresponde imponer verdaderos límites al poder absoluto del libre despido del que hoy dispone el empleador en el Ecuador.

Para defender la tesis de que es posible establecer actualmente un despido regulado en el Ecuador hay que remitirse a las figuras del bloque de constitucionalidad y de convencionalidad³⁰ que forman parte del quehacer jurídico ecuatoriano. Es necesario hacer énfasis en esta última figura jurídica que tiene como finalidad ajustar el orden interno a los desarrollos del derecho internacional respecto de los derechos humanos, en busca de una mayor protección del ser humano, así como a materializar y preservar su dignidad; es así que los jueces, autoridades y todas las personas tienen que observar estos criterios supranacionales, para que desde un pluralismo jurídico se favorezca a la norma que en mejor y mayor medida proteja al ser humano.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) que ha sido ratificado por el Ecuador, en su artículo 7.d establece la estabilidad en el empleo, por lo que, en caso de

³⁰ Para un estudio tanto del bloque de constitucionalidad y convencionalidad. Vid. David Murillo Cruz, "La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de Derechos Humanos", *Revista de Derecho Público*, núm. 36, enero – junio 2016. Disponible: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.08> [consultado el 05 de noviembre de 2019].

despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prevista por la legislación nacional. Además, como se había señalado, el Convenio 158 de la OIT -en sus artículos 4 y 10-, que si bien el Ecuador no lo ha ratificado, del mismo también se desprende la recomendación No. 166 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que a criterio del autor propende al reconocimiento de la dignidad de la persona en su condición de trabajador; por ende, estos instrumentos deben ser objeto de consideración³¹ para una reformulación de la estabilidad de salida como componente del derecho al trabajo en el Ecuador.

Estos instrumentos internacionales deben conllevar a repensar en el Ecuador el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo, siendo necesario alcanzar un régimen jurídico que garantice una estabilidad laboral de salida coherente con el respeto a la dignidad de la persona, porque una estabilidad relativa impropia, no es otra cosa que la no-estabilidad o el no-derecho al trabajo³². El Ecuador no debe regirse por garantías mínimas y

³¹ En el Ecuador, ha existido reconocimiento e implementación de instrumentos internacionales que son de mayor favorabilidad de la persona. La Corte Constitucional a través de la sentencia No. 11-18-CN/19, Caso 11-18-CN, de 12 de junio de 2019, ha dado reconocimiento e importancia a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que sin ser vinculantes (únicamente para el Estado que ha realizado la consulta), en el aludido caso se reconoce la Opinión Consultiva OC 24/17 "Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", que da respuesta a Costa Rica. Acogido este instrumento internacional, la Corte Constitucional procede a reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo; en contraposición a lo establecido en el ordenamiento jurídico interno; es decir, la Corte en sus argumentos refiere que es su obligación adecuar el sistema jurídico interno de manera coherente con los derechos que más favorece al ser humano. *Vid.* Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia, 11-18-CN/19, Caso 11-18-CN, de 12 de junio de 2019. En este sentido, considero que el Convenio 158 de la OIT y su recomendación No. 166, constituyen instrumentos que propende a una mayor protección de la persona, en su legítimo derecho al trabajo y que debería ser articulado para garantizar una verdadera estabilidad laboral en el Ecuador.

³² *Vid.* Hugo Barreto Ghione, "Derecho al trabajo y poder directivo del empleador: un replanteamiento", XXII Jornadas uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Prof. Oscar Ermida Uriarte, FCU, Montevideo, 2011, p. 107. Tomado de Federico Rosembaum Carli, "El derecho al trabajo: análisis del contrato único en España y la aplicación de sus premisas en Uruguay" (tesis en opción al grado de Master Universitario en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, 2017), 28. Disponible: https://www.academia.edu/38311492/EL_DERECHO_AL_TRABAJO_ANALISIS_DEL_CONTRATO_UNICO_EN_ESPAÑA_Y_LA_APLICACIÓN_DE_SUS_PREMISAS_EN_URUGUAY [consultado el 08 de octubre de 2019].

sostener una “protección” del trabajador a través de una indemnización, que perpetúa la figura del despido libre.

Es decir, la estabilidad laboral de salida, que se encuentra en el periodo final de la relación laboral, debería implicar la permanencia del vínculo laboral salvo que exista una causa justa que permita terminarlo, para ello debe existir una regulación adecuada que haga frente al despido arbitrario o injustificado. De esta manera, la potestad del empleador para dar por terminada la relación laboral debería estar limitada, considerándose un poder excepcional, en virtud de salvaguardar, de respetar y de garantizar el derecho al trabajo.

Cuando la única garantía que establece el ordenamiento jurídico se reduce a una indemnización pecuniaria frente al despido arbitrario, injustificado o intempestivo y no permite discutir la causa del despido, en el que exista la posibilidad de una reposición al trabajador injustamente despedido, esto atenta de manera directa contra el derecho al trabajo, porque el ejercicio de este derecho es fuente de realización personal, que permite la satisfacción de las necesidades básicas para la subsistencia del trabajador y su familia. Y además, de conformidad con las referidas normas internacionales, Pacto de San Salvador, como instrumento integrante del bloque de constitucionalidad y el Convenio 158 y recomendación No. 166 de la OIT, que a criterio del autor podría ser objeto de control de convencionalidad³³, se debe exigir una justa causa en el despido del trabajador y una protección encaminada a la reposición del trabajador a su puesto de trabajo de ser el caso.

4. Conclusiones

³³ El contenido convencional que existe respecto de la estabilidad como principio que deviene del derecho al trabajo ofrece un estándar de protección más elevado que la que garantiza la norma interna (indemnización pecuniaria como garantía de estabilidad), por ende, debe prevalecer frente a la misma. *Cfr.* Albert Forcadell y Christian Navarro, “Compatibilidad del Control de Convencionalidad con la superación del Control de Constitucionalidad”, *IUSLaboral Revista d’anàlisi de Dret del Treball*, núm. 1, 2020: 147-152. Disponible: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367278> [consultado el 30 de abril de 2020].

En el Ecuador, desde el reconocimiento del trabajo como derecho, no se ha dado realce al principio de estabilidad laboral, abocado a una justa causa en el despido, situación que se mantiene a pesar de la reivindicación de los derechos, que se alcanzó con la promulgación de la Constitución vigente, por lo que pervive la figura jurídica que la doctrina iuslaboralista denomina estabilidad relativa impropia. En este sentido es necesario reconfigurar el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo en el que se considere la cláusula de justa causa en el despido, a fin de mejorar el régimen jurídico laboral en su vertiente de la estabilidad laboral de salida.

En esta tarea se considera necesario escudriñar elementos que sustenten el derecho al trabajo en el Ecuador, un elemento importante que debe ser objeto de estudio está en la concepción del trabajo decente. De este concepto podrían desprenderse elementos doctrinarios importantes para devolverle al trabajo sus contenidos de respeto a la dignidad, seguridad y humanidad, esta tarea sería un derrotero pendiente e importante para los investigadores de la ciencia jurídica en el Ecuador.

Para alcanzar una defensa efectiva del derecho al trabajo es indispensable proveer primero de empleo adecuado, para ello es fundamental las políticas públicas encaminadas en este sentido junto a asegurar salarios dignos y protección social adecuada. A su vez, este empleo debe ser de respeto a la causalidad del trabajo, a fin de garantizar una verdadera estabilidad de entrada, situación que ha sido la que más se ha fortalecido en el Ecuador hasta la actualidad. Además, garantizar una estabilidad laboral de salida, que no se reduzca a indemnizaciones pecuniarias, dado que se aparta del verdadero sentido del derecho al trabajo, como se refirió anteriormente el trabajo decente exige la existencia de estabilidad en el empleo.

Estos elementos que se han referido de manera sucinta, bloque de constitucionalidad, y sobre todo control de convencionalidad, a partir de una concepción del derecho al trabajo que reivindique la dignidad de la persona, que se nutra del trabajo decente como principio, constituyen fundamentos para establecer un régimen de estabilidad de salida que conlleve a un

régimen de despido regulado, en contra partida del despido intempestivo – despido libre- establecido en el Código del Trabajo vigente, que únicamente reduce la “protección” del trabajador a una indemnización pecuniaria. La Corte Constitucional del Ecuador ya ha recurrido a los instrumentos de derecho internacional para fundar sus sentencias como se había indicado, aplicándolas en detrimento de las normas internas, esto denota la trascendencia y la importancia de este órgano dentro del Estado ecuatoriano en pos de constituir ese “Estado constitucional de derechos y justicia” que establece la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 1, ¿llegará el tiempo del derecho al trabajo para reformular el régimen de estabilidad de salida en el Ecuador?

Bibliografía

- CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN (2013). Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES).
- CONSEJO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN (2017). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida. Quito: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES).
- ERMIDA URIARTE, O. (2001). Trabajo decente y formación profesional. Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional, N° 151.
- GOÑI SEIN, J. (2011). El régimen causal de los despidos económicos y del 'despido exprés' tras la Ley 35/2010, de reforma laboral. Revista crítica de teoría y práctica, N° 2.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 71.

Recursos electrónicos

- CÁMARA DE REPRESENTANTES (2016). "Convenio No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo OIT", Uruguay, Carpeta No. 896 de abril de 2016. Disponible: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/D2016040420-003632985.pdf>.
- CÁMARA DE REPRESENTANTES (2019). "Se pide al Ejecutivo iniciativa para ratificar convenio 158 de la OIT", Uruguay, 13 de abril de 2016. Disponible: <https://parlamento.gub.uy/noticiasyeventos/noticias/node/83317>.
- FORCADELL, A. y NAVARRO, C. (2020). Compatibilidad del Control de Convencionalidad con la superación del Control de Constitucionalidad. IUSLaboral Revista d'anàlisi de Dret del Treball, N° 1. Disponible: <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/367278>.

- LAM PEÑA, R. (2019). Trabajo decente, género y políticas públicas. Revista Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 1, vol. 1. Disponible: https://issuu.com/guillermocabanellas/docs/ridtss._primer_semestre_de_2019._aidtss.
- MARINONI, L. [et al.]. (2009). Algunas reflexiones sobre el posible cambio de paradigma respecto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Revista Ius Et Veritas: 318-329. Disponible: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12185/12750>.
- MARTÍNEZ, R. y SOTO-REYES, E. (2012). El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina. Política y cultura, N° 37. Disponible: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-77422012000100003&script=sci_arttex&tlng=en.
- MONTOYA MELGAR, A. (2001). La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 33. Disponible: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/33/estudio3.pdf.
- MURILLO CRUZ, D. (2016). La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Revista de Derecho Público, N° 36. Disponible: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.36.2016.08>.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (2016). “Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) Una oportunidad para América Latina y el Caribe”, Naciones Unidas, Santiago, 5. Disponible: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40155/10/S1700334_es.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1999). “Trabajo decente”, Memoria del Director General 87va. reunión de la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Disponible: <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1982). “Ratificación del C158 – Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo”. Disponible: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303.

SANGUINETI, W. (2009). El derecho al trabajo y la protección frente al despido en el Derecho Internacional. El Blog de Wilfredo Sanguinetti. Disponible: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2009/10/03/el-derecho-al-trabajo-y-la-proteccion-frente-al-despido-en-el-derecho-internacional-algunos-materiales/>.

ROSENBAUM CARLI, F. (2017). El derecho al trabajo: análisis del contrato único en España y la aplicación de sus premisas en Uruguay. Tesis en opción al grado de Master Universitario en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca. Disponible: https://www.academia.edu/38311492/EI_DERECHO_AL_TRABAJO_ANALISIS_DEL_CONTRATO_UNICO_EN_ESPAÑA_Y_LA_APLICACIÓN_DE_SUS_PREMISAS_EN_URUGUAY.

VALENCIA ZUMBA, L. (2015). La problemática del derecho a la estabilidad y permanencia de los servidores públicos en el Ecuador. Tesis en opción al grado académico de master en Derecho Administrativo, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador. Disponible: <http://hdl.handle.net/10644/4501>.

LAS PENSIONES SON ALGO MÁS QUE UN NÚMERO

PENSIONS ARE MORE THAN JUST A NUMBER

Luis DÍAZ

Doctor en Derecho de la Universidad del Zulia (Venezuela)

lediaz.led@gmail.com

Fecha de envío: 18/05/2020

Fecha de aceptación: 15/06/2020

LAS PENSIONES SON ALGO MÁS QUE UN NÚMERO

Luis DÍAZ

Abogado (Venezuela)

Resumen: Las pensiones en el mundo no son buenas. Los regímenes de beneficio definido que constituyen mayoritariamente el modo de organizar los sistemas de pensiones son los que más ataques reciben. Las alternativas no han corrido con mejor suerte, al menos, exhiben los mismos resultados en términos de calidad de la pensión. Se ha subestimado el hecho que la misma es un producto cultural y refleja el buen o mal estado de una democracia. Este artículo explora el por qué la pensión se ha deteriorado y ofrece algunas pautas para que el derecho a percibirla, sea consecuencia de una responsabilidad social y garantía de la libertad individual.

Palabras clave: Pensiones - Adulto mayor - OCDE - Solidaridad - Beneficio definido

Sumario: 1. El ingreso de los adultos mayores. 2. Tipos de pensiones para los adultos mayores de bajos recursos: 2.1. Pensiones asistenciales. 2.2. Pensiones básicas contributivas. 2.3. Pensiones Universales. 3. Reflexión final.

Abstract: Pensions in the world are not good. The defined benefit regimes that constitute the majority of the way to organize the pension systems are the ones that attack the most. The alternatives have not fared better, at least they show the same results in terms of the quality of the pension. The fact that it is a cultural product and reflects the good or bad condition of a democracy has been underestimated. This article explores why the pension has deteriorated and offers some guidelines so that the right to receive it is a consequence of social responsibility and guarantee of individual freedom.

Key words: Pensions - Elderly - OECD - Solidarity - Defined benefit

Summary: 1. The income of older adults. 2. Types of pensions for low-income older adults: 2.1. Assistance pensions. 2.2. Basic contributory pensions. 2.3. Universal Pensions. 3. Final reflection.

1. El ingreso de los adultos mayores

Una pensión llega a ser *buena* por razones que no son estrictamente económicas. Tiene que ver su fijación con el desarrollo de aspectos generalmente ignorados, como la fecha temprana o no de la creación de los seguros sociales, la entrada de la democracia a nuestros países y, el envejecimiento demográfico, el que puede dar pie a la conformación de un electorado de la tercera edad más influyente. En efecto, la creación y desarrollo de los seguros sociales, la democracia como rutina y la consideración de la tercera edad, como sujeto que demanda mejores pensiones, o como objeto de una agenda electoral; inciden en la suficiencia de la pensión.

La pobreza entre los adultos mayores es de un 5% en países de la región con sistemas de seguridad social más desarrollados, en cambio; es superior al 50% en Guatemala y Honduras; es de un 40% en República Dominicana, y; en Bolivia, Paraguay, México y El Salvador, es de un 30%¹.

El nivel de desarrollo de los sistemas de seguridad social no es explicable en virtud de un sólo hecho histórico, ni es explicable tampoco por la dialéctica marxista. Ello es más complejo y azaroso: interviene la fuerza, especialmente la militar, las luchas de liberación nacional, los caudillos, las elites, unas ilustradas y otras corrompidas, los sindicatos, el capital, los intereses de la burguesía internacional, el desarrollo tecnológico, actuando todo ello en diferentes planos e intensidades.

Los ingresos de los adultos mayores en la región, provienen de familiares con los que viven, de las remesas y de las pensiones propiamente dichas, y con menos frecuencia; de los ahorros y venta de activos. Si la familia ya no apoya como antes, las remesas y las pensiones legales, son las únicas fuentes regulares de ingresos.

Podríamos pensar que, por el contrario, en los países desarrollados, el ingreso de la tercera edad es mejor, pero no es así. En los países de la

¹ OIT. *Panorama Temático Laboral. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*. Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2018.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la generación nacida en 1940, obtuvo mejores pensiones que la de 1996. El ingreso de los adultos mayores no llega en la mayoría de los países de la OCDE al 50% de los de un activo que empieza a los 22 años a tiempo completo su carrera laboral. En Canadá, Estados Unidos y el Reino Unido, países del grupo de los 20 (el G-20), el ingreso aún es menor, y en Corea y Estonia, una tercera parte de los pobres son personas mayores, muy por encima del promedio de la OCDE, de 11,8%. En el G-20 están por encima de ese promedio, los Estados Unidos y China².

Completar la pensión con los ahorros personales es una tarea complicada. Sólo los británicos, canadienses y estadounidenses, pueden verla aumentada hasta 20 puntos en promedio. El sistema británico, aparte, posee las propiedades del *Welfare State* y brinda facilidades crediticias a los solteros o parejas más pobres que ya tienen pensión, o son propietarios de una vivienda, o poseen cierto nivel de ahorro, pudiendo recibir pequeños pagos semanales extras. Adicionalmente, son acreedores de otros beneficios, como televisión por cable, lentes de contacto, tratamiento dentales y subsidios para la calefacción.

Resulta obvio que se necesitan más contribuyentes y otras fuentes de ingresos para poder pagar más y mejores pensiones, pero ya el desempleo en la región, antes del COVID-19, afectaba a más de 27 millones de personas³.

El trabajo es un bien y valor escaso. Cualquier pensionado desea saber si será suficiente su paga para poder vivir dignamente. Más de 200 países prometieron -en cumplimiento del contrato social-; pagar una pensión adecuada a través de *regímenes de beneficio definido*, por medio de los cuales; se promete por anticipado el beneficio, real y concreto a percibir.

² Los datos de la OCDE y del G-20 son tomados del informe: OCDE. *Pensions at a glance 2019*. Paris: OECD, 2019.

³ Pinheiro, Vinicius. «la diaria.com.uy.» *América latina: No contagiemos al empleo*, 26 de marzo de 2020.

La solidaridad para ello es fundamental. Ninguna persona puede por sí sola completar para su pensión. Es la sociedad la que tiene esa responsabilidad. La solidaridad, aparte de ser un principio de acción política y gremial, es un principio de la disciplina, un mecanismo de financiamiento con efectos redistributivos diversos: en primer lugar, redistribuye los recursos de los empleadores a los trabajadores y de éstos; a los que devengan salarios más bajos. En segundo lugar, las cotizaciones que se cobran son uniformes, como un porcentaje fijo del salario, esto es, no son proporcionales al mayor riesgo individual. Tercero, entre los pobres, la frecuencia de las prestaciones es mayor, por ser los que más se exponen a enfermedades o accidentes. Y, por último; existe la posibilidad de recibir recursos extras del Estado para *moderar* la tasa y cubrir, en caso de ser necesario, los déficits. De nuevo, el mayor efecto redistributivo se observa en países con sistemas de protección más integrales, en donde la cobertura, el gasto social y las prestaciones son mayores; son los casos de Argentina, Brasil, Costa Rica y Uruguay.

Los *regímenes de beneficio definido*, garantizan una prestación muy favorable, porque toman en cuenta para el cálculo de la misma, los últimos años de la carrera laboral que contienen por regla general, las remuneraciones más altas, o, se escogen los mejores años, a conveniencia del solicitante. El valor de la pensión es el porcentaje de reemplazo del salario final. Lo ideal, como es de suponer, es que existan más cotizantes pagando que pensionados recibiendo su paga. De perderse el equilibrio, lo que procedería es modificar la tasa hacia arriba, o prolongar la edad de retiro y en el peor de los casos; echar abajo la promesa del beneficio que se había definido como parte del contrato entre generaciones.

Cada alternativa tiene sus consecuencias. Y ninguna de ellas es neutra en términos políticos: Extender la edad, por ejemplo, no lo es y resulta regresiva para trabajadores de bajos ingresos que tienen vidas más cortas:

(i) En Francia, -donde la longevidad es superior al promedio de la OCDE-; se propone en el gobierno de Emmanuel Macron, aumentar la edad y calcular la pensión en función de toda la carrera laboral y no por los últimos

6 meses en el caso de los funcionarios, o los mejores 25 años, si se trata de los trabajadores del sector privado. La resistencia sindical a este respecto ha sido considerable. (ii) En Estonia, se alarga el retiro, pero puede obtenerse la mitad del haber jubilatorio antes de la edad prescrita, a cambio de continuar trabajando y aumentar la pensión corriente. (iii) En Bélgica, el máximo del beneficio definido no tiene ya una edad determinada. (iv) En Rusia, un país del G-20, trabajar más es la única opción para conseguir una pensión al 100 por ciento del salario. Para los hombres, la edad de jubilación se extendió de 60 a 65 años y para las mujeres de 55 a 60 años (un año de incremento por cada anualidad que transcurra contada a partir del 2019). Y si desea el afiliado jubilarse antes de la edad legal; al hombre le esperan 42 años de contribución y a la mujer 37, teniendo como mínimo 60 y 55 años, respectivamente. (v) En Dinamarca, la edad de jubilación se incrementa 5 años (74 años), pero si se emplea a un pensionado de 67 años o más, por no menos de 1560 horas/año; se subsidia la nómina un 7 por ciento del salario promedio nacional. (vi) La edad para pensionarse en Suecia fue aumentada en enero de 2020 a 68 años y en el 2023 a 69, después de un largo debate para reformar un sistema generoso que otorgaba el 100 por ciento del beneficio, al transcurrir 30 años de aportes basados en los mejores 15. (vii) En el Reino Unido, la edad para pensionarse aumentará a fines del 2020, de 65 a 66 años, hasta llevarla progresivamente a los 68 años entre el 2044 y el 2046, o antes, de ser necesario. (viii) En Brasil, en el gobierno de Jair Bolsonaro, se ha incrementado la edad de los hombres a 65 años y la de las mujeres a 62, aunque manteniendo más baja la edad del sector rural (60 y 55); y se ha fijado una edad mínima para policías y agentes penitenciarios a los 55 años de edad. Y con la edad, aumenta el número de imposiciones. Para alcanzar el 100% del beneficio definido, la mujer necesita cotizar 35 años y el hombre 40. Las contribuciones también aumentaron, conforme al salario devengado y no tienen techo, van desde el 7,5% al 22%. El valor de la pensión tampoco equivale como antes al 80% de los mejores valores, sino a la media del total de las contribuciones.

Los *regímenes de beneficio definido* han sido golpeados por: el desempleo, el envejecimiento de la población, la desigualdad de género, la que no fue apreciada como problema, sino hasta el nuevo milenio, y; por un grado extraordinario de incompetencia e irresponsabilidad política en las áreas de fiscalización del mercado de trabajo, en la supervisión de los fondos de pensiones, en la administración de los seguros sociales, y; por un costoso y lento sistema de justicia.

Para enfrentar estos problemas, Chile y México, establecen una dependencia muy estrecha con el mercado financiero con *regímenes de aportaciones definidas*, donde la pensión dependerá del capital y del rendimiento que sea capaz de producir. En esencia, se transfiere automáticamente el impacto de los cambios de longevidad al sujeto. La edad deja de ser una variable a considerar, porque lo que importa es el rendimiento de los fondos, atenuándose el conflicto político de aumentarla y evitándose los subsidios fiscales, salvo para los casos de una pensión mínima. Las aportaciones definidas sustituyen a los mejores salarios de referencia por mejores inversiones, y al número mínimo de semanas cotizadas, por un mayor número de éstas para aumentar la pensión.

El *régimen de aportación definida* exhibe al menos 3 debilidades: La primera es que, al depender la pensión de los aportes, la brecha de género se agudiza y en razón de la mayor esperanza de vida de la mujer, la pensión resultará menor; así fuere obtenida a la misma edad.⁴ La segunda es que, entre los diferentes grupos de aportantes, no existe redistribución del ingreso (solidaridad interna). Y sin subsidios externos, no podrían compensarse los efectos negativos de los contratos de trabajo de corta duración. La tercera debilidad, es el bajo monto de la pensión, la que equivale en Chile al 31,2% del total del ingreso promedio, en razón de lo cual; el gobierno de Salvador Piñera, ha propuesto un programa de ahorro colectivo solidario, manejado por una nueva entidad pública con el propósito de aumentar la pensión. En el caso mexicano, el 76% de la llamada generación AFORE -los afiliados

⁴ Pautassi, Laura C. *Legislación previsional y equidad de género en América Latina*. Serie mujer y desarrollo No. 42, Santiago: CEPAL, 2002.

desde la creación del sistema en 1997-; no podrán sumar las 1250 semanas de cotización requeridas. Y las dos terceras partes, tan sólo tendrá derecho a la pensión mínima garantizada de 3.200 pesos mensuales.

Para atenuar el impacto del riesgo financiero que causa el *régimen de aportación definida*, se ha introducido *un sistema de puntos*, que son los que determinan el valor de la pensión. A mayor salario cotizado, mayor será el número de puntos que podrán adquirirse. El punto tiene un valor inicial y se puede ir revalorizando en el tiempo. La pensión dependerá del *puntaje* que logre el afiliado acumular.

En Francia, el gobierno propone en su reforma pensional que el punto tenga un valor de 0,55 euros por cada 10 euros que se cotice. Para mitigar los efectos de la falta de solidaridad, se podrían obtener “puntos solidarios” que se adquieren en aquellos períodos donde no puede aportarse, como en el paro, la maternidad y la invalidez. Se conceden “bonos” por el cuidado de un enfermo y por cada hijo: 5% por cada uno; más 2% adicional a partir del tercero.

Se plantea en el proyecto de ley, una pensión mínima de 1000 euros para los que estén por debajo de esa referencia. La pensión mínima se actualizará luego con el 85% del salario mínimo⁵.

Lo que no está claro aún es como se renovarán los puntos. El gobierno ha dicho que será conforme a los salarios, pero sólo después de 5 años de aprobarse la reforma para evitar aumentos durante ese lapso de la cotización⁶.

Alemania en los 90 fue el primer país en introducir el *sistema de puntos*, por el cual; el incremento del 1 por ciento del número de pensionados, disminuye el valor del punto anual asignado a cada contribuyente, a 0,25 por ciento. De manera que el coste del punto, -lo que no está aún clarificado en el caso francés-, está ligado a la relación activos-

⁵ Gil, Iñaky. «Todo lo que cambia con la reforma de las pensiones en Francia.» *El Mundo*, 24 de enero de 2020.

⁶ Palau, Aída. «Francia: en qué consiste la reforma del sistema de pensiones de Macron.» *Radio Francia Internacional*, 24 de enero de 2020.

pensionados. (La relación fue positiva hasta el año 2018). Las pensiones en curso de pago en términos nominales siguen siendo las mismas, pero su poder real de compra si se verá afectado.

En Suecia, los puntos han bajado de igual forma 3 veces. Y ese es temor de los sindicatos franceses que se oponen a la propuesta del gobierno. En Rumania, en el 2019 equivalía cada punto a 265 euros, en el 2021, será igual a 395 euros y a partir de 2022, será correlacionado con la inflación y con el 50% del aumento real del ingreso bruto.

La otra alternativa para mitigar los efectos negativos de los *regímenes de aportaciones definidas*, son las *cuentas nocionales* (Italia, Letonia, Noruega, Polonia y Suecia), que acumulan los aportes definidos en cuentas individuales a las que se les aplica una tasa de rendimiento, la que existe sólo en los libros de contabilidad del administrador público. En el momento de la jubilación, *el capital nocional* se convierte en un flujo de pagos vitalicio. El afiliado no asume el riesgo financiero de una inversión, pero si el de la mayor longevidad y dependiendo de la fórmula que se utilice; también los del mercado de trabajo (crecimiento de salarios y contribuciones a la seguridad social).

2. Tipos de pensiones para los adultos mayores de bajos recursos

2.1. Pensiones asistenciales

Las pensiones pueden ser asistenciales o no contributivas. Son concebidas como ayuda a los más pobres en situación de necesidad. En los países de la OCDE, alcanzan en promedio el 20% del salario y en la región el 17,8%, representando una tercera parte de la cobertura total⁷.

Históricamente, la asistencia social ha tenido un carácter residual, como un ejercicio de filantropía, deseable como practica fiscal para reducir

⁷ BID. *Presente y futuro de las pensiones en América Latina y el Caribe.*” Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.

impuestos y circunscrita su administración, a familias ricas, sociedades y fundaciones. Pero eso ha cambiado drásticamente. La estigmatización se atenúa al aparecer una administración profesional, -monitoreada por organismos multilaterales-, y un nuevo enfoque de derechos ciudadanos. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha planteado un universalismo básico, una *pensión antipobreza no contributiva para todos*. En otros ámbitos se conoce con el nombre de *renta universal*, entre otras denominaciones, por ejemplo, “ingreso mínimo vital” o “ingreso mínimo garantizado”. Una propuesta que tiene morada en distintas sedes del pensamiento político, desde la derecha hasta la izquierda radical.

Si por *renta universal* entendemos la provisión de dinero como derecho, por ser nacional de un Estado, todos tendrían acceso a esa prestación sin condición alguna. Diversas fuerzas políticas razonan su apoyo a esta propuesta, por ser transparente, reducir la burocracia y tener un mayor efecto redistributivo, entre otras consideraciones. Pero también, puede entenderse como *renta universal*, por ejemplo, la protección a los autónomos en situación de necesidad. En este caso, la *renta universal* se asemeja a la asistencia social. En uno, la recepción es sin discriminación y en el otro; focalizada. Diversas fuerzas políticas razonan su apoyo a la focalización y lo hacen de diferente modo: porque se atiende a quien realmente lo necesita, o porque no se reduce la seguridad social (efecto caballo de Troya de la renta indiscriminada), o porque no se elimina la progresividad de la renta particular.

2.2. Pensiones básicas contributivas

En 17 países de la OCDE se establece una *pensión básica contributiva* que evita que los que ya contribuyeron, caigan en la pobreza. Esta pensión se relaciona con una construcción *multipilar* de protección social en los *regímenes de beneficio definido* que va aumentando la asignación monetaria en la medida que se suman más contribuciones,

además; se establecen planes privados o derivados de una negociación colectiva de beneficio definido o aportación definida.

En los países de la OCDE, representan las pensiones básicas contributivas el 25% del salario. En América Latina, una pensión promedio equivale a 300\$ y una asistencial, unos 52,8\$.⁸ En Venezuela, caso aparte, la pensión asistencial y contributiva, tienen el mismo valor; 5\$ (monto calculado en marzo de 2019), descendió un año después a 3.12\$, y pese a un incremento del 60%, en abril de 2020; bajó aún más, a 2,05\$.

En los *regímenes de aportación definida*, como el chileno y el colombiano, el Estado garantiza *pensiones mínimas* para las personas cuyos recursos en cuenta son insuficientes. Acuerdan un beneficio mínimo (que no puede ampliarse una vez concedido, porque el mínimo es lo máximo que el *régimen de aportaciones definidas* puede ofrecer).

En Colombia, cumplida sea la edad y el número de contribuciones (23 años), un fondo de solidaridad pensional cubre las *pensiones mínimas* en el *régimen de beneficio definido* y un fondo de garantía, lo hará en el *régimen de aportaciones definidas*.

En virtud de la declaración del estado de emergencia por el COVID-19, el gobierno de Iván Duque, por el Decreto 558 de 15-04-20, disminuyó temporalmente las cotizaciones y su seguro social; COLPENSIONES, asumió la deuda de las administradoras privadas del *régimen de aportaciones definidas*, por lo que; alrededor de 20 mil pensionados fueron transferidos al organismo público, partiendo de la premisa que no tendrían recursos en cuenta para alcanzar al menos *una pensión mínima*. El riesgo financiero a que se someterían los afiliados y la descapitalización de las cuentas individuales (art 6), motivó la medida, rechazada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), considerando que ello constituía “un regalo” a las administradoras⁹.

⁸ Sojo, Ana. *Protección social en América Latina. La desigualdad en el banquillo*. CEPAL-Cooperación Alemana, 2017.

⁹ En Colombia, existe aparte, el *Beneficio Económico Periódico*, que es un régimen de ahorro voluntario y mediante el cual; por cada 100 pesos ahorrados, el Estado otorga 20 para proteger a las personas a quienes sus recursos no les alcanzan para cotizar a pensión.

En el caso chileno, se establece un *aporte previsional solidario*, a cargo del Estado, dirigido al 60% más pobre de la población, la que se determina por un puntaje de focalización previsional y el beneficiario haya vivido en el país, 4 de los últimos 5 años anteriores a la solicitud¹⁰.

2.3. Pensiones universales

Las pensiones universales constituyen una modalidad poco frecuente en la OCDE y en la región. Representan una modalidad de *renta universal* aplicable sólo para pensiones. Están basadas exclusivamente en un período de residencia como en Países Bajos, Grecia, Nueva Zelanda y Suecia.

El monto de los beneficios es más bajo que cuando se exigen contribuciones, a excepción del caso neozelandés que equivale al 40% del salario promedio del país; le siguen, Países Bajos con un 29% y Grecia con un 21,7%. El promedio en la OCDE equivale al 17% del ingreso.

En la región, Bolivia concede una pensión universal; México, pretende sustituir la prueba de la falta de recursos con una para mayores de 68 años e indígenas mayores de 65 (*Pensión para el bienestar de las personas mayores*, vigente desde enero de 2019); y en Chile, existe una propuesta todavía en trámite parlamentario.

3. Reflexión final

La calidad de la pensión obedece, en primer lugar, a instituciones políticas encabezadas por el seguro social y al resto de aquellas que permiten desarrollar rutinas democráticas diversas, desde elecciones universales hasta la organización libre de empresarios, trabajadores, partidos y demás grupos de interés. En segundo lugar, el valor de la pensión, depende que el mercado de trabajo pueda financiar la paga de los que se

¹⁰ Otro ejemplo de subsidio al ahorro previsional en Chile, es el concedido a los trabajadores entre 18 y 35 años de edad, con una remuneración igual o inferior a 1,5 veces el ingreso mínimo mensual, siendo equivalente al 50% de la cotización previsional obligatoria.

retiran. Pero inclusive, las democracias y economías más desarrolladas, no han ampliado el número de contribuyentes necesarios ni procurado nuevas fuentes de ingreso. Ello ha debilitado las bases del contrato social y empobrecido a sus destinatarios. Las élites no han cumplido el compromiso de pagar mejores pensiones y la media social se ha deteriorado sin poder los sindicatos articular nuevas reivindicaciones.

La solidaridad ha sido atacada, disminuida o aplazada para mejores momentos, por el temor infundado que su uso y extensión; paraliza el crecimiento del mercado de trabajo. Por el contrario, la solidaridad es un mecanismo articulador que permite enlazar los múltiples fragmentos de una cada vez más precario. Esto ha conducido a *masificar* las prestaciones no contributivas (universalismo básico). El dato revelador de prestaciones asistenciales por encima de las derivadas del trabajo, se debe a que los elevadores sociales no están funcionando; esos elevadores son la educación y el trabajo.

La pensión, uno de los derechos derivados de cualquier oficio y uno de sus frutos máspreciado; el ocio, están siendo menospreciados por un mensaje que dice que hay que trabajar más por menos.

La edad, la tasa de aporte y el beneficio definido, son parámetros que sintetizan una meta cumplida después de la faena final, y una oportunidad para que el sujeto, una vez retirado; pueda emprender proyectos que le satisfagan, o convertirse en un agente político, por la influencia que la tercera edad llega a tener, o inclusive; ser un objeto de mercado, dado que es un *target* para el desarrollo de productos de uso personal, alimenticios, recreacionales, urbanísticos, entre otros. La generación de consensos, por la eventual alteración de los parámetros mencionados, involucra un alto nivel de negociación y compromiso.

La pensión está reflejando el estado de la mano de obra mundial y al localizarse en China la mayor parte del trabajo precario; el COVID-19, ha demostrado su vulnerabilidad. Aparte de la dependencia de China del resto del planeta, esta precariedad existencial queda en evidencia, al ser desplazado un mecanismo social de integración como la solidaridad y

silenciarse temas públicos relevantes, como el valor de la pensión, cediendo lo público a fuerzas que ni siquiera son las propias del mercado, son más bien; proyectos de particulares que han sustituido el seguro ingreso pensional, por riesgos e incertidumbre.

La paga que es lo que significa la palabra pensión, permitió seguridad y organizó las aportaciones necesarias de la sociedad para tener derecho a percibir una renta, justificando fórmulas concertadas para compartir, tanto los frutos del crecimiento como los resultados inciertos del desempeño económico. Para evitar que la pensión sea sólo un número, con un poder de compra muy bajo, valdría mucho; apreciarla como una responsabilidad social y como garantía de la libertad individual; como expresión de la solidaridad y como guía de una sociedad cada vez más justa.

Bibliografía

- BID (2018). *Presente y futuro de las pensiones en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- GIL, I. (2019). “Todo lo que cambia con la reforma de las pensiones en Francia”. *El Mundo*, 24 de enero de 2020.
- OCDE (2019). *Pensions at a glance 2019*. Paris: OECD.
- OIT (2018). *Panorama Temático y Laboral. Presente y futuro de la protección social en América Latina y el Caribe*. Lima: OIT.
- PALAU, A. (2020). “Francia: en qué consiste la reforma del sistema de pensiones de Macron”. *Radio Francia Internacional*, 24 de enero de 2020.
- PAUTASSI, L. (2020). *Legislación previsional y equidad de género en América Latina*. Serie mujer y desarrollo, N° 42 , Santiago: CEPAL.
- SOJO, A. (2017). *Protección social en América Latina. La desigualdad en el banquillo*. CEPAL-Cooperación Alemana.

Recursos electrónicos

- PINHEIRO, V. (2020). *América latina: No contagiemos al empleo*, 26 de marzo de 2020. Disponible en www.ladiaria.com.uy.

TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO CHILENO: UNA APUESTA NECESARIA

TELEWORKING IN PUBLIC SECTOR IN CHILE: A NECESARY BET

Roxana ARANGUIZ COFRÉ

Máster en Derechos Sociolaborales, Universidad Autónoma de Barcelona (España).

Profesora de Derecho del Trabajo, Pontifica Universidad Católica de Chile (Chile)

Roxana.aranguiz.cofre@gmail.com

Fecha de envío: 28/07/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

TELETRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO CHILENO: UNA APUESTA NECESARIA

Roxana Javiera ARANGUIZ COFRÉ

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

Resumen: El avance de la tecnología y las necesidades de los miembros de la sociedad actual han generado un poderoso cambio en la forma en que se están desarrollando las relaciones laborales, surgiendo nuevas formas de trabajo como el teletrabajo. En este trabajo se plantea la necesidad de apostar por el teletrabajo en el sector público, examinando la normativa aplicable, algunas experiencias previas y los beneficios y riesgos que esta modalidad conlleva.

Palabras clave: Teletrabajo - Sector público - Funcionarios - Estado

Sumario: 1. Introducción. 2. Las relaciones entre el Estado y sus funcionarios. 3. La jornada de trabajo y el control jerárquico. 4. Experiencias formales de teletrabajo en el Estado. 5. El teletrabajo en el contexto de la pandemia. 6. ¿Por qué apostar por el teletrabajo en el Estado? 7. Potenciales efectos del teletrabajo en el Estado. 7.1. Efectos a nivel individual. 7.2. Efectos del teletrabajo a nivel organizacional. 7.3. Efectos del teletrabajo en la sociedad. 8. Principales desafíos. 9. Conclusiones.

Abstract: The advancement of technology and the needs of the members of the current society generated a powerful change in the way that employment relationships are being developed, arising new ways of working, such as teleworking. This work proposes the need to bet for teleworking in the the public sector, examining the applicable normative, some previous experiences and the risks and benefits that this modality carries.

Key words: Teleworking - Public Sector - Officials - State

Summary: 1. Introduction. 2. The relationship between State and their officials. 3. Working day and the hierarchical control. 4. Formal teleworking experiences in the State. 5. Teleworking in the context of the pandemic. 6. Why bet on teleworking in the State? 7. Potential effects of telework in the state. 7.1. Effects at the individual level. 7.2. Effects of telework at the organizational level. 7.3. Effects of telework on society. 8. Main Challenges. 9. Conclusions.

1. Introducción

Los progresos tecnológicos y las necesidades y exigencias de la sociedad, nos ha llevado a replantearnos la forma en que vivimos y la forma en que trabajamos, surgiendo el teletrabajo como una alternativa que ofrece adaptarse a distintas necesidades y conciliar la vida laboral con la vida personal y familiar.

Hasta hace unos meses atrás el teletrabajo era percibido como una modalidad laboral poco habitual y en general poco conocida. Hoy, sin embargo, tras vernos en la obligación de aislarnos en pos de nuestra salud, con motivo de la pandemia generada por el covid-19, muchos nos volvimos conscientemente teletrabajadores y de repente el teletrabajo se volvió la generalidad, y su regulación una necesidad.

El debate actual se ha centrado en torno a la Ley N°21.220 que modifica el Código del Trabajo en Materia de Trabajo a Distancia, promulgada en el mes de marzo de 2020, pero hay una parte importante de la fuerza laboral que está desarrollando sus funciones desde sus hogares mediante medios telemáticos, que no se encuentran amparados por esta ley y cuya situación ha sido escasamente visibilizada: los funcionarios públicos que se rigen por estatutos especiales.

Los funcionarios públicos, por regla general, no se encuentran amparados por el Código del Trabajo, por lo que los avances en la regulación laboral chilena y el reconocimiento y regulación de esta nueva forma de trabajo no les resulta aplicable. Por su parte, la normativa especial que rige las relaciones entre el Estado y su personal prácticamente no se ha actualizado, plasmándose en una legislación obsoleta, limitada e insuficiente en muchos aspectos, que por supuesto no contempla posibilidades distintas a aquellas existentes al momento de su dictación.

Teniendo presente la situación actual y mirando hacia el futuro, es necesario ampliar el debate también al sector público, considerando que los funcionarios son personas que también tienen la necesidad de compatibilizar la vida laboral con su vida personal y familiar, o pueden verse impedidos de

realizar su labor presencialmente por distintos motivos o factores. En este trabajo se analiza la normativa aplicable a los funcionarios públicos, centrándose en el Estatuto Administrativo, se analizan experiencias de teletrabajo en la Administración del Estado, y se plantean las razones por las cuales esta modalidad debe implementarse en el sector público, así como los principales riesgos que podrían enfrentarse y los desafíos que deben asumirse para aminorarlos.

2. Las relaciones entre el Estado y sus funcionarios

Las relaciones entre el Estado y sus funcionarios comparten los elementos de la esencia de cualquier relación laboral. El funcionario presta sus servicios destinados a desarrollar una función propia del Estado, bajo subordinación y dependencia de éste, recibiendo a cambio una remuneración debido a su función¹.

Estas relaciones, por regla general, se encuentran excluidas de la aplicación de la legislación laboral común, debido a la función pública² que están llamados a cumplir y que supone un vínculo mucho más estricto que el que posee cualquier trabajador con el empleador privado, y se vincula directamente con los principios que constitucionalmente se han establecido y que conforman las bases de la institucionalidad estatal³.

¹ La relación funcionaria se inicia con el nombramiento de una persona en un cargo de planta de un servicio público, o con la designación en un empleo a contrata. La noción de funcionario público, por tanto, excluye al Presidente de la República, a los Ministros de Estado y al personal contratados a honorarios. Gabriel Celis, *La Función pública* (Santiago, El jurista, 2019), 18.

² La función pública ha sido entendida desde dos perspectivas: como el conjunto de recursos humanos que se encuentran directamente al servicio del Estado, y también como las funciones y servicios públicos que éste desempeña y el régimen jurídico y la organización en que se encuadran, en virtud de un vínculo jurídico mucho más estricto que en el ámbito de las relaciones laborales de carácter privado. Jorge Bermúdez, *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing, 2014), 435.

La Convención Interamericana contra la corrupción, promulgada por el Decreto Supremo N° 1.879, de 1998, del Ministerio de Relaciones Exteriores, la ha definido como “Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”

³ El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones, conforme lo establece el art. 8 de la Constitución Política.

El Estado, o más propiamente la Administración del Estado, por expreso mandato constitucional establecido en su artículo 38, se encuentra organizado mediante la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N°18.575, cuyo fin es garantizar la carrera funcionaria y asegurar la igualdad de oportunidades de ingreso, capacitación y perfeccionamiento de sus integrantes⁴.

Las relaciones entre la Administración y sus funcionarios se encuentran reguladas en diversos estatutos especiales, tales como el Estatuto Administrativo, Ley N°18.834⁵, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, Ley N° 18.883, el Estatuto Docente, Ley N°19.070, entre otros. De manera excepcional, también hay trabajadores de organismos públicos que se rigen por el Código del Trabajo, entendiendo que para estos efectos dicho código pasa a tener el carácter de un estatuto jurídico de derecho público, por lo cual debe aplicarse dentro del marco de principios y normas reconocidas por la Constitución y que no tienen aplicación tratándose de relaciones laborales del sector privado⁶.

Los diversos estatutos especiales que regulan las relaciones entre el Estado y su personal definen la carrera funcionaria, los derechos y deberes de los funcionarios, la responsabilidad administrativa y el cese de funciones, pero la realidad actual dista mucho de lo previsto al momento de establecer esta normativa. Se trata, en general, de una regulación anacrónica y poco

⁴ Conforme señala el artículo 1°, inc. 2° de la Ley N°18.575, la Administración del Estado está constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.

⁵ El Estatuto Administrativo contenido en la Ley N° 18.834, tiene aplicación de carácter general, por cuanto se aplica supletoriamente a todos los funcionarios que no se encuentren regidos por un estatuto especial, y también respecto de aquellos afectos a un estatuto especial, en aquellas materias no reguladas expresamente. Conforme a lo establecido en el art. 1°, en relación al art. 21 inciso de la Ley N°18.575 las normas de este estatuto se aplican al personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, exceptuándose la Contraloría General de la República, el Banco central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades, el Consejo Nacional de televisión, el Consejo para la Transparencia y las empresas públicas creadas por ley.

⁶ Contraloría General de la República, 3 de junio de 2008, dictamen 25.332.

flexible⁷, entendida bajo la óptica de la función pública, cuyo objeto es garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, y no desde los derechos de los funcionarios, a diferencia de lo que ocurre en el sector privado, donde el foco es el trabajador y la protección de sus derechos.

Ello no significa que las relaciones laborales en el Estado deban regularse exactamente en los mismos términos que aquellas que tienen lugar en el mundo privado, por cuanto en las primeras existe un interés público comprometido, pero si resulta evidente la necesidad de actualizar la normativa y equiparar ciertos derechos y su protección ante el Estado como empleador. Evidencia de lo anterior, puede apreciarse en la laboralización de estas relaciones producto de la jurisprudencia de los tribunales de justicia con competencia de lo laboral, que, ante vacíos normativos ha acudido directamente a la aplicación supletoria del Código del Trabajo⁸, provocando una suerte de incertidumbre tanto para los funcionarios como para la autoridad.

Existen muchos aspectos que abordar respecto a la necesidad de actualizar la normativa aplicable a las relaciones entre el Estado y su personal, sin embargo, el análisis que se realiza en esta oportunidad apunta a la posibilidad de adoptar la modalidad de teletrabajo, centrándose en los funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo contenido en la Ley N°18.834.

3. La jornada de trabajo y el control jerárquico

⁷ Las relaciones entre el Estado y su personal se encuentran bajo un régimen de carácter estatutario y legal, de modo que los derechos y obligaciones de los funcionarios sólo pueden estar determinados en la ley, sin que existan más prerrogativas y deberes que aquellos dispuestos por el ordenamiento legal. Contraloría General de la República, 27 de octubre de 2005, dictamen N° 50.853.

⁸ Hasta el año 2014, los Juzgados de Letras del Trabajo mayoritariamente se declararon incompetentes para conocer de cualquier demanda interpuesta por funcionarios de la Administración del Estado, salvo en aquellas materias en el existía una remisión expresa a dicha normativa. A mediados de ese año, con un criterio que se mantiene hasta hoy, la Corte Suprema unificó la jurisprudencia en sentido que los tribunales son competentes para conocer denuncias por vulneración de derechos fundamentales mediante el procedimiento de tutela, argumentando que a los funcionarios públicos les son aplicables las normas del Código del Trabajo si concurren dos requisitos copulativos: que se trate de materias o aspectos no regulados en sus respectivos estatutos y que ellas no fueren contrarias a estos últimos. Sentencia Corte Suprema, 30 de abril de 2014, Rol 10.972-2013.

Las obligaciones de los funcionarios públicos regidos por la Ley N°18.834, consisten en desempeñar personalmente las funciones del cargo en forma regular y continua; orientar el desarrollo de sus funciones al cumplimiento de los objetivos de la institución y a la mejor prestación de los servicios que a ésta corresponda; cumplir la jornada de trabajo y realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico; observar estrictamente el principio de probidad administrativa; guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados; observar una vida social acorde con la dignidad del cargo; proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativa a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración; denunciar ante el Ministerio Público o ante la policía los crímenes o simples delitos y a la autoridad competente los hechos de carácter irregular; rendir fianza cuando tenga la administración y custodia de fondos o bienes; y justificarse ante el superior jerárquico de los cargos que se le formulen con publicidad. (Art. 61).

Para efectos de analizar el teletrabajo, como una modalidad aplicable, debemos tener en cuenta especialmente la obligación de los funcionarios públicos de cumplir con una jornada de trabajo en forma permanente, la cual se encuentra regulada a partir del art. 65 de la referida ley, y es aplicable a todo el personal.

La jornada ordinaria de trabajo de los funcionarios es de cuarenta y cuatro horas semanales distribuidas de lunes a viernes, no pudiendo exceder de nueve horas diarias. La autoridad facultada para hacer el nombramiento podrá proveer cargos de la planta a jornada parcial de trabajo, cuando ello sea necesario por razones de buen servicio, en cuyo caso los funcionarios tendrán una remuneración proporcional al tiempo trabajado y de manera alguna podrán desempeñar trabajos extraordinarios remunerados.

El jefe superior de la institución, el Secretario Regional Ministerial o el Director Regional de servicios nacionales desconcentrados, según corresponda, podrá ordenar trabajos extraordinarios a continuación de la jornada ordinaria, de noche o en días sábado, domingo y festivos, cuando

hayan de cumplirse tareas impostergables. Estos trabajos se compensarán con descanso complementario, y excepcionalmente, cuando por razones de buen servicio ello no sea posible, con un recargo en las remuneraciones.

El incumplimiento de la obligación de cumplir la jornada de trabajo genera como consecuencia la no percepción de las remuneraciones por el tiempo en que el funcionario no hubiere efectivamente trabajado, y, en el caso que los atrasos o ausencias sean reiterados, sin causa justificada, pueden ser sancionados con destitución.

Como es posible observar, la normativa no determina un horario de ingreso ni un horario de término de la jornada, por los que corresponde a los jefes superiores de los Servicios fijar la hora de inicio y de término de la jornada del personal de su dependencia, en virtud de las facultades que les otorga el art. 31 de la Ley N°18.575, para dirigir, organizar y administrar el organismo respectivo⁹.

La legislación tampoco establece una forma de control del cumplimiento de la jornada, ni establece el lugar en el cual ésta debe cumplirse. La Contraloría General de la Republica ha estimado que la regulación de la jornada ordinaria y extraordinaria en los referidos cuerpos estatutarios, se encuentra concebida y dirigida a los funcionarios que se desempeñan en forma presencial en los recintos de los respectivos organismos, o en terreno, en virtud de un cometido funcionario, de modo tal que el trabajo a distancia constituye un excepción que requiere autorización legal¹⁰.

Por otra parte, el artículo 64 letra a) del Estatuto Administrativo establece la obligación de las autoridades y jefaturas de los servicios de ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los órganos y de la actuación del personal de su dependencia, y abarca tanto la eficiencia como la eficacia en el cumplimiento de los fines establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

⁹ Contraloría General de la República, 21 de septiembre de 2012, dictamen 58.186.

¹⁰ Contraloría General de la República, 9 de enero de 2018, dictamen 678.

La ley no establece una forma de control determinada, por lo que corresponde a la autoridad instaurar el sistema de control que mejor se adecue a las necesidades del servicio. Incluso, en el caso de cumplimiento de jornada, aun cuando la autoridad haya establecido algún sistema específico como el reloj control biométrico, el funcionario tiene la posibilidad de acreditar el cumplimiento de su jornada por cualquier medio para evitar el descuento de sus remuneraciones, lo cual reafirma la idea de que el control puede efectuarse por distintos mecanismos¹¹.

Actualmente la tecnología brinda múltiples alternativas de control que permitirían verificar el cumplimiento de la jornada, la realización oportuna del trabajo y la calidad de este, el cumplimiento de instrucciones, y las actuaciones de los funcionarios en general, aun si el funcionario cumple sus funciones en otro lugar. El control jerárquico, por tanto, puede ejercerse aun cuando el funcionario no desempeñe sus funciones presencialmente en el servicio.

Esto representa el primer desafío, puesto que para lograr una adecuada implementación del teletrabajo resulta esencial que los distintos organismos del Estado cuenten con los medios tecnológicos necesarios no sólo para los funcionarios puedan desarrollar sus funciones, sino también aquellos que le permitan a la autoridad ejercer el control jerárquico. Para ello, resulta fundamental la modernización del Estado mediante una transformación digital que permita acceder y gestionar la información de manera eficiente, lo cual constituye una debilidad que en el contexto de pandemia ha quedado más expuesto que nunca.

4. Experiencias formales de teletrabajo en el Estado

¹¹ El funcionario que desempeña efectivamente sus servicios dentro del horario determinado por la superioridad, sin que ello se refleje en el sistema de control horario fijado al efecto, no infringe sus obligaciones relativas al cumplimiento de la jornada de trabajo, sino que puede constituir una infracción a la obligación de obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico. La deducción de medio día de remuneraciones, sobre la base de que los servidores no hayan realizado el pertinente marcaje de su entrada o salida a su jornada laboral, únicamente será procedente en la medida que aquellos no acrediten haber prestado efectivamente sus servicios. Contraloría General de la República, 25 de mayo de 2011, dictamen N° 33.097; 25 de septiembre de 2012, dictamen N° 58.628; y 14 de agosto de 2019, dictamen N° 21.436.

El teletrabajo es una forma de organización o realización del trabajo, mediante el uso de medios tecnológicos, desde un lugar distinto del establecimiento del empleador¹². Se ha presentado y promovido como una nueva forma de organización del trabajo, mucho más flexible y coherente con las necesidades del mundo actual, que hace posible compatibilizar de mejor manera el trabajo y la vida personal, mejora la productividad, e incide a nivel social, favoreciendo la descentralización productiva.

El teletrabajo en el sector público no fue previsto por el legislador en los estatutos especiales aplicables a cada organismo, aunque, como en otros asuntos, las necesidades reales superan por mucho los límites que impone la normativa, y más de un servicio ha apostado por esta modalidad de trabajo. Ello ha sido posible, por cuanto si bien la normativa no prevé esta modalidad de trabajo, tampoco la prohíbe.

La primera experiencia de teletrabajo que se formalizó en el sector público, para funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo, fue implementada en el año 2017 por el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INAPI)¹³.

¹² El concepto de teletrabajo ha sido definido como aquel que se realiza fuera de las dependencias del empleador mediante tecnologías de información y comunicación, o como aquel que se desarrolla desde casa, dependiendo de la legislación que se trate. Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, (Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, y Santiago, Oficina Internacional del Trabajo, 2019), 5. Acceso el día 10 de junio de 2020. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_712531/lang-es/index.htm

En nuestro país, la Ley N°21.220, introdujo la regulación del trabajo a distancia y del teletrabajo al Código del Trabajo, definiendo el teletrabajo como aquel realizado desde el domicilio del trabajador u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

¹³ El Consejo Nacional para la Transparencia, en el año 2017 también implementó un programa de teletrabajo desde el hogar, cuya aplicación hasta antes de la pandemia alcanzaba al 44% de la dotación de la institución, y que según la propia institución, les ha permitido enfrentar de una mejor manera coyunturas especiales como el estallido social y la actual crisis por el Coronavirus. Sin embargo, las relaciones entre éste organismo y sus funcionarios, no se rigen por el Estatuto Administrativo, sino por el Código del Trabajo. Consejo Nacional para la Transparencia, *Funcionamiento del CPLT sigue de manera regular gracias a experiencia de teletrabajo*. Acceso el día 10 de julio de 2020. Disponible en: <https://www.consejotransparencia.cl/funcionamiento-del-cplt-sigue-de-manera-regular-gracias-a-experiencia-en-teletrabajo/>

A nivel normativo, esta innovación fue introducida mediante la Ley N° 20.971 de reajuste del sector público del año 2016, que en su art. 43 facultó al Director del Servicio durante los años 2017, 2018 y 2019, para relevar del control horario de la jornada de trabajo¹⁴ a parte de la dotación del personal de servicio de la organización para que pudiesen realizar sus labores desde su hogar mediante la utilización de medios informáticos dispuestos por el servicio.

La norma determinó que por resolución del Director Nacional deben regularse, a lo menos, los criterios de selección del personal que voluntariamente desee sujetarse a la modalidad dispuesta en el inciso anterior; las áreas o funciones de la institución que podrán sujetarse a dicha modalidad; los mecanismos y la periodicidad en que se asignarán las tareas, las que deberán ser acordes en cantidad y calidad a la jornada de trabajo que tuviera el funcionario; los mecanismos y periodicidad para la rendición de cuentas de las labores encomendadas; los protocolos de seguridad, y medidas de control jerárquico que aseguren el correcto desempeño de la función pública. Además, dispuso la suscripción de un convenio entre el servicio y el funcionario, mediante el cual se obligan a ejercer sus funciones bajo la modalidad dispuesta en él; a concurrir a la Institución de así requerirlo su jefatura o ejecutar cometidos funcionarios o comisiones de servicio; y, cumplir con los protocolos de seguridad, facultándose al jefe de servicio para poner término anticipado al convenio por razones de buen servicio.

El diseño e implementación del teletrabajo en INAPI fue estudiado por el Centro de Sistemas Públicos (CSP)¹⁵, valorándose positivamente su

¹⁴ En este caso los teletrabajadores han sido relevados del control horario de la jornada de trabajo, pero tienen la obligación de estar disponibles en un horario determinado, entre las 9:00 y las 18:00 horas, de lunes a viernes, para ser contactado por los medios que hayan sido definidos previamente. Estos funcionarios, mientras se encuentren desempeñándose bajo la modalidad de teletrabajo, no tienen derecho a horas extraordinarias. División de Control de Gestión de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda y Centro de Sistemas Públicos, Ingeniería industrial, Universidad de Chile, *Evaluación sistema de teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial*. (Santiago, Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda, 2018), 9-10. Acceso el día 20 de junio de 2020. Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/598/articles-171733_doc_pdf.pdf

¹⁵ Tomás Soto, Camilo Vera, Javier Fuenzalida, Rodrigo Díaz y Paula Darville, “Teletrabajo en el Estado de Chile: Efectos y desafíos para su diseño e implementación”, Serie Sistemas Públicos, N° 16, (octubre 2018). Centro de sistemas Públicos Ingeniería Industrial Universidad de Chile.

resultado. Su evaluación determinó que el teletrabajo contribuyó a la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal de los funcionarios, gracias al ahorro en los tiempos de traslado y la posibilidad de gestionar el tiempo y responder a otras responsabilidades¹⁶. El principal desafío que se observó en este caso dice relación con la separación de espacios para evitar la sobrecarga de trabajo doméstico o laboral, considerando que la modalidad específica de teletrabajo corresponde a home office.

Posteriormente, la Ley N° 21.126, de reajuste del sector público del año 2018, en su art. 45, facultó al Director de Dirección de Contratación Pública, al Superintendente de Seguridad Social y al Director del Instituto Nacional de Estadísticas, para eximir del control horario de jornada de trabajo durante el año 2019 y 2020, hasta el porcentaje de la dotación máxima del personal del Servicio que se fije por resolución de la Dirección de Presupuestos, con excepción de aquellos pertenecientes a la planta Directiva o que desempeñen funciones de jefatura, para realizar sus labores fuera de las dependencias institucionales, mediante la utilización de medios informáticos dispuestos por el Servicio.

En los mismos términos se le otorgó esta facultad, mediante el art. 46 de la referida ley, al Contralor General de la República, pero limitándola hasta cien funcionarios del Servicio.

Ambas normas disponen los aspectos que deben ser regulados por el jefe superior de servicio respectivo mediante resolución y la obligación de suscribir el convenio en similares términos a los dispuestos para INAPI, facultándose igualmente al jefe de servicio para poner término anticipado al convenio por razones de buen servicio. Sobre estas experiencias, aun no se han publicado estudios.

Acceso el día 20 de junio de 2020. Disponible en: <http://www.sistemaspublicos.cl/publicacion/teletrabajo-en-el-estado-de-chile-efectos-y-desafios-para-su-diseno-e-implementacion/>

¹⁶ Respecto a la productividad, el estudio concluyó que no fue posible probar causalidad del aumento como una consecuencia del teletrabajo, pero sí se logró establecer que la productividad no se vio disminuida en la institución, a pesar del shock institucional que una implementación como esta significa. Soto, Vera, Fuenzalida, Díaz y Darville, "Teletrabajo en el Estado de Chile...", 22-23.

Como puede observarse, las experiencias de teletrabajo que se han formalizado en el Estado son escasas y limitadas. Se han implementado a modo experimental mediante normas legales con una aplicación restringida en el tiempo, aplicables a un porcentaje determinado de trabajadores y sólo respecto de algunos servicios en particular. En todos los casos, la ley se ha limitado a eximir a los funcionarios del control horario de la jornada de trabajo, delegando la regulación del teletrabajo y sus efectos en los jefes superiores del respectivo servicio, y otorgándoles la facultad de disponer el termino anticipado al convenio de teletrabajo por razones de buen servicio.

En este sentido, la forma que se ha utilizado para introducir el teletrabajo en el sector público no ofrece una adecuada protección de los derechos de los funcionarios, ni contribuye a generar certezas jurídicas. Al contrario, existe una incertidumbre respecto a qué va a ocurrir con aquellos funcionarios que han teletrabajado durante estos años si es que no se aprueba una nueva norma que habilite ejecutar las labores mediante esta modalidad después de los períodos señalados en las anteriores leyes de presupuesto. ¿Qué protección jurídica tendrían estos funcionarios ante esta modificación sustancial de las condiciones de trabajo?

La inclusión del teletrabajo en las leyes de presupuesto puede ser útil para la implementación de un piloto, pero no como una regulación definitiva y aplicable a todos los servicios. Para ello sería necesario regular el teletrabajo en el Estatuto Administrativo o el cuerpo que tome su lugar. Con todo, debe reconocerse que los servicios públicos tienen distintas realidades, se encuentran en distintas etapas de modernización, y desarrollan distintas funciones, por lo cual otra posibilidad sería la implementación gradual de la modalidad, incorporando la facultad al jefe de servicio para autorizar la realización de las funciones mediante teletrabajo en la respectiva ley orgánica de cada servicio.

5. El teletrabajo en el contexto de la pandemia

Actualmente, tras la llegada de la pandemia provocada por el Covid-19, el Estado se ha visto en la obligación de adoptar medidas destinadas a proteger la salud de la población. El distanciamiento social y las medidas de higiene se han presentado como los únicos mecanismos adecuados para prevenir el contagio, por lo que se ha limitado la libre circulación de las personas mediante la disposición de cuarentenas en múltiples comunas del país, concentrándose el mayor número de éstas en la ciudad de Santiago. Ello ha impactado directa y profundamente en ámbito laboral, por cuanto se ha perdido un número importante de puestos de trabajo y gran parte de los trabajadores que continúan prestando sus servicios se encuentran realizándolo desde sus hogares, mediante la modalidad de teletrabajo. La situación de los funcionarios públicos no constituye la excepción, y de manera improvisada han debido comenzar a desarrollar sus funciones desde sus casas, a fin de prevenir el contagio de la enfermedad.

La Contraloría General de la República, mediante el dictamen N°3.610 de 17 de marzo de 2020, abordó distintos aspectos vinculados con la incidencia que el brote del Covid-19 tiene en el funcionamiento de los organismos de la Administración del Estado.

Como primera cuestión plantea que, conforme a lo dispuesto por el art. 38 de la Constitución Política y al art. 3 de la Ley N° 18.575, la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente, por tanto corresponde adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.

Luego establece que, excepcionalmente, el jefe de servicio puede adoptar medidas especiales y eximir a los funcionarios del cumplimiento de ciertas obligaciones, como la jornada, cuando estemos ante un caso fortuito, por aplicación supletoria de las normas del Código Civil. Considera que el brote de la enfermedad representa una situación de caso fortuito, que atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población

puede generar, posibilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos, como el trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren los servidores públicos, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, según determine la superioridad respectiva, pudiendo establecer programas especiales de trabajo que permitan el ejercicio del control jerárquico por parte de las jefaturas directas¹⁷.

Este razonamiento abre una posibilidad para que el teletrabajo se implemente sin la necesidad de un cambio legislativo. Siguiendo el mismo razonamiento, debemos entender que también podría eximirse de esta obligación ante un caso de fuerza mayor, y con ello aumenta el espectro de posibilidades que habilitan a la autoridad a aplicar esta modalidad de trabajo, sin la mediación de una norma legal expresa que lo autorice.

En cuanto a la jornada, puede inferirse que la Contraloría ha estimado que el trabajo remoto se encuentra exento del control horario, por cuanto expresamente ha excluido la posibilidad de realizar trabajos extraordinarios, atendido a que las labores se prestaran fuera del lugar de trabajo y sin sujeción a las medidas de control establecidas en situación de normalidad¹⁸.

En el contexto actual, las condiciones en las cuales la mayoría se encuentra teletrabajando, tanto en el sector público como privado, son absolutamente improvisadas. Los funcionarios han debido adaptarse a la situación de confinamiento, encerrarse en sus hogares, y comenzar a prestar sus servicios con los medios que cuentan, sin haber tenido la posibilidad de prepararse previamente para ello, y sin otra opción. En muchos casos no cuentan con un espacio adecuado ni con los medios tecnológicos o de

¹⁷ Respecto de los servidores públicos que ejercen tareas que no resultan compatibles con la modalidad de trabajo a distancia, y cuya presencia en las dependencias del servicio no resulta indispensable, el órgano contralor precisó que el jefe de servicio puede eximir a ese personal del deber de asistencia al amparo del caso fortuito, asistiéndoles igualmente el derecho de percibir en forma íntegra sus remuneraciones. En caso de tratarse de labores que deban realizarse de manera presencial para garantizar la continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos, el jefe superior del servicio podrá determinar las unidades o grupos de servidores que deberán permanecer realizándolas.

¹⁸ Contraloría General de la República, 23 de abril de 2020, dictamen 8232.

conectividad necesarios para desarrollar sus funciones, o éstos deben ser compartidos con otros integrantes de la familia que también deben trabajar o estudiar. Además, deben dedicarse al cuidado de los hijos junto con otras tareas domésticas, que se han visto incrementadas e intensificadas como una consecuencia de la ruptura de las rutinas familiares preexistentes.

Los servicios, por su parte, también han debido actuar de manera improvisada, formulando planes para poder atender sus funciones y resguardar su continuidad, sin contar con mecanismos de control, diseños de procesos o políticas de seguridad preestablecidas o institucionalizadas, y probablemente en algunos casos sin contar con plataformas digitales que permitan el acceso a la información de manera remota, lo cual repercute en la eficiencia de la prestación de los servicios que puede traducirse en un aumento del tiempo que debe destinarse para ello.

La concurrencia de estos factores no permite realizar una evaluación de la modalidad de teletrabajo, debido a que se ha desarrollado en una situación excepcional, bajo condiciones no propicias y sólo como una medida destinada a proteger la salud de los funcionarios y de la población en general. Sin embargo, esta experiencia puede servir para identificar aquellas funciones que pueden ser realizadas de forma eficiente mediante teletrabajo y aquellas que no lo son, y rescatar los beneficios que se reportan tanto para el funcionario, como para los servicios públicos y la sociedad.

6. ¿Por qué apostar por el teletrabajo en el Estado?

“El teletrabajo llegó para quedarse” es una frase que últimamente resuena, tanto en sector privado como público, generando debate en torno a las ventajas y desventajas que trae consigo.

La primera cuestión que cabe aclarar es que el teletrabajo no es una fórmula que puede aplicarse a cualquier trabajo, y no es beneficiosa para todos los trabajadores. Apostar por el teletrabajo en el Estado implica avanzar un paso hacia la modernización del esquema tradicional de empleo público, poniendo la tecnología al servicio de las personas, y otorgar

flexibilidad, a fin de permitir la compatibilización de la vida laboral con la vida personal y familiar.

La OIT ha manifestado que el aumento del fenómeno de teletrabajo mediante tecnologías de información y comunicación se ha visto impulsado por la necesidad de las empresas de obtener mayor productividad y mejor rendimiento, en conjunto con la necesidad de los trabajadores de contar con flexibilidad espacial y temporal para conciliar las demandas laborales con sus responsabilidades familiares y personales, y la necesidad social de aumentar la participación de algunos grupos y dar respuesta al problema de la contaminación en grandes ciudades¹⁹. Se trata de una realidad que cada día gana más terreno, impactando en la forma en que se desarrollan las relaciones laborales, y que lentamente ha ido cambiando y ampliando el significado del trabajo dependiente y subordinado.

El Estado, por supuesto, también se encuentra inmerso en esta realidad. Las tecnologías de información y comunicación constituyen una herramienta fundamental para poner en marcha su estrategia de modernización y transformación digital. El objeto de esta estrategia es permitir a la ciudadanía interactuar digitalmente con los servicios públicos e instituciones del gobierno, y como parte de ella se prevé la transformación del procedimiento administrativo, mediante la modificación de la Ley N° 19.880, y la implementación de plataformas digitales por parte de los servicios que permitan operar a los servicios públicos en sus procesos internos, así como con otros servicios y la ciudadanía²⁰.

Esta transformación del servicio público presenta un escenario idóneo para poner en marcha nuevas formas de trabajo más flexibles y eficientes, como el teletrabajo²¹, lo cual contrasta fuertemente con la rigidez del estatuto

¹⁹ Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar en cualquier momento...*, 9-10.

²⁰ Secretaría de Modernización del Ministerio de Hacienda, "Agenda de modernización del Estado. Julio 2019", 25-26. Acceso el día 15 de junio de 2020. Disponible en: <https://modernizacion.gob.cl/>

²¹ En el caso de Inapi, el teletrabajo surgió como consecuencia de una reforma interna de digitalización de procesos de más de seis años, llevando al servicio a un ciento por ciento de tramitación en línea para los usuarios del servicio y a casi la totalidad de sus expedientes de marcas y patentes digitalizados, indicando que la modernización entregó las condiciones tecnológicas necesarias para el desarrollo del teletrabajo, promoviendo una mayor cultura digital entre los trabajadores.

de empleo público actual. En este sentido, cabe enfatizar que el Estado no será moderno si el estatuto del empleo público no se renueva conforme a los tiempos que corren, incluyendo no sólo nuevas formas de trabajo, sino también garantizando los derechos de los funcionarios como trabajadores dependientes y subordinados que son, en equilibrio con los principios que rigen la función pública.

7. Potenciales efectos del teletrabajo en el Estado

La implementación del teletrabajo trae consigo una serie de efectos, que afectan principalmente al trabajador o funcionario y a la organización a la que pertenece, e indirectamente a la sociedad. Estos efectos pueden variar ostensiblemente dependiendo de las condiciones en las que se realice el teletrabajo, si este se sujeta o no a jornada, si es respecto a todas las funciones o solo a una parte de ellas, etc.²²; y dependiendo de las condiciones personales de cada funcionario y de su relación laboral²³.

Los efectos positivos del teletrabajo han sido reconocidos por el propio Estado Chileno al momento de impulsar la regulación del teletrabajo en ámbito privado. El Presidente de la República, en el mensaje del proyecto de Ley que modificó el Código del Trabajo en Materia de Trabajo a Distancia, ha destacado que éste busca generar las certezas que permitan promover el trabajo a distancia, otorgando mayor adaptabilidad a los trabajadores con

²² Los esquemas de teletrabajo pueden ser buenos o malos, por lo que debemos comprender en qué condiciones específicas empleados y empleadores pueden verse beneficiados. La Organización Internacional del Trabajo ha sugerido que para potenciar los efectos positivos y reducir los riesgos, podría promoverse el teletrabajo de forma parcial, restringiendo el teletrabajo informal, suplementario y las horas de trabajo excesivamente largas. Eurofound y Organización Internacional del Trabajo, *Trabajar en cualquier momento...*, 59-60.

²³ Los efectos del teletrabajo dependen también de factores tales como: la edad, el género, las características personales, la relación con las jefaturas, el grado de autonomía que pueda tener, la flexibilidad horaria, las características del lugar donde se desarrolla, la calidad de la tecnología de información y comunicación que se tenga a disposición y el grado de manejo que se tenga de estas, la conectividad a la que se tenga acceso, y el tipo de contrato que se tenga. María Lampert y Mario Poblete, *Efectos positivos y negativos del teletrabajo sobre la salud*, Asesoría Técnica Parlamentaria. (Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional, 2018), 9. Acceso el día 17 de julio de 2020. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26041/1/BCN_Efectos_del_teletrabajo_sobre_la_salud_FINAL.pdf

el objeto de beneficiar la conciliación trabajo-familia, especialmente la corresponsabilidad parental, perfilándose esta ley como una medida concreta que permita tanto a padres como a madres adaptarse de mejor manera a sus necesidades familiares y especialmente a la atención y cuidado de sus hijos; junto con incorporar al mercado laboral a personas que enfrentan dificultades para ingresar al mercado de trabajo en las condiciones tradicionales que se presentan, como por ejemplo personas con discapacidad que tienen dificultades de traslado y movilidad; personas que viven en zonas alejadas de centros urbanos; a quienes tienen a su cargo a menores o adultos enfermos o de edad avanzada; o a jóvenes que deben compatibilizar trabajo y estudio, entre otros. Además, esta modalidad de trabajo se presenta como una forma de descongestionar y descontaminar las ciudades, logrando reducir los tiempos de desplazamiento desde casa al trabajo, lo cual beneficia a toda la sociedad. Finalmente refiere: *“Este proyecto promueve un Chile más humano: porque trabajo a distancia no es sinónimo de precarización, sino que de humanización. De conocer y reconocer las necesidades de los trabajadores chilenos y empatizar con ellos, fortaleciendo no solo su desarrollo laboral, sino también su vida familiar y salud”*²⁴.

Las ventajas planteadas también pueden ser replicadas en el ejercicio de la función pública, pues los funcionarios públicos son personas con las mismas necesidades de los trabajadores del sector privado, y merecen que la ley también les brinde un marco legal acorde con los tiempos actuales, y que les permita fortalecer su desarrollo laboral, familiar y personal. Además, el sector público también debiera ser un ejemplo en políticas de inclusión, y el teletrabajo posibilita mayores oportunidades de empleo.

7.1. Efectos a nivel individual

²⁴ Mensaje Presidencial N° 071-366, de 8 de agosto de 2018, con el que inicia el proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia.

En el ámbito del sector público, por regla general no existe espacio para la autonomía del funcionario, pues al momento de aceptar el nombramiento o la designación en un cargo, éste queda sujeto al estatuto administrativo sin que exista posibilidad alguna de añadir, eliminar o modificar ninguno de sus efectos. Por ello, la posibilidad de implementar el teletrabajo constituye un cambio importante en la forma como se ha entendido la función pública hasta ahora, pues implica abrir paso a la autonomía del funcionario para voluntariamente aceptar la modalidad en que va a desarrollar su tarea.

Quienes prestan servicios bajo esta modalidad tienen la posibilidad de organizar y administrar de forma más eficiente un bien cada vez más valorado: el tiempo. El teletrabajo permite evitar desplazamientos, flexibilizar horarios, ganar autonomía y evitar conflictos laborales, lo cual permite al funcionario conciliar de mejor forma la vida laboral con su vida personal y familiar, y consecuentemente mejorar la calidad de vida de las personas. Sin embargo, si no se realiza en las condiciones adecuadas, también puede generar riesgos o efectos negativos.

El funcionario puede desarrollar sus funciones desde un lugar distinto al establecimiento del servicio, lo cual permite evitar el desplazamiento, ahorrando energía, tiempo y dinero. Ello brinda la posibilidad de desarrollar otras actividades que no son posibles bajo sistemas de trabajo presenciales y tradicionalmente estructurados, como por ejemplo llevar y recoger a los hijos en la escuela, realizar actividad física, o destinar más horas al descanso, lo cual incide directamente en la calidad de vida de las personas, sobre todo en grandes ciudades donde los tiempos de desplazamiento del hogar a la oficina, ida y vuelta, promedian 1 hora y cuarenta minutos²⁵, y el sistema de transporte se encuentra sobrepasado.

²⁵ Andrea Herrera y Slaven Razmilic, "De la casa al trabajo: Análisis de un tiempo perdido", *Debates de Política Pública* N° 29 (abril 2018): 28. Centro de Estudios Públicos. Acceso el día 10 de julio de 2020. Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180405/20180405120239/dpp_029_abril2018_srazmilic.pdf

Esta modalidad permite al funcionario aumentar su nivel de autonomía, pues tiene la posibilidad de adecuar su espacio de trabajo de acuerdo con sus necesidades y de distribuir su tiempo de una forma más eficiente, por ejemplo, destinando aquellas horas donde detecta mayor concentración para realizar el trabajo²⁶, pero es importante que el funcionario mantenga una adecuada separación de espacios y distribución del tiempo, para evitar que el trabajo se mezcle con su vida personal²⁷.

El teletrabajo también permite al funcionario evitar distracciones en el trabajo o incluso conflictos con otros funcionarios, que pueden producirse a partir de situaciones cotidianas de convivencia. Es importante tener en cuenta que hay casos en que el funcionario debe realizar ciertas funciones o tareas que requieren un alto nivel de concentración, y en que el servicio público no cuenta con la infraestructura suficiente para otorgar al funcionario un espacio adecuado de trabajo. El Estado, como empleador público, debe ser capaz de dar respuesta a estas necesidades y el teletrabajo constituye una alternativa apropiada para ello.

Como contrapartida a este beneficio, el teletrabajo puede venir acompañado de un aumento de tareas, provenientes de nuevas funciones o a consecuencia del aumento de control, como en el caso de entrega de reportes del trabajo realizado. Para evitar la sobrecarga laboral es necesario que tanto las tareas propias de las funciones asignadas, así como aquellas destinadas al control, sean consideradas y sopesadas, de tal modo que no excedan el número de horas de trabajo semanal que debe trabajar cualquier funcionario que se desempeña presencialmente. Este es un importante desafío que deben enfrentar los servicios, no solo para el teletrabajo, sino para organizar y distribuir las tareas de todos sus funcionarios de manera eficiente.

²⁶ En el ámbito privado, las partes pueden pactar que el teletrabajo se realice con o sin sujeción a una jornada laboral. En el ámbito público, las leyes que han habilitado a ciertos servicios para implementar el trabajo remoto, han facultado a los jefes de servicio para eximirlos del control de jornada, debiendo los funcionarios estar disponibles durante un horario determinado.

²⁷ La difusión del límite entre la vida laboral y la vida personal es un riesgo que se presenta mayoritariamente cuando el teletrabajo se desarrolla desde el hogar. Para evitar que estos aspectos se mezclen, es fundamental que el funcionario aprenda a gestionar sus tiempos.

También puede provocar una sensación de aislamiento profesional y falta de identificación del funcionario con el servicio. El teletrabajo supone la pérdida del contacto personal diario con el resto de los compañeros de trabajo, junto con los beneficios que ello genera, como el intercambio constante de conocimientos y experiencias, y el vínculo social. Para evitar el aislamiento existen variadas alternativas, pues puede combinarse el teletrabajo con el trabajo presencial, pueden establecerse reuniones periódicas en equipos de trabajo con el objeto de retroalimentarse, o pueden crearse espacios de trabajo comunes o estaciones de trabajo para cuando los teletrabajadores lo necesiten por distintas razones

Finalmente, no puedo dejar de mencionar que ante la implementación del teletrabajo puede surgir el legítimo temor de ver precarizadas las condiciones laborales. Los funcionarios que teletrabajan y los funcionarios que se desempeñan presencialmente deben tener los mismos derechos y oportunidades, y el acceso al teletrabajo también debe garantizarse a todos los funcionarios, sean de planta o a contrata.

7.2. Efectos del teletrabajo a nivel organizacional

A nivel organizacional, los principales beneficios apuntan al aumento de la productividad, optimización de recursos, menor absentismo laboral, bienestar y compromiso con el servicio, lo cual permite alcanzar mejores estándares de eficiencia; y los principales riesgos se vinculan con la pérdida o disminución del control jerárquico y la vulnerabilidad en la protección de datos.

La presencia del funcionario en dependencias del servicio no necesariamente resulta más beneficiosa, así como el cumplimiento de la jornada no garantiza el cumplimiento de funciones de forma eficiente, únicamente garantiza que el funcionario está presente. En el caso del teletrabajo, el énfasis está puesto en el cumplimiento de metas y la realización efectiva del trabajo, más que en el número de horas de la jornada. Implica una nueva organización del sistema de evaluación del desempeño

y de la manera en que se organizan los recursos, imponiéndose una nueva visión del trabajo midiéndolo de una manera más objetiva y fiable. Para lograr este objetivo es necesario contar con procesos de trabajo establecidos, sistemas de comunicación y acceso a la información, que permitan a la autoridad tener la certeza de que el funcionario está cumpliendo efectivamente con sus funciones y de manera eficiente y oportuna, a efectos de ejercer el control jerárquico y garantizar la eficiencia²⁸. También deberá contarse con una política de protección de datos adecuada, redes seguras y programas computacionales adecuados, a efectos de proteger los datos que el servicio disponga.

El desarrollo de ciertas funciones mediante teletrabajo también permite reorganizar los espacios físicos al interior de los servicios, otorgando mejores condiciones para aquellos funcionarios que desempeñen sus funciones de forma presencial. Este efecto resulta particularmente importante en el sector público, pues no es un secreto el hacinamiento que muchos funcionarios enfrentan y que podría solucionarse sin costo alguno, optimizándose los recursos.

El bienestar laboral y la satisfacción con las condiciones de trabajo, además, contribuye al compromiso de los funcionarios con el servicio, permite al organismo retener el talento y evitar su migración hacia el sector privado, y atraer a candidatos con mayor cualificación profesional en los procesos de selección.

Otro de los efectos del teletrabajo es la reducción del absentismo laboral, puesto que permite a los funcionarios trabajar desde casa si es que enfrentan un problema de salud que afecte su movilidad, pero no su capacidad para el trabajo, o que se encuentran impedidos de acudir a las dependencias del servicio por otras razones puntuales. Los recientes

²⁸ El control jerárquico debe ejercerse de forma permanente, por tanto, la inexistencia de una supervisión presencial podría significar perder o disminuir el control que la autoridad debe ejercer sobre sus subordinados si es que no se cuenta con los medios para ejercer dicho control a distancia. La posibilidad de contar con estos mecanismos de control representa un gran desafío para la Administración, no sólo para efectos de ser aplicado al teletrabajo sino también al trabajo presencial, pero en la medida que se cuente con ellos, el riesgo de perder o ver disminuido el control jerárquico desaparece.

acontecimientos ocurridos en Chile y el mundo, han mostrado la necesidad de contar con una estrategia capaz de hacer frente a contingencias de diversa naturaleza que puedan impedir o restringir la movilidad de los funcionarios. El estallido social que gatilló múltiples protestas y la pandemia producto del Covid-19, son ejemplos de situaciones recientes que han impedido a muchos funcionarios cumplir con sus funciones de manera presencial sin afectar su seguridad o su salud. En estos casos los servicios han debido improvisar para hacer frente al cumplimiento de su gestión, con autoridades y funcionarios que han debido enfrentarse al teletrabajo sin herramientas y sin conocer sus derechos y obligaciones, ante la ausencia absoluta de regulación.

7.3. Efectos del teletrabajo en la sociedad

Finalmente, el teletrabajo también tiene un impacto social positivo, y en este sentido la actuación del Estado debiera ser ejemplar. Por una parte, se trata de una forma de trabajo más inclusivo, puesto que aumenta las oportunidades laborales para personas con movilidad reducida o que viven en regiones, entre otros. Mientras que evitar los desplazamientos desde el hogar al servicio contribuye a la reducción del tránsito vehicular y consecuentemente, a la contaminación medioambiental²⁹. Ello implica a su vez una disminución del uso del transporte público que en horario punta se encuentra colapsado, solucionando parte del problema.

8. Principales desafíos

²⁹ A nivel internacional, existen estudios en relación al impacto del teletrabajo en el medio ambiente desde hace décadas, constatándose una reducción significativa de kilómetros recorridos y en la emisión de contaminantes, como consecuencia de la disminución de desplazamientos desde el hogar a la oficina, o incluso si el trabajo se desarrolla en centros de teletrabajo. Angel Martínez, Manuela Pérez, María de Luis y María Vela, Análisis del impacto del teletrabajo en el medio ambiente urbano. Boletín económico ICE N° 2753 (6 a 12 de enero de 2003). Información Comercial Española, ISSN 0214-8307, 23-40. Acceso el día 12 de julio de 2020. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28120622_Analisis_del_impacto_del_teletrabajo_en_el_medio_ambiente_urbano.

En nuestro país, el teletrabajo, así como el trabajo a distancia, han sido mirados con prevención y desconfianza por algunos, cuestionando la debida protección de los derechos de los trabajadores. Lo cierto es, que si bien el teletrabajo puede resultar muy beneficioso cuando se desarrolla en condiciones adecuadas, también puede resultar riesgoso si es que dichas condiciones están ausentes.

En el ámbito público, desde luego debemos considerar y garantizar la protección de los derechos de los funcionarios, pero también debemos garantizar que la función pública pueda ejercerse conforme a los principios de eficiencia y eficacia, por lo que los riesgos deben advertirse desde ambos puntos de vista, y es la Administración del Estado será quien deba asumir cada uno de los desafíos que permitirán evitar estos riesgos.

Como recomendaciones generales para adoptar esta modalidad de trabajo en otros organismos públicos, a partir de la experiencia de INAPI, se ha indicado que debe asegurarse el cumplimiento de ciertas condiciones³⁰. Estas consisten en identificar con precisión las funciones susceptibles de realizarse mediante teletrabajo; contar con un adecuado nivel de digitalización de los procesos esenciales de estas funciones y de los insumos necesarios para ello; definir las métricas de monitoreo y evaluación; brindar garantías a los funcionarios del compromiso institucional con el teletrabajo y su proyección en el tiempo; y contar con una adecuada infraestructura computacional, que tenga la capacidad para desarrollar el trabajo a distancia y un soporte capaz de responder a imprevistos.

Adicionalmente, se advierte que para implementar el teletrabajo es aconsejable el establecimiento de criterios de selección de personal y transparentar el proceso; proporcionar a los funcionarios información detallada sobre los efectos del teletrabajo y las condiciones que deben darse óptimamente; y desarrollar y fortalecer las habilidades individuales y organizacionales mediante capacitaciones³¹.

³⁰ Soto, Vera, Fuenzalida, Díaz y Darville, "Teletrabajo en el Estado de Chile...", 25-27.

³¹ De acuerdo con las recomendaciones efectuadas, las capacitaciones deben abordar, a lo menos, aspectos como la necesidad de separar el espacio laboral del doméstico, otorgar herramientas de autonomía laboral y gestión del tiempo, y formar a los funcionarios en materia

No son pocos los desafíos que deben abordarse para lograr adoptar el teletrabajo como una modalidad de trabajo exitosa, pero sin duda la transformación digital es el desafío más importante y difícil de superar. En la medida que los servicios cuenten con ello, sólo será cuestión de voluntades, sea administrativas y/o legislativas, para poder adoptar esta modalidad de trabajo.

9. Conclusiones

El teletrabajo poco a poco ha ido ganando espacios en el sector público, pese a que legislación aplicable a las relaciones labores entre los funcionarios y la Administración no la establece. No obstante, la ausencia de normativa y la interpretación que ha efectuado la Contraloría General de la República, impiden que esta forma de trabajo se implemente si no es a través de una ley que expresamente lo autorice, salvo en situaciones muy excepcionales que imposibiliten ejecutar las funciones de manera presencial.

Las soluciones legales que se han presentado hasta el momento son limitadas a ciertos organismos, aplicables a un porcentaje determinado de funcionarios y condicionadas a un periodo de tiempo determinado, lo cual constituye un avance poco significativo para efectos de adecuar las condiciones laborales que ofrece la Administración del Estado para efectos de compatibilizar la vida laboral-funcionaria con la vida personal y familiar.

Considerando las distintas realidades de los servicios públicos, una alternativa sería introducir esta modalidad de trabajo en la normativa aplicable especialmente a cada uno de ellos, en la medida que cuenten con las herramientas digitales necesarias. Por ejemplo, otorgando en las leyes orgánicas de cada institución, la facultad al jefe de servicio para autorizar la realización de las funciones mediante teletrabajo. Ello otorgaría mayores certezas y permitiría una implementación gradual, sincronizada con la modernización del Estado.

computacional, digital y comunicacional, a fin de evitar la sobredemanda de responsabilidades familiares y domésticas, logrando generar una rutina laboral y un adecuado manejo de los medios tecnológicos.

Las experiencias formales de teletrabajo en el Estado chileno han sido escasas y excepcionales, pero dan cuenta de una probabilidad cierta de implementar esta modalidad de manera exitosa en otros servicios, en la medida que el servicio pueda brindar las garantías suficientes para que la función pública se realice de manera eficiente y las condiciones laborales de sus funcionarios no se vean afectadas negativamente. Para ello es necesario que previamente exista una modernización de los servicios, con la implementación de sistemas que permitan acceder y gestionar la información de manera digital, con canales de comunicación efectivos y procesos institucionalizados.

Los efectos derivados, a nivel personal, organizacional y social, pueden resultar tremendamente positivos si el teletrabajo se implementa de manera responsable con las condiciones que óptimamente se requieren, sin embargo, puede resultar contraproducente si dichas condiciones no se presentan, tanto para quien presta el servicio como para la organización que lo requiere. Por ello, resulta fundamental que exista un compromiso real del Estado para con sus funcionarios, y los esfuerzos se orienten a modernizar el Estado y el empleo público, ofreciendo condiciones más justas y acorde a sus necesidades, como trabajadores dependientes que son. Esta, si bien no es una tarea sencilla, deberá necesariamente abordarse para alcanzar un Estado moderno y eficiente.

Bibliografía

BERMÚDEZ, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Santiago, Legal Publishing.

CELIS, G. (2019). *La Función pública*. Santiago: El jurista.

Recursos electrónicos:

CONSEJO NACIONAL PARA LA TRANSPARENCIA (2020). “Funcionamiento del CPLT sigue de manera regular gracias a experiencia de teletrabajo”. Disponible en: <https://www.consejotransparencia.cl/funcionamiento-del-cplt-sigue-de-manera-regular-gracias-a-experiencia-en-teletrabajo/>

DIVISIÓN DE CONTROL DE GESTIÓN DE LA DIRECCIÓN DE PRESUPUESTOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CENTRO DE SISTEMAS PÚBLICOS, INGENIERÍA INDUSTRIAL, UNIVERSIDAD DE CHILE (2018). *Evaluación sistema de teletrabajo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial*. Santiago: Dirección de Presupuestos, Ministerio de Hacienda. Disponible en: https://www.dipres.gob.cl/598/articles-171733_doc_pdf.pdf

EUROFOUND y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019). *Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, y Santiago: Oficina Internacional del Trabajo. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_712531/lang-es/index.htm

HERRERA, A. y RAZMILIC, S. (2018). De la casa al trabajo: Análisis de un tiempo perdido. Centro de Estudios Públicos. Debates de Política Pública N° 29 (abril). Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180405/20180405120239/dpp_029_abril2018_srazmilic.pdf

LAMPERT, M. y POBLETE, M. (2018). *Efectos positivos y negativos del teletrabajo sobre la salud*. Santiago, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en:

https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26041/1/BCN_Efectos_del_teletrabajo_sobre_la_salud_FINAL.pdf

MARTINEZ, A., PEREZ, M., DE LUIS, M. y VELA, M. (2003). Análisis del impacto del teletrabajo en el medio ambiente urbano. Información Comercial Española, ISSN 0214-8307. Boletín económico. ICE N° 2753 (6 a 12 de enero): 23-40. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28120622_Analisis_del_impacto_del_teletrabajo_en_el_medio_ambiente_urbano

SECRETARÍA DE MODERNIZACIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA (2019). “Agenda de modernización del Estado. Julio 2019”. Disponible en: <https://modernizacion.gob.cl/>

SOTO, T., VERA, C., FUENZALIDA, J., DÍAZ, R. y DARVILLE, P. (2018). Teletrabajo en el Estado de Chile: Efectos y desafíos para su diseño e implementación. Centro de Sistemas Públicos Ingeniería Industrial Universidad de Chile. Serie Sistemas Públicos, N°16 (octubre). Disponible en: <http://www.sistemaspublicos.cl/publicacion/teletrabajo-en-el-estado-de-chile-efectos-y-desafios-para-su-diseno-e-implementacion/>

ANÁLISIS DEL TELETRABAJO Y SU RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LATINOAMÉRICA

ANALYSIS OF TELEWORK AND ITS LEGISLATIVE RECEPTION IN LATIN AMERICA

Juan CAMINOS

Abogado, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Colaborador de las cátedras de Derechos humanos laborales y derecho internacional del trabajo con el cine como recurso didáctico y de Derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

juanignaciocaminos@gmail.com

Fecha de envío: 01/08/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

ANÁLISIS DEL TELETRABAJO Y SU RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LATINOAMÉRICA

Juan CAMINOS

Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

Resumen: En el presente trabajo se aporta un análisis del teletrabajo desde una perspectiva comparada latinoamericana, a través del estudio de los diversos sistemas que han recogido legislativamente dicha figura.

Palabras clave: Teletrabajo - Reversibilidad - Jornada de teletrabajo - Igualdad en el teletrabajo - Formación profesional

Sumario: 1. Preámbulo. 2. Normativas bajo análisis. 3. ¿Qué es el teletrabajo?: concepto y elementos definitorios. 4. Análisis de semejanzas y diferencias legislativas. 4.1. Modalidades. 4.2. Voluntariedad. 4.3. Reversibilidad. 4.4. Igualdad de Derechos. 4.5. Jornada de trabajo. 4.6. Capacitación y formación profesional. 4.7. Salud y seguridad. 5. Epílogo.

Abstract: This paper provides an analysis of telework from a comparative Latin American perspective, through the study of the various systems that have legislatively collected this figure.

Key words: Telework - Reversibility - Working hours in telework - Equality in telework - Professional training

Summary: 1. Preamble. 2. Regulations under analysis. 3. What is teleworking?: concept and defining elements. 4. Analysis of legislative similarities and differences. 4.1. Modalities. 4.2. Willfulness. 4.3. Reversibility. 4.4. Equal rights.

4.5. Working day. 4.6. Training and vocational training. 4.7. Health and security.
5. Epilogue.

1. Preámbulo

El génesis de esta modalidad de trabajo puede ser remontada a la década de 1960, tras la intelectual concepción del estudioso de la cibernética Norbert Wiener¹, no obstante fue recién en 1976 durante la conmoción mundial del “*shock del petróleo*” cuando Jack Nilles acuñó el *teletrabajo* como una escapatoria posible para contrarrestar los efectos de la crisis energética, mediante la cual se “*podía enviar el trabajo al trabajador, en lugar de enviar el trabajador al trabajo*”². Empero, esta propuesta se tornó materialmente inviable debido a los altos costes que implicaba y a la escasa tecnología disponible de la época.

Aproximadamente medio siglo después, una nueva crisis vuelve a azotar sensiblemente al mercado de trabajo mundial, pero en esta oportunidad, el teletrabajo (escultado de un avanzado desarrollo tecnológico) lejos de presentarse como una alternativa inviable, se manifestó como una obligación subrepticia en aras de posibilitar la continuidad de la actividad productiva durante las (longevas) etapas de confinamiento a causa de la pandemia producida por el virus COVID-19.

Aunque esta modalidad de trabajo no resulta novedosa, la disrupción que presenta en relación al presentismo del modelo taylorista fordista ha sido la causa motivo del dictado de diversas regulaciones especiales de ciertos países de Latinoamérica, pese a ser una alternativa atípica y poco difundida en la región. No obstante, la “*huida precipitada, impuesta, y sin garantías hacia el teletrabajo*”³ marcó un pronunciado acelerón legislativo en aquellos países que no contaban con una *lex specialis* para regular esta modalidad, extremo éste que devengó en el dictado de nuevas leyes en la región y en

¹ WIENER, Norbert. 1965. *The Human Use of the Human Being*. New York: Cybernetics and Society. Citado en: SIERRA BENITEZ, E. M. 2011. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Primera edición: Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía.

² NILLES, J. (1973). *The telecommunications-transportation tradeoff. Options for tomorrow and today*. California: Jala International.

³ SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). ¿La hora del teletrabajo? *Revista Trabajo y Derecho* 66/2020 Junio, N° 66. Editorial Wolters Kluwer.

la discusión parlamentaria de algunos proyectos de ley presentados a tales fines.

El objetivo del presente trabajo es efectuar un análisis comparativo entre las semejanzas y diferencias de la recepción normativa del teletrabajo en Latinoamérica en relación a ciertos institutos propios del teletrabajo que se reiteran en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de la región.

2. Normativa bajo análisis⁴

A los efectos de delimitar el objeto de análisis, han sido consideradas únicamente aquellas normativas que regulasen el teletrabajo en el sector privado, y durante “*períodos de normalidad*”, quedado por ende excluidas todas aquellas legislaciones de emergencia dictadas exclusivamente a los efectos de paliar las consecuencias aparejadas por la emergencia sanitaria producto de la pandemia COVID-19 en el mercado de trabajo. Asimismo, únicamente se examinará el proyecto de ley de México, por contar este con media sanción legislativa⁵.

Por tanto, las normativas objeto de análisis del presente trabajo, son: **1)** de Argentina, la reciente ley de teletrabajo aprobada el 30 de Julio (2020)⁶; **2)** de Bolivia, el Decreto Supremo N° 4218 y la Resolución Ministerial N° 220/20 (2020); **3)** de Brasil, las reformas incorporadas a la Consolidación de Leyes del Trabajo por la Ley N° 13.467 (2017); **4)** de Chile, las reformas incorporadas al Código de Trabajo mediante la Ley N° 21.220 (2020); **5)** de Colombia, la Ley N° 1.221 (2008) y el Decreto N° 884 (2012); **6)** de Costa Rica, la Ley N° 9.738, y el Decreto Ejecutivo N° 42083 (2019), **7)** de Ecuador

⁴ A los efectos el principio de economía del lenguaje y en aras de evitar repeticiones que pudieran generar dificultades sintácticas y de concordancia, se utilizará la palabra “trabajador” o su plural en masculino genérico, sin intención alguna de exclusión de género, salvo que expresamente así lo indique en su oportunidad

⁵ No obstante, vale mencionarse que Uruguay cuenta con un proyecto de ley para regular el teletrabajo en estado parlamentario.

⁶ No me resulta ajeno, que en Argentina existen resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo, y Seguridad Social de la Nación y de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo que resultan aplicables a esta modalidad. No obstante, atendiendo a la reciente sanción de la ley especial es que decido analizar únicamente este cuerpo normativo. Se aclara que al ser recientemente aprobada por la Cámara de Senadores, no se cuenta aún con un número de ley.

los Acuerdos Ministeriales MDT-2016-190 (2016), y MDT-2018-0002-A (2018); **8**) de El Salvador, el Decreto N° 600 (2020); **9**) de México, el proyecto de ley con media sanción de la Cámara de Senadores (2020); **10**) de Panamá, la Ley N° 126 (2020); **11**) de Perú, la Ley N° 30036 (2013), y el Decreto Supremo N° 017-2015-TR (2015)⁷.

3. ¿Qué es el teletrabajo: concepto y elementos definitorios

Como se dijo, el teletrabajo remonta sus orígenes en el siglo pasado, y aun cuando ha sido objeto de riguroso estudio por parte de destacados *iuslaboralistas* durante muchos años, no encuentra en la actualidad una definición conceptual unívoca, consensuada y exacta. Sin perjuicio de la proliferación conceptual existente, y únicamente a los efectos de brindar una noción determinada, se trae a colación la definición indicada en un informe de OIT:

“(...) parece apropiado definir el teletrabajo como una forma de organización del trabajo con las siguientes características: *a*) el trabajo se realiza en un lugar distinto del establecimiento principal del empleador o de las plantas de producción, de manera que el trabajador no mantiene un contacto personal con los demás colegas de trabajo, y *b*) las nuevas tecnologías hacen posible esta separación al facilitar la comunicación”⁸.

La técnica legislativa latinoamericana no es la excepción de la regla de multiplicidad conceptual, empero debe destacarse que la normativa bajo análisis, recepta los elementos señalados en la definición indicada *ut supra*. Sin perjuicio de ello, a continuación se destacarán ciertas particularidades, que entiendo, merecen ser remarcadas:

⁷ Se sirve en aclarar que durante la pandemia COVID-19, Perú no aplicó la modalidad de teletrabajo, sino que utilizó el trabajo remoto, que si bien importa una forma de trabajo a distancia, no ha ingresado dentro del amparo de la normativa que se analizará en el devenir de este trabajo.

⁸ OIT. (2016). Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros. Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros. (Ginebra, 24-26 de octubre de 2016). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales.

- Pese a que todas las normativas aclaran que esta modalidad de trabajo es de carácter no presencial, en Argentina⁹, Brasil¹⁰, y Ecuador¹¹ se prevé expresamente que la ejecución necesariamente debe ser llevada a cabo fuera de las instalaciones del empleador.
- Brasil¹², establece que para ser considerada como teletrabajo la provisión de servicios debe ser realizada *predominantemente* fuera de las instalaciones del empleador. En efecto, al no establecerse un parámetro temporal cierto y medible, su conceptualización se muestra *a priori* oscura y enredosa.
- En Chile¹³, se estipula que no puede considerarse como teletrabajo a aquella ejecución de servicios que se encuentre ubicada fuera de las dependencias de la empresa, pero que haya sido designada y habilitada por el mismo empleador.
- Costa Rica¹⁴ prevé además, como una suerte de condición determinante, que la modalidad de teletrabajo no puede afectar el normal desempeño de otros puestos, procesos y servicios que en la empresa se brindan.
- Atendiendo a que la posibilidad de teletrabajar resulta viable tanto para los trabajadores asalariados, como para los cuentapropistas o autónomos, Perú¹⁵ estipula un catálogo de elementos de carácter no taxativo, que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de aquella relación de trabajo que se ejecute bajo la modalidad de teletrabajo¹⁶.

Como lo denota Carballo Mena¹⁷, a partir del análisis de los ordenamientos jurídicos de Latinoamérica puede advertirse que es uniforme la tendencia a manifestar dos elementos esenciales para definir el teletrabajo: **1)** la prescindencia de la presencia física del trabajador en los

⁹ Véase el art. 2 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

¹⁰ Véase el art. 7, inciso b) de la Ley N° 13.467.

¹¹ Véase el art. 2, inciso a) del Acuerdo Ministerial N° 2016-190.

¹² Véase el art. 7, inciso b) de la Ley N° 13.467.

¹³ Véase el art. 152 quáter G de la Ley N° 21.220.

¹⁴ Véase el art. 3 de la Ley N° 9.738.

¹⁵ Véase el art. 2 de la Ley N° 30036.

¹⁶ A tales fines, menciona: “la provisión por el empleador de medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica, y la propiedad de los resultados, entre otros”

¹⁷ CARBALLO MENA, C. A. (2020). Teletrabajo subordinado. Caracas. Consultado del original.

establecimientos del empleador; y **2)** la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para la ejecución de sus tareas.

Amén de las valoraciones emitidas precedentemente, no puede pasarse por alto que autorizada doctrina identifica además otros elementos distintivos necesarios que caracterizan al teletrabajo. Por una parte, Sierra Benítez sostiene que se requiere de la manifestación de un “*cambio en la organización del trabajo*”, ya que éste permite la descentralización de aquellas actividades que son ejecutadas usualmente dentro del establecimiento físico de la empresa; ergo, no podrá ser considerado estrictamente como teletrabajo aquella prestación de tareas que siempre ha sido organizada de un mismo modo¹⁸. Mientras que por otra parte, Sanguineti Raymond recalca que para consagrar el teletrabajo debemos de estar necesariamente ante el desarrollo de una actividad productiva ejecutada por una persona física, quedando completamente excluidas todas aquellas actividades realizadas por grupos de trabajadores, o por personas jurídicas que se sirven de estos grupos.¹⁹

4. Análisis de semejanzas y diferencias legislativas

Aun cuando del punto anterior se desprenda la existencia de una concordancia unánime sobre los elementos caracterizadores del teletrabajo, esta avenencia legislativa no se replica de forma idéntica en el análisis comparativo acerca del tratamiento de otros institutos propios del teletrabajo dentro de la región.

Por esta razón, es que considero pertinente elaborar un grupo de patrones comparativos (los cuales se encuentran ordenados de forma aleatoria) en aras de exhibir las semejanzas y diferencias que se advierten sobre el abordaje de un mismo espectro en los distintos ordenamientos jurídicos Latinoamericanos.²⁰

¹⁸ SIERRA BENITEZ, E. M. Ob. Cit. Pág. 41.

¹⁹ SANGUINETI RAYMOND, W. Ob. Cit. Pág. 2.

²⁰ Al efecto de someterme al límite máximo de extensión, no se han incluido dentro del desarrollo del presente ciertos institutos como ser: obligaciones del empleador, régimen de

4.1. Modalidades de teletrabajo

Se puede advertir que, desde una óptica genérica, sin detenernos en las precisiones terminológicas literarias empleadas por cada ordenamiento, las discriminaciones de modalidades se erigen considerando principalmente tres parámetros:

1) *Cuantitativo*: este parámetro considera la duración y/o permanencia del trabajador prestando tareas bajo esta modalidad. La tendencia regional, a tenor de este criterio tiende a establecer (en su mayor medida) dos categorías conforme el diagrama horario de las jornadas de trabajo: **a)** *teletrabajo permanente o a tiempo completo*, en el cual el teletrabajador utiliza esta modalidad de forma absoluta, laborando todas sus jornadas de trabajo fuera del establecimiento del empleador; **b)** *teletrabajo parcial o temporal*, en estos casos, las tareas se ejecutan en períodos establecidos, y alterados con otras modalidades de trabajo.

- En Ecuador²¹, se establece que el límite máximo de horas permitidas para el teletrabajo parcial, es de veinticuatro (24) horas semanales.
- Panamá²², considera que existe *teletrabajo parcial* cuando el teletrabajador labora *al menos una jornada de trabajo a la semana* en la instalación o en las instalaciones del empleador.
- En Colombia²³, se ha fijado una suerte de piso mínimo a través de la categoría de *teletrabajo suplementario*, que impone al trabajador ejecutar sus tareas al menos dos (2) o tres (3) días a la semana en su domicilio.
- Perú²⁴, aclara expresamente que no puede ser considerado teletrabajador aquel trabajador que *ocasionalmente* preste servicios fuera de su centro de trabajo. Por lo que, deberá denotarse una cierta

compensaciones, protección de datos, control empresarial, derecho a la desconexión digital, políticas transnacionales, etc.

²¹ Véase el art. 2 del Acuerdo N° 2016-190.

²² Véase el art. 6 de la Ley N° 126.

²³ Véase el art. 2 de la Ley N° 1.221

²⁴ Véase el art. 2 del Decreto Supremo N° 017-2015.

repetición temporaria a los efectos de resultar aplicable la normativa de teletrabajo.

2) *Topográfico*: este parámetro erige su discriminación según cual sea el lugar físico utilizado por el teletrabajador al momento de ejecutar sus débitos laborales. Puede advertirse, que en la región se reiteran las siguientes clasificaciones: **a)** *teletrabajo autónomo o domiciliario*, en el cual los trabajadores utilizan su propio domicilio o un lugar elegido a su propio criterio con el fin de ejecutar sus tareas; **b)** *teletrabajo móvil*, en estos supuestos los trabajadores no cuentan con un lugar de trabajo fijo o establecido, sino que realizan sus funciones de manera itinerante.

- Costa Rica²⁵ efectúa una triple distinción en base a este parámetro, agregando a las clasificaciones anteriores el teletrabajo en *telecentros*, entendiendo a éste como un espacio acondicionado que “*facilita el desarrollo de ambientes colaborativos que promueven el conocimiento para innovar esquemas laborales de alto desempeño*”.

3) *Conexión*: este parámetro analiza puntualmente cuál es el tipo de conexión mantiene el trabajador con su empleador durante la jornada laboral. Se destaca que únicamente El Salvador²⁶ es el único país de la normativa jurídica observada que cuenta con esta distinción, clasificando el teletrabajo en: **1)** *teletrabajo conectado*, el que presenta una permanente conexión y posibilidad material de ejercer el control empresarial; **2)** *teletrabajo desconectado*, en el cual la comunicación del trabajador con su empleador no es permanente, ni constante, y no existiendo sujeción o control directo alguno (por más que el trabajador deba conectarse a los sistemas del empleador para desarrollar sus tareas); el trabajador cuenta con una potestad organizativa, empero se encuentra obligado a presentar informes jornales detallando el cumplimiento de los objetivos previamente estipulados.

4.2. Voluntariedad

²⁵ Véase el art. 3 de la Ley N° 9.738.

²⁶ Véase el art. 4 del Decreto N° 600.

El manual de buenas prácticas en teletrabajo²⁷, establece como principio fundamental la *elección voluntaria y no un paso forzado* a esta modalidad. Esta expresión de voluntad, debe encontrarse latente en todo momento, sea cuando el trabajador presencial decide trasladar sus débitos laborales a la modalidad de teletrabajo, como en la descripción inicial del puesto para aquellos supuestos en los cuales la relación de trabajo se inicia como teletrabajo. Pese a no ser objeto de análisis del presente, se hace mención que el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo en un mismo orden de las ideas, estipula que “*el teletrabajo es voluntario para el trabajador y empresario afectados*”²⁸.

El principio de voluntariedad es receptado en su amplia mayoría²⁹ por la técnica legislativa de la región, determinándose que la expresión de voluntad debe ser indicada expresamente por escrito en el contrato suscrito para acordar la modalidad de teletrabajo. Sin embargo, desde una interpretación literal de los ordenamientos jurídicos, pueden advertirse ciertos pormenores:

- Dentro de los principios que orientan la aplicación de la modalidad de teletrabajo, Perú³⁰ incluye a la voluntariedad como una especie de potestad o facultad de dirección *a priori* exclusiva y unilateral del empleador. Para ello, éste debe contar necesariamente con el consentimiento del trabajador y con razones debidamente sustentadas que respalden su decisión de efectuar la variación de la prestación de servicios a la modalidad de teletrabajo.
- En Argentina³¹, se prevé que el requisito de la voluntariedad quedará eximido en aquellos casos en los cuales el teletrabajo deba ser impuesto debido a una fuerza mayor debidamente acreditada. Esta disposición

²⁷ OIT. (2011). Manual de buenas prácticas en teletrabajo. 1ra ed. Buenos Aires: Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina. Pág. 17.

²⁸ Véase el punto 3) del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo (2002).

²⁹ Se utiliza el término *amplia mayoría* ya que no se ha encontrado una indicación expresa en el proyecto de ley de México.

³⁰ Véase el art. IV del Decreto Supremo 017-2015.

³¹ Véase el art. 7 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

encuentra razón de ser en la experiencia vivenciada a causa de la pandemia COVID-19, en la cual el teletrabajo se presentó como una obligación forzosamente interpuesta para ambas partes de la relación de trabajo.

4.3. Reversibilidad

Uno de los puntos de consenso del informe final de OIT del foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo³², es que el teletrabajo debería ser voluntario, reversible y ofrecer a los trabajadores la posibilidad de reunirse presencialmente con sus supervisores y colegas.

En un mismo orden de las ideas, el manual de buenas prácticas en el teletrabajo³³, estipula que el derecho a regresar a la actividad presencial se encuentra reservado a ambas partes de la relación laboral, debiendo estar garantizado en los acuerdos individuales y colectivos. En los casos en que se haya pactado el traslado del trabajador a la modalidad de teletrabajo, el empleador tiene que mantener disponible el puesto en el que éste se desempeñaba presencialmente.

A pesar de lo anteriormente indicado, solamente Bolivia³⁴ estipula (sin mayores consideraciones al respecto) que cualquiera de las partes cuenta con la potestad de revertir el teletrabajo. Mientras que la *amplia mayoría*³⁵ de los ordenamientos jurídicos de la región presentan notorias disimilitudes en relación al otorgamiento de este derecho, a saber:

- Argentina³⁶ y Colombia³⁷ en aquellos casos en que la relación de trabajo haya comenzado de forma presencial y haya mutado al teletrabajo, prevén que se encuentra exclusivamente reservado a los trabajadores la

³² OIT. Ob. Cit. Pág. 31.

³³ OIT. Ob. Cit. Pág. 18.

³⁴ Véase el art. 8, punto IV), subítem j) de la Resolución Ministerial N° 220/20.

³⁵ Se utiliza el término *amplia mayoría* ya que no se ha encontrado una indicación expresa en el proyecto de ley de México.

³⁶ Véase el art. 8 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

³⁷ Véase el art. 6, inciso 10) de la Ley N° 1.221.

potestad de solicitar *en cualquier momento* retornar a la actividad laboral anterior (es decir, físicamente dentro del establecimiento del empleador). Asimismo, la reciente de ley de Argentina, estipula que el supuesto en que el empleador se niegue a otorgarle tareas de forma presencial al trabajador que hizo uso de su derecho de reversibilidad, el trabajador se encuentra facultado a colocarse en situación de despido indirecto (reclamando las indemnizaciones de ley por despido injustificado) o a exigir judicialmente su reinstalación (restableciendo las condiciones modificadas previo al acuerdo de mudarse a la modalidad de teletrabajo). Por su parte, el empleador únicamente podrá quedar dispensado de otorgar tareas de forma presencial en aquellos cuando por motivos debidamente fundados le resulte imposible el cumplimiento de dicha obligación.

- Por el contrario, Brasil³⁸ y Panamá³⁹ disponen que el ejercicio del derecho a la reversibilidad de la modalidad de teletrabajo a la presencial, se encuentra reservado a la determinación del empleador, quien deberá para ello cursar al trabajador un previo aviso con antelación suficiente. La ley brasilera prevé que deberá garantizarse un período mínimo de quince (15) días para la transición, mientras que la panameña se remite al acuerdo que hubieren convenido las partes en el contrato o adenda de teletrabajo.
- En Chile⁴⁰, la normativa indica que en el supuesto en que la modalidad de teletrabajo haya sido pactada con posterioridad al inicio de la relación laboral, ambas partes podrán unilateralmente solicitar el retorno a la modalidad presencial, debiendo únicamente remitir un previo aviso por escrito a la otra parte con una antelación mínima de treinta (30) días.
- Ecuador⁴¹ estipula que cualquiera de las partes (por consenso o unanimidad), puede ejercer el derecho de reversibilidad solicitando retornar a la modalidad presencial, debiendo a tales fines comunicar las

³⁸ Véase el art. 75-C, parágrafo 2, de la Ley N° 13.467

³⁹ Véase el art. 3 de la Ley N° 126.

⁴⁰ Véase el art. 152 quáter I de la Ley N° 21.220.

⁴¹ Véase el art. 5 del Acuerdo Ministerial N° 2016-190

intenciones de hacer uso del ejercicio de su derecho con al menos quince (15) días de antelación, y luego de haber respetado un plazo mínimo de noventa (90) días de trabajo bajo la modalidad de teletrabajo, salvo disposición contractual en contrario.

- Asimismo, la normativa ecuatoriana, en caso de ausencia de consenso o de sometimiento a los plazos indicados, establece una especie de catálogo cerrado de causales por las cuales se puede exigir la reversibilidad del teletrabajo. Estas son: **a)** imposibilidad comprobada del trabajador de poder continuar bajo la modalidad de teletrabajo; **b)** desobediencia reiterada o falta de cumplimiento de los objetivos por parte del teletrabajador; **c)** uso inadecuado de los elementos entregados para teletrabajar; **d)** imposibilidad de cualquiera de las partes en continuar proveyendo las tecnologías necesarias para realizar el teletrabajo; **e)** incumplimiento del teletrabajador sobre el acuerdo de confidencialidad.
- Por su parte, el ordenamiento jurídico de Costa Rica faculta a ambas partes de la relación de trabajo a hacer uso de este derecho en supuestos concretos, bajo un haz de requisitos a cumplimentar:
 - *En relación a los trabajadores:* les confiere la potestad de ejercer unilateralmente el derecho de reversibilidad solamente a aquellos teletrabajadores que anteriormente ejecutaban sus tareas en la modalidad presencial, siempre que: **a)** su petición se encuentre debidamente justificada; **b)** sea requerido con un plazo de antelación mínimo de diez (10) días *naturales*; **c)** siga el procedimiento elaborado al efecto por cada centro de trabajo⁴².
 - *En relación a los empleadores:* les confiere la potestad de revocar la modalidad de teletrabajo cuando lo considere pertinente, pero solamente cuando esta haya sido acordada con posterioridad al inicio de la relación, debiendo para ello: **a)** hacerlo por escrito y detallando los motivos que justifiquen su decisión fundados en las políticas y lineamientos emitidos por cada centro de trabajo⁴³; **b)**

⁴² Véase el art. 2 de la Ley N° 9.738

⁴³ Véase el art. 7 del Decreto Ejecutivo N° 42.083.

requerirlo con un plazo de antelación mínimo de diez (10) días *naturales*⁴⁴. Además, se estipula que su decisión no deberá implicar perjuicio o ruptura de la relación de trabajo, ni obedecer a prácticas discriminatorias o represalias.

- La normativa de El Salvador⁴⁵ prevé que el trabajador que hubiese sido trasladado a la modalidad de teletrabajo cuenta con un plazo de treinta (30) días para ejercer de forma unilateral el derecho de reversibilidad, siendo obligación del empleador acceder a la petición del trabajador. Vencido el plazo indicado, el traslado de modalidad deberá ser necesariamente pautado por mutuo acuerdo de las partes.
- La estructura normativa de Perú, es quizás la más compleja al respecto, ofreciendo múltiples escenarios en relación al ejercicio de este derecho. Los acuerdos de variación de modalidad, pueden ser permanentes o de plazo determinado, y se encuentran sujetos a las siguientes reglas:
 - Como principio orientativo de la modalidad de teletrabajo, la reversibilidad se erige *a priori* como una potestad supeditada a la facultad de dirección del empleador, quien podrá reponer al teletrabajador a la modalidad presencial cuando acredite el no cumplimiento de los objetivos pautados⁴⁶.
 - Para que resulte procedente la reversión del teletrabajo a la modalidad presencial por decisión unilateral del empleador, éste deberá: **a)** comunicar su decisión de forma escrita al trabajador; **b)** otorgarle un plazo de antelación no menor a quince (15) días *naturales, más el término de la distancia*⁴⁷; **c)** expresar la justificación de su decisión, indicando los objetivos que no hayan sido logrados en la modalidad de teletrabajo.
 - Se faculta también al empleador a variar la modalidad de prestación de servicios a la de teletrabajo, siempre que su decisión se encuentre debidamente fundada y el trabajador dé su

⁴⁴ Véase el art. 6, inciso e) de la Ley N° 9.738.

⁴⁵ Véase el art. 10 del Decreto N° 600.

⁴⁶ Véase el art. IV del Decreto Supremo N° 017-2015.

⁴⁷ Véase el art. 4 del Decreto Supremo N° 017-2015.

consentimiento de ello. En tal caso, dicha aceptación no podrá importar una mengua en las condiciones laborales del trabajador, salvo aquellas vinculadas directamente a la asistencia al centro de trabajo⁴⁸.

- El trabajador también se encuentra facultado a solicitar la reversión de su modalidad (sea que se encuentre laborando bajo la modalidad de teletrabajo o presencial), pero esta facultad queda sujeta a la voluntad del empleador, quién en uso de su facultad directriz decidirá aceptar o rechazar dicha solicitud. La respuesta cursada al trabajador deberá ser sustentada por escrito en un plazo máximo de seis (6) días *naturales*, debiendo indicar la fecha de retorno al centro de trabajo en caso de que su respuesta sea afirmativa.
- En todos los casos, el trabajador se encuentra habilitado a impugnar la decisión tomada por su empleador⁴⁹.
- Para los supuestos de pérdida, sustracción, deficiencia o deterioro de los medios a emplearse para el teletrabajo, por causas no imputables a ninguna de las partes, el empleador podrá acordar la prestación de servicios en la modalidad convencional hasta tanto dure el impedimento⁵⁰.
- En los supuestos en que la relación de trabajo haya iniciado bajo la modalidad de teletrabajo, los ordenamientos jurídicos de Chile, Colombia, Costa Rica, y El Salvador, prevén que será necesario siempre el acuerdo consensuado de ambas partes para adoptar la modalidad de trabajo presencial. En tanto que Argentina, expresamente delega en la negociación colectiva la creación de pautas para ello.

4.4. Igualdad de derechos

⁴⁸ Véase el art. 4 de la Ley N° 30036

⁴⁹ Véase el art. 5 del Decreto Supremo N° 017-2015.

⁵⁰ Véase el art. 9, inciso 4 del Decreto Supremo N° 017-2015.

Como enseña Arese, el concepto de igualdad de trato y de no discriminación en las condiciones de trabajo es de tipo amplio, y no se limita exclusivamente al Derecho del Trabajo, sino que *“se expresa con el efecto erga omnes de las normas sobre derechos humanos”*⁵¹. Pese a que la igualdad es considerada como un derecho humano fundamental indiscutible, tanto en el derecho internacional como en los derechos internos de los países, el tópico merece particular atención, ya que no se advierte un notorio avance en su aplicación, sobretodo en el sector privado.

El Convenio N° 177 de OIT⁵² sobre trabajo a domicilio (pese a regular una modalidad de trabajo a distancia distinta al teletrabajo) fomentaba a que la política nacional promueva la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los demás trabajadores asalariados⁵³. Sin perjuicio de que el teletrabajo no es abordado a través de un Convenio particular de OIT, es innegable que comparte una estrecha semejanza con el trabajo a domicilio, visto que los trabajadores ejecutan sus labores apartados del establecimiento de la empresa, y por lo tanto, las peculiaridades de esta modalidad engendran un escenario óptimo para un potencial detrimento de los derechos laborales y de las condiciones de trabajo, mientras los trabajadores se encuentran enclaustrados ejecutando sus labores. Advirtiendo la ostensible similitud entre ambas modalidades, Ermida Uriarte señalaba:

*“revestido de las deslumbrantes plumas y lentejuelas de la informática, el viejo (¡y cuan viejo!) trabajo a domicilio se recicla y hace su segunda irrupción en escena, ahora como estrella de primera magnitud en el espectáculo de la postmodernidad, bajo el nombre artístico de teletrabajo”*⁵⁴.

En relación a la necesidad de garantizar inequívocamente el derecho de trato equitativo en el teletrabajo, según surge de un informe conjunto de

⁵¹ ARESE, C. (2014). Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni. Pág. 24.

⁵² Ratificado únicamente por Argentina en Latinoamérica.

⁵³ Véase el art. 4 del Convenio N° 177 de OIT.

⁵⁴ ERMIDA URIARTE, O. Prólogo a Delimitación del contrato de trabajo (César Augusto Carballo Mena, autor). Caracas: UCAB. Pág. 7. Citado en: CARBALLO MENA, C. A. Ob. Cit. Pág. 4

OIT y EUROFOUND en la mayoría de los países (a una escala global) la legislación laboral consagra la igualdad de derechos y condiciones en el empleo entre los trabajadores que ejecuten sus labores a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y quienes lo hagan dentro de las dependencias del empleador⁵⁵. Los ordenamientos jurídicos analizados de América Latina *en su amplia mayoría*⁵⁶, no son la excepción a la tendencia global:

- Argentina⁵⁷, Bolivia⁵⁸, Chile⁵⁹, Costa Rica⁶⁰, Ecuador⁶¹, Panamá⁶² y Perú⁶³ prevén expresamente que las personas que ejecuten sus tareas a través de la modalidad de teletrabajo, gozarán de los mismos derechos y obligaciones que las personas que lo hagan bajo la modalidad presencial en las instalaciones del empleador.
- Colombia⁶⁴ y México⁶⁵ determinan que el empleador debe promover la igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, acceso a mejores oportunidades laborales y demás derechos fundamentales entre los teletrabajadores y los trabajadores presenciales. Asimismo, la normativa colombiana hace un especial ahínco en materia de salario, disponiendo que este no podrá ser inferior al que se pague por igual labor, misma localidad, e igual rendimiento al trabajador presencial⁶⁶.
- El Salvador⁶⁷ de igual modo establece una igualdad de derechos (que estimo enunciativa) del trabajador respecto a la seguridad social,

⁵⁵ OIT – EUROFOUND. (2019). Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT. Pág. 54.

⁵⁶ Se utiliza el término amplia mayoría ya que no se ha encontrado una indicación expresa en la Ley N° 13.467 de Brasil.

⁵⁷ Véase el art. 3 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

⁵⁸ Véase el art. 4 del Decreto Supremo N° 4218.

⁵⁹ Véase el art. 152 quáter G de la Ley N° 21.220.

⁶⁰ Véase el art. 6 de la Ley N° 9.738.

⁶¹ Véase el art. 8 del Acuerdo Ministerial N° 2016-190.

⁶² Véase el art. 19 de la Ley N° 126.

⁶³ Véase el art. 5 de la Ley N° 30036 y los arts. 6 y 7 del Decreto Supremo N° 017-2015.

⁶⁴ Véase el art. 6, inciso 7 del Decreto N° 884.

⁶⁵ Véase el art. 330-C, del proyecto de ley aprobado por Senadores.

⁶⁶ Véase el art. 6, inciso 2) de la Ley N° 1.221.

⁶⁷ Véase el art. 11 del Decreto N° 600.

previsional, prestaciones de ley, seguridad e higiene ocupacional y libertad sindical.

- Costa Rica⁶⁸ agrega además que los empleadores no podrán valerse de la modalidad de teletrabajo como un medio para propiciar tratos discriminatorios hacia las personas trabajadoras.

No obstante lo indicado precedentemente, la igualdad de derechos entre teletrabajadores y trabajadores presenciales no debe entenderse en una faz absoluta y rígida, sino que por el contrario, pueden existir diferencias entre las condiciones de un trabajador presencial y un teletrabajador siempre que estas desigualdades obedezcan a cuestiones netamente objetivas, justificadas y proporcionadas⁶⁹. Por lo que, no deberían de existir impedimentos para los distintos ordenamientos jurídicos para pautar determinadas condiciones laborales aplicables exclusivamente a un solo tipo de modalidad; toda vez que el espíritu de la igualdad de derechos no debe entenderse como una paridad total y equitativa de condiciones, sino que su interpretación debe de hacerse a la luz del principio de no discriminación.

4.5. Jornada de trabajo

Como lo destaca Chaves Pena⁷⁰, en la región existen tres tendencias en relación a la jornada laboral del teletrabajo: **1)** aplicar las normativas de limitación de jornada; **2)** excluir a esta modalidad de las normativas de limitación de jornada; **3)** establecer jornadas flexibles de trabajo.

- Las normativas de Argentina⁷¹, Bolivia⁷², Ecuador⁷³, Panamá⁷⁴ y Perú⁷⁵ se encuentran dentro de la primera tendencia de la región, estando la

⁶⁸ Véase el art. 6, inciso f de la Ley N° 9.738.

⁶⁹ En este sentido, SIERRA BENITEZ, E. M. . Ob. Cit. Pág. 157

⁷⁰ CHAVES PENA, M. N. (2020). Algunos aspectos de la regulación del teletrabajo en América Latina. Tripalium, e-revista. Vol. II, núm. 2- 2020.

⁷¹ Véase el art. 4 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

⁷² Véase el art. 7 del Decreto Supremo N° 4217 y el art. 5, inciso d) de la Resolución Ministerial N° 220/20.

⁷³ Véase el art. 11 del Acuerdo Ministerial N° 2016-190.

⁷⁴ Véanse los arts. 7 y 8 de la Ley N° 126.

⁷⁵ Véase el art. 1, inciso e) y el art. 3 del Decreto Supremo N° 017-2015.

jornada del teletrabajador está sujeta a los límites legales y convencionales de sus ordenamientos, no pudiendo excederlos.

- No obstante, el ordenamiento jurídico de Panamá prevé la posibilidad de que el empleador requiera al teletrabajador la realización de labores dentro de jornadas extraordinarias siempre que estuviera estipulado de forma expresa en el contrato de trabajo individual (ya que esto implica un consentimiento por parte del trabajador). En tales supuestos, el empleador deberá cumplir con ciertas reglas mínimas: **a)** si se exige un traslado del trabajador a una dependencia del empleador, deberá este último propiciarle los medios de transporte o afrontar los gastos que se devenguen por la movilidad del trabajador; y **b)** abonar todas las horas efectivamente laboradas de conformidad con las disposiciones aplicables a los recargos.
- Las normativas de Brasil⁷⁶, Chile⁷⁷ y Colombia⁷⁸ se erigen bajo la alternativa de excluir a los teletrabajadores de las disposiciones de limitación de jornada. No obstante, la solución del ordenamiento jurídico chileno se jacta por ser notoriamente más tenue a las demás, ya que deja librada la potestad de exclusión a la de voluntad de las partes de la relación de trabajo, indicando además que el trabajador quedará afectado a la jornada ordinaria cuando el empleador se encontrare ejerciendo su facultad de control sobre la forma y oportunidad de sus labores.
- Por su parte, la ley colombiana estipula que el Ministerio de Protección Social debe de realizar una vigilancia especial en aras de evitar que los teletrabajadores sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.
- El ordenamiento jurídico de Costa Rica⁷⁹, aunque si bien se ajusta al respeto de los límites máximos de la jornada de trabajo, puede ser incluida dentro de la tercer (minoritaria) tendencia de la región que estipula jornadas flexibles de trabajo para la modalidad de teletrabajo. A tales fines, prevé que los horarios pautados deben ser consensuados y

⁷⁶ Véase el art. 62 de la Ley N° 13.467.

⁷⁷ Véase el art. 152 quáter J de la Ley N° 21.220.

⁷⁸ Véase el art. 6, inciso 1) de la Ley N° 1.221.

⁷⁹ Véase el art. 6, incisos b) y c) de la Ley 9.738.

previamente acordados por las partes, no pudiendo la flexibilidad horaria afectar el normal desarrollo de las actividades y procesos de trabajo bajo ningún supuesto. Asimismo, durante el horario y jornada de trabajo pactados, el teletrabajador deberá obligatoriamente mantenerse a disposición de su empleador, ya que de lo contrario su actitud podrá considerarse como un abandono de trabajo.

- La normativa de El Salvador⁸⁰ en relación a la jornada de trabajo, varía según cual sea la modalidad de teletrabajo utilizada por las partes: **a) en el teletrabajo desconectado**, el trabajador no se encuentra sujeto a una jornada de trabajo determinada, ni a un control específico por parte del empleador, por lo que se encontraría dentro de la tendencia de jornadas de trabajo flexibles; **b) en el teletrabajo conectado**, el trabajador tiene la obligación de mantenerse a disposición durante la jornada de trabajo y en el horario de labores establecido, por ende, estaría sujeto a la limitación de jornadas máximas.
- Pese a que el ordenamiento jurídico de Colombia ha optado por la alternativa de no aplicar las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno al teletrabajo, esta regla encuentra su excepción en aquellos casos en los que la jornada laboral de teletrabajo pueda ser verificada, y el empleador requiera al trabajador mantenerse disponible dentro de una jornada fuera de los límites horarios, o bien le asigna más trabajo de lo habitual. En dicho caso, el empleador tendrá la obligación de abonar las horas extras, dominicales y días festivos⁸¹.
- Además de lo indicado, la reciente ley de Argentina da un especial tratamiento a la situación de aquellos teletrabajadores que acrediten tener a su cargo el cuidado de personas menores de trece años, personas con discapacidad, o adultos mayores que requieran de asistencia, gozando estos trabajadores del derecho a establecer horarios laborales que resulten compatibles con sus tareas de cuidado y/o a interrumpir su jornada para hacerse cargo de las referidas

⁸⁰ Véase el art. 4, apartado II del Decreto N° 600.

⁸¹ Véase el parágrafo del art. 6 de la Ley N° 1.221.

responsabilidades. En el caso en que el empleador lesione alguno de estos derechos, su actitud será presumida como un acto discriminatorio⁸².

Sin perjuicio de que es minoritaria la tendencia regional de excluir del derecho de la limitación de jornada a quienes realicen sus labores bajo la modalidad de teletrabajo, considero pertinente formular unas (someras) consideraciones al respecto. Resulta innegable que el raudo e impetuoso avance de la tecnología durante las últimas décadas no tan solo ha propiciado notorias mutaciones en el mercado de trabajo, sino que también ha desafiado hoscamente a los ordenamientos jurídicos a *aggiornarse* a estos avances, tildando de vetustas e inoperantes a determinadas instituciones clásicas del derecho. Pareciera ser entonces, que la modalidad de teletrabajo encuentra un “escollo” en las normativas que regulan el tiempo de trabajo, al no resultar éstas compatibles con el galopante progreso tecnológico con el quietismo que las normas requieren para su eficacia⁸³.

He aquí (quizás) una de las causas eficientes por las cuales algunos países de la región han optado por no aplicar las disposiciones de jornada de trabajo al teletrabajo: ¿el determinismo tecnológico ha vencido al derecho del trabajo? ¿deben superarse algunos institutos clásicos para permitir un armonioso avance del desarrollo?

En relación a la troncalidad del derecho de la limitación de jornada, Cabanellas históricamente enseñaba:

Por oposición al salario, la jornada de trabajo tiene, dentro del contrato laboral, una importancia que no la supera ninguna de sus otras instituciones; no ya solo por cuanto con ella se determina el rendimiento del trabajador, sino porque, para fijar su limitación, participa una serie de factores de carácter social, fisiológico y económico que atañen en forma directa a la persona del trabajador y al interés superior de la sociedad toda. La

⁸² Véase el art. 6 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

⁸³ En similar sentido, LEDESMA ITURBIDE, D. (2009). La regulación del teletrabajo. Revista de derecho laboral actualidad 2009 - 2. Dirigida por Mario Eduardo Ackerman y Valentín Rubio – 1° ed. – Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.

*trascendencia de la jornada laboral es tan grande, que se la ha calificado de institución jurídica madre dentro del Derecho de Trabajo.*⁸⁴

Además de esto, no debe de obviarse que dentro del derecho a la limitación de jornada se localiza a una de las más añejas reivindicaciones colectivas, la cual ha sido motivo de recepción normativa por OIT en sus Convenios N° 1⁸⁵ y 30⁸⁶, además de estar incluido en su Preámbulo de la Constitución⁸⁷. Así las cosas, la referida tendencia legislativa y su palmaria contradicción con uno de los institutos laborales más fundamentales (por no decir, el más fundamental), denota a todas luces un gravoso incumplimiento de las normas internacionales técnicas más sustanciales y va en contra del régimen tuitivo propio del Derecho del Trabajo, ¿o acaso los trabajadores desean poner su tiempo libre a disposición de sus empleadores? No debe perderse de vista, que aunque el contrato de trabajo encuentre un origen en la libertad misma del trabajador, éste importa un indefectible sometimiento *“en cuanto hace posible el predominio del mayor poder de un hombre sobre otro”*⁸⁸.

Por ende, concuerdo *in totum* con la postura de Rosenbaum Carli en cuanto que la regulación de la jornada de trabajo en la modalidad de teletrabajo, debe corresponderse mínimamente *“con el reconocimiento del derecho a la limitación de la jornada del trabajador”*.⁸⁹

4.6. Capacitación y formación profesional

⁸⁴ CABANELLAS, G. (1968). Compendio de derecho laboral. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Omela Pág. 508.

⁸⁵ De los países cuya normativa se encuentra sujeta a análisis del presente trabajo, lo han ratificado al Convenio: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, y Perú.

⁸⁶ De los países cuya normativa se encuentra sujeta a análisis del presente trabajo, lo han ratificado al Convenio: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, México y Panamá.

⁸⁷ *“(…) Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, (...)”*

⁸⁸ GOLDÍN, A. O. (2017). Configuración teórica del derecho del trabajo. Buenos Aires: Ed. Heliasta. Pág. 19. Citado en: NIETO, J. M. (2020). Derecho a la desconexión: Una nueva prohibición. Ed. Rubinzal – Culzoni Online. Cita: RC D 2852/2020.

⁸⁹ En este sentido, ROSENBAUM CARLI, F. (2020). Proyecto de ley sobre promoción y regulación del teletrabajo en Uruguay. Opinión y crítica sobre el derecho del trabajo.

A sabiendas de que el teletrabajo presenta notorias diferencias con el modelo clásico presentista, la capacitación y la formación profesional asumen aquí un rol primordial, cuyo justificativo no se sustenta exclusivamente en la necesidad del trabajador de desarrollar competencias y habilidades en materia tecnológica, sino que también deben de ajustarse a un modelo cultural laboral disruptivo⁹⁰. Asimismo, la promoción de la formación profesional de quienes empleen la modalidad de teletrabajo, es completamente congruente y compatible con la premisa de garantizar igualdad de oportunidades de desarrollo entre trabajadores⁹¹.

- Argentina⁹², Bolivia⁹³, Costa Rica⁹⁴, El Salvador⁹⁵, Panamá⁹⁶ y Perú⁹⁷ receptan expresamente la obligación de capacitar a los trabajadores sobre la utilización de las herramientas tecnológicas necesarias para teletrabajar.
- El ordenamiento jurídico argentino determina además que la formación profesional no podrá implicar una mayor carga de trabajo. Por lo que puede inferirse entonces, que el empleador deberá brindar las capacitaciones a sus trabajadores únicamente dentro de las jornadas laborales pactadas.
- La normativa de Perú estipula una capacitación que no se limita exclusivamente a los medios de trabajo, sino que se extiende además a la protección de datos personales, propiedad intelectual y seguridad de la información, debiendo la impartirse necesariamente previo a iniciarse la prestación de servicios bajo la modalidad de teletrabajo, y cada vez que el empleador introduzca modificaciones sustanciales en los medios de trabajo.

⁹⁰ OIT. Ob. Cit. Pág. 17.

⁹¹ En este sentido, véase el art. 10 del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (2002).

⁹² Véase el art. 11 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020.

⁹³ Véase el art. 8, punto III del Decreto Supremo N° 4218.

⁹⁴ Véase el art. 8, inciso b) de la Ley N° 9738.

⁹⁵ Véase el art. 8, inciso e) del Decreto N° 600.

⁹⁶ Véase el art. 12 de la Ley N° 126.

⁹⁷ Véase el art. 6, inc. a) del Decreto Supremo N° 017-2015.

- En otro orden de ideas, Costa Rica consigna una conceptualización sobre el “perfil de la persona teletrabajadora”, definiendo a este como un *“conjunto de aptitudes, conocimientos, destrezas y habilidades, que la persona empleadora ha determinado de previo, que debe poseer una persona trabajadora para poder desempeñar sus labores de manera remota”*⁹⁸. Bajo una interpretación estrictamente literal, esta definición deja a entrever un tinte manifiestamente discriminatorio, ya que impide *ab initio* a una persona trabajadora que no cuenta con conocimientos a ejercer sus labores bajo la modalidad de teletrabajo, por no contar con el perfil para ello⁹⁹. En este supuesto no parece presentarse lo que la doctrina denomina como *discriminación positiva funcional*¹⁰⁰, ya que los elementos objetivos considerados por el empleador no tienen como fin apañar una conducta ejemplar de un trabajador, sino que por el contrario, establecerían parámetros restrictivos previos que atenta directamente en contra de los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación.

4.7. Salud y seguridad

Como bien lo advierte Sierra Benítez, la capacitación y la formación profesional revisten de supina importancia en el teletrabajo, no tan solo porque debe limitarse a las peculiaridades técnicas que importa esta modalidad de trabajo (v.gr. uso de dispositivos tecnológicos, conocimiento de los sistemas empleados, etc.), sino que debe abarcar además el derecho de los trabajadores a recibir información adecuada sobre la prevención de todos aquellos riesgos que el teletrabajo trae aparejados en relación a su salud y seguridad (v.gr. ergonomía, riesgos psicosociales, conciliación de tiempos, etc.)¹⁰¹.

⁹⁸ Véase el art. 2, inciso c) del Decreto Ejecutivo N° 42.083.

⁹⁹ La excepción se presentaría, en caso de que la palabra “previo” refiera a una obligación subrepticia del empleador a formar al trabajador antes de asignarle labores bajo la modalidad de teletrabajo. Para el supuesto en que así sea, la manda legal resulta oscura e invita a la confusión.

¹⁰⁰ SAMUEL, M. O. (2012). Discriminación laboral. 1° ed. – Buenos Aires: Astrea. Pág. 215.

¹⁰¹ SIERRA BENITEZ, E. M. . Ob. Cit. Pág. 279 – 280.

Al encontrarse explícitamente receptado en el Pacto Internacional de los derechos económicos sociales y culturales¹⁰², Protocolo de San Salvador¹⁰³, y en los Convenios N° 155¹⁰⁴ 105 y 187¹⁰⁶ de OIT, el derecho a gozar de condiciones dignas, equitativas y satisfactorias de labor se debe de considerar como un derecho humano de carácter fundamental. Va de suyo entonces, que por el mero hecho de trasladar el lugar de trabajo del establecimiento del empleador al domicilio del trabajador (en los supuestos de teletrabajo a domicilio), el empleador se encuentra de ningún modo exento de dar cumplimiento con a su obligación de garantizar las condiciones de salubridad y seguridad al teletrabajador. Pese a esto, no todos los ordenamientos jurídicos de América Latina contienen disposiciones expresas en relación al tópico:

- Los ordenamientos jurídicos de Argentina¹⁰⁷, Chile¹⁰⁸, Colombia¹⁰⁹, Costa Rica¹¹⁰, Ecuador¹¹¹, Panamá¹¹² y Perú¹¹³ coinciden por la incorporación de normas que regulan expresamente sobre la salud y seguridad de los trabajadores.
- En particular, se destaca que la normativa de Ecuador¹¹⁴ impone al empleador la obligación de adoptar medidas en aras de combatir el aislamiento de las personas que ejecutan sus tareas bajo la modalidad de teletrabajo, debiéndole proporcionar a estas la oportunidad de interacción regular con sus pares y de contar con libre acceso a las

¹⁰² Véase el art. 7 del Pacto Internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹⁰³ Véase el art. 7 del Protocolo de San Salvador

¹⁰⁴ Conjuntamente con el Protocolo del año 2002 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, que ha sido ratificado solamente por Argentina y El Salvador.

¹⁰⁵ De los países cuya normativa se encuentra sujeta a análisis del presente trabajo, lo han ratificado al Convenio: Argentina, Brasil, El Salvador y México.

¹⁰⁶ De los países cuya normativa se encuentra sujeta a análisis del presente trabajo, lo han ratificado al Convenio: Argentina y Chile.

¹⁰⁷ Véase el art. 14 de la reciente ley aprobada por la Cámara de Senadores con fecha 30 de Julio de 2020. Además, pese a no ser objeto de análisis del presente, puede consultarse la resolución N° 1552/2012 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo.

¹⁰⁸ Véase el art. 152 quáter M y N de la Ley N° 21.220.

¹⁰⁹ Véanse los arts. 7 y 8 del Decreto N° 884.

¹¹⁰ Véase el art. 8 de la Ley N° 9.738

¹¹¹ Véanse los arts. 8 y 13 del Acuerdo Ministerial N° 2016-190.

¹¹² Véanse los arts. 4, inciso 5), 12 y 14 de la Ley N° 126.

¹¹³ Véase el art. 6, inciso d) del Decreto Supremo N° 017-2015.

¹¹⁴ Véase el art. 8 del Acuerdo Ministerial N° 2016-190.

instalaciones y oficinas de la empresa, en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores.

- Chile¹¹⁵ y Panamá¹¹⁶ por su parte, estipulan que conforme el deber de protección que tiene el empleador sobre la salud y seguridad de sus dependientes, éste se encuentra obligado a informar y capacitar a los trabajadores sobre de todos los riesgos, usos, ergonomía y prevención que se encuentran ínsitos en la modalidad de teletrabajo.

5. Epílogo

El teletrabajo ha surgido como figura estelar durante los períodos de confinamiento al efecto de posibilitar la continuación de la actividad laboral durante la pandemia COVID-19. En este contexto, ciertos países de la región que no contaban con una ley especial para esta modalidad de trabajo, dieron un acelerón legislativo y optaron por dotar de un marco jurídico particular a las relaciones que se erijan bajo la modalidad de teletrabajo.

En términos generales, del análisis comparativo surge que la tendencia legislativa de América Latina no cuenta con notables diferencias en los institutos objetos de regulación. Empero, pueden advertirse palmarias discrepancias en cuanto a la técnica legislativa de determinados tópicos, en especial al respecto de la reversibilidad y la jornada de trabajo.

La experiencia forzada de teletrabajo en la región debería actuar como una especie de puntapié en aras de colocar bajo análisis a todas aquellas nuevas formas de trabajo que resultan facilitadas (o recicladas) por el avance tecnológico, para así poder examinar de forma oportuna la pertinencia (o no) de la creación de un marco jurídico especial a cada supuesto. Y en un mundo tan globalizado como el actual, con el trabajo transnacional como una realidad latente: ¿Por qué no animarse a diseñar regulaciones coordinadas a nivel regional?

¹¹⁵ Véase el art 152 quáter N de la Ley N° 21.220.

¹¹⁶ Véanse los arts. 12 y 14 de la Ley N° 126.

Bibliografía

- ARESE, C. (2014). Derechos Humanos Laborales. Teoría y práctica de un nuevo Derecho del Trabajo. Buenos Aires: Ed. Rubinzal – Culzoni.
- CABANELLAS, G. (1968). Compendio de derecho laboral. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Omela.
- CARBALLO MENA, C. (2020). Teletrabajo subordinado. Caracas. Consultado del original.
- CHAVES PENA, M. (2020). Algunos aspectos de la regulación del teletrabajo en América Latina. Tripalium, e-revista. Vol. II, núm. 2- 2020.
- LEDESMA ITURBIDE, D. (2009). La regulación del teletrabajo. Revista de derecho laboral actualidad 2009 - 2. Dirigida por Mario Eduardo Ackerman y Valentín Rubio – 1º ed. – Santa Fe : Rubinzal – Culzoni. ISBN: 978 – 987 – 30 – 0061 – 4.
- NIETO, J. (2020). Derecho a la desconexión: Una nueva prohibición. Ed. Rubinzal – Culzoni Online. Cita: RC D 2852/2020.
- NILLES, J. (1973). The telecommunications-transportation tradeoff. Options for tomorrow and today. California: Jala International.
- OIT – EUROFOUND (2019). Trabajar en cualquier momento y en cualquier lugar: consecuencias en el ámbito laboral Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT. ISBN: 978-92-2-133533-7.
- OIT (2016). Las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de la tecnología de la información y las comunicaciones (TIC) y financieros. Documento Temático para el Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de servicios de TIC y financieros. (Ginebra, 24-26 de octubre de 2016). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Actividades Sectoriales.
- OIT (2011). Manual de buenas prácticas en teletrabajo. 1ra ed. Buenos Aires: Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina. ISBN: 978-92-2-325464-3.

SAMUEL, M. (2012). Discriminación laboral. 1º ed. – Buenos Aires: Astrea. ISBN 978 – 950- 508 – 990 – 1.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). ¿La hora del teletrabajo? Revista Trabajo y Derecho 66/2020 Junio, N° 66. Editorial Wolters Kluver.

SIERRA BENITEZ, E. (2011). El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. Primera Edición: Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía. I.S.B.N.: 978-84-694-2305-9.

Recursos electrónicos:

ROSENBAUM CARLI, F. (2020). Proyecto de ley sobre promoción y regulación del teletrabajo en Uruguay. Opinión y crítica sobre el derecho del trabajo. Disponible en: <https://federicorosenbaum.blogspot.com/>.

PRIMER CASO JURISPRUDENCIAL DE UBER EN URUGUAY

FIRST JURISPRUDENTIAL CASE OF UBER IN URUGUAY

Bruno SANDE ESCOBAL

Profesor de Estatutos Profesionales, Universidad de la República (Uruguay). Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de la República (Uruguay)

brunoignaciosande@hotmail.com

Fecha de envío: 01/08/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

PRIMER CASO JURISPRUDENCIAL DE UBER EN URUGUAY

Bruno SANDE ESCOBAL

Universidad de la República (Uruguay)

Resumen: En Uruguay el fenómeno del trabajo en plataformas es relativamente reciente. En el caso específico de UBER hasta fines del año 2019, a nivel nacional solo se habían emitido opiniones doctrinarias, no existiendo ningún caso jurisprudencial. El presente estudio versa sobre los primeros fallos jurisprudenciales que analizan la naturaleza del vínculo entre UBER y sus socios conductores o "drivers". Las sentencias determinan que existe una relación de trabajo entre UBER y sus conductores, condenando a la compañía al pago de beneficios laborales.

Palabras clave: Plataformas - Dependencia - Sentencias

Sumario: 1. Introducción. 2. El caso planteado. 3. Primer problema principal: los Tribunales del Estado poseen jurisdicción para juzgar el caso. 3.1. Otro problema procesal: la competencia. 4. Segundo problema principal: la naturaleza del vínculo. 4.1. Problema procesal: la carga de la prueba. 4.2. Problema principal: la discusión sobre la naturaleza del vínculo. 5. Problema secundario: conjunto económico. 6. Problema secundario: beneficios a los que se condena. 7. Problema secundario: condena a futuro. 8. Reflexiones finales.

Abstract: In Uruguay, the phenomenon of platform work is relatively recent. In the specific case of UBER, until the end of 2019, only doctrinal opinions had been omitted at the national level, and there were no jurisprudential cases. This study deals with the first jurisprudential rulings that analyze the nature of the relationship between UBER and its driving partners or "drivers". The sentences

determine that there is an employment relationship between UBER and its drivers, sentencing the company to the payment of labor benefits.

Key words: Platforms - Dependency - Case-law

Summary: 1. Introduction. 2. The case raised. 3. First main problem: the State Courts have jurisdiction to judge the case. 3.1. Another procedural problem: judicial jurisdiction. 4. Second main problem: the nature of the relationship. 4.1. Procedural problem: the burden of proof. 4.2. Main problem: the discussion about the nature of the relationship. 5. Secondary problem: economic set. 6. Secondary problem: benefits to which it is condemned. 7. Secondary problem: future sentence. 8. Final thoughts.

1. Introducción

LORD WEDDERBURN decía que la relación de trabajo se puede comparar con un elefante, porque cada observador considera esencial un rasgo distinto del mismo: la trompa, las patas, la altura, sin embargo nadie tiene dificultad de distinguir un elefante de un rinoceronte¹. La cita es muy descriptiva en torno a unas de las cuestiones más debatidas y complejas que ha tenido que enfrentar el Derecho del Trabajo, que es la determinación de la existencia o no de una relación laboral y el alcance de sus normas protectoras².

Ahora bien, en el caso de los socios conductores de UBER o “*drivers*”, la determinación de si nos encontramos ante trabajadores dependientes, y en consecuencia si son aplicables las normas tuitivas del Derecho del Trabajo, ha atravesado por grandes dificultades desde la aparición de la empresa y en las distintas partes del mundo en la que la misma ha desembarcado. Algunas de esas dificultades son originadas en la propia complejidad jurídica que puede caber al tema de la calificación del vínculo entre UBER y el conductor –lo cual es innegable-, y otras por la acérrima defensa que ha hecho la compañía en el mundo – no siendo Uruguay la excepción– sobre la existencia de una relación de tipo comercial entre UBER y sus socios conductores.

En efecto, UBER bajo el slogan de la economía colaborativa ha negado contumazmente que los “*drivers*” sean empleados, así como también ha negado que sea una compañía de transporte, intentando siempre ubicarse por fuera del contrato de transporte entre el socio conductor y el pasajero.

En Uruguay la temática del trabajo en plataformas y en específico la naturaleza del vínculo entre UBER y sus “*drivers*”, fue abordado en un primer

¹ DAÜBLER, Wolfgang; “Derecho del Trabajo”, traducción española, MTSS, Madrid, 1994, pág. 539.

² SANDE ESCOBAL Bruno; “Plataformas y Relación de Trabajo. Análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo Uruguayo” en XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, FCU, 2019, pág. 48

momento por la doctrina, con trabajos de tipo descriptivos, en los cuales se señalan los indicios y contraindicios de laboralidad. Empero, en muchas ocasiones no existió una emisión de opinión sobre la naturaleza del vínculo. A ello se sumó la circunstancia de que los principales catedráticos del Derecho del Trabajo uruguayo, en consultas solicitadas por UBER, emitieron opinión en contra de la laboralidad del vínculo entre el “*driver*” y UBER³.

A nivel jurisprudencial no habían existido sentencias hasta el pasado 11 de noviembre de 2019, fecha en la que el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de la Capital de 6° Turno dictó la sentencia N° 77 del 2019, declarando la existencia de una relación de trabajo entre UBER y uno de sus socios conductores. Dicho fallo fue confirmado en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, en sentencia del 3 de junio de 2020, que vuelve a confirmar la naturaleza laboral del vínculo⁴.

La sentencia de segunda instancia premencionada no admite recurso alguno, por lo que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

El objetivo del presente trabajo es justamente el análisis de ambos fallos, estableciéndose, asimismo, su alcance.

Liminarmente cabe indicar que las sentencias se abocan a dos problemas principales, uno de orden procesal y otro de orden sustancial. El primero refiere a si los Tribunales del Estado – el Poder Judicial – poseen jurisdicción para intervenir en el asunto, o si, por el contrario, a raíz de la cláusula arbitral que los socios conductores pactan con UBER, dichos tribunales carecen de jurisdicción, debiéndose dirimir la controversia ante un Tribunal arbitral. El segundo, obviamente se refiere a la naturaleza del vínculo entre la plataforma y el prestador del servicio.

³ Consultas que UBER utilizó en juicio cuyas sentencias de primera y segunda instancia se comentan.

⁴ Cabe indicar que en Uruguay la justicia laboral de primera instancia es especializada fundamentalmente en la Capital (Montevideo), siendo excepcional la existencia de juzgados especializados en el interior del país. A nivel de segunda instancia existen Tribunales de Apelaciones con competencia exclusiva en materia laboral. En el caso planteado el proceso se inició en Montevideo en un juzgado especializado en materia laboral, y en segunda instancia también entendió un Tribunal especializado. Finalmente atendiendo a que existieron dos sentencias confirmatorias, y al monto del asunto, la sentencia de segunda instancia no era pasible de recurso de casación, en el cual entendería la Suprema Corte de Justicia.

Desde ya se adelanta que ambas sentencias coinciden en el tema. Así determinan que el proceso arbitral no es aplicable ante conflictos individuales del trabajo, y además que los socios conductores son trabajadores dependientes de UBER.

Por otra parte, las sentencias abordan temas que podríamos llamar secundarios, que se relacionan con la existencia de conjunto económico entre los demandados, los beneficios laborales que le corresponderían a un “driver” y la posibilidad de condena a futuro, obligando a UBER a abonar ciertos beneficios laborales al actor hasta tanto se mantenga incambiado el relacionamiento entre las partes.

2. El caso planteado

El caso que se puso a decisión de los tribunales uruguayos, compartió en términos generales las características y argumentaciones que se han visto en otras latitudes.

En concreto, un socio conductor de UBER compareció ante el Poder Judicial, promoviendo demanda laboral por licencia, salario vacacional, aguinaldo, beneficios de Consejos de Salarios, actualización, multa y daños y perjuicios, así como condena a futuro, contra Uber B.V. (sociedad de responsabilidad limitada constituida en los Países Bajos, registrada en la Cámara de Comercio de Ámsterdam) y Uber Technologies Uruguay S.A. (sociedad anónima constituida en Uruguay).

Manifiesta el demandante que entre UBER y su persona existió un vínculo de trabajo subordinado, recurriendo a la Recomendación N°198 de la OIT, y además a los que se denominan nuevos indicios de laboralidad, como la ajenidad de la marca.

Expresa que Uber B.V. es la empresa para la cual el actor presta su tarea, con la que suscribió el contrato para brindar la labor de chofer, siendo además esa empresa la que cobra a los clientes y la que le abona su remuneración. Por tanto reviste la calidad de empleador directo. Por su parte, manifiesta que UBER Technologies Uruguay S.A. es una sociedad anónima

uruguaya cuyo objeto es “a) *Proporcionar servicios de transporte y soporte respecto a la promoción de marketing de software, tecnología y servicios relacionados proporcionado por otras compañías filiales; b) Apoyar a otras compañías filiales en la satisfacción de la demanda de servicios solicitada a través de dispositivos móviles y a través de la web*” de acuerdo a la publicación del Diario Oficial. Manifiesta, asimismo, que dichas empresas constituyen un conjunto económico o grupo de empresas y por ende ambas son las empleadoras del demandante y solidariamente responsables en el pago de los conceptos reclamados.

Por su parte UBER repelió la pretensión. Primero opuso excepción de falta de jurisdicción⁵, fundándose para ello, en que la justicia ordinaria no es competente para resolver el reclamo, en la medida que el actor y UBER acordaron expresamente que cualquier diferendo se resolvería mediante arbitraje en Ámsterdam, Holanda, lo que emerge del acuerdo comercial que suscribieron denominado “*Contrato de Servicios*”.

Obviamente que también se alega que no existió entre las partes un vínculo de trabajo subordinado, señalándose que el vínculo del promotor con UBER es de carácter estrictamente comercial de acuerdo a los “*Términos y Condiciones*” del contrato.

Además, la compañía insiste con la argumentación que se ha visto en otras jurisdicciones, en cuanto a que UBER es una empresa de tecnología y no de transporte, y en consecuencia el demandante no le presta un servicio, siendo además él quien libremente decide utilizar la plataforma informática que le ofrece UBER (“Uber app”) cuando así lo desee.

Finalmente agrega que Uber Tech no posee legitimación pasiva, ya que se trata de una sociedad uruguaya que celebró un contrato comercial con UBER, por el que le presta servicios de soporte, sobre todo en relación con promocionar la *app* en el Uruguay.

⁵ En el proceso laboral uruguayo las excepciones son cuestiones formales que se resuelven en la sentencia definitiva, pero previo al análisis del fondo del asunto.

3. Primer problema principal: los Tribunales del Estado poseen jurisdicción para juzgar el caso

Como se adelantara, un socio conductor de UBER, entabló una demanda laboral ante un Juzgado de Trabajo perteneciente al Poder Judicial. Es decir que interpuso una demanda laboral ante los juzgados del Estado.

UBER entendió que el Poder Judicial carece de jurisdicción para entender en el asunto. Es decir, que para UBER, el Poder Judicial, los Tribunales del Estado Uruguayo no se encontraban habilitados para juzgar el caso. Ello, según la compañía obedeció a que el actor y UBER acordaron una cláusula arbitral, por la cual pactaron expresamente que cualquier diferendo se resolvería mediante arbitraje en Ámsterdam, Holanda.

Ahora bien, tanto en primera como en segunda instancia se rechazó la falta de jurisdicción argüida por UBER, por entender los jueces intervinientes que el arbitraje no es un mecanismo válido o admitido por el Derecho del Trabajo uruguayo a efectos de resolver un conflicto individual de trabajo.

En tal sentido la sentencia de primera instancia juzga que la Justicia Laboral, en principio, es competente para conocer en los asuntos donde se discute la relación laboral, ya que estaríamos igualmente ante un conflicto individual de trabajo, lo que en Uruguay enmarca la materia laboral.

Agrega la sentencia de primera instancia, citando jurisprudencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, que en el ordenamiento nacional el acceso a la justicia del Estado constituye un derecho humano fundamental, que la garantía constitucional de protección del sujeto que presta el trabajo no excluye la actuación de éste en situación de conflicto y que la jurisdicción, la competencia, el orden y las formalidades de los juicios son de reserva legal por mandato constitucional.

Ahora bien, entiende la sentenciante de primer grado, que a razón que en el Uruguay existe un proceso laboral autónomo regido por la Ley N° 18.572, ese proceso desplazó al derecho procesal común representado por

el Código General del Proceso, y: *“Así hoy por hoy, los tribunales de la jurisdicción laboral, vale decir los que tengan competencia en materia laboral, serán los que habrán de entender en los conflictos individuales de trabajo conforme lo dispone el art. 2 de la ley 18.572”*.

Ahora bien, la interrogante que se plantea es si a pesar de lo sostenido en la ley del proceso laboral autónomo, las partes en materia laboral pueden pactar una cláusula arbitral y que, en consecuencia su disputa sea decidida por un tribunal arbitral.

La magistrada de primer grado contesta negativamente a esta posibilidad. Primero, por cuanto el texto constitucional uruguayo prevé mecanismos alternativos de solución de conflictos laborales, pero los limita a los conflictos colectivos de trabajo lo que habilita a deducir que el constituyente no los entendió aptos para la solución de los conflictos individuales.

En segundo lugar, por cuanto el carácter imperativo de la Ley N° 18.572, habilita concluir que el procedimiento arbitral se encuentra excluido como mecanismo de solución de los conflictos individuales de trabajo en el sistema laboral procesal autónomo. Así se manifiesta: *“Los procesos y reglas de procedimiento previstas por la ley 18.572 y su modificativa, no dejan espacio para la libertad de las partes a los efectos de convenir el procedimiento conforme surge de su constante tenor imperativo”*.

A su vez, más allá que la magistrada de primera instancia llega a concluir que el arbitraje no está habilitado en materia laboral, atendiendo a la interpretación textual y contextual de la Ley N° 18.572, se cuestiona a qué conclusión se llegaría, si se determinara que en el caso existe un vacío legal en la norma procesal laboral (Ley N° 18.572), y que ese vacío sea integrado por la norma procesal general (Código General del Proceso) que habilita en términos generales al arbitraje. En el punto entiende la magistrada que la integración de la norma general procesal al proceso laboral, no sortearía el examen de compatibilidad con los principios procesales y sustantivos del Derecho del Trabajo, lo cual es una condición normativa a efectos de que se pueda realizar la referida integración.

Finalmente se agrega que no puede dejar de indicarse que a pesar de que la Recomendación N° 92 de la OIT admite el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos individuales de trabajo, la regla cede ante la existencia de una norma interna más favorable, representada por el derecho interno que garantiza la jurisdicción del Estado.

Por su parte la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente el punto, expresando que: *“En Uruguay la exclusión del derecho a la justicia del Estado - en tanto derecho humano - podría verse legitimada únicamente por disposición de la ley. De allí que corresponda indagar si efectivamente se releva ley en tal sentido.”* y que: *“En la medida que el Derecho del Trabajo constituye una disciplina jurídica autónoma, la ley eventualmente aplicable sería la ley especial priorizando sobre la ley general.”*. Para el Tribunal la ley procesal laboral no permite la exclusión del derecho a la justicia del Estado; por el contrario es clara en cuanto a que en materia laboral la jurisdicción es exclusiva de los Juzgados Laborales.

Así expresa el Tribunal:

La jurisdicción para resolver conflicto de materia laboral ha sido resuelta de manera excluyente en favor de la justicia del Estado y mediante las estructuras procesales previstas por la ley 18.572 o por las especiales de la materia (art. 2 ley 17.940, art. 12 ley 18.561, art. 20 ley 19.846), de allí que la inexistencia de previsión del arbitraje, no constituye una laguna sino que responde a una decisión expresa del ordenamiento jurídico especial nacional.

Asimismo el Tribunal de Apelaciones maneja dos argumentos que se entiende importante destacar.

El primero, que atendiendo a la realidad nacional, no es posible que se respeten los principios laborales procesales sometiendo las causas laborales a arbitraje, ya que ello *“...solo sería posible si se garantizara un sistema de arbitraje con un procedimiento sencillo, adecuado, eficaz y gratuito. Lo que hoy por hoy, claramente no existe”*. Desde nuestra perspectiva, si bien el argumento es práctico tiene impacto en la decisión

jurídica, ya que aceptar el arbitraje en materia laboral, podría repercutir en una denegación de justicia, lo que obviamente debe ponderar el pretor.

El segundo, que la parte actora plantea que le fue impuesto el contrato y en consecuencia la cláusula arbitral, careciendo de posibilidades reales de negociación, lo cual para el tribunal resultó acreditado. Así expresa que:

No puede admitirse la renuncia a la jurisdicción de los órganos de justicia del Estado cuando como en el caso la adhesión a la cláusula arbitral ha sido adoptada por quien estaba en situación de buscar trabajo en una comunidad en la que el trabajo es un bien escaso. Por ende, estando lo que normalmente acontece, interpretando la plataforma fáctica se infiere en grado de muy alta probabilidad que el actor en condiciones de restricción de su libertad-autodeterminación, se sometió a la aceptación del arbitraje compelido por la necesidad de trabajar. Esta es la única razón que puede atribuirse a que el demandante que iba a trabajar en Uruguay, aceptara que el lugar de celebración del arbitraje sea en Amsterdam, Países Bajos.

El argumento resulta trascendente, coincidiendo con el Tribunal en cuanto que que nos encontramos en presencia de un contrato de adhesión, con una cláusula arbitral que afecta derechos humanos fundamentales como el del acceso a la justicia. Ello, sin embargo, debió tener la consecuencia de la nulidad de la cláusula, la que no fue declarada por el Tribunal.

Cabe indicar que la sentencia de segunda instancia tuvo una Ministra disconforme, quien entiende que el arbitraje sí es aplicable a los conflictos individuales de trabajo, y que es válida la cláusula arbitral pactada por las partes.

3.1. Otro problema procesal: la competencia

UBER, asimismo, interpuso una excepción de incompetencia, entendiendo que el proceso se debía llevar a cabo en Holanda y bajo la ley de ese país. Tanto en primera, como en segunda instancia se entendió que el contrato que unió a UBER con el socio conductor se ejecutó en Uruguay, y que conforme al Derecho Privado Internacional, en los contratos de

servicios como el presente, el punto de conexión es el “*lugar de cumplimiento*”, y ese no puede ser otro que el lugar donde se ejecuta el contrato, es decir, Uruguay. Por lo tanto, se llega a la conclusión que son competentes los juzgados laborales nacionales y el Derecho que se debe aplicar es el uruguayo.

4. Segundo problema principal: la naturaleza del vínculo

El segundo problema principal que se discutió en el proceso judicial obedeció a la naturaleza del vínculo entre el socio conductor y UBER.

En el punto ambas sentencias coinciden en la existencia de una relación de trabajo. A efectos de llegar a esa conclusión también ambos fallos acudieron a la Recomendación N° 198 de la OIT, considerándola un instrumento normativo válido, y analizaron si se presentan los elementos que dicha Recomendación utiliza como indicadores de la existencia de una relación de trabajo.

No obstante, antes de comenzar el análisis de la naturaleza del vínculo, nos resulta trascendente señalar cómo los jueces intervinientes manejaron la carga de la prueba de la relación de trabajo.

4.1. Problema procesal: la carga de la prueba.

Analizadas las sentencias surge una diferencia entre lo sostenido en primera y segunda instancia, respecto a la carga de la prueba de la relación de trabajo.

La sentenciante de primera instancia partió de la tesis tradicional en la doctrina y jurisprudencia uruguaya, que entiende que no se presume la subordinación y por ende tampoco se presume que quien presta trabajo para otro se considere trabajador subordinado. No obstante, analizando la probanza allegada a la causa, la magistrada determinó que el actor había logrado acreditar la relación de trabajo invocada.

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, sostuvo sin embargo una tesis distinta, que ya ha planteado en otras oportunidades, en las que se discutió la existencia de relación laboral, pero que hasta el momento no ha sido replicada por otros Tribunales de Apelaciones, ni por la Suprema Corte de Justicia.

Así, en segunda instancia se sostuvo:

Frente a la colisión de principios constitucionales señalada – protección del trabajo humano y su concreción legislativa a través de un sistema garantista en la relación de dependencia y, libertad para comprometer trabajo humano fuera de la relación de dependencia –, corresponde a quien repele la pretensión, argumentar y probar hechos que, logren justificar, racionalmente, que un sujeto que compromete su fuerza de trabajo para el beneficio principal de otro, hubiera elegido, o por lo menos tolerado, verse marginado de la especial protección. Esto es el beneficio concreto u otras razones que puedan explicarlo. Ello por cuanto, responde a lo que normalmente acontece que una persona se automargine de un estatus protector solamente si la anima una explicación razonable que lo justifique, por ejemplo la posibilidad de obtención de otras ventajas.

Quiere decir que para el Tribunal de Apelaciones, UBER debía acreditar las razones por las cuales el actor se automarginó de un *status* protector. Es decir, acreditar las razones por las que el actor no decidió ser un trabajador dependiente.

Ahora bien, como ya tuvo oportunidad de sostener este autor respecto a la referida posición del Tribunal, si bien puede ser útil para aquellos trabajadores de plataformas que se consideren subordinados e intenten plantear un litigio, se entiende que la misma no es correcta jurídicamente, ya que no sortea la valla del art. 139 del C.G.P., que indica que las partes deben comprobar los hechos que invocan, además de carecer de cierta lógica porque obliga a probar un hecho imposible, que es básicamente el sentimiento de una persona⁶.

⁶ Sande Escobal Bruno; ob. cit., pág. 59.

4.2. Problema principal: la discusión sobre la naturaleza del vínculo

Luego de resueltos los problemas procesales señalados, las sentencias se avocan a estudiar la naturaleza del vínculo entre el socio conductor demandante y UBER.

La sentencia de primera instancia comienza analizando el concepto clásico de subordinación a efectos de definir si nos encontramos frente a un trabajador dependiente, haciendo sin embargo mención expresa al elemento de la inserción del trabajador en la organización de la empresa. Asimismo, resalta la importancia de la Recomendación N° 198 de la OIT como “...una herramienta de interpretación para determinar la posición de cada sujeto en la relación debatida”.

En consecuencia, el enfoque que da la magistrada de primera instancia es el tradicional en la jurisprudencia uruguaya. Así, determina que para que se presente una relación de trabajo debe existir subordinación; agrega que la carga de la prueba corresponde al actor, es decir quien invoca la relación de trabajo, y analiza si con las probanzas allegadas a las actuaciones se presentan los elementos indicadores de la relación de trabajo, señalados en Recomendación N° 198 de la OIT. No obstante, sí es necesario reconocerle a la sentencia una apertura a la hora de valorar los elementos que determinan la existencia de una relación de trabajo, y la revaloración del concepto de subordinación, que se acompasa con las nuevas formas de dirección y control del modelo de negocios planteado por UBER.

Así para la magistrada de primera instancia:

- Las tareas llevadas a cabo por la accionante encartan holgadamente en el giro o estructura de los cometidos de la demandada, por lo que el actor se encontraba inserto en la organización de UBER, presentándose ese elemento de laboralidad recogido en la Recomendación N° 198 de la OIT. Ello supone que, para la magistrada, UBER es una compañía de transporte. En el punto es interesante la expresión de la sentenciante que refiere: “...a una nueva modalidad de subordinación, prioritariamente caracterizada por la

inserción de quien presta trabajo en la estructura de la empresa”. Para la sentenciante la inserción de quien presta trabajo en la estructura de una empresa, da cuenta de la existencia de subordinación. No obstante, se entiende que debería pensarse a la inserción en la organización de la empresa como un elemento distinto a la subordinación y no como un indicio de ésta.

- UBER ejerce el poder de dirección sobre los socios conductores impartiendo órdenes o directivas, ya sea mediante el envío de correos electrónicos o instrucciones de como cumplir el servicio o protocolos acerca del trato a brindar a clientes, condiciones de higiene que debe tener el vehículo y sugerencias para hacer más ameno el viaje.

- UBER premia o sanciona al empleado, por ejemplo bloqueando la aplicación si existe una inconducta del conductor, lo que es típico de un empleador.

- No existe una total libertad de aceptar o no los viajes, ya que UBER premia con las tarifas dinámicas a aquellos choferes que tienen mayor aceptación de viajes.

- UBER organiza el trabajo, establece tarifas dinámicas e incentiva a los conductores a tener un mejor salario, dándoles incentivos propios de una relación de trabajo dependiente.

- El socio conductor es el que ejecuta el servicio que ofrece la empresa que actúa bajo la marca registrada “UBER”.

- Cuando UBER bloquea o suspende la cuenta al socio conductor, lo hace en ejercicio del poder disciplinario, ante alguna inconducta del empleado.

- El actor realiza el trabajo en forma personal y recibe periódicamente por ello una remuneración.

- Finalmente citando a este autor manifiesta que:

La actividad principal de UBER es el transporte. No se trata entonces exclusivamente de una compañía tecnológica que desarrolla un software y vincula a terceros ajenos a su estructura. Sin el servicio de transporte UBER no existiría, lo que da cuenta de la indispensabilidad de ese servicio para la

empresa y que es esa su verdadera actividad. UBER sin conductores no sería una actividad factible. Además, los ingresos de UBER no dependen exclusivamente de la entrega de su software, sino básicamente de los viajes que realizan sus conductores. Por lo tanto, en los términos de la Recomendación No. 198 de la OIT los conductores se encuentran integrados en la organización de la empresa, presentándose así un primer indicio de laboralidad. La Recomendación No. 198 de la OIT, marca ciertos indicios sobre la existencia de una relación laboral, que entendemos se presentan en el caso analizado. Así como se dijera, existe una integración del trabajador a la organización de la empresa; además el trabajo se realiza según instrucciones y bajo el control de UBER, a su vez el trabajo es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; y el trabajo presenta cierta duración y continuidad. Asimismo, a esto se le debe agregar la dependencia económica de los conductores, siendo que habitualmente representa su fuente principal de ingresos.

En definitiva, la magistrada acudiendo al principio de primacía de la realidad, y las probanzas allegadas a las actuaciones determina que existe una relación de trabajo dependiente entre el socio conductor y UBER, estableciéndose que se presentan la mayoría de los elementos que marca la Recomendación N° 198 de la OIT.

Cabe indicar como crítica a la sentencia, que no existe un análisis de los contraindicios de subordinación. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico eso no puede afectar la validez de la sentencia, la que se presenta como suficiente y correctamente fundada.

Por su parte, la sentencia de segunda instancia confirma la de primera en cuanto a la existencia de relación de trabajo.

La plataforma fáctica que da por probada el Tribunal de Apelaciones es la siguiente:

- El actor firmó un contrato confeccionado enteramente por UBER careciendo de toda posibilidad de negociación o incidencia en la determinación de sus cláusulas y condiciones.

- Mediante el contrato el actor obtuvo la posibilidad de realizar traslado de personas que demandan la prestación del servicio a través de la tecnología – el “driver App”- que proporciona UBER B.V. que le permite localizar al pasajero, recibir el pedido y ejecutarlo, teniendo en cuenta las actualizaciones o modificaciones realizadas por UBER a su discreción de cuando en cuando.

- Para utilizar esta tecnología UBER le proporcionó al actor un “ID del conductor”, lo que significa la clave de identificación y contraseña asignada.

- El usuario del servicio de transporte debe notificar inmediatamente a UBER de cualquier incumplimiento o sospecha de incumplimiento o uso o revelación de una ID del conductor o de la Driver App.

- UBER es quien distribuye los viajes a realizar por los conductores y lo hace teniendo en cuenta criterios y parámetros respecto de los que los conductores no tienen ninguna intervención.

- Si la “driver app” está activada por el actor, lo pone en contacto con un usuario que esté en lugar cercano y si él acepta la petición del servicio, Uber le proporciona determinada información del usuario para que pueda recogerlo y trasladarlo.

- En caso de que el usuario no estuviera en el lugar, UBER le recomienda al conductor que permanezca diez minutos en el lugar aguardándolo.

- El conductor puede conocer el destino a través de la consulta a la “driver app” o directamente del usuario cuando toma contacto con él.

- UBER informa al usuario el nombre del conductor, el teléfono, fotografía, ubicación y la marca y número de matrícula del vehículo.

- El usuario abona el servicio directamente a UBER que le expide un recibo.

- El conductor no puede contactarse directamente con los usuarios.

- El conductor debe poner un vehículo a disposición para realizar el traslado de pasajeros, debiendo asumir todos los gastos. A su vez, debe registrar el vehículo, ser su propietario o arrendatario o estar bajo otro modo

de posesión, y mantenerlo en buen estado de funcionamiento y limpieza. Asimismo, el conductor posee la posibilidad de registrar más de un vehículo.

- El actor registró dos vehículos y otros choferes registraron uno de esos automóviles, conociendo UBER esa situación.

- El actor debía asumir los gastos del dispositivo a utilizar para las comunicaciones.

- El conductor debe transportar a los usuarios directamente a los destinos especificados no pudiendo realizar interrupciones ni paradas no autorizadas por UBER.

- El actor puede aceptar o rechazar una petición de servicios de transporte, con sujeción a las políticas de cancelación vigentes de UBER.

- El accionante tiene prohibido mostrar el nombre, logotipos o colores de UBER, ni llevar uniforme ni ninguna otra prenda que los exhiba.

- UBER tiene el poder de desactivar o restringir el acceso o uso a la “driver app”, a su exclusiva discreción en caso de incumplimiento del contrato o de cualquier motivo a su única y razonable discreción.

- UBER solía otorgar un premio a los choferes que devolvieran objetos olvidados en el vehículo.

- UBER elabora un perfil del chofer a partir de las calificaciones realizadas por los usuarios del servicio de transporte.

- El conductor debe mantener una calificación promedio mínima establecida por UBER que puede ser actualizada por éste a su entera discreción. Si el conductor se encuentra en una calificación por debajo de ese mínimo, UBER lo informa, y puede darle a su entera discreción, un plazo límite para aumentarla y si no lo logra, también puede desactivarle el acceso a la “driver app”.

- El chofer no puede realizar viajes durante ocho horas consecutivas o doce horas repartidas por día y si lo hace UBER tiene el poder de desactivarle la “driver app”.

- UBER tiene derecho a utilizar, compartir y exhibir las calificaciones y comentarios que los usuarios realizaran del actor.

- La obligación asumida por el conductor tiene como contrapartida el derecho al cobro de una tarifa calculada según parámetros dispuestos unilateralmente por UBER, que puede modificar a su entera discreción.

- UBER determina la tarifa del conductor, caso a caso, partiendo de una tarifa base, más la distancia recorrida (según lo determine UBER) y los importes por tiempo.

- UBER tiene derecho a modificar el cálculo de la tarifa en cualquier momento a su propia discreción basándose en factores de mercado local, lo notifica al conductor, y el uso continuado de la tecnología determina su aceptación.

- UBER tiene el derecho de ajustar la tarifa que percibe el conductor considerando caso a caso la prestación del servicio de transporte teniendo en cuenta determinados parámetros como por ejemplo haber optado por una ruta no eficiente, no haber finalizado el servicio de transporte, o una falla técnica en la “driver app”.

- El chofer toma el viaje sin saber con exactitud el beneficio económico que obtendrá.

- El chofer no tiene la posibilidad real de negociar una tarifa distinta con el usuario.

- UBER liquida la tarifa que beneficiará al conductor luego de descontar los impuestos.

- UBER debe abonar las tarifas al actor en forma semanal.

- El usuario del servicio paga directamente a UBER.

- UBER realizaba “sesiones informativas” sobre las condiciones y reglamentaciones de la tarea, enviaba guías “on line” y comunicados, y capacita al inicio y durante la ejecución del vínculo para estimular a los choferes a ser un conductor cinco estrellas.

Luego de definir la plataforma fáctica probada, el Tribunal de apelaciones analiza el marco teórico normativo aplicable para la interpretación de los hechos probados. En tal sentido manifiesta: *“La Sala comparte con la sentencia de primera instancia que, en el presente y al tiempo de ocurrencia de los hechos de autos corresponde considerar la*

Recomendación n. 198 de OIT como el marco teórico aplicable en Uruguay cuando existe controversia en la calificación de una relación jurídica que compromete trabajo.”

Agregando que si bien la Recomendación N° 198 de la OIT: *“...considera la subordinación, la desfocaliza como el aspecto principal y excluyente en la solución del conflicto, y lo focaliza en un elenco mucho más abierto que de todos modos lo incluye. Pero en pie de igualdad en cuanto a su trascendencia. Por lo que admite la relación de trabajo aún sin la subordinación en su concepto clásico, si se detectan uno o varios de los restantes indicadores”.*

Concluye que: *“...para la Recomendación n. 198 de OIT, la calificación del vínculo jurídico cuando una de las alternativas es irrogarle la naturaleza de relación de trabajo, debe hacerse atendiendo los siguientes lineamientos: los hechos de la etapa de ejecución del trabajo, hallando entre ellos uno o varios de los indicadores mencionados y prescindiendo de la calificación jurídica y de cualquier otro elemento consignado en el contrato que pudiera interpretarse en contra de la configuración de una relación de trabajo”.*

Se entiende que es correcto lo señalado por el Tribunal en cuanto a que el marco teórico normativo está dado por la Recomendación N° 198 de la OIT, que refleja la conciencia jurídica universal, y que en el derecho patrio ingresa mediante lo dispuesto por el art. 332 de la Constitución de la Republica.

En el punto debe señalarse que desde nuestra perspectiva, también acierta el Tribunal cuando entiende que las consultas de los catedráticos agregadas al proceso deben evaluarse como informe de partes, en definitiva como un acto de alegación. Sin perjuicio del enorme prestigio de los catedráticos intervinientes, no dejan de ser actos de alegación de UBER, que los contrató a efectos de que desarrollaran un informe, el cual presentó porque le era conveniente a los intereses de la empresa. El hecho que UBER haya contratado a los catedráticos, es clave para que esos informes no puedan valorarse como pericia, por cuanto carecen de la imparcialidad que

debe poseer esa prueba. Tampoco podría considerarse que en el estado actual de la discusión sobre la naturaleza del vínculo sean considerados doctrina más recibida.

Luego de definida la aplicación de la Recomendación N° 198 de la OIT, el Tribunal se adentra a la apreciación de la plataforma fáctica ya definida a la luz de la referida Recomendación.

Dentro de los indicadores coincidentes entre el caso en examen y la Recomendación N° 198 de OIT el Tribunal señala los siguientes:

- UBER se benefició principalmente con el trabajo prestado por el actor. Entiende el tribunal que: *“Indudablemente las dos partes obtienen un beneficio – si así no fuera, alguna dejaría de participar en el negocio- pero al no saberse cuál es el resultado concreto de cada viaje (o de cada ejercicio) – porque UBER no trajo esta información al proceso- corresponde aplicarle la regla de la distribución de la carga de la prueba y en consecuencia dar por ciertos que fue la parte que obtuvo el beneficio principal”*. Agregando que: *“Lo importante de este indicador radica en la ampliación del concepto de beneficiario que instala la Recomendación respecto del clásico y que tiene implícita la posibilidad de que quien trabaja se haga cargo en forma no principal de parte de los costos”*.

En el punto se entiende que el Tribunal acierta. La recta interpretación de la Recomendación N° 198 de la OIT determina que la circunstancia de que existan costos asumidos por el trabajador, si no son los principales, no descarta la existencia de relación de trabajo. En el caso de UBER, los costos que asume la compañía son infinitamente mayores que los que asumen sus conductores, no pareciendo razonable que los mismos sean socios de la compañía.

- El actor se integró a la organización de UBER.

En el punto el Tribunal le resta incidencia a la discusión acerca de si UBER es una empresa de transporte o una empresa de tecnología, por cuanto: *“...para determinar si la relación entre las partes califica como relación de trabajo o como contrato comercial, no interesa cómo UBER se presenta públicamente ni como se autocalifica en el contrato. Este aspecto*

podría gravitar luego de haberse concluido en la calificación como relación de trabajo para poder conocer el salario y las condiciones de trabajo del actor”

En el punto se entiende que erra el Tribunal, por cuanto si UBER no brindara el servicio de transporte, y no fuera una empresa de transporte, difícilmente se podría decir que sus socios conductores integran su organización. Si UBER fuera solo una compañía tecnológica sus socios conductores no realizarían una actividad que integrara la organización de UBER. En tal caso, podría pensarse que UBER igualmente se aprovecha de trabajo humano, y de ahí intentar ahondar en la existencia de una relación de trabajo. Empero, por una cuestión de principios lógicos, no puede decirse que un trabajador se integre en la organización de una empresa cuando ese trabajador no realiza ninguna tarea de las desarrolladas por la empresa.

Pero además, el Tribunal expresa: *“Independientemente de que UBER toma a su cargo la tecnología, la gobierna para organizar el transporte de pasajeros, dejando para el conductor únicamente, la ejecución del traslado de los pasajeros.”* Ello da cuenta que para el Tribunal el conductor integra la organización de la empresa porque UBER realiza transporte, porque el conductor *“ejecuta”* una parte de la actividad de UBER que *“organiza transporte”*.

En definitiva, si bien se entiende con el Tribunal que los conductores de UBER se insertan en la organización de su empresa, el argumento utilizado por el Tribunal se presenta como contradictorio y confuso.

- El “driver” realiza el trabajo según instrucciones o bajo el control de UBER.

Para el Tribunal el actor:

Ejecuta los traslados conforme las instrucciones que surgen del contrato. Traslada al pasajero que UBER le atribuye, no conoce ni al usuario ni sus datos hasta que UBER se los comunica, no puede contactarse directamente con usuarios, debe trasladarlos en el automóvil registrado que además debe mantener en determinadas condiciones de higiene, no puede realizar paradas ni interrupciones en el trayecto, tiene prohibido mostrar

cualquier tipo de elemento que lo identifique con UBER (nombre, colores, uniforme u otra prenda, logotipos); no puede realizar viajes durante más de ocho horas consecutivas o doce discontinuadas por día. Debe realizar la tarea teniendo en cuenta las actualizaciones o modificaciones realizadas por UBER a su discreción de cuando en cuando.

Asimismo, indica que también el socio conductor está sujeto a control de UBER *“...del que toma conocimiento por correo, o directamente porque le desactiva el acceso a la “driver app”. Le controla la ruta que realiza y la puede calificar y si la entiende poco eficiente, o no finalizó el servicio o se produjo una falla técnica Uber puede reducir o cancelar la tarifa”*.

En el punto se coincide con la sentencia en cuanto a que UBER dirige y controla toda la actividad del conductor. Incluso responde con actos que perjudican al chofer, representando una modalidad de ejercicio del poder sancionador típico de un empleador y no de un cocontratista comercial.

- Existió continuidad y retribución periódica.

Para el Tribunal el vínculo se desarrolló en forma continua y mediante retribución periódica, lo que es otro indicio de la existencia de relación de trabajo.

- UBER suministra herramientas.

Finalmente el Tribunal entiende que UBER suministra herramientas a los conductores, en tanto pone a disposición la “driver app” y todo su gobierno.

Por otra parte, al contrario de lo realizado por la sentencia de primera instancia el Tribunal de Apelaciones analiza los indicadores de la Recomendación N° 198 de la OIT contrarios a la calificación como relación de trabajo.

En tal sentido, estudia el elemento de actividad personal, por cuanto el actor registró dos automóviles que también habían sido registrados ante UBER por otros conductores. Entiende el Tribunal que no resultó probada la realización personal del traslado de pasajeros. Agregando que el actor no ilustró sobre el relacionamiento con los otros conductores.

Sin embargo el Tribunal culmina el fallo apreciando todos los indicadores y el contra-indicador preseñalado en conjunto, concluyendo que *pesa mayoritariamente la posición del actor respecto de la ajenidad de organización del programa de acción para el desarrollo de la obligación comprometida, la ajenidad de mercado en el sentido de total imposibilidad de dominio de la demanda de los usuarios del servicio de transporte, y la ajenidad en la determinación de la tarifa, su ajuste y sus cambios y los costos de cancelación del servicio por parte del usuario.*

Agregando que el actor:

Utilizando la tecnología suministrada por UBER, realiza trabajo dirigido y controlado por UBER desde la etapa de programación – un contrato de adhesión sin el mínimo poder de negociación para el conductor – y durante toda la ejecución. UBER no solo controla el resultado de la ejecución de la obligación comprometida – traslado de pasajeros utilizando la tecnología de comunicación de UBER – sino que determina en detalle cómo la debe realizar. Ello se acerca más a una relación de trabajo que a un contrato de trabajo autónomo por cuanto en este, de regla, el contratista tiene derecho a controlar el resultado pero la forma de la ejecución queda librada al desarrollo de la experticia de la persona contratada. En este caso, el conductor no organiza la ejecución de la obligación comprometida en base a su experticia sino que la lleva a cabo predeterminadamente paso a paso por UBER.

En definitiva, en forma correcta y como ha sido tradición en la doctrina y jurisprudencia uruguaya, el Tribunal contrapesa los indicadores y contraindicadores sobre la existencia de la relación de trabajo, determinando que en el caso concreto los indicadores de laboralidad presentan mayor peso que los contraindicadores, fallando en definitiva a favor del actor y de la existencia de una relación laboral.

5. Problema secundario: conjunto económico

La sentencia de primera instancia determinó que existía un conjunto económico entre las empresas demandadas. UBER TECH es una empresa uruguaya que le presta servicios a UBER BV, por ejemplo de marketing, y es con la que se relacionaba el actor ante algunos inconvenientes. El punto fue confirmado en segunda instancia, y trajo como consecuencia que ambos demandados fueran solidariamente responsables frente al trabajador.

6. Problema secundario: beneficios a los que se condena

En el Uruguay los salarios mínimos y sus ajustes son fijados principalmente a través de los Consejos de Salarios, los cuales además en ciertas circunstancias fijan condiciones de trabajo, como pueden ser beneficios diferentes al sueldo básico.

Los Consejos de Salarios se dividen en grupos según las actividades de la empresa, y según el grupo al que pertenece la empresa, ésta deberá abonar los salarios y beneficios.

UBER no se encuentra ubicada en ningún grupo; sin embargo la magistrada de primera instancia entendió que el Grupo 13 Sub Grupo 14 “Transporte Particular de personas en Automóvil” sería al que se adecuaría la empresa. Sin embargo, el actor petitionó los beneficios de otro grupo y subgrupo de actividad por lo que no se accedió a los mismos.

Cabe señalar que parte de la doctrina y jurisprudencia uruguaya entiende que no es posible ubicar por el Poder Judicial a las empresas en los distintos grupos y subgrupos de los Consejos de Salarios, ya que esta actividad pertenece exclusivamente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin embargo, para la magistrada se podría realizar esa ubicación pero a los solos efectos del juicio. Empero, lo que sucedió fue que el actor denunció un grupo y subgrupo incorrecto, reclamando en definitiva beneficios de un grupo y subgrupo en el que no se puede ubicar a UBER ni siquiera a los solos efectos del proceso.

Finalmente la magistrada condena a los rubros laborales que posee cualquier trabajador dependiente en el Uruguay y que fueran exigibles al momento del fallo. A saber, licencia, aguinaldo y salario vacacional.

Asimismo asumió la posición jurisprudencial que implica que la sentencia no debe indicar el monto concreto de condena, sino que basta con que la misma sea fácilmente liquidable. Cabe indicar que en Uruguay la ley procesal laboral indica que la sentencia debe condenar a sumas líquidas. El punto fue confirmado en segunda instancia.

7. Problema secundario: condena a futuro

Finalmente las sentencias admitieron la condena a futuro. Lo que implica que mientras se mantengan las condiciones UBER deberá seguir abonando al actor los rubros condenados.

8. Reflexiones finales

En la actualidad nos encontramos frente a un cambio de paradigmas. El trabajo en plataformas es una muestra de ese cambio, donde el avance de la tecnología crea nuevos modelos de negocios, que no permiten vislumbrar la clásica figura de trabajador industrial del modelo taylor – fordista.

En efecto, aquel modelo basado en un vínculo por término indefinido, con jornada limitada y completa, prestado en la fábrica, por un operario de mameluco o túnica azul, que labora por cuenta ajena a cambio de un salario y que al final de su vida activa habrá de jubilarse, ya dejó de ser la *estrella polar* a través de la cual orientarnos en el mundo actual del trabajo.⁷

Existe una gran cantidad de individuos que ya no se ven protegidos por el Derecho del Trabajo, que gestado para otro tipo de trabajo, no alcanza a personas que igualmente ejercen trabajo humano y que además lo

⁷ ROSENBAUM RIMOLO, Jorge; “El derecho laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo posmoderno”, en Revista Derecho Laboral, Tomo LXI, N° 270 (abril -junio 2018), F.C.U., Montevideo, 2017, pág. 250, citando a ROMAGNOLI Umberto.

necesitan vitalmente. Como sostiene Bronstein: *“tenemos un derecho del trabajo cada vez con más normas, pero menos clientes”*⁸.

Ante un planteo judicial, entendemos adecuada la postura de las sentencias comentadas, que atentas a la nueva realidad, redefinen los conceptos tradicionales sobre los elementos del contrato de trabajo, y en especial la subordinación, logrando dar una protección adecuada al prestador del trabajo.

En Uruguay, donde no existe una ley de contrato de trabajo, ni normas que indiquen cuáles son los elementos del contrato de trabajo, la readaptación de los elementos conformadores de una relación de trabajo puede hacerse por vía jurisprudencial como sucede en el presente.

Así parece relevante que la jurisprudencia uruguaya comience a manejar los conceptos de ajenidad de la marca o ajenidad de la información, o que grave en mayor medida la subordinación económica o la inserción del prestador de trabajo en la organización de la empresa. Las sentencias comentadas también marcan un avance cuando logran entender que en la actualidad el poder de dirección del empleador no se exterioriza solo a través de órdenes directas, sino que también se manifiesta a través de la programación de sistemas y algoritmos. Así como el cambio que ha existido en el ejercicio del poder disciplinario, donde la mayoría de las decisiones en torno al mismo surgirá en base a algoritmos y que incluso la extinción del vínculo laboral se puede realizar sin la intervención humana

Asimismo, la clave debe ser proteger a todo el que preste trabajo humano. Como señala ROSENBAUM RIMOLO: *“Se trata de proteger el trabajo globalmente considerado, en la medida que detrás del mismo haya un ser humano (individuo-persona –ciudadano) que deba ser respetado en su dignidad e integridad.”*⁹ Las sentencias comentadas se entiende que se alinean a este objetivo.

Puede sí criticársele a las sentencias que no hayan analizado a cabalidad la amplia libertad, que por lo menos contractualmente, poseen los

⁸ ROSENBAUM RIMOLO, J; ob. cit., pág. 252, citando a BRONSTEIN Arturo.

⁹ ROSENBAUM RIMOLO, J; ob. cit., pág. 254.

conductores de UBER para conectarse a la plataforma, lo que ha sido un argumento importante de la compañía a efectos de desvirtuar la existencia de una relación de trabajo subordinado. No obstante, en el análisis global de las mismas se presentan como suficiente y correctamente fundadas.

Finalmente, se señala en cuanto al alcance del fallo, que es exclusivamente para el caso concreto. En efecto, en Uruguay no existe la regla del antecedente obligatorio, por lo que válidamente otros tribunales podrían disentir del criterio adoptado por las sentencias comentadas.

En definitiva, deberá estarse a la resolución de otros casos jurisprudenciales, a efectos de determinar cuál es la tendencia jurisprudencial en nuestro país en torno a la naturaleza jurídica del vínculo entre UBER y sus prestadores de servicios.

Bibliografía

DAÜBLER, Wolfgang; “Derecho del Trabajo”, traducción española, MTSS, Madrid, 1994.

ROSENBAUM RIMOLO, Jorge; “El derecho laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo posmoderno”, en Revista Derecho Laboral, Tomo LXI, Nº 270 (abril -junio 2018), F.C.U., Montevideo, 2017,

SANDE ESCOBAL Bruno; “Plataformas y Relación de Trabajo. Análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo Uruguayo” en XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, FCU, 2019.

**DEBATE: EL TELETRABAJO PRESTADO EN
FORMA DEPENDIENTE Y EL DERECHO DEL TRABAJO**

Los puntos que han motivado escoger este tópico para su examen y debate jurídico, encuadran en tres aspectos centrales:

1. La convivencia de modalidades de teletrabajo a cargo de prestadores independientes (autónomos) con similares actividades desenvueltas por trabajadores subordinados y los diferentes regímenes jurídicos aplicables (derecho común - derecho laboral), así como el abordaje desde la seguridad social.

2. Las respuestas y puntos en debate que generan las regulaciones recientemente sancionadas o las que vienen siendo proyectadas (dentro de la región, en Argentina, Chile, Colombia, El Salvador y Uruguay), con una apertura a distintas opciones: a) asumir que estas formas de trabajo ya están comprendidas por otras regulaciones preexistentes (como el trabajo a distancia o el trabajo a domicilio); b) crear un estatuto especial; c) entender conveniente someterlo a la regulación general y común del Derecho del Trabajo.

3. En los casos en los que se opta por una regulación específica, examinar si su tratamiento debería admitir grados de flexibilidad (por ejemplo, en materia de limitación de la jornada, horas extraordinarias, derecho a la desconexión).

Apreciamos que dista mucho de existir coincidencias y por ello entendemos que la argumentación en torno a diferentes alternativas y soluciones, contribuye a aportar valor al criterio que asuma cada lector.

Jorge Rosenbaum Rimolo
(Coordinador del tema de debate del N° 2)

LA CONSOLIDACIÓN DEL TELETRABAJO Y LAS VARIANTES SUBJETIVAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

THE CONSOLIDATION OF TELE-WORK AND THE SUBJECTIVE VARIANTS IN LABOR LAW

Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la
Universidad de Sevilla (España). Acreditada a Titular de Universidad*

emsierra@us.es

Fecha de envío: 21/07/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

LA CONSOLIDACIÓN DEL TELETRABAJO Y LAS VARIANTES SUBJETIVAS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Esperanza Macarena SIERRA BENÍTEZ

Universidad de Sevilla (España)

Resumen: A finales del siglo XX, la sociedad experimenta a nivel mundial una profunda crisis económica y de revolución de las telecomunicaciones que desemboca en un proceso de globalización de la economía. En el entorno laboral surge una nueva forma de trabajo: el teletrabajo. Las notas que caracterizan el contrato de trabajo se identifican perfectamente en el teletrabajo cuando hay una relación de ajenidad y dependencia virtual. Los indicios de laboralidad evolucionan y se adaptan a la nueva realidad tecnológica: teletrabajo asalariado. Sin embargo, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no conocen fronteras, el trabajo se internacionaliza y la economía se flexibiliza. En este entorno, nos preguntamos cuál puede ser el papel del Derecho del Trabajo en la nueva era de las telecomunicaciones. En nuestro estudio defendemos que ese papel ha de ser el de siempre. El carácter tuitivo de nuestra disciplina debe estar presente en todo momento y en toda transformación del trabajo, adaptándose a las nuevas realidades y sosteniendo los principios clásicos del Derecho del Trabajo. En este papel es muy importante, en primer lugar, la intervención de las instancias estatales y, en nuestro ámbito comunitario, la de las instituciones de la Unión Europea, marcando unas directrices generales y mínimas en materia de jornadas, retribución, prevención de riesgos laborales, poderes de dirección, derechos colectivos y respeto de los derechos fundamentales. En segundo lugar, la labor de los agentes sociales y la de la negociación colectiva a gran escala, sin olvidar a las pequeñas y medianas empresas. En tercer lugar, la labor de la inspección de trabajo, necesitada de mejores dotaciones y actualizaciones en sus funciones. Y por último, el papel de la autonomía de la voluntad individual y la mayor implicación de las partes en un

proceso en continuo cambio, que debe estar basado en la relación de confianza y mayor profesionalidad. Pretendemos hacer ver que el teletrabajo es el trabajo moderno, y que necesita de la intervención del legislador.

Palabras clave: Teletrabajador - Legislación específica teletrabajo - Trabajo decente

Sumario: 1. Introducción. El teletrabajo emergente y el valor de la persona 2. Modalidades de teletrabajo y regímenes jurídicos aplicables: ¿hacia un estatus laboral para los asalariados y no asalariados? 3. Entre las diversas opciones posibles de regulación del teletrabajo ¿cuál es la más oportuna? 4. Tratamiento de la regulación del teletrabajo. La particularidad del tiempo de trabajo 5. Conclusión final.

Abstract: At the end of the 20th century, society experienced a deep economic crisis and a telecommunications revolution worldwide, leading to a process of globalization of the economy. In the workplace, a new way of working emerges: teleworking. The notes that characterize the employment contract are perfectly identified in teleworking when there is a relationship of virtual dependence. The signs that characterize employment evolve and adapt to the new technological reality: salaried telework. However, the new information and communication technologies know no boundaries. Work becomes international and the economy becomes more flexible. In this environment, we wonder what the role of Labor Law may be in the new era of telecommunications. In our study we defend that this role must be the same as it has always been. The protective nature of our discipline must be present at all times and in every transformation of work, adapting to new realities and upholding the classic principles of Labor Law. In the first place, in this role it is very important the intervention of state agencies and, within our community sphere, that of the institutions of the European Union, in order to set general and minimum guidelines in terms of working hours, remuneration, prevention of occupational risks, management powers, collective rights and respect for fundamental rights. Secondly, the work of the social

partners and that of large-scale collective bargaining is paramount, but always paying attention to small and medium-sized companies. Third, the role of the Labor Inspection must be enhanced, providing better means and staffing and updating its functions. And finally, we must point out the role of the autonomy of the individual will, and the greater involvement of the parties in a constantly changing process, which must be based on a relationship of trust and greater professionalism. We believe that teleworking represents modern work, and that it requires the intervention of the legislator.

Key words: Teleworker - Specific legislation on teleworking - Decent work

Summary: 1. Introduction. Emerging telework and the value of the person. 2. Modalities of telework and applicable legal regimes: towards a labor status for salaried and non-salaried workers? 3. Among the various possible options for regulation of teleworking, which is the most appropriate? 4. Treatment of telework regulation. The particularity of working time. 5. Final conclusion.

1. Introducción. El teletrabajo emergente y el valor de la persona

En primer lugar quisiera agradecer la invitación en esta sección especial de la revista dedicado al tema central de actualidad “El teletrabajo prestado en forma dependiente y el Derecho del Trabajo”, con mis mejores deseos al equipo de dirección con el que me unen unos lazos muy estrechos desde el II Congreso Mundial Cielo Laboral, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República los días 12 y 13 octubre de 2018. En la clausura de dicho congreso tuve la oportunidad de realizar las Conclusiones generales, que finalicé con una frase atribuida al poeta uruguayo Mario Benedetti: “Cuando teníamos las respuestas nos cambiaron las preguntas”¹. En esta etapa pre-covid la doctrina laboralista participaba en encuentros internacionales para debatir y reflexionar sobre los problemas del mundo del trabajo en una nueva era denominada Industria 4.0 que, de alguna manera, ha conducido a un “completo replanteamiento del modelo productivo que acompañó el siglo XX industrial”². La COVID-19 ha forzado y adelantado el fenómeno del cambio digital, y nos vuelve a replantear preguntas necesitadas de respuestas rápidas y excepcionales. Estas medidas excepcionales de naturaleza laboral que contemplan la mayoría de los estados afectados por la crisis sanitaria tienen como objetivo garantizar que la actividad empresarial y las relaciones de trabajo se reanuden con normalidad tras la situación de excepcionalidad sanitaria. Como se señala en la norma española, se contempla la necesidad del establecimiento de «sistemas de organización que permitan la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo

¹ Es una frase que el escritor utilizaba tanto en sus comentarios informales como en su obra escrita. El mismo autor escribe en *Perplejidades de fin de siglo*, un libro de ensayos, que la leyó en un grafiti de un muro de Quito”, fuente Fundación Benedetti en <https://www.latercera.com/culto/2019/10/23/teniamos-las-respuestas-benedetti/> y el propio Jorge Rosenbaum, en una amable charla mantenida el día de la clausura del II Congreso Mundial Cielo Laboral.

² Tiraboschi, M. “La renovación del bienestar y los sistemas de relaciones industriales, así como las infraestructuras para los procesos económico, social y cultural de la cuarta revolución industrial”, en Mendizábal Bermúdez, G.; Sánchez Castañeda, A., Kurcyn Villalobos, P. (Coords.) *Industria 4.0. Trabajo y seguridad social*, UNAM, México, 2019, p. 64.

de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad³». El teletrabajo se ha convertido en una de las medidas más utilizadas en todo el mundo para intentar paliar los efectos en el empleo causados por la pandemia⁴. Así, por ejemplo, en la Unión Europea (en adelante, UE), antes de la etapa COVID-19 sólo un 5'2% del personal activo residente en la UE afirmaba trabajar normalmente desde casa, según datos de Eurostar basados en una encuesta de 2018⁵. Esta cifra se eleva a un 40% de nuevos teletrabajadores por la crisis del coronavirus en la UE⁶. En el año 2019 “el 62% de las empresas en América Latina no le permitió a sus empleados trabajar a distancia, el teletrabajo siempre ha sido una posibilidad, pero no para todos”⁷. Sin embargo, en este tiempo de pandemia, y según un estudio publicado el 6 de junio pasado, la tendencia de teletrabajo en Latinoamérica es que el 40% de las empresas tienen por encima del 80% de su estructura trabajando de forma remota. Por ejemplo, Colombia (57%) y Argentina (55%) tienen más organizaciones con más del 80% de su personal bajo esta modalidad⁸.

Es decir, la crisis ha forzado la implantación del teletrabajo y la realización del trabajo a distancia mediante los recursos tecnológicos y digitales. En una gran mayoría de los casos son los trabajadores los que han proporcionado los equipos informáticos y otros instrumentos necesarios para realizar la prestación

³ Art. 5 RD-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE, núm 73, 18 de marzo de 2020).

⁴ Esto ha dado lugar a que se elabore OIT, Guía para empleadores sobre el trabajo desde casa en respuesta al brote de la COVID-19, 2020 en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_747014.pdf

⁵ Foro Económico Mundial, “La Unión Europea le da la espalda al teletrabajo desde casa”, 15 de febrero de 2020 en <https://es.weforum.org/agenda/2020/02/la-union-europea-le-da-la-espalda-al-teletrabajo-desde-casa/>

⁶ Euronews “Casi un 40% de nuevos teletrabajadores por la crisis del coronavirus en la Unión Europea” en <https://es.euronews.com/2020/05/15/casi-un-40-de-nuevos-teletrabajadores-por-la-cri-sis-del-coronavirus-en-la-union-europea> Esta cifra es la que proporciona un reciente informe Eurofound, “Work, teleworking and COVID-19” publicado el 11 de mayo de 2020 en <https://www.eurofound.europa.eu/es/data/covid-19/working-teleworking>

⁷ Notipress, “Latinoamérica tendrá que buscar correcta implementación de teletrabajo tras COvid-19”, en <https://notipress.mx/negocios/latinoamerica-tendra-buscar-correcta-implementacionteletrabajo-covid19-4190>

⁸ Estudio realizado por PageGroup en Dinero “El 54% de las compañías en Latinoamérica no reducirá su nómina” publicado el 6 de junio de 2020 en <https://www.dinero.com/internacional/articulo/el-64-de-las-companias-en-latinoamerica-no-reducira-su-nomina/287421>

de servicios telemática como, por ejemplo, el espacio de trabajo, la conexión a Internet, etc. El trabajo se digitaliza y el valor de la persona se minimiza, en el sentido de que las medidas más elementales de prevención de riesgos se flexibilizan hasta el punto de que lo importante es mantener la actividad productiva⁹. Por este motivo debemos mantener la importancia del valor de la persona, ya que no sólo es el momento de la solidaridad, sino también el de hablar de la “persona” en los términos en que lo hace la OIT para alcanzar los objetivos del desarrollo sostenible 2030¹⁰, pero ¿estamos preparados para este cambio socio-económico? El teletrabajo es uno de los grandes cambios que, como medida provisional y excepcional, han sido impuestos por los Estados para paliar los efectos negativos de la crisis sanitaria en el empleo y en la economía en general. Es el momento del Derecho del trabajo, y el teletrabajo es una parte de ese cambio que debe evolucionar con la suficiente garantía dentro de la flexibilidad exigida por parte de las empresas.

2. Modalidades de teletrabajo y regímenes jurídicos aplicables: ¿hacia un estatus laboral para los asalariados y no asalariados?¹¹

En el año 2009, en la defensa de mi tesis doctoral sobre *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo* afirmé que el papel que debe desempeñar el Derecho del Trabajo cuando la prestación se realiza a distancia, y con un uso intensivo y prevalente de las nuevas tecnologías, ha de ser el de siempre, pero debe adaptarse a una nueva organización del trabajo, lo que hoy en día

⁹ En España el art. 5 RD-ley 8/2020 establece “que con el objetivo de facilitar el ejercicio de la modalidad de trabajo a distancia en aquellos sectores, empresas o puestos de trabajo en las que no estuviera prevista hasta el momento, se entenderá cumplida la obligación de efectuar la evaluación de riesgos (...) con carácter excepcional, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora”.

¹⁰ En OIT, *Conferencia Internacional del Futuro. Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, 21 de junio de 2019 “La OIT debe asumir un función importante en el sistema multilateral mediante el fortalecimiento de la cooperación y el establecimiento de acuerdos institucionales con otras organizaciones a fin de promover la coherencia entre las políticas en cumplimiento de su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas (...) p. 6”.

¹¹ Véase Sánchez Castañeda, A. “La cuarta revolución industrial (Industria 4.0), entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado” en Mendizábal Bermúdez, G.; Sánchez Castañeda, A., Kurcyn Villalobos, P. (Coords.) *Industria 4.0. Trabajo y seguridad social*, obra cit., pp. 52 a 58.

conocemos como teletrabajo. Al respecto, una de las novedades del teletrabajo es que se manifiesta en dos aspectos: en el organizativo, en cuanto a la gestión de las formas de ejecución de la prestación de servicios; y en el jurídico, dado que exige una revisión del Derecho del Trabajo para ofrecer una mayor cobertura, al menos a las exigencias fundamentales de las prestaciones telemáticas. En el ámbito internacional el Convenio de OIT núm. 177, que trata sobre el trabajo a domicilio, contempla de alguna manera el trabajo a distancia y, de forma más concreta y completa, en el ámbito de la UE, fruto de la negociación colectiva libre tenemos el Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo (AEMET), 2002. No obstante, esta regulación parece no ser suficiente, dado que existe una serie de países que, o bien lo han regulado recientemente, o están en la fase de elaboración de una norma estatal específica sobre el teletrabajo¹².

En relación con la delimitación y encuadramiento jurídico del teletrabajo, la regulación post-COVID_19 debería tener en cuenta la búsqueda de nuevos indicios de laboralidad, dado que el concepto clásico de dependencia ha experimentado una transformación que se extiende hasta la figura del trabajador económicamente dependiente (TRADE)¹³. El TRADE es un trabajador autónomo que realiza su actividad económica o profesional para una empresa o un cliente del que percibe al menos el 75% de sus ingresos, y que está dotado de un régimen profesional particular¹⁴. La intención del legislador al regular esta figura

¹² Colombia Ley 1221 de 2008 (julio 16) por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones; El Salvador, Decreto 600 Ley de regulación del teletrabajo; Chile, Ley núm. 21.220 de 24 de marzo de 2020 modifica el Código de Trabajo en materia de trabajo a distancia; Argentina., Proyecto de Ley Régimen legal de Teletrabajo de 29 de junio de 2020; Uruguay, Proyecto de ley Teletrabajo, promoción y regulación 22 de abril de 2020, España Anteproyecto de Ley del trabajo a distancia, 25 de junio de 2020, Francia, Ley relativa al trabajo, la modernización del diálogo social y la protección de las trayectorias profesionales, adoptada por la Asamblea Nacional francesa el 21 de julio de 2016, el Título III reforma la normativa del teletrabajo, Italia, Ley 81/2017 de 22 mayo de 2017 medidas para la protección del trabajo no emprendedor por cuenta propia y medidas destinadas a promover una articulación flexible en los tiempos y lugares del trabajo subordinado .

¹³ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo,

¹⁴ Art. 11 Ley 20/2007 concreta que se trate de una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante. Como fuente del régimen profesional de los TRADE se contemplan los acuerdos de interés profesional (art.3.2), es decir, las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad realizada por los TRADE, así como otras condiciones generales de contratación que sean acordados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los TRADE y las empresas para las que ejecuten su actividad (art. 13)..

es eliminar las zonas fronterizas grises entre las tres categorías posibles: el autónomo clásico, el propio TRADE y el trabajador por cuenta ajena¹⁵. Sin embargo, pensamos que la dependencia tecnológica o virtual no va a contribuir a laboralizar el teletrabajo, sino más bien al contrario, que en todos aquellos casos donde se tengan serias dudas sobre la calificación de la figura del teletrabajador lo más probable es que el juez se decante por esa otra modalidad incluida en el trabajo autónomo (TRADE)¹⁶. Actualmente hay en el mundo una parte considerable de trabajadores cuya formalización como trabajadores digitales se está canalizando a través del sistema de protección social del régimen de trabajadores autónomos. Por lo tanto, habrá que estar atentos a los límites y situaciones fronterizas en el modo de la prestación de servicios digitales para configurar un sistema de protección social conforme a la configuración de la nota de la dependencia (laboral o económica), de acuerdo con los estándares del trabajo decente¹⁷. En definitiva, el encuadramiento jurídico del teletrabajo es un problema que entendemos está necesitado de una ley específica y universal que inspire futuras negociaciones colectivas, bien en el ámbito propiamente laboral, bien en el del TRADE¹⁸.

3. Entre las diversas opciones posibles de regulación del teletrabajo ¿cuál es la más oportuna?

¹⁵ Preámbulo III de la Ley 2007.

¹⁶ Véanse los trabajos de Mella Méndez, L. "Trabajo autónomo y fomento legal del emprendimiento" en Monereo Pérez, J.L, Vila Tierno, F. (Coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bomarzo, Granada, 2017, pp. 123-152; Ferreiro Regueiro, C. "Relectura sobre el contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente", *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2011, pp. 425-433; Villalba Sánchez, A. "La evolución de la subordinación del trabajador durante la cuarta revolución industrial", en Torres Carlos, M.R; Garrido Juncal, A.; Miranda Boto, J.M; García Novoa, C.; Santiago Iglesias, D. (Drs.), *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Aranzadi Thomson Reuters, España, 2018, pp. 687-708, Sierra Benítez, E.M "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el Siglo XXI?, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, núm. 4, 2015, pp. 93-118.

¹⁷ Sierra Benítez, E.M., "Trabajo decente y subordinación jurídica y económica en la era digital" en López Insua, B (coord.); Monereo Pérez, J.L.; Gorelli Hernández, J.; Del Val Tena, A.L (Drs) *El trabajo decente*, Bomarzo, Granada, 2018, p. 34.

¹⁸ Sierra Benítez, E.M., *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, CES, Sevilla, 2011, pp-375-376. Sobre el papel de la negociación colectiva Ferreiro Regueiro, C. "La conformación del teletrabajo por la negociación colectiva", *Boletim da Faculdade de Direito: Universidade de Coimbra*, Vol. 92, 1, 2016.

Desde que en el siglo pasado se implantó el teletrabajo como forma de organización del trabajo, el problema de su regulación sigue siendo un motivo de controversia entre las distintas opciones posibles: a) necesidad de crear un estatuto específico; b) la no regulación por entender que está cubierta por otras regulaciones existentes como el trabajo a domicilio y/o el trabajo a distancia; y c) entender que es conveniente someterlo a la regulación general y común del Derecho del Trabajo. El teletrabajo es un fenómeno que se presenta con múltiples variables relacionadas entre sí y así, por ejemplo, habrá que tener en cuenta el tipo de conexión (sin conexión, conexión unidireccional, conexión interactiva) y el lugar de la prestación (a domicilio, en oficinas remotas, teletrabajo transnacional, etc.).

Por otro lado, en el ámbito de la Administración Pública el teletrabajo puede contribuir al necesitado cambio en la cultura del trabajo en este sector y, por otro lado, a facilitar el cumplimiento de la evaluación del desempeño desde el momento en que la valoración por objetivos característica del teletrabajo sustituye a otra variante clásica en la Administración Pública: las horas empleadas. En el ámbito público el teletrabajo se aplica tanto al personal laboral como a los funcionarios públicos o asimilados, es decir, al empleado público en una apuesta por una necesaria regulación unitaria entre ambos colectivos. En el ámbito del sector privado, a falta de regulación específica hasta ahora, la regulación del teletrabajo en los países de la UE se está canalizando mediante la negociación colectiva incentivada desde las instancias comunitarias tras la aprobación del AMET. Hasta el momento, el impulso del teletrabajo por esta vía está siendo lento, y por lo tanto consideramos que una normativa de eficacia más directa que cuente con la iniciativa de los poderes públicos favorecería el desarrollo del teletrabajo en aquellos ámbitos carentes de negociación colectiva y, en todo caso, favorecería la propia negociación colectiva.

4. Tratamiento de la regulación del teletrabajo. La particularidad del tiempo de trabajo

En relación con lo que he expuesto anteriormente, considero necesario explicar algunas de las peculiaridades del teletrabajo que justifican una regulación específica. Así, por ejemplo con respecto a la modalidad del teletrabajo a domicilio hay que tener en cuenta que el domicilio, que no es un lugar de trabajo propiamente, es un lugar que goza de la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio. Esta garantía actúa como límite a los poderes de control del empresario y a las actuaciones de la inspección de trabajo. En el primer caso son necesarios acuerdos de teletrabajo para que el empresario pueda verificar el cumplimiento de la prestación de servicios, y en el segundo se hace necesario habilitar a la Inspección de Trabajo de un procedimiento que agilice la correspondiente autorización judicial. Por otro lado, en el caso del trabajo en oficinas remotas (por ejemplo, un telecentro) o en otros lugares donde surja la necesidad de teletrabajar, debemos tener en cuenta que, ante todo, el teletrabajo constituye una forma flexible de organización del trabajo, de la que se vale el empleador para externalizar ciertas actividades, y que no sólo puede ser desempeñado por teletrabajadores subordinados y/o autónomos, sino también por empresas como actividad empresarial (contrata). En este sentido, es necesario que la regulación atienda estos supuestos para establecer quién es el responsable en una cadena de subcontratistas del cumplimiento de la normativa laboral y/o social como, por ejemplo, salarios y cotizaciones a la seguridad social. En el caso del teletrabajo transnacional, donde las estrategias deslocalizadoras de las empresas superan el ámbito de aplicación de las normas laborales nacionales, es frecuente la práctica del dumping social. En estos casos proponemos la necesidad de establecer unas condiciones mínimas de trabajo en todos los centros de una empresa transnacional, que compatibilicen los principios del Derecho Internacional del Comercio con el Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos y del Trabajo. Para ello existen diversas vías posibles como, por ejemplo, la negociación de acuerdos marcos internacionales. En el ámbito de la UE, nuestra propuesta se inclina por la elaboración de una directiva que garantice un bloque de condiciones de trabajo equiparables a las que estuvieran vigentes en el país en que la prestación del teletrabajador es aprovechada, contemplando asimismo el establecimiento de la coordinación de

los sistemas jurídicos y de las Administraciones de trabajo afectadas, a semejanza de la Directiva 96/71 sobre desplazamientos de trabajadores¹⁹. En relación con las peculiaridades de las condiciones de trabajo nos mostramos partidarios de que la normativa específica se haya consensuado en el marco del diálogo social y que, en general, mantenga el suficiente equilibrio entre la necesaria flexibilidad demandada por la empresas y la garantía de los derechos de los trabajadores, especialmente con los derechos fundamentales y la protección social de las personas. Se debe establecer el carácter voluntario y la reversibilidad del teletrabajo. En materia de tiempo de trabajo debe regir la regla general del principio de libertad del teletrabajador a gestionar su propio tiempo de trabajo, salvo pacto en contrario. Esto significa que en el caso de existir conexión telemática simultánea, y de que el empresario pretenda someter al teletrabajador a la disciplina horaria y jornada del resto de los trabajadores de la empresa, debe pactarlo expresamente con él. Es decir, la regla general admite graduaciones, que entendemos estarán relacionadas en muchos casos con la modalidad de teletrabajo que se acuerde, y con la intensidad de la interactividad pactada entre el teletrabajador y el empresario, respetando obviamente el derecho al descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y vacaciones retribuidas. En el teletrabajo a domicilio interactivo es muy recomendable que el teletrabajador se someta a la regulación de la jornada de trabajo contemplada en la normativa estatal. En estos casos, la normativa actuaría probablemente como límite a los poderes de dirección del empresario y a los posibles abusos existentes, sobretodo en trabajos poco cualificados, evitando la desprotección y situaciones de explotación de los trabajadores. Por el contrario, la modalidad de teletrabajo no interactivo permite al teletrabajador la plena organización de la jornada y descansos de trabajo, y elegir a qué hora desea trabajar y por cuánto tiempo va a interrumpir su actividad. Esta modalidad se suele pactar cuando el empresario está más interesado en la obtención del resultado o de los objetivos, que en el control del tiempo de trabajo. Y, por supuesto, la propia naturaleza del teletrabajo, que es un mecanismo idóneo para

¹⁹ Directiva revisada sobre el desplazamiento de trabajadores, de 28 de junio de 2018 (Directiva (UE) 2018/957).

la conciliación de la vida profesional con la personal y familiar, y la facilidad de comunicación y de localización en todo momento y en cualquier lugar, hace necesario defender el derecho del trabajador a la desconexión de los medios de comunicación en los tiempos de descanso.

5. Conclusión final

Los estudios que hemos realizado en materia de teletrabajo y, en general, sobre el trabajo a distancia, nos reafirman en la opinión de que es necesaria una regulación específica del teletrabajo. Como consideración final sobre el teletrabajo sólo nos queda por añadir que, aunque el teletrabajo se presenta como un instrumento idóneo para la conciliación de la vida familiar y laboral, esta propia idea puede jugar en su contra, y verse reducido a una forma de empleo para colectivos ya necesitados de protección, como mujeres, discapacitados o trabajadores con escasa cualificación. Por este motivo, proponemos una normativa de mínimos que evite situaciones de desprotección de los teletrabajadores, acorde con el denominado trabajo decente y con los objetivos del desarrollo sostenible 2030 de la ONU.

Bibliografía

- FERREIRO REGUEIRO, C. (2011). "Relectura sobre el contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. Nº 1.
- FERREIRO REGUEIRO, C. (2016). "La conformación del teletrabajo por la negociación colectiva". *Boletim da Faculdade de Direito*. Universidade de Coimbra. Vol. 92. Nº 1.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2017). "Trabajo autónomo y fomento legal del emprendimiento", en Monereo Pérez, J. L., Vila Tierno, F. (Coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Bomarzo. Granada.
- OIT (2019). *Conferencia Internacional del Futuro. Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, 21 de junio de 2019.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, A. (2019). "La cuarta revolución industrial (Industria 4.0), entre menos trabajo, nuevos empleos y una cíclica necesidad: la protección del trabajador asalariado y no asalariado", en Mendizábal Bermúdez, G., Sánchez Castañeda, A., Kurcyn Villalobos, P. (Coords.). *Industria 4.0. Trabajo y seguridad social*. UNAM. México.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2011). *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. CES. Sevilla.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2015). "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el Siglo XXI?". *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 3. Nº 4.
- SIERRA BENÍTEZ, E. M. (2018). "Trabajo decente y subordinación jurídica y económica en la era digital", en López Insua, B. (coord.), Monereo Pérez, J. L., Gorelli Hernández, J., Del Val Tena, A. L. (Dirs.), *El trabajo decente*. Bomarzo. Granada.
- TIRABOSCHI, M. (2019). "La renovación del bienestar y los sistemas de relaciones industriales, así como las infraestructuras para los procesos económico, social y cultural de la cuarta revolución industrial", en Mendizábal

Bermúdez, G., Sánchez Castañeda, A., Kurcyn Villalobos, P. (Coords.). *Industria 4.0. Trabajo y seguridad social*. UNAM. México.

VILLALBA SÁNCHEZ, A. (2018). “La evolución de la subordinación del trabajador durante la cuarta revolución industrial”, en Torres Carlos, M. R., Garrido Juncal, A., Miranda Boto, J. M., García Novoa, C., Santiago Iglesias, D. (Dir.), *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*. Aranzadi Thomson Reuters. España.

Recursos electrónicos

EUROFOUND (2020). “Work, teleworking and COVID-19”, publicado el 11 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/es/data/covid-19/working-teleworking>.

EURONEWS, “Casi un 40% de nuevos teletrabajadores por la crisis del coronavirus en la Unión Europea”. Disponible en <https://es.euronews.com/2020/05/15/casi-un-40-de-nuevos-teletrabajadores-por-la-tesis-del-coronavirus-en-la-union-europea>.

FORO ECONÓMICO MUNDIAL (2020). “La Unión Europea le da la espalda al teletrabajo desde casa”, publicado el 5 de febrero de 2020. Disponible en <https://es.weforum.org/agenda/2020/02/la-union-europea-le-da-la-espalda-al-teletrabajo-desde-casa/>.

NOTIPRESS. “Latinoamérica tendrá que buscar correcta implementación de teletrabajo tras COvid-19”. Disponible en <https://notipress.mx/negocios/latinoamerica-tendra-buscar-correcta-implementacionteletrabajo-covid19-4190>.

OIT (2020). Guía para empleadores sobre el trabajo desde casa en respuesta al brote de la COVID-19. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_747014.pdf.

PAGEGROUP EN DINERO (2020). “El 54% de las compañías en Latinoamérica no reducirá su nómina”, publicado el 6 de junio de 2020. Disponible en

<https://www.dinero.com/internacional/articulo/el-64-de-las-companias-en-latinoamerica-no-reducira-su-nomina/287421>.

EL TELETRABAJO DEPENDIENTE: CUESTIONES CENTRALES EN TORNO A SU REGULACIÓN

DEPENDENT TELEWORK: CENTRAL ISSUES REGARDING ITS REGULATION

Federico ROSENBAUM CARLI

Magíster en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales y Doctorando en Administración, hacienda y justicia en el Estado Social, Universidad de Salamanca (España). Profesor de alta dedicación, Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)

federico.rosenbaum@ucu.edu.uy

Fecha de envío: 20/07/2020

Fecha de aceptación: 01/08/2020

EL TELETRABAJO DEPENDIENTE: CUESTIONES CENTRALES EN TORNO A SU REGULACIÓN

Federico ROSENBAUM CARLI

Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)

Resumen: En el presente trabajo se pretende introducir reflexiones sobre el teletrabajo dependiente y su regulación, en primer lugar, destacando su naturaleza derivada de la expresión del poder directivo del empleador; en segundo lugar, describiendo sus particularidades fácticas; en tercer lugar, planteando críticamente la duda en relación a la necesidad urgente de su regulación; en cuarto lugar, ahondando en los fundamentos y justificaciones de un eventual marco regulatorio; y finalmente, introduciendo tres reflexiones provisorias.

Palabras clave: Teletrabajo - TIC's - Tiempo de trabajo - Privacidad - Conciliación

Sumario: 1. El teletrabajo dependiente: una opción del empleador y expresión del poder de dirección. 2. Particularidades fácticas del teletrabajo. 3. Necesidad ¿urgente? de una regulación. 4. Fundamentos ¿transparentados? para una regulación. 5. La justificación de un marco regulatorio. 6. Conclusiones provisorias.

Abstract: The present work aims to introduce reflections on dependent telework and its regulation, first emphasizing its nature derived from the expression of the employer's management power; secondly, describing their factual peculiarities; thirdly, criticizing the question of the urgent need for its regulation; fourthly, delving into the fundamentals and justifications of a possible regulatory framework; and finally, introducing three interim reflections.

Key words: Telework - TIC's - Working time - Privacy - Conciliation

Summary: 1. Dependent telework: an employer option and expression of managerial power 2. Factual features of telework. 3. Urgent need? for regulation. 4. Transparent? basis for regulation. 5. The justification of a regulatory framework. 6 Interim conclusions.

1. El teletrabajo dependiente: una opción del empleador y expresión del poder de dirección

El teletrabajo dependiente supone una modalidad alternativa de ejecución del trabajo, si se la compara con la prestación tradicional, clásica y mayoritariamente representativa del trabajo desarrollado en el centro de trabajo del empleador.

Es de uso corriente y repetitivo describir el contrato de trabajo típico, tal como lo hace BARBAGELATA¹, como aquél a través del cual el trabajador desempeña su trabajo durante una jornada completa, normalmente identificada con la jornada máxima legal; y se mantiene un vínculo por tiempo indefinido con un empleador, en cuyo establecimiento desempeña el trabajo. Al decir de CÓRDOVA², sobre dicha categoría de contratación el Derecho del Trabajo fue construyendo el sistema de protecciones, prohibiciones y regulaciones.

Sin embargo, con el devenir del tiempo se han ido introduciendo ciertas variaciones, motivadas en diferentes causas e intereses, que han alterado o desplazado algunos de aquellos elementos típicos, creándose nuevos patrones en la contratación, que han dado forma a la noción de los contratos de trabajo atípicos.

En este sentido es que el teletrabajo prestado en una relación subordinada, constituye (para algunos autores) una modalidad atípica de contratación del trabajo asalariado, por el hecho de que se ejecuta fuera del establecimiento o centro de producción del empleador. De ese modo, el teletrabajo sintetiza una alteración de paradigma que preponderantemente supone cambiar la oficina tradicional por un espacio en la casa del trabajador como lugar en el que se presta la actividad. Las disciplinas que estudian la organización y métodos del trabajo, han incorporado en el lenguaje corporativo,

¹ BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, T. I, V. 2, FCU, Montevideo, 1999, p. 166.

² CÓRDOVA, E., *Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas*, X Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, rev. Derecho Laboral, N° 142, FCU, Montevideo, 1986, p. 247.

la idea o imagen de una forma de producir bienes o servicios desde lo que se denomina la “oficina virtual”.

Varios son los indicadores fácticos que motivan el surgimiento, proliferación y hasta el interés de incorporar una regulación específica de esta modalidad de trabajar, diferenciada incluso de otras modalidades prestadas a distancia. Me estoy refiriendo a las causas del recurso a esta modalidad alternativa de ejecución del trabajo. Efectivamente, desde el punto de vista empresarial se alegan al menos dos grandes causas, centradas en razones económicas y como forma de reacción al exceso de los costos laborales. El teletrabajo vendría a colmar una necesidad empresarial de búsqueda de mayor “flexibilidad”, al considerarse a la legislación laboral protectora propia de la contratación típica, como “demasiado rígida”; al tiempo de señalar la necesaria articulación de una nueva regulación del fenómeno que sea “más flexible” o “más blanda”.

Adicionalmente, y sobre la base de lo anterior, cabe afirmar que esta forma de ejecución del trabajo surge de una elección imputable al empleador, y por ende, está condicionada directamente por la implementación de una estructura organizativa de la empresa diferente a la que históricamente era conocida en tiempos pasados.

Dicho en otros términos, el teletrabajo no existiría si no fuera por la alteración empresarial (unilateral), relativa a las formas de dirección, organización y control de los procesos productivos y sus recursos (incluidos los humanos). En efecto, si bien el desarrollo de la tecnología ha sido considerado como el factor preponderante para impulsar esta nueva modalidad de ejecución del trabajo, en realidad, el teletrabajo existe porque su implementación ha sido concebida necesaria por parte de quienes desarrollan una actividad empresarial (ponderando argumentos y ventajas diferentes en cada caso).

En este marco se han identificado una multiplicidad de factores favorables para la toma de decisión empresarial y la elección de esta modalidad de organización del trabajo. En efecto, por un lado, se destaca una ventaja locativa, en tanto que la “expulsión” de trabajadores del centro de trabajo, hace innecesario que los mismos posean grandes dimensiones físicas. Por otro lado,

dicho factor también conlleva la innecesaria presencia de personal de supervisión, que solamente se tornaría esencial cuando la prestación de trabajo se desarrollare en el centro de trabajo del empleador. Asimismo, el hecho de que menos trabajadores sean requeridos en el centro de trabajo, también reduce los riesgos operacionales (por ejemplo, en materia de accidentes de trabajo y transmisión de enfermedades), así como también disminuye el absentismo. Además, la conjunción de estas características derivan en una disminución de determinados costos fijos, como el alquiler de un lugar físico y los gastos de mantenimiento del mismo (como la electricidad, internet, agua corriente, etc.).

Las ventajas en materia de productividad también son un factor muchas veces ponderado, en tanto que la ausencia de contacto entre los propios trabajadores, eliminan los tiempos improductivos derivados de la socialización entablada durante la jornada de trabajo.

A mayor abundamiento, también se detectan otros elementos considerados positivamente por las empresas, como por ejemplo, el hecho de que el aislamiento de los trabajadores dificulte la unión entre los mismos, la organización sindical y el desarrollo de la actividad sindical (que al decir de CÓRDOVA, no serían razones socialmente aceptables cuando el propósito del empleador se dirija a mermar la influencia del sindicato o quebrantar la huelga³).

En definitiva, un listado suficientemente importante y al que las empresas han considerado bastante tentador como para optar por esta modalidad de trabajo y alterar las formas de dirección, organización y control de los procesos productivos y de sus recursos.

2. Particularidades fácticas del teletrabajo

Desde un punto de vista descriptivo, podríamos identificar al menos tres particularidades fácticas del teletrabajo.

En primer término, su característica fundamental (por ser una especie de trabajo a distancia), se relaciona con **la necesaria ejecución de las labores a distancia del centro de trabajo del empleador.**

³ CÓRDOVA, E., *Ob. cit.*, p. 264.

Ello conlleva a distinguir una modalidad de teletrabajo ejecutada totalmente en el domicilio del trabajador o en otro lugar escogido por este; así como otra alternativa que signifique una prestación preponderantemente de manera no presencial. En este último caso, resulta evidente que la delimitación de dicha preponderancia (en días u horas), será de resorte exclusivo del legislador.

En la normativa comparada se suele identificar a dos modalidades de teletrabajo, en función de la habitualidad en que el mismo sea ejecutado fuera del centro de trabajo de la empresa, designando las expresiones “permanente” y “parcial” (tal como ocurre en el caso de Ecuador⁴), “autónomos” y “suplementarios” (en el ejemplo de Colombia⁵; aunque cabe reconocer que los designios pueden generar confusiones conceptuales); abarcando ambas modalidades dentro del concepto de teletrabajo, imponiendo que la prestación laboral sea cumplida a distancia como mínimo en 24 horas semanales (Ecuador) o en 2 días a la semana (Colombia).

Esta particularidad provoca indefectiblemente un debilitamiento de la unión y solidaridad colectiva, siendo posible potenciar una fractura de la libertad sindical. En efecto, a las dificultades de acción colectivas que derivan de la fragmentación de las unidades productivas (provocadas por la externalización de operaciones y de mano de obra), así como a la sustitución de puestos de trabajo producidos por la automatización (incluida la introducción de la inteligencia artificial y algoritmos), se le suma la modalidad de teletrabajo, que al expulsar trabajadores del centro de trabajo tradicional, los aísla y promueve la desunión.

En segundo término, el teletrabajo se caracteriza por **la utilización de herramientas tecnológicas de la información y comunicación**. Sobre este aspecto, se desprende de la realidad una variedad de alternativas, teniendo presente quién proporciona tales herramientas de trabajo. Por un lado, existen casos en los que el propio trabajador es quien adquiere los materiales necesarios para el desarrollo de la prestación laboral (una computadora, un teléfono móvil, así como la infraestructura de red necesaria, como el internet y el software para

⁴ Acuerdo Ministerial No. MDT-2016-190, agosto 2016.

⁵ Ley N° 1221 de 2008.

la comunicación con sus compañeros de trabajo y el empleador). Por otro lado, también es posible identificar situaciones en las que el empleador sea quien proporcione dichas herramientas, teniendo en cuenta especialmente que en ese caso se asegura un umbral mínimo de calidad para el cumplimiento de las tareas y para una productividad óptima. En otros ejemplos prácticos, ambas partes acuerdan soluciones intermedias, donde cada una de ellas aporta determinados medios para la ejecución, organización y control del trabajo.

En tercer término, también es posible destacar que **los poderes del empleador se suelen manifestar de un modo no tradicional**. Así por ejemplo, en cuanto al dictado de órdenes e instrucciones se verifica una pérdida de la inmediatez, diluida en los instrumentos tecnológicos y en la relajación del contacto directo con los mandos jerárquicos. Asimismo, en cuanto a la organización del trabajo, esta se desarrolla por medios tecnológicos, provocando el aislamiento del trabajador mencionado precedentemente, e incluso esta se desplaza hacia el trabajador, quien debe auto ajustar su carga e intensidad de trabajo. Por otro lado, el control de la prestación laboral se erige en una modalidad de tipo virtual, no físico, en algunos casos no jerarquizado y concentrado en la evaluación del producto final entregado.

3. Necesidad ¿urgente? de una regulación

En relación con la necesidad de una regulación de esta modalidad de prestación laboral, resulta prudente aportar algunas consideraciones básicas previas, que naturalmente condicionarán la aproximación que se efectúe sobre el tema.

En efecto, en lugar de admitir de plano cualquier tipo de postura que se dirija a sugerir una urgente regulación del teletrabajo, correspondería al menos interpelar varios de los conceptos y manifestaciones que son trasladados por los diferentes actores sociales a la hora de justificar tal “necesidad”.

En primer lugar, comúnmente se alude como fundamento central para argumentar una reglamentación autónoma del teletrabajo, el hecho de que tal modalidad de trabajo no se encontraría regulada en el país en el que se inscriba

el debate, y asimismo, considerando que la vigente legislación laboral que resulta aplicable a toda la actividad privada, constituyen normas “obsoletas”, incapaces de adaptarse a una presunta “nueva realidad del trabajo del siglo XXI”.

Ello se traduce en un punto de partida evidentemente impreciso. De hecho, una cosa es considerar que el teletrabajo no se encuentra regulado, producto de la existencia de un vacío normativo; y otra cosa bien diferente es señalar que el teletrabajo no debería estar regulado por las normas laborales vigentes.

Del examen anterior se advierte que, en primer término, si existen normas que sean aplicables a esta modalidad de trabajo, no es posible hablar de una ausencia normativa ni de vacío normativo alguno. De igual manera, en segundo término, partiendo de la base de que no existe un vacío normativo (siendo este extremo demostrado por la práctica, en tanto que el teletrabajo ha existido hace muchos años y a éste se le ha aplicado la normativa general del Derecho del Trabajo), distinto sería considerar que el teletrabajo “necesita” tener una sistematización normativa especial y autónoma.

En segundo lugar, partiendo de la constatación real en cuanto a la ausencia de una regulación sistemática del teletrabajo, cabría considerar los justificativos o fundamentos que sugerirían una reglamentación autónoma de esta modalidad de prestación laboral.

De ese modo, los planteos que proponen regular el teletrabajo, hoy en día se inscriben dentro de un contexto muy particular y excepcional en la historia de la humanidad. En efecto, si bien por un lado es cierto que desde hace años se ha recurrido con mayor frecuencia a la figura del teletrabajo (aunque representativamente se trata de una modalidad de trabajo insignificante, en comparación a la prestación laboral presencial en el centro de trabajo del empleador), también es cierto que los actuales debates en torno a su regulación, se insertan en el contexto de la crisis sanitaria del COVID-19, que ha exigido (a golpes, sin posibilidad de practicar ensayos sobre la base de la prueba y el error) implantar el teletrabajo de manera rápida y de forma muy generalizada. En ese sentido, SANGUINETI enfatiza que el teletrabajo “ha pasado así a asumir una

importancia desconocida entre nosotros debido a la necesidad de hacer frente a la propagación incontrolada del virus COVID-19”⁶.

En efecto, asistimos a un mayor desarrollo del teletrabajo por efecto de la pandemia sanitaria. Sea por el establecimiento de cuarentenas obligatorias o por la recomendación de observar un aislamiento social voluntario, el contexto de la economía y los motores que la impulsan, sustentados mayoritariamente en el trabajo productivo de millones de personas a nivel mundial, han recurrido al empleo subsidiario de prestaciones laborales que pasaron a ser desenvueltas desde el hogar en aquellas actividades que admiten teletrabajar. Fenómeno que facilitó una válvula de escape al mercado de trabajo respecto de un contingente limitado de trabajadores que, empleando TIC's, han podido mantenerse activos y desempeñando gran parte de sus tareas habituales de forma no presencial.

En tercer lugar, la “necesidad” de una regulación ¿urgente?, también debería enmarcarse adecuadamente, sobre la base de la razonabilidad y ponderando adecuadamente los intereses y derechos en juego. Sobre este aspecto, resulta muy ilustrativa la sugerencia efectuada por DE STEFANO y COLCLOUGH, quienes afirman que: “La crisis de COVID-19 no debe conducir a un debilitamiento de los derechos humanos y los derechos de los trabajadores en favor de soluciones rápidas”⁷.

También es cierto que las motivaciones aportadas para justificar una regulación especial, deberían evaluarse con sumo cuidado. Tomando una expresión gráfica empleada por ARESE⁸, sería necesario transitar con pasos bien firmes precaviendo que durante el debate no se caiga en el error de poner en cuarentena indefinida a derechos humanos laborales fundamentales.

4. Fundamentos ¿transparentados? para una regulación

⁶ SANGUINETI, W., “¿La hora del teletrabajo?”, *Trabajo y Derecho*, N° 66, Wolters Kluwer, España, 2020. Disponible en https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2020/06/tyd_66-2020_opinion-la-hora-del-teletrabajo-wsanguineti.pdf.

⁷ DE STEFANO, V. y COLCLOUGH, C., *Mind the App!*. Entrada de Blog del día 23 de abril de 2020. Disponible en <https://botpopuli.net/covid19-corona-contact-tracing-app-human-worker-rights>.

⁸ ARESE, C., “La libertad sindical no está en cuarentena”, Cita: RC D 1667/2020, Rubinzal – Culzoni, 2020.

Es precisamente en el terreno de los fundamentos para una regulación del teletrabajo, en donde se debería profundizar, ya sea tanto como para cuestionar el presupuesto de este tipo de propuestas que dan por cierto el hecho de su necesaria regulación, así como también, para ubicar los argumentos reales que se presentan en este debate y que son empleados por parte de los interlocutores y analistas.

De ese modo, las particularidades del teletrabajo podrían ser razones suficientes para justificar una reglamentación autónoma de esta modalidad de trabajo. Por ejemplo, apelar al hecho de que la actividad es cumplida fuera del centro de trabajo del empleador. Sin embargo, dicho justificativo es un tanto débil, teniendo presente que existen otras modalidades de trabajo que también se ejecutan fuera del centro de trabajo del empleador, que no obtuvieron la misma trascendencia y no se introdujeron al mismo debate (tal como pudiera ser el trabajo a domicilio o el género del trabajo a distancia). Piénsese que, por ejemplo, Uruguay no ha ratificado el Convenio Internacional del Trabajo N° 177 sobre trabajo a domicilio, y ningún interlocutor ha propuesto su ratificación.

Sin embargo, esta primer particularidad del teletrabajo (referida al lugar de su prestación), genera interesantes interrogantes en materia de seguridad y salud laboral (como por ejemplo, en materia de gestión de los riesgos e implementación de medidas de prevención), que pudieran justificar una regulación especial en esa materia.

Lo mismo ocurre con otra de sus particularidades, en relación con el uso de las TIC's. En efecto, es cierto que dichas herramientas generan ciertos problemas particulares que exigen poner el foco de atención, tal como lo son los problemas de la provisión y mantenimiento de dichas herramientas, y la definición de qué sujeto de la relación de trabajo debería hacerse cargo de las mismas.

También podría considerarse a la tercer particularidad del teletrabajo como un fundamento idóneo, en tanto que se destacan manifestaciones no tradicionales de los poderes del empleador. Sin perjuicio de ello, las razones justificantes de una regulación se concentran en forma más particular a los problemas generados por el control de la prestación laboral y su confrontación

con los derechos fundamentales de los trabajadores, como la limitación de la jornada, la intimidad y la protección de datos personales.

Todos estos aspectos son los que generalmente se han transparentado para justificar legítimamente la necesidad de introducir reformas legislativas que tiendan a reconocer al teletrabajo como categoría autónoma y con una regulación específica y particular.

De hecho, a tales fundamentos se suelen agregar otros, solapados, y a veces encubiertos en términos que se presentan y confluyen en remarcar la referida “urgencia” de regulación, que aparentaría ser necesaria y hasta que casi impuesta por la natural evolución del mundo, del hombre, y del propio mercado de trabajo. De ese modo aparecen expresiones como la imperiosa “flexibilidad” que “el trabajo del siglo XXI” vendría a imponer a la humanidad, y en particular, al legislador “moderno” (tal como si fuere una solución proactiva, dinámica, transformadora y esencialmente “buena” intrínsecamente).

En ese contexto afloran los motivos centrados en la “necesidad de flexibilizar el tiempo de trabajo”; aunque no se suele aclarar o transparentar la verdadera finalidad y justificación de tal premisa. La referida flexibilidad, aparece como un concepto abstracto y genéricamente comprensivo de todos los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo, unido además a nociones con evidente aceptación social como la de la conciliación de la vida laboral y personal y/o familiar. En definitiva, ¿a quién en sus sanos cabales no le gustaría poder conciliar adecuadamente entre el tiempo destinado al trabajo y el tiempo dedicado a los intereses personales y familiares?

El problema surge cuando se intenta “rascar” e ir al hueso de estas proposiciones, al plantearnos la razonable duda en relación a si la búsqueda y consecución de dicha flexibilidad estaría dirigida a eliminar o mitigar el límite de la jornada laboral, el límite del descanso semanal, el límite del trabajo anual, o si directamente el punto neurálgico reposa en la pretensión empresarial de eliminar toda posibilidad para que el teletrabajador cobre horas extras, con la consecuente liberación económica a cargo del empleador.

En efecto, se ha destacado como una de las “ventajas” prácticas de la implementación del teletrabajo, el hecho de que no existirían horas rígidas a

cumplir por parte del trabajador, en el sentido de que esta modalidad buscaría dotar de una “libertad total” de elección a favor del trabajador, quien decidiría unilateralmente en qué momentos del día trabajar y en qué momentos no; extendiéndose tal autonomía a la distribución de la carga semanal del trabajo. En términos sencillos, “lo bueno” del teletrabajo se reduciría a permitir que el trabajador preste tareas durante 12 horas diarias en una jornada, y que tenga la posibilidad de aplicar una compensación para trabajar 4 horas en otro día de la semana.

Esta representación idílica del teletrabajo, permite rememorar y traer a colación hechos ocurridos en épocas prehistóricas, en donde precisamente el trabajador organizado se unió y reivindicó como primer reclamo colectivo a nivel universal, la limitación de su jornada de trabajo, producto de lo que en la historia reciente se conoció como la “cuestión social”, que derivaría en el reconocimiento de los primeros derechos laborales con consagración internacional, como la jornada de trabajo y el derecho al descanso semanal.

Si empleamos la técnica del “rascado” referida y vamos directo al hueso (desentrañando el fundamento transparente), es posible observar que el motivo principal para una regulación del teletrabajo, con el fin de cumplir con esa panacea de la “flexibilidad del tiempo de trabajo”, en lugar de tener una justificación social dirigida a que el trabajador concilie sus tiempos laborales y personales, en realidad está destinada a excluirlo de derechos básicos y fundamentales; en particular, excluirlo del derecho a ser remunerado por el horario extraordinario desarrollado en exceso de la limitación máxima de su jornada de trabajo.

A lo anterior se le suma el hecho de que, la promesa de una mayor libertad y autonomía del trabajador para organizar sus tiempos, es impracticable, o al menos sospechosamente improbable de concretar. ¿Por qué? Dado que no todos los teletrabajadores serán profesionales universitarios o trabajadores que desempeñen funciones de alta cualificación (ejemplos que son los primordialmente traídos a colación para justificar este extremo), en cuyos casos se podría llegar a entender posible la presencia de una mayor autonomía, derivado de un mejor posicionamiento negocial en el marco de la relación laboral;

extremo con certeza inexistente para gran parte de las prestaciones y funciones de trabajo más rutinarias, o que se vinculan con actividades de escasa cualificación.

En síntesis, las cosas deben encuadrarse en sus justos términos. El fin en sí mismo de una “flexibilización del tiempo de trabajo”, no está destinado a cumplir un fin social, ni de procurar crear una ventaja al trabajador para permitirle distribuir libremente su tiempo de trabajo semanal; sino de excluirlo del cobro de horas extras. Al mismo tiempo, el empleador mantiene sus poderes de organización, dirección, control y disciplinario, sin la contrapartida ni contrapeso que pudiere irrogar al menos un desincentivo económico a la hora de intentar imponer el trabajo en aquellos tiempos que debieran estar dedicados al descanso del trabajador.

5. La justificación de un marco regulatorio

Son al menos cuatro los aspectos fácticos y prácticos que constituyen el marco justificativo para pensar en una regulación del teletrabajo.

En primer lugar, la prestación de esta especie del trabajo a distancia genera serios inconvenientes y problemas en materia de **prevención y gestión de los riesgos en el trabajo**.

En efecto, se torna imprescindible demarcar el proceso de identificación de los riesgos y factores de riesgo (a vía de ejemplo, el aislamiento, la carga de trabajo, las fechas de entrega, el tecnoestrés, la tecnoadicción, etc.), así como también es importante una intervención normativa que permita delinear la colaboración e implementación de las medidas preventivas adecuadas, para salvaguardar la salud y seguridad laboral del teletrabajador.

Asimismo, sería prudente abordar los mecanismos de control de las medidas relativas al respeto de las condiciones de higiene y seguridad del lugar de trabajo, en las que la participación del empleador resulta esencial, dado que es deudor de seguridad y garante de la salud de los trabajadores. Las particularidades de la ejecución del trabajo también ameritan previsiones singulares en relación al ingreso de los organismos de contralor administrativo

(administración e inspecciones del trabajo) al domicilio del trabajador, entre otros temas relevantes.

En segundo lugar, no menos importantes son aquellos aspectos relativos a la **ciberseguridad**, dado que evidentemente, esta modalidad de trabajo puede ocasionar graves problemas de seguridad en el ciberespacio, pudiendo perjudicar tanto al propio trabajador, así como también a su empleador u otros compañeros de trabajo que accedan a la misma red virtual y electrónica expuesta a invasiones externas (de hackers, por ejemplo).

No hay que desmerecer la importancia del tema, que puede generar contingencias para las empresas, en lo relativo al acceso de información confidencial o privilegiada, así como también posibles vulneraciones a la privacidad de los trabajadores y clientes, al exponer información y datos personales por el uso de las tecnologías.

Sobre ello se torna necesario un marco normativo que se concentre en las obligaciones de las partes del teletrabajo, exigiendo el estricto cumplimiento de determinados estándares, en particular, de las directivas impartidas por el empleador en relación al correcto uso de las herramientas y materiales de trabajo; así como también imponiendo que la utilización de las TIC's se corresponda con estructuras informáticas suficientemente protegidas (con mecanismos de seguridad como los firewalls, la exigencia de utilización de claves personales, el resguardo de la información debidamente cifrada y codificada, entre otros ejemplos).

En tercer lugar, otro de los aspectos que justifican y conforman un marco de posible regulación, se refiere a las **medidas de control empresarial sobre las formas de ejecución del trabajo y su confrontación con determinados derechos humanos fundamentales**, como lo son la vida privada, intimidad, protección de datos personales y la dignidad del trabajador.

Se ha señalado que la titularidad y goce de esta clase de derechos (que son naturalmente universales, irrenunciables e indisponibles), “mal podrían verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo... Como alguna vez bien dijo Romagnoli, al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el

ropero del vestuario, junto a su abrigo, para retomarlos al fin de la jornada”⁹. En definitiva, se han identificado a estos derechos inespecíficamente laborales, como los “derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano”¹⁰.

No han sido pocos los conflictos generados en la práctica de las relaciones laborales, producto del ejercicio de los poderes de dirección, control y disciplinarios del empleador, especialmente cuando los mismos se exteriorizan por intermedio de la tecnología. Los ejemplos que pueden extraerse de la jurisprudencia, son suficientemente ilustrativos de la posibilidad de generarse vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de su ejercicio (tal es el ejemplo del control de los correos electrónicos enviados y recibidos por el trabajador, así como de la video vigilancia, la implantación de dispositivos de rastreo como chips, etc.).

El teletrabajo, por su característica especial reflejada en la participación y utilización de las TIC’s durante la ejecución del trabajo, así como en la organización y control del mismo, constituye un germinador de esta clase de conflictos, y por ende, es un espacio suficientemente revelador de una necesaria regulación.

En cuarto lugar, también cabe admitir que existen motivos relacionados con el **tiempo de trabajo** para justificar un marco regulatorio del teletrabajo. Tales causales se derivan de una síntesis y depuración definitiva de los fundamentos transparentados (y aún aquellos solapados y sin transparentar) por los interlocutores sociales que han desarrollado este tema.

En efecto, es posible asumir una posición conciliadora, por un lado, entre las posturas que propugnan una flexibilidad absoluta en esta materia, y por otro lado, entre la regulación vigente al día de hoy sobre el tiempo de trabajo (que es calificada como “obsoleta”).

⁹ ERMIDA URIARTE, Ó., “Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo”, en BARRETO GHIONE, H., *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2006, p. 14.

¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, vigesimocuarta edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 104.

De ese modo, en lugar proponer un marco regulatorio tendente a excluir del derecho a la limitación de la jornada de trabajo, o de flexibilizar el descanso semanal, anual o el cobro de las horas extras, sería posible hablar de una adecuación de la **delimitación de la jornada de trabajo**.

En ese sentido, un camino intermedio podría dirigirse a admitir que el teletrabajador pueda prestar tareas en cualquier momento de la jornada (dentro de las 24 horas naturales del día), incluso de manera intermitente (trabajar 2 horas y dedicarse a sus actividades personales, volver a trabajar 4 horas y descansar lo necesario, etc.), aunque manteniendo el límite de trabajo máximo diario de 8 horas, y en caso de superarse el mismo, comenzando a generarse trabajo extraordinario.

En el marco normativo actual, el obstáculo para adoptar dicha solución se deriva de la necesaria delimitación de la jornada de trabajo, y la ubicación del trabajador dentro de un régimen de trabajo con jornada continua o discontinua, aunque sin la posibilidad de desarrollar un trabajo intermitente y en los horarios que escoja el trabajador libremente.

6. Conclusiones provisionales

A modo de conclusión siempre provisoria y tentativa sobre un tema de suma actualidad e interés para el mundo del trabajo en general, y para la comunidad laboralista en particular, me permito aportar tres reflexiones finales.

En primer orden, una meditación general sobre el teletrabajo y el debate sobre la necesidad de su regulación. Sobre este punto, entiendo que hay que adoptar una posición precautoria, especialmente escéptica de aquellas visiones tecnológico-deterministas. Sobre este aspecto, es necesario apuntar que si bien la tecnología está al servicio del hombre, y en muchos casos constituye un elemento que potencia la evolución de la humanidad (como por ejemplo, los aspectos relacionados con la ciencia de la salud), por otro lado, no puede dejarse de subrayar que también la tecnología es creada por el hombre y que su proceso de introducción y aplicación depende exclusivamente de la voluntad de la humanidad. Ello quiere decir que la tecnología en sí misma considerada no

constituye el elemento catalizador y determinante para la introducción de nuevas normas o de la actualización de las ya existentes.

Tampoco parece adecuado aceptar la premisa presentada como ineludible, en relación a que la evolución tecnológica determina automáticamente la necesaria reforma de los sistemas jurídicos y del ordenamiento normativo laboral en particular. Ello porque, reitero, la tecnología no cae desde el cielo, sino que es creada por el propio ser humano; y además, desde el plano de las relaciones laborales, la tecnología incorporada en las empresas no viene impuesta desde el exterior, sino que constituye una decisión expresa y unilateral del empleador.

En segundo orden, al analizar el teletrabajo y su posible reglamentación, el debate debería girar en torno a un binomio de términos que no se contraponen entre sí, sino que confluyen y pueden armonizarse perfectamente. Me refiero a la pretendida libertad o “flexibilidad” buscada por los empleadores, y la necesaria protección y seguridad del sujeto más débil de la relación de trabajo, como lo es el trabajador, a quien los sistemas jurídicos le han dispensado históricamente una especial tutela. Por ende, la clave estará en atender a un equilibrio justo entre dichos postulados, procurando alcanzar una regulación con adecuada protección.

Finalmente, y no menos importante que las anteriores reflexiones, no es posible desconocer la razón de ser histórica del derecho laboral. En efecto, el debate en esta materia debe tener como punto de partida particular a la función esencial del Derecho del Trabajo. En resumidas cuentas, esta disciplina constituye una regulación que facilitando las relaciones de producción (función económica), busca el re-equilibrio de la relación laboral a través de la compensación de desigualdades (función política y finalidad de protección).

Por consiguiente, una regulación laboral que no atendiera a esta protección, estaría actuando sobre el equilibrio entre la función económica y política aludidas, y en definitiva, sobre la legitimación del sistema.

Bibliografía

- ARESE, C., “La libertad sindical no está en cuarentena”, Cita: RC D 1667/2020, Rubinzal – Culzoni, 2020.
- BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, T. I, V. 2, FCU, Montevideo, 1999.
- CÓRDOVA, E., *Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas*, X Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, rev. Derecho Laboral, Nº 142, FCU, Montevideo, 1986.
- ERMIDA URIARTE, Ó., “Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo”, en BARRETO GHIONE, H., *Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2006.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, vigesimocuarta edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.

Recursos electrónicos

- DE STEFANO, V. y COLCLOUGH, C., *Mind the App!*. Entrada de Blog del día 23 de abril de 2020. Disponible en <https://botpopuli.net/covid19-corona-contact-tracing-app-human-worker-rights>.
- SANGUINETI, W., “¿La hora del teletrabajo?”, *Trabajo y Derecho*, Nº 66, Wolters Kluwer, España, 2020. Disponible en https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2020/06/tyd_66-2020_opinion-la-hora-del-teletrabajo-wsanguineti.pdf.

NORMAS PARA AUTORES

El Equipo editorial invita desde ya a quienes tengan interés en publicar sus trabajos o estudios en la próxima edición de la Revista, con la única limitante de ajustarse a la pautas de edición y a la aprobación arbitrada de los mismos. Para ello, el artículo deberá cumplir con los requisitos que se describen seguidamente:

1. EXTENSIÓN no menor a 10 páginas y no mayor a 30 páginas en formato Microsoft Word (.doc o .docx), fuente Arial, tamaño de fuente 12, interlineado 1.5, márgenes superior e inferior de 3.0, márgenes izquierdo y derecho de 2.5 y texto justificado.

Para el caso de los apuntes breves del tema de actualidad definido en cada número, regirán las mismas pautas, salvo en cuanto a su extensión, que no podrá superar las 10 páginas.

2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS A PIE DE PÁGINA, en orden correlativo según su aparición en el artículo. Numeración arábica. Tamaño de fuente 10. Se deberá usar el Estilo Chicago de citado (Chicago-style of citation).

3. REFERENCIAS EN EL CUERPO DEL TEXTO

En el caso de las citas textuales, estas irán incorporadas al texto de no exceder las 40 palabras y deberán colocarse entre comillas (“ ”). En caso la cita textual tenga una extensión de 40 palabras o más, esta deberá aparecer en un nuevo párrafo, sin entrecomillado, sangrada y con una fuente de tamaño 11.

4. PRIMERA PÁGINA

- **TÍTULO:** en español e inglés, un título de hasta 60 caracteres;

- **NOMBRE DEL AUTOR** (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como el correo electrónico del autor;
- **RESUMEN** (Abstract): texto breve en español e inglés en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (hasta 400 palabras);
- **SUMARIO**: se consignará en español e inglés un resumen de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo;
- **PALABRAS CLAVE** (key words): en español e inglés (mínimo 3, máximo 5).
- En caso que el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la referencia correspondiente.

5. ANEXO Y LISTADO DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para el caso de un comentario jurisprudencial, al final del documento, en un apartado de anexo, se transcribirá el texto de la sentencia judicial comentada.

Asimismo, se detallará en un apartado de referencias bibliográficas, toda fuente citada en el texto: libro, capítulo de libro, artículo de revista, libro clásico traducido, artículo de una publicación seriada, tesis no publicadas, artículos en un libro de referencia y contenidos de Internet. La lista de referencias solo debe incluir las fuentes a las que se hace referencia en el texto. No debe incluirse en dicha lista obras consultadas adicionalmente que no hayan sido mencionadas en el cuerpo del texto.

6. ORIGINALIDAD E INEDITUD del artículo, siendo requerimiento que el artículo no haya sido divulgado ni esté en proceso de serlo en alguna otra publicación. La Revista mantiene una política antiplagio que vela para que todos los trabajos publicados sean inéditos, para garantizar su originalidad.

Cualquier intención de publicar un artículo preparado o de preparar un artículo para su publicación puede ser enviado a: revistajuridicadeltrabajo@gmail.com.

Los plazos para la recepción de los trabajos vencerán los días 1 de abril (primer cuatrimestre), 1 de agosto (segundo cuatrimestre) y 1 de diciembre (tercer cuatrimestre).

La Revista Jurídica del Trabajo agradece cualquier intención de publicar o preparar un artículo para nuestra revista, sin comprometerse a la efectiva publicación del mismo.



www.revistajuridicadeltrabajo.blogspot.com

